

**T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ**

**MİLLETLERARASI “TİCARİ” TAHKİMDE
NİHAİ KARARDAN ÖNCE
MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ**

Bilgehan YEŞİLOVA

**Danışman
Prof. Dr. Oğuz ATALAY**

İzmir 2007

Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum “*Milletlerarası “Ticari” Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi*” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

08.05.2007

Bilgehan YEŞİLOVA

DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Bilgehan YEŞİLOVA
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Doktora
Tez Konusu : Milletlerarası "Ticari" Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi

Sınav Tarihi ve Saati:

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30.maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI	O	OY BİRLİĞİ ile	O
DÜZELTME	O*	OY ÇOKLUĞU	O
RED edilmesine	O**	ile karar verilmiştir.	

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu hâlde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu hâlde adayın kaydı silinir.
*** Bu hâlde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Evet

Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fullbright vb.) aday olabilir.	O
Tez, mevcut hali ile basılabilir.	O
Tez, gözden geçirildikten sonra basılabilir.	O
Tezin, basımı gerekliliği yoktur.	O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red

ÖZET

Tahkim anlaşması ile taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği konusunda anlaşmışlardır. Böyle bir seçim, aynı zamanda yine taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlıklar yönünden devlet mahkemelerinin artık herhangi bir yargı yetkisine sahip olmadığı anlamına da gelmektedir. İrade serbestîsinin yaygın kabulü, mahkemelerin tahkime müdahalesini, her geçen zaman daha da azaltmıştır. Bugün artık hâkim eğilim, devlet mahkemelerinin müdahalesinin *ya* tahkime yardım edilmesi *ya da* kamu düzeninin korunması amacıyla sınırlandırılmasıdır.

Kural olarak, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespiti ile birlikte mahkemeler, tarafları, geniş anlamda tahkime yönlendirecekler; uyuşmazlığın esasıyla ilgili olarak herhangi bir yargılama yapmayacaklardır. Ancak bazen, tahkimle ilgili konularda mahkemelerin yardımı ve desteği hatta kimi hâllerde denetimi, kaçınılmazdır. Hakem heyetinin seçimi, delillerin toplanması, hep bu kapsamdadır. Hakemlerce verilen nihai kararın cebren icrası gerektiğinde, mahkemelerin hem yardım hem de denetim işlevi, gündeme gelmektedir. Hakemin reddinde olduğu gibi yargısal temel hakların korunması gerektiğinde, yine mahkemelerin rolü kaçınılmaz olmaktadır.

Geçen zaman içinde mahkemelerin tahkime karşı olan yoğun şüpheleri; tahkim anlaşmaları ile hakem kararlarını sıkça geçersiz sayarak tahkime olumsuz anlamda müdahale etmek şeklindeki alışkanlıkları, artık neredeyse tümüyle değişmiş ve ortadan kalkmıştır. Denetime yönelik mahkeme müdahalesinin geçmişte çoğu zaman taraf iradelerinin hiç sayılması anlamına geldiği, bilinmektedir. Oysa bugün, özellikle de UNCITRAL Model Kanunu'nun 5. maddesiyle yaygınlık kazanan anlayış, taraflara ve hakem heyetlerine, başta yargı yetkisi olmak üzere pek çok alanda, geniş yetkiler tanımak; denetime yönelik mahkeme müdahalesinin en son anda ve son derece kısıtlı nedenlerle gerçekleşmesini temin etmektir.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği, mahkemelerin tahkimde sıkça rol oynadığı alanlardan biridir. Fransız hukukunda, bu konuda ilk sözün hakemlere bırakıldığı; mahkemelerin ise ancak nihai karar sonrası dönemde etkin oldukları bilinmektedir. Hakem heyetinin seçimi, delillerin tespiti, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi, tahkim yargılaması öncesi, mahkemelerin yardımını gerektiren konulardır. Geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi veya hükmedilenlerin icrasına karar verilmesi ile tahkimdeki sürenin uzatılması, tahkim yargılaması sırasında, mahkemelerin yardımını gerektiren meselelerdir.

ABSTRACT

By entering into an arbitration agreement parties express their intention that all disputes between them be referred to and settled by arbitration. This choice at the same time manifests a decision against the competence of the state courts. By accepting the party autonomy the level of the court intervention has significantly diminished over the past years. The general trend is towards limiting court intervention to the cases where it is either necessary to support the arbitration process or required by public policy considerations.

By finding the arbitration agreement between the parties valid, no court proceedings on the merits of the disputes can be brought before the courts and all disputes covered by that agreement are referred to arbitration. There are, however, some situations where court intervention and assistance is needed. Courts may be asked to assist with the appointment of arbitrators, and the collection of evidence. They may also be asked to order protective measures where the arbitrators lack coercive power. Courts may also intervene to guarantee that the minimum requirements of procedural fairness by removing an arbitrator for his lack of impartiality.

Courts have moved from strong scepticism resulting in extensive judicial intervention in the arbitration process or the non-enforcement of arbitration agreement to a position in favor of arbitration giving priority to party autonomy and eschewing intervention. Supervisory court intervention has the potential of disrupting the arbitration process and impeding the parties' quest for a speedy dispute resolution. It is a common feature of recent arbitration legislation to limit the scope for court intervention after the UNCITRAL Model Law Art. 5. The effect has been that the parties and the tribunals are given wider powers especially about the jurisdiction issues. The authority of the courts has been limited in some cases that could be used at the final stage under the listed reasons.

To what extent the courts can at the pre-award stage review the existence of a valid arbitration agreement is one of the main fields that the courts play a role. In French law, the arbitrator has a right of first decision and any court review is deferred to the post-award stage. Establishing the arbitral tribunal, ordering protective measures are the topics that need the assistance of the courts. Ordering protective measures or helping for their execution and the extending the time-limit of the arbitral jurisdiction are the issues met during the arbitral procedure.

**MİLLETLERARASI “TİCARİ” TAHKİMDE
NİHAİ KARARDAN ÖNCE
MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ**

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ.....	II
DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI.....	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR CETVELİ.....	XI
GİRİŞ.....	1
I- KONUNUN ÖNEMİ.....	1
II- ÇALIŞMANIN KAPSAMI.....	7

BİRİNCİ BÖLÜM

**MAHKEMELERİN MİLLETLERARASI “TİCARİ” TAHKİMDEKİ ROLÜNE
İLİŞKİN GENEL BİLGİLER VE HÂKİM OLAN İLKELER**

Ş1 KAVRAMSAL SINIRLAR VE HUKUKİ KAYNAKLAR.....	17
I- <i>KAVRAMSAL SINIRLAR</i>	17
<i>A- Tahkim Kavramı</i>	17
<i>B- “Milletlerarası” Tahkim Kavramı.....</i>	20
<i>C- “Ticari” Tahkim Kavramı.....</i>	25
<i>D-Tahkim Yeri Kavramı ve Değerlendirilmesi.....</i>	27
<i>E- Yeni bir yaklaşım -Delocalised lex arbitri- ve Gerekliliği Meselesi.....</i>	32
II- MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN -HUKUKİ- KAYNAKLARI.....	45
<i>A- Genel Olarak</i>	45
<i>B- Millî Tahkim Kanunları</i>	46
1- Fransa.....	47
2- İngiltere.....	51
3- Almanya.....	56
4- İsviçre.....	59
<i>C- Milletlerarası Sözleşmeler- Çalışmalar</i>	62
1- UNCITRAL Model Kanunu.....	63
2- 1958 New York Sözleşmesi.....	68
3- 1961 Cenevre Sözleşmesi.....	73
4- 1965 Washington (ICSID) Sözleşmesi.....	75
Ş2 MAHKEMELERİN MİLLETLERARASI “TİCARİ” TAHKİMDEKİ ROLÜNE HÂKİM OLAN İLKELER.....	78
I- GENEL OLARAK MAHKEMELERİN ROLÜ VE MÜDAHALESİ.....	78
II- MAHKEME MÜDAHALESİNE HÂKİM OLAN EĞİLİMLER.....	79
<i>A- Genel Olarak</i>	79
<i>B- Sınırlı Müdahale- Kısıtlı Yargı Yetkisi Meselesi</i>	80
<i>C- Yargı Yetkisine Sahip Görevli/Yetkili Mahkeme Meselesi.....</i>	85
<i>D- Mahkeme Müdahalesininin Derdest Tahkim Yargılamasına Etkisi Meselesi.....</i>	93

E- Hakem Kararlarına Karşı Geçerli Kanun Yolları.....	94
F- Milletlerarası Tahkimde Müdahaleye İlişkin Mahkeme Kararların Kesin Olması.....	97
G- Mahkeme Müdahalesi-Tahkim Yeri İlişkisi.....	101

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMİN ANAYASA VE YARGISAL TEMEL HAKLARLA OLAN İLİŞKİSİ

§3 İNSAN HAKLARINA– YARGISAL TEMEL HAKLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN (İHTİYARİ) TAHKİME UYGULANABİLİRLİĞİ.....105

I- GENEL OLARAK	105
II- İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN (İHTİYARİ) TAHKİME OLAN ETKİSİ	107
A- Genel Olarak	107
B- Yargılamaya İlişkin İnsan Haklarının Uygulama Alanı ve İhtiyari Tahkim	108
1- Genel Olarak	108
2- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında İhtiyari Tahkim.....	110
III- YARGISAL TEMEL HAKLARDAN FERAGAT EDİLEBİLMESİ SORUNU	123
A- Genel Olarak	123
B- İrade Serbestisi ve “Justizgewährungsanspruch; Proper-fair administration of justice-”Adaletin Usulünce Gerçekleşmesine İlişkin Haktan Feragat	124
IV- TAHKİMİ DENETLEME (VEYA ONA YARDIM ETME) KONUSUNDA DEVLETLERİN SORUMLULUĞU	127

§4 TAHKİM YARGILAMASINDA YARGISAL TEMEL HAKLARIN KORUNMASI134

I- GENEL OLARAK	134
II- İHTİYARİ TAHKİM YÖNÜNDEN GEÇERLİ YARGISAL TEMEL HAKLAR	135
A- Genel Olarak	135
B- Tahkim Yargılaması ve Adil Yargılanma Hakkı	136
C- Tarafsız ve Bağımsız Hakemler Önünde Yargılanma Hakkı.....	144
D- Aleni ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı	160
III- TAHKİMDE GERÇEKLEŞMESİ MÜMKÜN YARGISAL TEMEL HAK İHLALLERİ.....	162
A- Mahkemeye Başvuru/Ulaşma Hakkı (The Right of Access to a Court, The Right of Access to Justice).....	162
B- Yargı Yetkisini Haiz Hakemler Önünde Yargılanma Hakkı (The Right to a Competent Arbitral Tribunal).....	166

§5 MİLLETLERARASI TAHKİMİN VE MİLLÎ HUKUK SİSTEMLERİNİN BİRBİRLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....169

I- GENEL OLARAK	169
II- DEVLET YARGISI İLE TAHKİM ARASINDAKİ İLİŞKİ	169
III- ANAYASAL BİR ZORUNLULUK OLARAK TAHKİM ANLAŞMASI-TAHKİMİN ANAYASAL ÇERÇEVESİ	171
IV- TÜRK ANAYASASI BAKIMINDAN MİLLETLERARASI TAHKİM VE GEÇERLİLİĞİ MESELESİ. 178	

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI “TİCARİ” TAHKİMDE MAHKEMELERİN HAKEMLERİN YARGI YETKİSİYLE İLGİLİ YARDIM VE DENETİMİ

§6 TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİNE, KAPSAMINA VE YORUMUNA YÖNELİK YARDIM VE DENETİM..... 189

I- GENEL OLARAK	189
II- TAHKİM ANLAŞMASININ BAĞIMSIZLIĞI VE UYGULANACAK HUKUK.....	192
A- Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı.....	192
B- Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk.....	195
1- Genel Olarak	195
2- Tahkim Anlaşmasının Şekli Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk	197
3- Tarafların Ehliyetine Uygulanacak Hukuk	199
4- Tahkim Anlaşmasının Maddi Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk	208
III- TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ	211
A- Genel Olarak	211
B- Tahkim Anlaşmasının Şekli Geçerliliği	212
C- Tahkim Anlaşmasının Maddi Geçerliliği.....	224
IV- TAHKİM ANLAŞMASININ KAPSAMI VE YORUMU	246

§7 TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ MÜMKÜN UYUŞMAZLIKLARIN TESPİTİ- TAHKİME ELVERİŞLİLİK (*ARBITRABILITY*)..... 250

I- GENEL OLARAK	250
II- <i>SÜBJEKTİF</i> TAHKİME ELVERİŞLİLİK VE UYGULANACAK HUKUK.....	252
III- <i>OBJEKTİF</i> TAHKİME ELVERİŞLİLİK VE UYGULANACAK HUKUK.....	253
A- Milletlerarası Sözleşmeler.....	255
B- Millî Tahkim Kanunları	258
C- Objektif Tahkime Elverişlilik Üzerine Somut Örnekler.....	268
1- Rekabet Hukuku	269
2- Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hukuku	271
3- Sahtecilik-Rüşvet ve Hukuka Aykırılık İddiaları.....	272
4- İflas Hukuku.....	278
D- Tahkime Elverişliliğin Kendiliğinden Dikkate Alınıp Alınamayacağı Sorunu.....	285

§8 TAHKİMDE SÜREYLE İLGİLİ OLARAK MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ 287 |

I- GENEL OLARAK	287
II- TAHKİMDE SÜRE MESELESİ	287
III- TAHKİM SÜRESİNİN BAŞLANGICI	295
IV- TAHKİM SÜRESİNİN UZATILMASI	296
V- TAHKİMDE SÜRENİN DURMASI.....	303

§9 ÇOK TARAFLI TAHKİMDE MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ 307

I- GENEL OLARAK	307
II- TEK BİR HUKUKİ İLİŞKİDEN KAYNAKLANAN ÇOK TARAFLI TAHKİM.....	308
III- BİRBİRİNDEN AYRI VEYA BİR DİZİ HUKUKİ İLİŞKİDEN KAYNAKLANAN ÇOK TARAFLI TAHKİM	314
A- Tahkim Yargılamasına Üçüncü Kişilerin Müdahalesi- Katılımı.....	316
(<i>Joinder and Intervention</i>).....	316
B- Tahkim Davalarının Birleştirilmesi.....	319

IV- ÇOK TARAFLI TAHKİMİN YERİNDELİĞİ SORUNU.....	322
§10 MUKAYESELİ HUKUK MÜESSESESİ OLARAK ANTI-SUIT INJUNCTIONS	324
I- GENEL OLARAK	324
II- TAHKİMDEN- <i>TAHKİM USULÜNDE</i> N ALIKOYAN KARARLAR-EMİRLER.....	326
III- (YABANCI ÜLKEDE) DERDEST MAHKEME YARGILAMASINDAN ALIKOYAN KARARLAR-EMİRLER.....	327
§11 COMPETENCE-COMPETENCE (YETKİYE HÜKÜM YETKİSİ) SORUNU-UYUŞMAZLIĞIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜNÜN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI MESELESİ	329
I- GENEL OLARAK	329
II- HAKEMLERİN KENDİ YARGI YETKİLERİNE KARAR VEREBİLMESİ SORUNU	330
<i>A- Yargı Yetkisine Karar Verebilme Yetkisi (Competence-Competence/Yetkiye Hüküm Yetkisi)</i>	332
<i>B- Hakemlerin Yetkiye Hükmetme Yetkisiyle (Competence-Competence) İlgili Olarak Ayrılabilirlik İlkesi ve Diğer İmkânlar</i>	335
<i>C- Hakemlerin Yargı Yetkileri Hakkında Karar Vermeleri</i>	355
1- Genel Olarak	355
2- Hakem Kararları.....	357
a- Genel Olarak.....	357
b- Hakem Kararlarının (Awards) Türleri	358
i- Nihai Hüküm (Final Award).....	359
ii- Kısmi Hüküm (Partial Award).....	360
iii- Ara Kararı- Geçici Hüküm (Interim-Provisional Award).....	365
α- Genel Olarak	365
β- Geçici Hüküm	367
γ- Ara Kararı.....	368
3- Hakemlerin Yargı Yetkilerinin Bulunmadığına Karar Vermesi	372
4- Hakemlerin Yargı Yetkisinin Bulunduğuna Karar Vermesi.....	385
III- HAKEMLERİN YARGI YETKİSİNİN MAHKEMELERCE DENETİMİ	388
<i>A- Tahkim Anlaşmasına Rağmen Uyuşmazlığın Çözümü için Mahkemelere Başvurulması</i>	388
1- Tahkim İtirazı.....	389
2- Tahkim Anlaşmasının Yok- Batıl, İşletilemez Sayılması; İcrasının Mümkün Olmaması Meselesi	408
3- Tahkim Anlaşmalarına Yönelik Denetimin Kapsamı	418
<i>B- Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Özel Hukuki Çareler</i>	424
<i>C- Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Tahkimin Desteklenmesi Düşüncesi</i>	425

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE MAHKEMELERİN HAKEMLERİN YARGI YETKİSİYLE İLGİLİ OLMAYAN KONULARDA YARDIM VE DENETİMİ

§12 HAKEMLERİN SEÇİLMESİ (TAYİNİ) VE REDDİNDE MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ	431
I- GENEL OLARAK	431
II- HAKEMLERİN SAYISI	432
III- HAKEMLERİN SEÇİMİ VE BU SÜREÇTE ROL ALANLAR	435
IV- HAKEMLERİN BELİRLENMESİNDE İZLENECEK USUL	442
V- HAKEMLERİN TARAFSIZLIĞI VE BAĞIMSIZLIĞI.....	448

<i>A- Genel Olarak</i>	448
<i>B- Hakemlerin Tarafsız ve Bağımsız Olma Yükümlülüğü</i>	448
<i>C- Hakemlerin Açıklama-Beyan Yükümlülüğü</i>	457
VI- HAKEMLERİN REDDİ, GÖREVDEN ALINMASI VE YENİDEN SEÇİMİ	459
<i>A- Hakemin Reddi</i>	460
1- Hakemin Reddi Sebepleri	461
2- Hakemin Reddine Yönelik Sınırlamalar	463
3- Hakemin Reddi Usulü	465
<i>B- Hakemin Görevinin Sona Ermesi-Hakemin Çekilmesi</i>	474
<i>C- Yeniden Hakem Seçimi-Tayini</i>	476
<i>D- Aksak (Eksik) Hakem Heyeti</i>	481
§13 MİLLETLERARASI TAHKİMDE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ VE MAHKEMELERİN ROLÜ	487
I- GENEL OLARAK	487
II- HAKEMLERCE GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİNE HÜKMEDİLMESİ	490
<i>A- Genel Olarak</i>	490
<i>B- Hakemlerce Hükmedilecek Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri Hakkındaki Düzenlemeler</i>	494
<i>C- Hakemlerce Hükmedilebilecek Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri</i>	498
III- HAKEMLERCE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİNE HÜKMEDİLEBİLMESİNİN ŞARTLARI	515
IV- GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİNE HÜKMEDİLME BİÇİMİ	524
V- HAKEMLERCE HÜKMEDİLEN GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİNİN İCRASI	529
VI- MAHKEMELERCE TAHKİMİN DESTEKLENMESİ AMACIYLA HÜKMEDİLEN GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ	540
§14 DELİLLERİN TEMİNİ (TOPLANMASI) YÖNÜNDEN MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ	556
I- GENEL OLARAK	556
II- DELİLLERİN TOPLANMASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	556
III- MAHKEME YARDIMININ <i>KİMLER</i> TARAFINDAN İSTENEĞİ MESELESİ	561
§15 MUKAYESELİ HUKUKTA HUKUKİ PROBLEMİN TESPİTİ BAKIMINDAN MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ	563
SONUÇ	566
BİBLİYOGRAFYA	606

KISALTMALAR CETVELİ

A	European Court of Human Rights: Series A, <i>Reports of Judgements and Decisions</i>
AA	(English) 1996 Arbitration Act
AAA	American Arbitration Association
ABA	American Bar Association
ABD	Ankara Barosu Dergisi
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AC	The Law Reports: House of Lords (Appeal Case)
ADR	Alternative Dispute Resolution
ADRLJ	Alternative Dispute Resolution Law Journal
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
AktG.	Aktiengesetz
All ER	All England Law Reports (<i>Comm, Commercial caes</i>)
Am Rev Int'l Arb	American Review of International Arbitration
Arb Int	Arbitration International
Arbitration	Arbitration, Journal of the Chartered Institute of Arbitrators
Arb.GG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Article
ASA	Swiss Arbitration Association (<i>Association suisse de l'arbitrage</i>)
ASA Bulletin	Swiss Arbitration Association Bulletin (<i>Association suisse de l'arbitrage Bulletin</i>)
Asian Int'l. Arb J.	Asian International Arbitration Journal
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Anakara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
AYM	Anaysa Mahkemesi
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
Brook. J. Int. L.	Brooklyn Journal of International Law
BT-Drs	Bundestags-Drucksache
BYIL	British Yearbook of International Law
C.	Cilt
c.	Cümle
CA	Court of Appeal of England and Wales
Case W Res J Int'l L	Case Western Reserve Journal of International Law
CC	Code Civil
CCP	Code of Civil Procedure
Ch	The Law Reports: <i>Chancery Division</i>
CIM	Convention internationale concernant le transport des marchandises par chemins de fer
Cir.	Circuit
CJQ	Civil Justice Quarterly
CLP	Current Legal Problems
CMR	Convention relative au Contrat de transport international de marchandises par route
<i>Concordat</i>	Concordat sur l'Arbitrage (1969)
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Croat Arbit Yearb	Croatian Arbitration Yearbook
D.	Daire
DAC	Departmental Advisory Committee
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
DKD	Danıştay Kararlar Dergisi
dn.	Dipnot
DR	European Commission of Human Rights: <i>Decisions and</i>

Reports

EC Treaty	European Community, Treaty Establishing the European Community
EC 44/2001 Regulation	Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 On jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters
ECHR	European Convention on Human Rights
ECJ	European Court of Justice
ECR	European Court Reports
ECT	Energy Charter Treaty
ed(s)	editor(s)
EHR	European Human Rights Reports
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EÜHFD	Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
F	Federal Reporter
F 2d	The Federal Reporter Second Series
F 3d	The Federal Reporter Third Series
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
FS	Festschrift
GAFTA	Grain and Feed Trade Association
GaziÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
GDR	German Democratic Republic
Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ	George Washington University Journal of International Law and Economics
GG	Grundgesetz
Hastings Int'l & Comp L Rev	Hastings International and Comparative Law Review
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HKC	Hong Kong Cases
HL	House of Lords

HPD	Hukuki Perspektifler Dergisi
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IBA	International Bar Association
IBL	International Business Lawyer
ICC	International Chamber of Commerce
ICC <i>Bulletin</i>	International Chamber of Commerce International Court of Arbitration Bulletin
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICLR	The International Construction Law Review
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for the Commercial Arbitration
ICSID Rev-FILJ	ICSID Review-Foreign Investment Law Journal
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law
ILA Rep	Reports of (<i>conferences of</i>) the International Law Institutions
ILM	International Legal Materials
Int ALR	International Arbitration Law Review
Int'l Arb. Rep.	International Arbitration Report
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İHAS	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İİD	İcra ve İflâs Dairesi
İİK	İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKİD	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İYUK	İdarî Yargılama Usûli Kanunu
İzBD	İzmir Barosu Dergisi
Iowa L Rev	Iowa Law Review
J Int'l Arb	Journal of International Arbitration
JBL	Journal of Business Law
Kap.	Kapitel
Karş.	Karşılaştırınız

KG	Kammergericht
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KTS	Konkurs- Treuhand-und Schiedsgerichtswesen
LCIA	London Court of International Arbitration
LegalHD	Legal Hukuk Dergisi
LG	Landgericht
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
Lloyd's Rep	Lloyd's Law Reports
LME	London Metal Exchange
Louisiana L Rev	Louisiana Law Review
LQR	Law Quarterly Review
m.	madde
Man BD	Manisa Barosu Dergisi
Mealey's IAR	Mealey's International Arbitration Reports
MDR	Monatschrift für deutsches Recht
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MİHDER	Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MK	Medeni Kanun
Model Law	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NCPC	Nouveau Code de Procedure Civile
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nw J Int'l & Bus	Northwestern Journal of International Law and Business of Arbitration Bulletin
NYULR	New York University Law Review
Pace L. Rew	Pace Law Review
OJ	Official Journal
ÖZPO	Österreichische Zivilprozessordnung
PIL	(Swiss) Private International Law (IPRG, <i>Bundesgesetz</i>

über das internationale Privatrecht)

QB (KB)	The Law Reports: Queen's (King's) Bench Division
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RDAI/IBLJ	Revue de droit des affaires internationales/ International Reports
RG	Resmi Gazete
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts
RHDI	Revue hellénique de droit international
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RPS	Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit
Rutgers L Rev	Rutgers Law Review
s.	Sayfa
S.	Sayı
S. Ct.	Supreme Court of the United States (<i>Supreme Court Reporter</i>)
s. K.	sayılı Kanun
SCC Rules	Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
<i>Sch.</i>	Schedule
SchiedsVfG	Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrecht
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchGK	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs
SDNY	Southern District of New York
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
Tulane L Rev	Tulane Law Review
Tul J Int'l &Comp L	Tulane Journal of International and Comparative Law
TTK	Türk Ticaret Kanunu
OLG	Oberlandesgericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Austria)
OLG	Oberlandesgerichtshof (BayOLG, <i>Bayerisches Oberlandesgerichtshof</i>)
OR	Obligationenrecht

U Miami Inter-Am	
L Rev	University of Miami Inter-American Law Review
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade Law
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
US	United States
Vand. J. Transnatl. L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Wake Forest Law Rev.	Wake Forest Law Review
WIPO Rules	World Intellectual Property Organization Arbitration Rules
WLR	The Weekly Law Reports
WTO	World Trade Organisation
Yale LJ	Yale Law Journal
YB	Yearbook of the European Convention on Human Rights
YBCA	Yearbook of Commercial Arbitration
YD	Yargıtay Dergisi
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	Yukarıda
YTHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Zurich CC Rules	International Arbitration Rules of Zurich Chamber of Commerce of January 1, 1989
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
<i>I. Taslak</i>	Milletlerarası Tahkim Kanunu I. Taslak
<i>II. Taslak</i>	Milletlerarası Tahkim Kanunu II. Taslak
<i>III. Taslak</i>	Milletlerarası Tahkim Kanunu III. Taslak
<i>Tahkim Tasarı</i>	Adalet Bakanlığı Milletlerarası Tahkim Kanunu Tasarısı
<i>Tasarı</i>	Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı

GİRİŞ

I- Konunun Önemi

Tahkim, milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, son otuz yılda, sıklıkla ve özellikle tercih edilen bir metot olmuştur¹. Bunda, aynı dönemde, milletlerarası ticaretin, çok ciddi boyutlarda gelişerek büyümesinin önemli bir rolü ve etkisi olduğu açıktır. Ne var ki, böyle bir sonucun ortaya çıkmasında, başka etkenler de vardır: Tahkimin, *tartışmalı olmakla birlikte*, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde süratli ve ucuz bir yöntem olduğu düşünülür. Yine tahkimin, mahkemeler önünde görülmekte olan yargılamalara göre daha gizli² ve verilen hükmün tanınması-tenfizi bakımından, 1958 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi'nin³ de (1958 New York Sözleşmesi) olumlu katkılarıyla çok daha etkin bir yol, usul olduğu da kabul edilmektedir⁴.

Ne var ki, belki de tahkimin, özellikle *milletlerarası tahkimin*, milletlerarası ticaretin neredeyse ayrılmaz parçası ve âdeta tabii bir sonucu olmasındaki temel etken, milletlerarası ticaretin genel karakterine de uygun olarak, farklı sosyal, ekonomik, kültürel yapılardan ve hukuk sistemlerinden gelen tarafların, uyuşmazlıklarını, tarafsız bir biçimde; hiçbir tarafın millî yahut hukuki değerlerinden etkilenmeksizin ve ona tabi olmaksızın; yalnız kendilerinin arzu ederek belirlediği kurallara uygun olarak çözüme kavuşturabilmeleridir. Böyle bir irade serbestisi, sadece tahkimi tercih ederken değil; tahkimin neredeyse her aşamasında geçerli olmaktadır ki, bütün bunlar, onu, devlet yargısından tümüyle ayırmakta; tercih edilmesindeki

¹ **REDFERN A/HUNTER M/BLACKABY N/PARTASIDES C.**, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, 2004, s. 1. 1697 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu, gelişerek büyümeye başlayan milletlerarası ticaretin devlet yargısıyla yetinemeyeceğinin; devlet yargısı ile milletlerarası ticaretin uyuşamayacağına, bu nedenle tahkimin millî düzeyde düzenlenmesinin bir gereklilik olduğu fikrinin tipik bir sonucudur (**BOCKSTIEGEL K. H.**, The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. **Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995, s. 72. Ayrıca bkz. **TWEEDDALE A/TWEEDDALE K.**, A Practical Approach to Arbitration Law, 1999, s. 6-10.

² 1996 AA §1 yasalaşırken tahkimle ilgili temel ilkelerden *gizlilik* hususunun da düzenlenmesi teklif edilmiş, lakin içeriğinin ve sınırlarının belirlenmesindeki zorluk nedeniyle meselenin uygulamaya ve tahkim kurallarına bırakılması uygun görülmüştür (**RUTHERFORD M/SIMS H. M. J.**, Arbitration Act 1996: A Practical Guide, 1996, s.22-23; **MERKIN R.**, Arbitration Act 1996, London, Hong Kong, 2000, s. 18). Ayrıca bkz. **MISTELIS, A. L.**, Confidentiality and Third Party Participation, 21(2) Arb Int, 2005, 211 vd.

³ RG. 21.5.1991, S. 20877.

⁴ **PHILIP A.**, A Century of Internationalisation of International Arbitration: An Overview, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. **Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995, s. 26-27; **CRAIG W. L.**, Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 30 Tex Int'l L. J. 1995, s. 2-4. Hakem yargılamasının olumlu-olumsuz yönleri konusunda bkz. **SCHÜTZE A. R.**, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 1999, s. 10-13; **DEREN-YILDIRIM N.**, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, ABD 2002/4, s. 38 vd; **ŞANLI C.**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, 2005, İstanbul, s. 221-222; **PEKCANITEZ H/ATALAY O/ÖZEKES M.**, Medeni Usûl Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2006, s. 642-644.

temel unsur hâline getirmektedir⁵. Kısacası, tarihe, 1871 *Alabama Case* olarak geçen ve Cenevre’de görülen yargılamalardan bu yana *tahkim*, milletlerarası alanda, önceleri devletlerin kendi aralarındaki sorunların çözümünde; ardından da ticari yaşamın içinde vazgeçilmez, bir uyuşmazlık çözüm usulü olarak kabul edilmiştir⁶. Bugün dünya, *Alabama Case*’den çok daha farklı tür ve içerikte tahkime tanıklık etmektedir. Ancak, neredeyse tümünde, tahkimin, tarihsel kökleriyle de uyumlu olarak, millî hukuklardan ve onların yargı düzenlerinden bağımsız ve sadece tarafların arzularına tabi oluşu, onu her zaman, devlet yargısına göre gerçek bir alternatif yapmıştır. 1871’de, *Alabama Case*’de yahut diğer saf milletlerarası hukuk meselelerinde bu durum, çoğu kez bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktaysa da; bugün milletlerarası “*ticari*” tahkimde, sözü edilen tercih nedeni, artık yerindeliği sorgulanmayan; *de facto* bir gerçek hâlini almıştır⁷.

Sadece milletlerarası alanda değil; ama millî hukuklar nezdinde yaşanan reform hareketlerinin ve buna bağlı olarak mahkemelerin tahkime yönelik tutumlarındaki değişikliğin de, tahkimin hızla ve gelişerek büyümesine neden olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Aslında, millî hukuklar, hayatın kendisini ve gerçekleri görmezden gelememiştir. Gerçi, zaten, hakem kararlarının tarafların rızasıyla yerine getirileceğinin düşünülmesi, hatta milletlerarası tahkim uygulaması içinde bunun sıklıkla da böyle olduğunun tespiti, hakem kararlarının tanınması-tenfizi ile icrasının son derece önemli bir konu olduğu gerçeğini, değiştirmemiştir. Bu anlamda, örneğin, düzenleme alanı itibariyle 1958 New York Sözleşmesi, 19. yüzyılın sonundan itibaren başlayan süreçte, tahkimin *milletlerarasılaştırılmasındaki* en önemli aşamalardan birini temsil etmektedir. Bugün, tahkimi, daha pratik ve akılcı yapan da belki bu hukuksal dönüşümdür⁸.

⁵ **FOUCHARD P/GAILLARD E/GOLDMAN B.**, on International Commercial Arbitration, Part I-II, *ed Emmanuel Gaillard and John Savage*, The Hague, Boston, London, 1999, s. 1; **HOLTZMANN H.**, A Task for the 21st Century: Creating a New International Court Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, *ed. Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder*, 1995, s. 110-111; **DANILOWICZ V.**, The Choice of Applicable Law in International Arbitration, 9 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 1985-1986, s. 236-237; **SCHWAB K. H.**, The Legal Foundations and Limitations of Arbitration Procedures in the U.S and Germany, *International Arbitration Liber Amicorum* for Martin Domke, *ed. Pieter Sanders*, The Hague, 1967, s. 301. **SMIT H.**, The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?, 25 *Colum. J. Transnat’l L.* 1986-1987, s. 9-12; **KERR M.**, Concord and Conflict in International Arbitration, 13(2) *Arb Int*, 1997, s. 124-125; **HENN G.**, *Schiedsverfahrensrecht*, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 2000, s. 4.

⁶ **KAUFMANN-KOHLER G.**, Introduction, *International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*, *ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki*, 2004, s. 1, 2. *Ayrıca bkz. SCHLOSSER P.*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1989, Rn. 3 vd.

⁷ **KAUFMANN-KOHLER**, *Switzerland*, s. 2. *Ayrıca bkz. SANDERS P.*, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, The Hague, 1999, s. 2 vd.

⁸ **CARBONNEAU T.**, Arbitral Adjudication: A Comparative Assessment of Its Remedial and Substantive Status in Transnational Commerce, 19 *Tex Int* 1984, s. 37; **GOTANDA Y. J.**, An Efficient Method for Determining Jurisdiction in International Arbitration, 40 *Colum. J. Transnat’l L.* 2001-2002, s. 12. Milletlerarası tahkimin

Bugün, milletlerarası tahkim, genellikle iç tahkime (*domestic arbitration*) atfedilen ve devlet yargısına nazaran *istisnai* bir yol olmak şeklindeki genel kabulün aksine⁹; milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, olağan bir biçimde, kendisine öncelikle ve *münhasıran* başvurulmuş, *neredeyse*, tabii bir yargı yolu olarak kabul edilmektedir¹⁰. Tahkimin, bireyler için olduğu, bu hâliyle özel hukuk ve hatta milletlerarası niteliği nedeniyle devletler özel hukuku bünyesinde bulunduğu düşünülebilirse de; kamusal alanda filizlendiği, buradaki değer yargılarından bir hayli etkilendiği ve bugüne kadar yaşanan sorunların özünde de, bu ikilemin olduğu görmezden gelinmemelidir¹¹.

Milletlerarası tahkime karşı artan talep ve ona duyulan güven, böyle bir alanın gerek millî gerekse milletlerarası düzeyde düzenlenmesini; kimi zaman da yeniden ele alınmasını beraberinde getirmiştir. Bir yandan milletlerarası tahkim uygulaması yaygınlık kazanırken, diğer yandan ona ilişkin hukuki düzenlemelerde bir artış ve reform hareketleri dikkati çekmiştir. Bu durum, sadece tahkime yabancı, tahkimle yeni tanışan millî hukuklar için değil; tahkimle iç içe olan, zaten onu bilen ve sıklıkla kullanan hukuk sistemleri için de geçerli olmuştur¹². 1980'li yılların başında, tahkimle ilgili hukuk sistemleri arasındaki, kimi zaman oldukça derin olan bu ayrışma ve farklılaşma, gitgide kapanmıştır ki, 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu¹³, bu yolda atılmış önemli adımlardan biridir¹⁴.

gelişimindeki ekonomik ve tarihi nedenler için bkz. **PATHAK R. S.**, When and Where Do national Courts Reflect an International Culture When Deciding Issues Relating to International Arbitration?, *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, ICCA Congress Series No. 8, 1998, s. 175.

⁹ Örneğin bkz. 15. HD. 19.1.1995, 2876/164 (YKD, 1995/9, s. 1433-1434).

¹⁰ **VARADY T.**, Arbitration Despite The Parties, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, ed. **SUMAMPOUW M/BARNHOORN L.A.N.M/FREEDBERG-SCHWARTZBUR J. AG/TROMM J.J.M/WADE J.A.**, 1992, s. 351, 352; **BERGER K. P.**, International Economic Arbitration, Deventer, Boston, 1993, s. 5, 6; **FOUCHARD /GAILLARD/GOLDMAN**, s. 1; **PETROCHILOS G.**, Procedural Law in International Arbitration, 2004, s. 1 vd; **CARBONNEAU**, *Arbitral Adjudication*, s. 98; **SANDROCK O.**, How Much Freedom Should an International Arbitrator Enjoy- The Desire for Freedom From Law v. The Promotion of International Arbitration, Essays in Honor of Hans Smit, 3(4) Am Rev Int'l Arb 1992, s. 31; **LALIVE P.** Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, 1987, s. 293. Ayrıca bkz. *Kulukundis Shipping Co. V. Amtorg Trading Corp.* 126 F.2d 978, 985 (2nd Cir. 1942).

¹¹ **CARBONNEAU**, *Arbitral Adjudication*, s. 38.

¹² **BENJAMIN P. I.**, The Developing Nations and Certain Legislative Obstacles in the Field of International Commercial Arbitration, *International Arbitration Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, s. 3-4; **BERGER**, s. 1-4, 14.

¹³ 24 İLM 1985, s. 1302 vd.

¹⁴ Tahkimin, özellikle tahkim yargılamasının nihai hakem kararının verilmesinden önceki dönemle birlikte düzenlenmesi, yeknesaklaştırılması gayretlerinde, UNCITRAL Model Kanunu'nun hazırlanması ile son derece önemli bir aşamaya geçilmiştir. UNCITRAL Model Kanunu, UNCITRAL Rules'un düzenlediği ilke ve prensipleri de dikkate almış olmasına karşın, hedefi, devletlerce kabul görebilen kısmen veya tamamen birer millî kanun niteliğini kazanmaktır. *Model Kanun, tahkim kültürü gelişkin olmayan, özellikle milletlerarası tahkim pratiğine uzak ülkeler için başarılı bir kılavuz niteliğindedir* (**PHILIP**, s. 29); **PAULSSON J.**, Lessons of the Last Decade: The Promise and Dangers of Globalisation and Practice Under The LCIA Rules, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. **Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995, s. 60; **BOCKSTIEGEL**, *Looking Ahead*, s. 72-73; **HOLTZMANN**, s. 110-111.

UNCITRAL Model Kanunu, önce 1958 New York Sözleşmesi, ardından da 1976 UNCITRAL Rules ile başlayan sürecin son halkası olup milletlerarası ticarete yaşanan uyuşmazlıkların adil, etkin ve süratli bir şekilde çözümünde gerekli, yeknesak hukuk düzeninin dayanak noktalarındandır¹⁵. Milletlerarası tahkimin düzenlenmesinde yaşanan ve kimi zaman bir yarış görünümü alan bu durum, milletlerarası tahkim uygulamasında son derece önemli bir yeri olan kurumsal tahkimi de etkilemiş, belli başlı tüm tahkim merkezleri, bu dönemde, kurallarını bir kez daha gözden geçirerek yenilemişlerdir¹⁶.

Bugün için yaşanan süreçte gelinen son nokta, milletlerarası tahkimin varlık, gereklilik ve geçerliliğinin sorgulanmasının çok ötesinde olup milletlerarası tahkimi düzenleyen millî hukuk sistemlerinin uyumlu hâle getirilmesi yani mümkün olduğu ölçüde yeknesaklaştırılarak *harmonizasyonu* (*uniformity*) ve neredeyse milletlerarası tahkimin daha da *milletlerarasılaştırılması* olmaktadır¹⁷. Bu durum, aslında, son derece basit bir ihtiyacın sonucudur. *Milletlerarası ticaret, kendisi için özel, herkesin, ancak aynı zamanda hiçbir tarafa da ait olmayan kendi hukuk ve yargı sistemini kurmak peşindedir*. Milletlerarası ticaretteki hukuki güvenliğin, öngörülebilirliğin ancak bu yolla sağlanabileceğine inanılır¹⁸. Bu alanda tam bir başarı, *kanımızca* da beklenmemelidir. Gerçi, başta 1958 New York Sözleşmesi olmak üzere, diğer milletlerarası sözleşmeler ve *özellikle* UNCITRAL Model Kanunu, bu yönde atılmış son derece önemli adımlardır¹⁹. Ancak, millî hukuklar, farklı hukuk kültürleri, millî değerler ve yerel ticari ihtiyaçlar nedeniyle gerekliliklerini ve geçerliliklerini korurken; gerçek bir milletlerarasılaştırma, millî hukuklar sürdüğü sürece, ancak bir ideal olarak

¹⁵ HOLTZMANN H. M/NEUHAUS E. J., A Guide To the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History, Part I-II, 1994, s. 6.

¹⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 157 vd; PHILIP, s. 31; LALIVE P., The Internationalisation of International Arbitration: Some Observations, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995, s. 53-55.

¹⁷ PHILIP, s. 31; KERR, *Arbitration*, s. 125-126; CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 99, 100. Varlığı ve uygulanışı konusunda bir tereddüt bulunmadığı için sorun, önemli ölçüde, tahkimin özellikle devlet yargısı ile (ve günümüzde belki de diğer alternatif çözüm yolları ile) nasıl ilişkilendirileceğine yöneliktir (LEW J. D. M/MISTELIS L. A/KRÖLL S., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, s. 17). Milletlerarası tahkim, farklı sosyal, ekonomik, siyasal yapılardan ve hukuk kültürlerinden gelen insanların bulunduğu, birbirlerine yabancı ekonomik ve hukuki menfaatlerin çatıştığı bir sahadır. Tümüyle yerel ilişkiler için hükmedilmiş; mukayeseli yaklaşımdan yoksun, yerli tahkime has kuralların, milletlerarası tahkime uygun düşmesini beklememek gerekir. Aksi hâlde, millî kanunlar, milletlerarası tahkim uygulamasında bir engel; kendilerinden kaçılması gereken değerler olarak görülecektir (LALIVE, *Internationalisation*, s. 50). Ayrıca bkz. BUCHER A./TSCHANZ P.Y. *International Arbitration in Switzerland*, 1989, s. 13; SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 9-16.

¹⁸ CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 99. HOLTZMANN M. H., *The Geopolitics of Arbitration*, Essays in Honor of Hans Smit, 3 (4) *Am Rev. Int'l Arb* 1992, s. 74.

¹⁹ LUZZATTO R., *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of the States*, 157 *RCADI*, 1977-IV, 1980, s. 19.

kalacaktır²⁰. Buna karşın, millî hukuklar bağlamında, artan kanunlaştırma hareketleriyle beraber, tahkimin doğasına da aykırı olarak *processualisation* 'unun (*judicialization*) yani tıpkı devlet mahkemelerinde olduğu gibi *yargısallaşmasının*; sonuçta kendisinden beklenen esnekliği kaybetmesi tehlikesinin gündeme geldiği ileri sürülmüştür ki²¹ bu, *kanımızca* da, şu anki kanunlaştırma hareketlerince de gözden kaçırılmaması gereken bir husustur²².

Millî hukuk sistemleri arasında, bugün, UNCITRAL Model Kanunu'nun ardından dahi tam bir harmoni sağlandığını söylemek, güçtür. Gerçi, milletlerarası tahkim alanında, taraflara tanınmış azami irade serbestîsi ve tahkimle ilgili konularda, hakemlerle mahkemeler (*gerek tahkim gerekse tenfiz yeri mahkemeleri*) arasında, yargı yetkisinin hakemler lehine yeniden paylaşımı, bugün neredeyse egemen ilke olarak kabul edilmekteyse de²³ uygulamada, her zaman aynı sonuç geçerli olmamaktadır. Bunda, özellikle tahkime ilişkin ülke mevzuatlarının millî-yerel nitelikleri etkilidir. Kanunlar ihtilafı kurallarından ibaret olan hükümler, milletlerarası nitelikteki meseleleri, milletlerarası kabul görmüş ilkeleri referans alarak düzenleseler de, yine de ülkenin kendi yerel değer yargıları ile hukuk politikasını yansıtmaktadırlar (*örneğin bkz. MTK m. 7/H; NCPC. Art. 1458; bir ölçüde 1961 Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Cenevre-Avrupa Sözleşmesi*²⁴ -1961 Cenevre Sözleşmesi- m. VI, 3)²⁵.

Milletlerarası tahkime karşı takınılan *hasmane* tutum nedeniyle millî hukuk sistemleri arasında oluşan bu farklılaşma, milletlerarası tahkimin belki de kendisini korumak kaygısıyla ortaya çıkardığı bir diğer akımı beraberinde getirmiştir ki, *a-national, delocalised* tahkim, *milletlerarası tahkimin millî hukuk sistemlerine ve onların mahkemelerine karşı olan,*

²⁰ **BUCHER A.**, Court Intervention in Arbitration, International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity, Twelfth Sokol Colloquium, eds. Richard B. Lillich, Charles N. Brower, 1994, s. 44; **KERR**, *Arbitration*, s. 127. Ayrıca bkz. **NOMER E/ŞANLI C.** Devletler Hususi Hukuku, 12 Bası, İstanbul, 2003, s. 457.

²¹ **PAULSSON**, *Lessons of the Last Decade*, s. 61 vd; **BUCHER**, s. 43; **DE LY F.**, The Place of Arbitration in the conflict of laws of international commercial arbitration: an exercise in arbitration planning, The Place of Arbitration, eds. **M. Storme, F. De LY**, 1992, s. 3; **SANDERS**, *Quo Vadis Arbitration*, s. 22-24; **BERGER**, s. 9.

²² Oysa tahkimin, ticaret dünyasında yaygın kabul görmesinin ardında, onun, devlet yargısına değil; daha ziyade uzlaşmaya yakın bir müessese olması yatmaktadır (**DAVID R.**, *Arbitration in International Trade*, Deventer, Boston, London, Frankfurt/M., 1985, s. 35).

²³ **HERRMANN G.**, The Role of The Courts under the UNCITRAL Model Law script, Contemporary problems in international arbitration, ed. **Julian D M Lew**, 1986, s. 166 vd; **BERGER**, s. 17; **CALAVROS C.**, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld, 1988 s. 8 vd.

²⁴ *RG. 21.5.1991, S., 20877*; Sözleşmenin yayınladığı tarih, *RG. 23.09.1991, S. 21000*.

²⁵ **DAVID**, s. 137; **BERGER**, s. 18; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 2, 3. Ayrıca bkz. **PHILIP**, s. 32-32; **LALIVE**, *Internationalisation*, s. 56-58; **PAULSSON**, *Lessons of the Last Decade*, s. 62-63; **BOCKSTIEGEL**, *Looking Ahead*, s. 77-81; **BUCHER/TSCHANZ**, s. 14, 15; **BENJAMIN**, *Commercial Arbitration*, s. 5-9; **GAILLARD E.**, The Negative Effect of Competence-Competence, 17(1) Mealey's IAR 2002, s. 27 vd.

bağımsızlık hareketini simgelemektedir²⁶. Bunun olumlu bir gelişme olup olmadığı, gerekip gerekmediği, bugün için de geçerliliğini koruyup korumadığı, tartışmaya açıktır²⁷. Gerçi, millî kanunlar düzeyindeki bu farklılaşmayla bağlantılı olarak, henüz milletlerarası tahkim uygulamasında da tam bir uyumun, ortak bir tahkim kültürünün, bulunduğunu söylemek mümkün değildir²⁸.

Delocalisation kavramı ve detayları hakkında ayrıntılı değerlendirme, ileride yapılacaktır²⁹. Ancak, şurası kesindir ki, bu durum, aslında, tahkim alanında ortaya çıkan *milletlerarasılaştırma hareketinin* görünümülerinden biridir. Hâkim düşünce, farklı sosyal-kültürel ve hukuki altyapılardan gelen tarafların tahkimlerinde, tam bir tarafsızlığın sağlanabilmesi için *olabildiğince*, ilgili millî hukuklardan ve mahkemelerinden özellikle olumsuz yönde etkilenmelerinin önüne geçmektir. Varlık ve geçerliliğin tespiti için *lex mercatoria*³⁰ biçimindeki *transnational* bir hukuk düzeni dışında, hiçbir millî/milletlerarası hukuk normuna ihtiyaç duyulmaması; *şayet gerekiyorsa* gerçekleştirilecek denetimin de ancak hükmün icra-tenfiz edileceği yer mahkemelerince ve yine olabildiğince dar bir biçimde yapılması, *delocalisation* fikrinin ana unsurlarıdır³¹. Ne var ki, yaşanan harmoni ve hayata geçen yeknesaklaşma (*uniformity*) sonucunda, talep edilenlerin önemli bir kısmının özellikle millî kanunlarda zaten hüküm altına alınmış olması nedeniyle *delocalisation* kavramına duyulan ihtiyacı; ondan beklenen faydayı ve işlevi, belki de yeniden gözden geçirip sorgulamamız gerekecektir³². Gerek millî kanunlara bağlanma ihtiyacı gerekse tam bağımsızlık ile beraber

²⁶ **GOODE R.**, The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration, 17(1) Arb Int, 2001, s. 20.

²⁷ **PHILIP**, s. 32-33. Bu yaşananların bir ilüzyon olduğu da ileri sürülmüştür. Zira tahkim, *ne* yine millî hukukların uygulandığı, istisnai ve aslında mahkemelerin uzantısı olan bir kurumdur *ne de* tıpkı başlangıçta düşünüldüğü üzere salt bir *amiable composition*'dan ibarettir. Tahkim, aslında, yeni bir hukuk düzenine duyulan özlemin; bu hukukun yaşandığı ve yaratıldığı yerin adıdır (**CARBONNEAU**, *Arbitral Adjudication*, s. 38). Ayrıca bkz. **SCHLOSSER**, Rn. 188 vd.

²⁸ **PHILIP**, s. 32-33.

²⁹ *Bkz. §1, I, E.*

³⁰ **NAÓN G. A. H.**, Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Tübingen, 1992, s. 26 vd; **SCHLOSSER P.**, Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 28 RIW 12/1982, s. 865-867; **LIONNET K.**, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Zweite, neubearbeitete Auflage, 2001, s. 250-252; **AKINCI Z.**, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, s. 14 vd, 173 vd.

³¹ **MAYER P.**, The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. **Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995, s. 37 vd; **BOCKSTIEGEL**, *Looking Ahead*, s. 79; **CARBONNEAU**, *Arbitral Adjudication*, s. 38, 39.

³² **BOCKSTIEGEL**, *Looking Ahead*, s. 82. Elde ettiği tüm başarıya ve sağladığı yeknesaklığa karşın, tahkim yeri hukuku ve mahkemelerine attığı önem ve yüklediği işlev ile tenfiz yeri ülkesi mahkemelerinin birbirlerinden kimi zaman çok farklı yorum ve uygulamaları, 1958 New York Sözleşmesi'nin önündeki en büyük engellerdendir. *Sorunun çözümü, sadece yeknesak hukukta değil; ancak yeknesak hukuku uygulayacak tek bir mahkemenin kurulmasında görülmüştür* (**HOLTZMANN**, s. 112; **SCHWEBEL M. S.**, The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. Martin Hunter; Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995, s. 115 vd; **PECHOTA V.**,

gündeme gelecek keyfilik ve öngörülemezlik, *delocalisation* kavramının âdeta tabii sınırlarıdır³³.

Dünya üzerinde devletler ve her bir devletin de bir hukuk-yargı sistemi olduğu sürece, millî hukuk sistemlerinden mutlak ve tam bağımsız olma, mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle *delocalisation*'un artık *multi-localisation* olarak kabulü gerekebilecektir. Millî hukuk sistemleri arasındaki artan harmoni ve hatta ileride sağlanacak yeknesaklık, *localisation*'un önemini, ortadan kaldıracığından ve dünya, âdeta tek bir *lex fori* altında birleşmiş gibi olacağından, *tahkim yeri-tenfiz yeri* ayırımına ihtiyaç kalmayabilecektir (NCPC Art. 1502, 1504; 1965 Devlet ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkındaki Konvansiyon³⁴ –1965 Washington (ICSID) Sözleşmesi- m. 53, 54)³⁵.

Milletlerarası tahkim, bir görüşe göre, ancak etkin-geçerli tahkim anlaşmaları, verimli usul kuralları, tecrübeli tahkim merkezleri, milletlerarası tahkimin gereklerine duyarlı; tahkime dost millî tahkim kanunları ve mahkemeler ile yeknesaklığı sağlayacak milletlerarası sözleşmeler üzerinde, yükselerek gelişebilir³⁶. Çalışmamızın, sayılan bu unsurlardan doğrudan, millî hukukları ve mahkemeleri ilgilendirdiği düşünülebilirse de, Türkiye'nin de taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerden (1958 New York Sözleşmesi, 1961 Cenevre Sözleşmesi, 1965 Washington –ICSID- Sözleşmesi) (MTK m. 1/VI) veya tarafların akdetmiş oldukları tahkim anlaşmalarından ya da onların seçtikleri tahkim kurallarından (MTK m. 8/A) soyutlanması mümkün değildir. Çalışmamız bakımından, Türk mahkemelerinin bir milletlerarası tahkim yargılamasındaki *rolünün* ne olacağı; ne kadar olacağı; dahası olup olmayacağına tespiti, yukarıda sözü edilen ve milletlerarası tahkimin de temelini oluşturan unsurların mukayeseli olarak incelenmesiyle mümkündür. Yaşanan harmoni ve yeknesaklaşma ise pozitif hukuk açısından, sadece bizlerin işini kolaylaştırmaktadır.

II- Çalışmanın Kapsamı

Öğretide, yapılan tartışmaların çokluğuna karşın ve zannedilenin aksine, uygulama da dikkate alındığında, mahkemelerin ve özellikle tahkim yeri hukuklarının tahkim yargılamaları ve genel olarak tahkim üzerinde, çok da büyük etkilerinin olmadığı ileri sürülmüştür. Zira

The Future of the Law Governing The International Arbitral Process: Unification and Beyond, Essays in Honor of Hans Smit, 3(4) Am Rev Int'l Arb 1992, s. 28).

³³ BOCKSTIEGEL, *Looking Ahead*, s. 78-79.

³⁴ RG. 02.06.1988, S. 19830.

³⁵ MAYER, s. 46.

³⁶ HOLTZMANN, s. 110.

çoğu kez, benzer duyarlılıkları paylaşan; ortak bir tahkim kültürünün sahipleri ve mirasçıları olan taraflarca gerek tahkim anlaşmalarının gerekse hakem kararlarının gereğinin, zaten kendiliğinden yerine getirildiği düşünülmektedir³⁷. Oysa olması gerekeni yansıtan ve bir ölçüde de temenni niteliğindeki bu düşünce, öğretide yanlış olmamakla birlikte eksik bulunmaktadır: Millî hukuk sistemlerinin ve dolayısıyla mahkemelerin, *teorik düzeyde de kalsa; pratikte hiç fark edilmese de*, tahkim üzerinde bir etkisi ve ağırlığı bulunmaktadır. Tarafların ve hakemlerin, sınırsız bir irade serbestisine itibar etmektense; yerel hukuk sistemlerinin öngörülerine uymalarına; aksine hareket etmemelerine, bu etki, sebep olmaktadır³⁸. Uygulamada, mahkemelerin ne oranda ve hangi sıklıkta etki gösterdikleri konusunda, bazı tahminlerde bulunmak mümkündür. Ancak, emin olunan husus, ölçsüz, zamansız ve haksız mahkeme müdahalelerinin, tahkime, müessese olarak itibar edilmesini engelleyeceği, kullanımını azaltacağı yahut kimi zaman, böyle bir müdahale tipini etkisizleştirmeye çalışacak karşıt görüş ve akımların doğmasına neden olacağıdır. Zira her etki, bir tepkiye neden olmaktadır³⁹.

20. yüzyılın son çeyreği bir kenara bırakılacak olursa, tahkim ile mahkemeler arasındaki ilişkinin hiç bitmeyen bir iktidar mücadelesi olarak vasıflandırıldığı görülecektir. ***Mücadelesi verilen iktidar, yargısal anlamda, son sözün kimin tarafından söyleneceğine ilişkindir.*** Yukarıda, ayırık bırakılan zaman dilimi, özellikle böyle bir geçmişin üzerine inşa edilmiştir. Söz konusu mücadele ve bu mücadelede tarafların birbirlerini etkisiz kılmak için geliştirdiği argümanlar, *aslında*, yeniden gözden geçirilmek suretiyle modern tahkim kanunlarının temelini oluşturmuştur⁴⁰.

Çözümü öncelikle gereken soru, tahkim sürecinde, mahkemelerin *neden* bir rolünün (*olumlu ve olumsuz yönleriyle beraber*) olduğu veya olması gerektiğidir. Tarihte, mahkemelerin etkisinden uzakta, kendi kendine yeterli, dışarıya kapalı, mahkemelerin yardımının ve denetiminin istenmediği; aslında bunu da gerektirmeyecek bir tarzda, ticaret odaları (loncalar) bünyesinde yürütülmüş tahkimlerin olduğu bilinmektedir. Tahkim yargılamasına ve sonunda verilen karara itibar edilip gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde, loncalarca uygulanan ve üyeleri arasında geçerli ticari, ekonomik, hatta sosyal baskı ve

³⁷ **KERR M.**, Arbitration and The Courts: The UNCITRAL Model Law, 34 ICLQ 1985, s. 11.

³⁸ **SAMUEL A.**, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, U.S and West German Law, 1989, s. 17. *Karş.* **PAULSSON J.**, The Extent of Independence of International Arbitration from the law of the situs, Contemporary Problems in International Arbitration, ed **Julian D. M. Lew**, 1986, s. 142-146.

³⁹ **SAMUEL**, s. 18.

⁴⁰ **FORTIER L Y.**, The Never-Ending Struggle between Arbitrators and Judges in International Commercial Arbitration, *Liber Amicorum* Karl-Heinz Böckstiegel, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001, s. 177.

müeyyideler, mahkemenin yani devletin gücünü gereksiz kılmıştı⁴¹. Oysa günümüz ticaret dünyası, böyle bir anlayışı, *ne* kabullenecek *ne de* bununla yetinecek düzeydedir. Hakem kararlarının icrası-tenfizi gerektiğinde, mahkemelerin yani devletin gücüne ihtiyaç duyulduğu ve bunun talep edildiği noktada, artık kimsenin tereddüdü yoktur⁴².

Burada gözden kaçırılmaması gereken bir başka sosyal denge daha vardır. Milletlerarası ilişkilerde, özellikle ticari olanlarında, taraflar, mahkemelere rağmen tahkimi, son derece bilinçli bir nedenle de seçmektedirler: Tarafların, kendilerine ve ilişkilerine karşı tarafsız olduğu kabul edilen bir *forumda*, kendilerinin belirledikleri bir usulde, yine kendilerince seçilen hakemler önünde yargılanılabilmeleri; verilen hükmün de mahkeme kararlarına nazaran daha çok yerde ve daha kolay tenfizinin mümkün olması, tahkimin geçen yüzyılın son çeyreğinde âdeta patlamasına neden olmuştur. *Tahkimden bu beklentilere karşı, yerel kaygılardan hareketle öznel, haksız ve aşkın bir müdahalenin mi geçerli olacağı yoksa bunların korunup evrensel değerler temelinde mi geliştirileceği, ülke mahkemeleri tarafından değerlendirilecek bir yol ayrımıdır*⁴³.

Mahkemelerin, *nihai karar sonrası dönemdeki* rolü ve müdahalesi yanında; göz ardı edilmemesi gereken bir diğer durum ise *nihai karar öncesi*, yani tahkim yargılamasının sürdüğü dönemde ve hatta böyle bir yargılamanın başlamasından önce, mahkemelerin bir rolünün, etkisinin olup olmadığıdır⁴⁴. Zira çoğu kez görüldüğü ve görülebileceği üzere, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, taraflardan birinin, aralarındaki uyuşmazlığı, doğrudan mahkemelere taşıması mümkündür. Bu hâlde, diğer tarafın ileri süreceği tahkim itirazı (**MTK m. 5/I**) ile uyuşmazlığın tahkimde çözülmesini temin etmek; bir anlamda, tahkim anlaşmasının *taraflarına rağmen* korunmasını sağlamak, gereğini yerine getirmek, mahkemelerin işi olmaktadır. Taraflardan birinin, uyuşmazlığın esasıyla ilgili bir davayı doğrudan mahkemelerde açmaktansa, bu sefer, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin yine mahkemeler yoluyla ilk elden tespitini istemesi de mümkün olabilmektedir (ZPO §1032/II; 1996 AA §32; *karş.* HUMK m. 519). Hakem heyetinin oluşumu esnasında; tahkim yargılamasının devamı süresince hakemlerce verilecek kararların bir kez de mahkemelerce denetlenmesi durumunda; tahkikat için gereken delillerin toplanması sırasında; geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi yahut hakemlerce hükmedilenlerin icrasına yardımcı

⁴¹ **MUSTILL J. M.**, Transnational Arbitration in English Law, 37 CLP 1984, s. 135.

⁴² **PAULSSON J.**, Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why Matters, 32 ICLQ 1983, s. 54; **DE VRIES P. H.**, International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, 57 Tul L. Rev. 1982-1983, s. 47.

⁴³ **FORTIER**, s. 178.

⁴⁴ **BÖCKSTIGEL H.K.**, The Role of National Courts in the Development of an Arbitration Culture, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series No 8, 1998, s. 223 vd.

olunması örneklerinde, devlet mahkemelerinin olumlu veya olumsuz; ama mutlaka bir etkisinin olduğu görülecektir⁴⁵.

Mahkemelerin tahkim içindeki rolünün sadece hükmün icrası-tenfizi anına sıkıştırılması, tahkimde, mahkemelerin rolüne ilişkin *minimalist* bir anlayışın ürünüdür. Oysa daha başta, tahkim anlaşmasının hiç olmazsa bir sözleşme olarak gereğinin yerini getirilebilmesi için mahkemelerce tanınması ve onun lehine yargılama yapmaktan kaçınılması gerekir⁴⁶. Hiç şüphesiz ki, tahkim anlaşması geçerli değilse veya uyuşmazlığın esası tahkime elverişli bir konuyu içermiyorsa mahkemelerce böyle bir sözleşmeye itibar edilip lehine yargılama yapmaktan kaçınılacak değildir. Tam bu noktada, çözümü gereken üç soru bulunmaktadır:

- a) Tahkim anlaşmasının geçerliliğine veya uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına *öncelikle* kimin tarafından karar verilmelidir? Mahkemelerce mi? (ZPO §1032/I, II; Model Kanun m. 8/I) yoksa hakemlerce mi? (NCPC Art. 1458);
- b) Böyle bir belirlemenin mahkemelerce yapılması hâlinde, uygulanacak hukuk ve yapılacak yargılama ile verilecek hükmün hakemler üzerindeki bağlayıcılığı ne olacaktır? (NCPC Art. 1458/II; PIL Art. 7; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3; Model Kanun m. 8/II; ZPO §1032/III);
- c) Yapılacak bu tip bir denetimin, tahkimle ilgili olarak mahkemelerin yardımının, müdahalesinin talep edildiği *her* durumda (*hakemlerin seçimi, hakemin reddi, geçici hukuki korumalara hükmedilmesi veya kararının icrasına yardım edilmesi vb.*) [yahut hangi hâllerde] yapılması veya yinelenmesi gerekecek midir?

Genellikle ifade edildiği şekliyle *mahkemelerin yargı yetkisi, hakemlerin yargı yetkisinin bittiği yerde başlamaktadır*. Bu nedenle de hakemlerle hâkimler, tahkim yargılaması ile mahkemeler arasındaki ilişkinin bir rekabet değil; âdeta birbirlerini tamamlayan, eksikliklerini örten bir *ortaklık* olduğu sonucuna varılmıştır. Öyle ki, hakemler ile mahkemeler, *adaletin sağlanması-icrası (administration of justice)* adlı iş kolunun mensubudurlar. Aradaki tek fark, mahkemelerin söz konusu iş kolunun kamu sektöründe; hakemlerin ise özel sektörde bulunmasıdır⁴⁷. Ne var ki, çoğu zaman, söz konusu ortaklık, mutlu ve huzurlu bir ilişkiyi

⁴⁵ Tahkim anlaşmasıyla tarafların gerçekleşmesini arzu ettikleri sonuçların geçerli bir biçimde doğumu, *ancak* söz konusu anlaşmanın mahkemelerce ve dolayısıyla millî hukuklarca tanınması ve benimsenmesi hâlinde mümkündür. Bütün bu nedenlerle tahkime uygulanacak hukuka (*lex arbitri*) yönelik tartışmalar aslında, öncelikle tahkim ile mahkemeler arasında kurulacak bir ilişkiye yöneliktir (**KERR**, s. 1, 2). Ayrıca bkz. **HARBST R.**, Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, Ein Rechtsvergleich zwischen dem englischen Arbitration Act 1996 und deutschem Schiedsverfahrensrecht, Heidelberg, 2002, s. 19.

⁴⁶ **KERR**, s. 1-2; **SAMUEL**, s. 20.

⁴⁷ **KERR**, s. 2; *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd.* [1981] AC 921; **MELIS W.**, Arbitration and Courts, UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1984, s. 85; **MELIS W.**, Arbitration and the Courts,

değil; bir çatışmayı ve mücadeleyi içermiştir. Mücadelenin galibi, son zamanlarda hep ortaklardan *tahkim* olmuştur. Şu anda, tahkim şeklindeki ürünün *tüketicilerinin* beklenti, talep ve arzularının egemen ve asıl olduğu bir dönemin içindeyiz. Sadece tahkim merkezleri değil; ama aynı zamanda millî hukuklar ve mahkemeler de *artık* tüketici memnuniyetinin sağlanması yarışının içindedir. Ortaklık, artık, bu tip bir rekabetin gölgesindedir⁴⁸.

Sözü edilen ortaklığın bir anlamda iştegal alanı, genel olarak tahkime yardım edilmesi-tahkimin desteklenmesi (*powers of assistance*) ve tahkimin denetlenmesi (*powers of supervision-powres of intervention*) konularındadır. Bunlar aynı zamanda, mahkemelerin tahkimdeki rolünün de kapsamını oluşturmaktadır. Tahkim ile mahkemeler arasındaki bu ortaklık şeklindeki ilişki, zamansal olarak da kategorilere ayrılabilir⁴⁹:

- a) Tahkim yargılamasına başlanırken, yargılama öncesi *yardım-denetim*;
- b) Yargılamanın devamı esnasındaki *müdahale ve katılım*;
- c) Hakemlerce verilen kararın ardından bunun *denetimi ve icrası ile tenfizi aşamaları*.

Tüketici memnuniyetinin sağlanması yarışında, *millî hukuklar* bağlamında, harmonizasyon ve yeknesaklaşma hareketleri yaşanırken; *mahkemeler* ile *tahkim* (hakemler) arasındaki o eski çatışmanın bütün bu harmoni gayretlerine rağmen sürdüğü görülecektir. Özellikle mahkemeler ile tahkim arasındaki ilişkinin, gerçek bir *ortaklık ile zoraki evlilik* arasında gidip geldiği de ileri sürülmüştür. Öte yandan, *tahkimin bağımsızlığını savunan en radikal görüşlere göre dahi tahkimin kendi içinden, taraflarınca sabote edilmesi hâlinde, onlara karşı korunması, mahkemelerin işi olmaktadır*. Taraflar arasında bir gerilimin olduğu gerçektir. Ne var ki, tahkimin sözleşmesel yapısı ve ondan olan beklentiler, millî hukukların ve mahkemelerin kendi *yemel* değer yargıları ile *transnational* bir kurum olduğu düşünülen tahkime müdahale etmesine karşıyken, şayet bu müessese, bir tehlikeye düşer ise onu kurtaracak ve bunun için gereğinde cebrî gücüne başvuracak yegâne otorite, yine mahkemeler olmaktadır⁵⁰.

Anılan mücadelenin yaşandığı alanlardan biri de *tahkim yeri* hukuku ve mahkemeleridir. Tahkim yeri hukuku ve mahkemelerinin ülkesi üzerinde cereyan eden tahkim yargılamasına

Arbitration 1985, s. 453; FORTIER, s. 178; RUTHERFORD/SIMS, s. 27. Ayrıca bkz. REDFERN/HUNTER /BLACKABY/PARTASIDES, s. 328.

⁴⁸ KERR, s. 5; SAMUEL, s. 22.

⁴⁹ KERR, s. 4; BÖCKSTIGEL, s. 223.

⁵⁰ Şayet mahkemelerce duyulan kaygı, bağlayıcı nitelikteki hakem kararları ile adaletin ve ona duyulan güvenin sarsılabileceği ise bu hâlde, önerilen çözüm, *yargısal müdahale değil; tahkim usulünün ve hakemlerin kalitesiyle güvenilirliğinin artırılmasıdır*. Yargısal müdahale, tahkimin antitezidir. Bu gerilimin çözümünde anahtar rol, daha iyi, daha doğru, daha adil kararların verilemesidir. *Tahkime ve verilen kararlara duyulan güven, yükselen kaliteyle birlikte yargısal müdahale alanlarını da nedenlerini de ortadan kaldıracaktır* (REID S. A., The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?, 21(3) J Int'l Arb 2004, s. 237). Ayrıca bkz. HARBST, s. 20.

karşı, nasıl bir tavır takınacağı; ona hükmetmesinin mümkün olup olmadığı; bunun gerekip gerekmediği şeklindeki sorular, *hem* tahkimin hukuki niteliği ile ilgilidir *hem de* tezimizin ağırlık merkezini oluşturmaktadır. ***Tahkimin bağımsızlığı hareketince verilen en şiddetli mücadeleler, bu cephede yaşanmaktadır.*** Bu mücadeleyle ilgili *iki örnek*, tezimizin sadece önemini ve kapsamını somutlaştırmakla kalmamakta; yaşanan çatışmanın kimi kez nasıl vahim sonuçlara da sebebiyet verdiğini gözler önüne sermektedir⁵¹.

Örneklerden ilki, milletlerarası tahkim hukuku ve uygulamasında, oldukça yakından bilinen bir olaya ilişkindir (*ayrıca bkz. MTK m. 1/V; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. II*)⁵². Endonezya'daki jeotermal enerji kaynaklarının işletilmesi ve açığa çıkan enerjinin bir kamu kurumu olan PLN'ye (Indonesian State Electricity Corporation) satılması amacıyla CalEnergy ile söz konusu kamu kurumu arasında bir sözleşme akdedilir. 1990'lı yıllarda yaşanan ekonomik krizin ardından ödenmeyen bedeller hakkında, UNCITRAL Rules'a göre CalEnergy ile PLN arasında, bir tahkim yargılaması gerçekleşir ve tahkim, CalEnergy lehine verilen hükümlerle sona erer. Ne var ki, hükmün gereği yerine getirilmez. Bu sefer, CalEnergy, Endonezya devleti aleyhine, aynı sözleşmeyle yükümlendiği garanti taahhüdü nedeniyle yine UNCITRAL Rules'a tabi; tahkim yeri Jakarta olan bir tahkim yargılaması başlatır. Tahkim yargılamasının başlamasının ardından, enerji ile ilgili bir diğer kamu kurumu olan Pertamina, Jakarta mahkemelerinden, söz konusu tahkim yargılamasının bir üçüncü kişi olarak haklarını olumsuz yönde etkileyecek olması nedeniyle hem anılan yargılamasının geçersizliğinin tespitini

⁵¹ Tahkim yargısı ile mahkemeler arasında yaşanan bu mücadelenin bir anlamda, tahkime taraf olanlar ile mahkemeler veya devlet arasında geçtiğini söylemek, yanlış olmaz. Kendisine karşı bağımsızlık kazanılacak olan, devletin hukuk sistemi ve onun yargı düzeniyken; bu bağımsızlığı talep edenler ise milletlerarası ticaretin aktörleri, sükeleri olmaktadır. Her mücadelede olduğu gibi, bu mücadelenin de mağdurları vardır. Hakemlerin, hukuki nitelikleri gereği, âdeta çatışmanın tam ortasında kaldıklarını söylemek hiç de yanlış olmayacaktır. Zira yargı yetkisini *öncelikle* tarafları arasındaki sözleşmeden alan; emeğinin karşılığını yine tahkimin taraflarından karşılayan; tarafların ortak iradesi neticesinde, böyle bir işlevi yerine getiren kimselerden yani hakemlerden, aynı zamanda, bir yargılamaya ilişkin asgari standartları haiz, adil bir kararla sonuçlanacak yargılama yapmasını beklemekteyiz. Devletin ülkesi üzerindeki adalet hizmetine ve bir anlamda mahkemeleriyle hâkimlerine rakip olan hakemlerin üzerinde, belki vatandaş dahi olmadığı bir devletin kamu düzeni veya hukuk sisteminin ağır baskısı bulunmaktadır. **Tam bağımsızlık veya şartsız itaat arasında sıkışan hakemlerin yükleri çok ağırdır:** Zorluk büyük ölçüde, tahkimin hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. Şayet bir mücadele varsa hakemler yönünden bu, iki cephelidir. Tahkimde, taraflar yönünden geçerli olan irade serbestisinin, yargılamasının devamı esnasında, *kimi zaman hakemlere de rağmen* geçerli olup olmadığı, tartışmalıdır. Aynı esnada, hakemlerin tahkim yeri hukukunun emredici hukuk normları yanında kamu düzenine ilişkin hükümlerine de riayet edip etmeyeceği; tahkim yeri mahkemelerince iptal edileceği muhakkak olan bir kararı, sırf başka bir yerde tenfizinin mümkün olması nedeniyle verip veremeyeceği, son derece tartışmalı ve bugün için henüz yeknesak bir biçimde çözüme kavuşturulamamış sorunlardır. 1975 tarihli Güvenlik ve İşbirliğine Dair Helsinki Nihai Senedi'nde, milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların bir an evvel ve adil bir biçimde çözüme kavuşturulmasının milletlerarası ticareti ve işbirliğini geliştirerek yaygınlaştırılacağı; tahkimin ise anılan türdeki uyuşmazlıkların çözümü için en uygun usul olduğu kabul edilmiştir. Oysa tahkim yargısının nasıl ve *gereğinde* nelere rağmen yürütülmesinin gerektiği, tahkim ile mahkemeler arasında yaşanan mücadelenin tam arasında kalan hakemlerin her iki cepheye karşı birden, aynı anda vermiş olduğu bir başka mücadelenin konusudur (**BERNARDINI P.**, The Role of the International Arbitrator, 20(2) Arb Int. 2004, s.113-122). *Ayrıca bkz. KAPLAN Y.*, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara, 2002, s. 47, 49.

⁵² *Himpurna California Energy Ltd v. The Republic of Indonesia*, XXV YBCA 2000, s. 109-215.

hem de böyle bir yargılamaya devam edilmemesi emrini (*injunction*) içeren, bir karar verilmesini ister. Talep doğrultusunda, mahkeme böyle bir karar da verir. Sorun, artık hakemlerce tahkim yargılamasına devam edilip edilmeyeceği; bir başka ifadeyle tahkimin akıbetinin ne olacağı noktasında, toplanmaktadır⁵³.

Hakemler, yargılamayı durdurmayı reddederler; tahkim yerini değiştirmeksizin, duruşmaların Hague’da yapılmasına karar verilir. Ancak bu esnada, Endonezya devletinin taraf-hakeminin yargılamaya katılmasına, yurt dışına çıkışına müsaade edilmez ve yargılama, bütün bunlara rağmen, *iki kişilik hakem heyeti* tarafından tamamlanarak sona erdirilir; hüküm devletin aleyhinedir. Hakemlerin ortaya koyduğu gerekçeler, incelemeye değerdir (*ayrıca bkz. UNCITRAL Rules Art. 16/I; 28/II*):

- a) Tahkim anlaşmasının tarafı olan devlet, *de jure* kontrol ve denetimi altındaki bir kamu kurumuna, kendisi için akde aykırılık yaratabilecek davranışta bulunmaması konusunda, mâni olmamıştır.
- b) Devletin, tahkim anlaşmasının imzalanmasının ardından kendi iç hukukuna dayanarak söz konusu anlaşmanın gereklerini yerine getirmekten kaçınması, milletlerarası kamu düzenine aykırıdır. Aksi düşüncenin kabulü, devletle yapmış olduğu anlaşmanın gereğinin yerine getirilmesini talep eden –*yabancı*- kişi bakımından, adaletin tecellisinin inkârı (*denial of justice*) anlamına gelir⁵⁴.
- c) **Bir milletlerarası hakem heyeti, her hâlükarda, tahkim yeri mahkemelerinin hükümlerine, egemenliği altında değildir.** Söz konusu hakem heyetinin yargı yetkisi (*adjudicatory authority*), devletin egemenlik yetkisinden değil; tümüyle ve sadece milletlerarası düzenden (*international order*) kaynaklanmaktadır.
- d) Mahkemece verilen kararın yerindeliği son derece tartışmalı olduğu gibi, içeriği de açık değildir. Bir an için böyle bir karara itibar edilecek dahi olsa, bu, hakemler için değil; olsa olsa taraflar için bağlayıcı ve anlamlı olabilir⁵⁵.

Tahkim yeri hukuku ve mahkemeleriyle girişilen bu amansız mücadeleye ve ortaya çıkan vahim tabloya ilişkin bir diğer örnek de esasen benzer içeriktedir⁵⁶. Uyuşmazlık, Addis Ababa’da, Avrupalı bir inşaat şirketi tarafından gerçekleştirilecek altyapının inşasına ilişkindir. FIDIC kurallarına tabi sözleşme, *tahkim yeri* Addis Ababa olan bir ICC tahkim şartını içermektedir. Yaşanan uyuşmazlığın ardından başlatılan tahkim yargılamasında, söz

⁵³ SCOTT D., Commentary: Practical Options when Faced with an Injunction Against Arbitration, 18(3) Arb Int 2002, s. 328 vd. *Ayrıca bkz. KERR, Arbitration*, s. 136-139.

⁵⁴ JIMENEZ de ARECHAGA E., International Law in the Past Third of the Century, I RCADI, 1978, s. 278.

⁵⁵ KERR, *Arbitration*, s. 138.

⁵⁶ SCHERER M., The Place or “Seat” of Arbitration (Possibility and/or Sometimes Necessity of its Transfer?)-Some Remarks on the Award in ICC Arbitration No. 10623, 21(1) ASA Bulletin 2003, s. 112-119.

konusu kamu kurumu, hakemlerin yargı yetkisinin bulunmadığını ileri sürer. Hakemlerce layihalar teatisine ve duruşmanın Paris’de yapılmasına karar verilir.

İlgili kamu kurumu, tahkim yeri Addis Ababa olmasına rağmen duruşmaların Paris’te yapılmasına karar verilmekle davalı taraf olarak kendilerinde, hakemlerin tarafsızlığı hususunda da şüpheler oluştuğundan bahisle hakemlerin reddini, ICC Divanı’ndan talep eder (ICC Rules Art. 11). Talep, Divan tarafından reddedilir; ancak Etiyopya Yüksek Mahkemesi, hakemlerin reddine yönelik aynı başvuruyu, kendi usul kanunlarına göre dikkate alır ve mahkemece karar verilinceye kadar, hakem yargılamasının *tedbiren* durdurulmasına hükmeder (*karş.* Model Kanun m. 13/III; 16/III; **MTK m. 7/D/I**). Oysa bu esnada, hakemler, diğer bir takım itirazlar yanında, Yüksek Mahkeme’nin tahkim yargılamasının tedbiren durdurulmasına ilişkin kararının kendilerini etkilemeyeceği hakkında da karar verirler:

- a) Hakemler (*tahkimin kendisi*), mahkemelerce verilen böyle bir kararın muhatabı olamazlar. Hakemlerin hiçbiri, Etiyopyalı değildir. Tedbirin de konusunu oluşturan duruşmanın Paris’te yapılması kararı, Etiyopya’nın sınırları dışında icra edilmiştir.
- b) Hakemler, devletin bir organı veya kurumu değildirler; sözleşme ile yaratılmışlardır. Asli ve yegâne görevleri, söz konusu anlaşmanın taraflarına karşı olup tahkim anlaşmasının işlemez hâle getirilmesine mâni olmaktır.
- c) **Uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime konu edilmesine yönelik bir anlaşma, geçerliliğini, gücünü ve bağlayıcılığını, münhasıran tahkim yeri hukukundan değil; daha ziyade milletlerarası kaynaklardan (örneğin, 1958 New York Sözleşmesi, genel ilke ve prensipler) almaktadır⁵⁷.**
- d) **Özellikle tahkim yeri ülkesinde tanınabilecek ve icra edilebilecek bir kararın hakemlerce verilmesi asıl ise de (ICC Rules Art. 35) bu anlayış, hakemleri, tahkim yeri hukukunun mutlak hükümlerine altına sokmamaktadır. Hakemlerin gereğinde, tahkim anlaşmasından kaynaklanan yargı yetkilerini korumak ve bu sayede taraflara olan ödevlerini yerine getirebilmek için kendi yargı yetkilerinden de güç alarak tahkim yeri mahkemeleriyle çatışması gerekebilir.** Aksi hâlde, adaletin tecellisinin, gerçekleşmesinin önüne geçilmiş olunur.
- e) Hiçbir devlet, kendi iç hukukuna (*mahkeme kararları da dâhil olmak üzere*) sığınarak yapmış olduğu bir anlaşmanın gereklerini yerine getirmekten kaçınamaz.

Her iki kararda da tahkimin taraflarından birinin devlet veya kamu kurumu olması, ilgi çekicidir. Ne var ki, hakemlerin, *tahkim yeri mahkemelerince* verilen kararlara karşı baş

⁵⁷ *Karş.* SCHERER, *Seat*, s. 112-113.

kaldırışları; tahkim yeri hukukuna karşı giriştikleri bağımsızlık mücadelesi; ortaya konulan gerekçeler, daha ilgi çekicidir. Gerekçelerin, önemli ölçüde, taraflardan birinin devlet olması nedeniyle ona özgü belirlendiği çok açıktır. Sorun, her iki tarafın özel hukuk kişisi olması hâlinde de benzer bir mücadelenin verilip verilmeyeceğidir yahut böyle bir mücadeleyi gerekli kılan durumların yaşanıp yaşanmayacağıdır. Görüldüğü kadarıyla en azından bu iki örnekle ilgili olarak hakemler, meşruiyetlerini, *-tahkim anlaşmasının ve yargılamasının varlığını, geçerliliğini ve bağlayıcılığını-* kurumsal veya *ad hoc* tahkime ilişkin *kurallar* yanında, hatta onlardan ziyade, *milletlerarası hukuka (international law)* dayandırma çabasında dırlar. **Bir başka ifadeyle tahkim alanında, *lex loci arbitri*'ye yani, millî hukuklara atfen belirlenecek bir *lex arbitri*'ye karşı, milletlerarası hukuk kavramı ve kaynağı yaratılmak istenmektedir.**

Bir görüşe göre, uyuşmazlıkların X ülkesinde, tahkim yoluyla çözümünün kararlaştırılması hâlinde, iki husus üzerinde anlaşılmış demektir:

- a) Taraflar arasındaki uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülecektir.
- b) Tahkim yerinin X ülkesi olması nedeniyle söz konusu tahkim, X ülkesi mahkemelerinin gözetimi, yargı yetkisi altında gerçekleşecektir.

Yine ileri sürüldüğü şekliyle bu iki hususun birbirinden ayrılması ve özellikle tahkim yeri üzerindeki anlaşma ile *sonuçlarının* görmezlikten gelinmesi, **haksız bir seçiciliğe neden olmamakta mıdır?**⁵⁸ Verilecek cevap, tahkimin taraflarından birinin devlet olması hâlinde değişecek midir? Milletlerarası tahkim uygulaması ve kültürüyle yakından ilgili şu soru da görmezden gelinmemelidir: Örneklerde sözü edilen mahkemelerin *Cour d'appel Paris*, *High Court* in London veya İsviçre Federal Mahkemesi olması durumunda, hakemler yine de aynı kararları verebilecekler miydi? Yoksa zaten bu mahkemeler, *(kendi iç hukuklarına da uygun olarak)* böyle karar mı vermezlerdi?

Şiddeti, millî tahkim kanunlarında yaşanan *harmonizasyon* çalışmalarının ardından, bir ölçüde de olsa azalan bu amansız mücadele içinde, şu üç durumu, tekrar tekrar sorgulamak gerekecektir:

- a) Her tahkim anlaşmasının icrası, beraberinde, söz konusu tahkimi gözetim altında tutacak bir ülke mahkemesini ve dolayısıyla millî bir hukuku gerekli kılmakta mıdır? Şayet bu sorunun cevabı olumlu ise böyle bir gözetim ve hükümlerlik, her defasında, tahkim anlaşmasının geçersizliği ve giderek hakem kararının iptali ile mi

⁵⁸ GOODE, s. 30-33.

sonuçlanacaktır? Tahkimin müessesese olarak, gereğinde taraflarına karşı da korunması yönünden mahkemelerin hiç mi **yardıma** ihtiyacı yoktur?

- b) Tahkimin içerdiği veya içerebileceği bir eksiklik veya yanlışlık nedeniyle mahkeme denetiminden, *sadece taraflardan biri devlet olduğu için* neden mahrum kalınsın?
- c) *Milletlerarası* tahkimde, özellikle *transnational kurallara* göre, hakemlerin, mahkemelerce verilecek kararlara uyup uymama hususunda, takdir hakları var mıdır? Varsa hangi kriterlere tabidir? Milletlerarası adaletin (*international justice*) gereğinin yerine getirilmesi, böyle bir başkaldırının nedeni olabilir mi? Bir an için milletlerarası tahkimin, kendi kendine yeter bir yargılama sistemi olduğu kabul edilse dahi *-sınırlarının da olduğu düşünülerek-* er veya geç, sadece mahkemelerin kullandığı **egemenlik yetkisine** ihtiyaç duyulmayacak mıdır?

BİRİNCİ BÖLÜM

MAHKEMELERİN MİLLETLERARASI “TİCARİ” TAHKİMDEKİ ROLÜNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER VE HÂKİM OLAN İLKELER

Ş1 KAVRAMSAL SINIRLAR VE HUKUKİ KAYNAKLAR

I- Kavramsal Sınırlar

A- Tahkim Kavramı

Tahkimde hukuki bir uyuşmazlık, yargısal-usulî bir süreç izlenmek suretiyle çözüme kavuşturulmaktadır¹. Burada, iki özellik ön plana çıkmaktadır²: Hakemlerin tahkimde, *quality arbitrations* (*arbitraggio*, *Schiedsgutachten*, *binded advies*) olarak da bilinen diğer türdeki faaliyetlerden farklı olarak çözmekle yükümlü oldukları bir *hukuki uyuşmazlık* bulunmaktadır³. Hakem kararları, *conciliation-mediation* vb. diğer ADR biçimlerden ayrılarak tarafları için bağlayıcıdır ve dahası kesin hüküm (*res judicata*, NCPC Art 1476; ZPO §1055; PIL Art. 190/I; Hollanda CCP Art. 1059) etkisine sahiptir⁴.

[Milletlerarası] tahkim, bir tanıma göre, yabancılık unsuru içeren sözleşmelerden veya sözleşme dışı hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların, nihai (*final*) ve bağlayıcı (*binding*) bir biçimde, ülke mahkemeleri yerine⁵, bağımsız hakemler önünde, yine tarafların gerek doğrudan gerekse dolaylı bir biçimde seçtikleri yargılama usulüne ve uyuşmazlığın esası

¹ 13. HD. 27.03.2003, 1162/3620, Man BD 2004/1, s. 189.

² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 11, 22 vd; PETROCHILLOS, s. 3; DE VRIES, s. 47-48.

³ Uyuşmazlığın çözümünden ziyade, sadece hukuki yahut fiilî olgu ve durumların *tespitine* yönelik faaliyetler, bir tahkim yargılamasını teşkil etmezler (ZÖLLER R., ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, 24. neubearbeitete Auflage, 2004, §1029, Rn. 4; BAUMBACH A/LAUTERBACH W/ALBERS J/HARTMANN P., *Zivilprozessordnung*, Band 1, 62., neubearbeitete Auflage, München 2004, Grundz §1025, Rn. 17; ALANGOYA Y., *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul, 1973, s. 4 vd).

⁴ MUSTILL J. M/BOYD C. S., *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Second Edition, London, Edinburg, 1989, s. 41 vd.; van den BERG A. J/van DELDEN R./SNIJDERS H. J., *Netherlands Arbitration Law*, 1993, s. 96, 97; Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal bir Düzenleme Gerekir mi? II Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, 6 Haziran 1998, s. 276; İBK 23.10.1972, 2/12, RG. 18.12.1972, S. 14395. NCPC Art. 1476 dikkate alındığında, ki bu hüküm milletlerarası tahkimde de geçerlidir (NCPC Art. 1500), *Fransa’da verilmiş olsun yahut olmasın*, tüm hakem kararları, çözüme kavuşturdukları meseleyle ilgili olarak kesin hüküm etkisine sahiptir. Bu durum, tahkimin yargısal yönünden kaynaklanmaktadır (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 12). Aynı yönde bkz. ALANGOYA, s. 26; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 604-606. Hakem kararlarının kesin hüküm etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBAY İ., *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi*, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 283 vd.

⁵ Taraflar arasındaki birden çok uyuşmazlığın kiminin mahkemeler kalanının ise hakemler önünden çözümünün istenmesi mümkündür ve caizdir. Hatta tek bir uyuşmazlığın, *niceliksel* kısımlarının dahi bu iki makam arasında paylaşılması mümkün görülmelidir (SCHWAB K. H/WALTER G/BAUMBACH A., *Schiedsgerichtsbarkeit*, 6., neubearbeitete Auflage, München 2000, Kap. 3, Rn. 6; ALANGOYA, s. 31, 32).

hakkında ise pozitif olan (*legal*) veya olmayan hukuka (*non-legal standards*) göre çözümlenmesini, özel olarak kararlaştırdıkları bir usuldür (*ayrıca bkz. 4501 s.K m. 2*)⁶.

Böyle bir faaliyetin kaynağı, *kural olarak, -en azından öncelikle-* devletin egemenlik yetkisi olmayıp taraflar arasındaki sözleşmedir. Mukayeseli hukukta düzenlendiği şekliyle kamu düzenine ilişkin hususlar saklı kalmak kaydıyla taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların *nasıl* çözümleneceğini belirlemek konusunda, irade özgürlüğüne sahiptirler (1996 AA §1, b)⁷. Öte taraftan, bu sözleşme, bir yandan hakemlerin böyle bir yargısal süreci yürütme konusundaki güçlerinin kaynağını; diğer yandan icra edilecek yargısal faaliyetin gerek kişi gerekse konu yönünden sınırlarını oluşturmaktadır (1996 AA §1, a, b; 33)⁸.

Tahkimin tanımı konusunda, çoğu zaman ortak bir noktada buluşulabilmesine karşın hukuki nitelik meselesi, aynı oranda çözüme kavuşturulabilmiş değildir. Bir yazar, 1937 yılında, tahkimin hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında yapmış olduğu değerlendirmede, kısaca şu sonuca ulaşmıştır: “Tahkim sözleşmesi ile hakem hükmünü birbirinden ayıran görüşe göre (*yargısal görüş*), [hakem] karar[ı], mahkemelerce de verilenlere benzetilmiştir; tahkim sözleşmesi ile hakem kararını, aynı sözleşmenin iki yüzü olarak algılayan bir diğerine göre ise (*sözleşmesel görüş*), hakem kararı, sözleşmesel karakteri haiz olup mahkeme kararları ile mukayese edilemez; her iki görüşün arasında yer alan üçüncüsüne göre ise (*karma görüş*), hakem kararı, devlet mahkemelerinin (*exequatur*) şeklindeki ön[celikli] kararını gerektirdiği ölçüde mahkeme denetimine tabidir”⁹.

⁶ DAVID, s. 5; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 9-10; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 1, 2; LEW J. D. M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978, s. 11, 12; REDFERN/HUNTER/BLACKAB/PARTASIDES, s. 1, 2; BUCHER/TSCHANZ, s. 26; DE VRIES, s. 43; GLOSSNER O., *International Commercial Arbitration Some Practical Aspects*, International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, s. 95-96. *Ayrıca bkz. ALANGOYA*, s. 4; YEĞENGİL R., *Tahkim*, İstanbul, 1974, s. 93 vd; POSTACIOĞLU E. İ., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul, 1975, s. 783, 784; ERTEKİN E/KARATAŞ İ., *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması*, Ankara 1997, s. 28-31; KURU B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, C. VI, İstanbul, 2001, s. 5875; KALPSÜZ T., *Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 1027, 1028; ALANGOYA Y/YILDIRIM K/YILDIRIM D. N., *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 602; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 642.

⁷ Bu serbesti, sadece tahkimin nasıl icra edileceği konusunda değil, ama daha önce tahkime veya bir başka uyuşmazlık çözüm yoluna başvurup başvurmama hakkında da geçerlidir. Şüphesiz ki, tanınan serbesti, en önemli etkisini, tahkim yargılamasının şekillendirilmesinde -*tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde; tahkim usulüne uygulanacak hukukun veya kuralların belirlenmesinde; uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun, kuralların seçiminde*- gösterecektir (HARRIS B/PLANTEROSE R/TECKS J., *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, Third Edition, 2003, s. 59, 70; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 11, 29 vd; LEW, *Applicable Law*, s. 12). *Ayrıca bkz. NAÓN*, s. 18-21; ECJ, Case 102/81, *Nordsee, Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG*, [1982] ECR 1095; VIII YBCA 1983, s. 183 vd).

⁸ MUSTILL/BOYD, s. 41 vd. *Ayrıca bkz. DELVOLVÉ L. J/ROUCHE J/POINTON H. G.*, *French Arbitration Law and Practice*, 2003, s. 14; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 8, 11-12.

⁹ *İngilizce tercümesi ve Fransızca orijinal metni için bkz. LEW, Applicable Law*, s. 51. Benzer yöndeki bir ayırım için bkz. YEĞENGİL, s. 96.

Tahkimin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaların özünde, çoğu kez, **hakem kararlarının hukuki niteliği** yatmaktadır¹⁰. Oysa mesele, bir *lex arbitri*'nin olup olmadığı, varsa bunun nasıl belirleneceğiyle ilgilidir. Zira *lex arbitri*'yi teşkil eden millî hukuk yönünden, söz konusu *lex arbitri* altında yürütülen tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının, artık bir *yerli hakem kararı* olarak kabul edileceğinde, tereddüt yoktur. Görüldüğü üzere sorun, “*hakem kararının yabancılık vasfının belirlenmesinde*” değil; daha da temelde, ilgili hakem kararını yerli veya yabancı sayacak *lex arbitri*'nin varlığının nasıl tespit edileceğindedir¹¹. *Tahkim sözleşmesinin* hukuki niteliğinden¹² ziyade doğrudan, bir hukuki müessese olarak *tahkimin* hukuki niteliği¹³, çalışmamıza kadar olan dönemde, hiç incelenmemiş; çalışılmamış bir konu değildir. Bu noktada, daha güncel iki çalışma öne çıkmaktadır. Bunlardan ilkinde konu, daha ziyade, milletlerarası ticari tahkimde, *hakemlerce esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi* yönünden¹⁴; sonrakinde ise *milletlerarası ticari hakem kararları ve tenfizi* bakımından işlenmiştir¹⁵. Her iki mesele için de tahkimin hukuki niteliğinin ve özellikle *lex arbitri*'nin bir rolünün olmadığını düşünmek, olası değildir. Ancak kronolojik olarak bakıldığında, hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktan yahut hakem kararının hukuki niteliğinden önce, tahkim için bir *lex arbitri*'nin olup olmadığını belirlemek; yukarıda değinilen her iki sorunun yaşanmasından da önce, milletlerarası tahkimle ilgili gündeme gelebilecek meselelerin çözümünün *nerede ve hangi hukuka yahut kurallar bütününe* göre

¹⁰ *Ayrıntısı için bkz. TRIVA S.*, Arbitration and Public Policy: Constitutional Complaint as Means for Setting Aside Arbitral Award, 7 Croat Arbit. Yearb. 2000, s. 115 vd. Türk hukuku bakımında da özellikle tenfiz şartlarının kanunla belirlenmiş olması nedeniyle hakem kararlarının hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın bu noktada, artık herhangi bir işlevinin kalmadığı; bugün için önemli olanın “*hakem kararının*” yabancılık vasfının belirlenmesinde kullanılacak ölçüt olduğu, iddia edilmiştir (**KAPLAN**, *Usul*, s. 25).

¹¹ *Ayrıca bkz. KORAL R.*, Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV Hukuk Dairesi'nin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Hıfzı Timur'a Armağan İstanbul 1979, s. 438 vd.

¹² **SAMUEL**, s. 45; **JAKUBOWSKI, J.**, Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation, *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg*, 1982, s. 82; **WETTER G. J.**, *The International Arbitral Process, Public and Private*, IV, New York, 1979, s. 285-288; **DE VRIES**, s. 42; **HENN**, s. 6-8; **SCHWAB/WALTER/BAUMBACH**, Kap. 7, Rn. 37. Tahkimin bir müessese olarak, özellikle de hakem kararının *kesin hüküm* şeklinde yarattığı etki ve doğurduğu sonuçlar, temeli olan tahkim anlaşmasının klasik bir maddi hukuk sözleşmesi olarak görülmesine engeldir. Tahkim anlaşmalarıyla alakalı irade serbestisinin genişliği dahi bu sonucun aksi için yeterli değildir. *Ayrıntısı için bkz. ZÖLLER/GEIMER*, § 1029, Rn. 15-17; **ALANGOYA**, s. 52 vd.; **ÜSTÜNDAĞ S.**, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 934, 935; **KURU**, s. 5937; **DEREN-YILDIRIM N.**, *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, İstanbul 2004, s. 23-26; **ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM**, s. 607; **PEKCANITEZ /ATALAY/ÖZEKES**, s. 642. 11. HD. 20.04.1974, 1523/1470, (YKD, 1975/12, s. 48). *Karş. NÖMER/ŞANLI*, s. 460. *Ayrıca bkz. ALBERS*, §1029, Rn. 10; **KORAL R.**, Türk Hukukunda “Yabancı Hakem Kararı” Mefhumu ve Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu” Kriteri, (*Ayrı Bası*), XLII İÜHF, 1977/1-4, s. 17, 18.

¹³ *Ayrıca bkz. SAYRE L. P.*, Development of Commercial Arbitration Law, 37 Yale L J. 1927-1928, s. 598 vd.; **WOLAVER E.**, The Historical Background of Commercial Arbitration, 83 U. Pa. L. Rev. 1934, s. 132 vd.; **STURGES W.**, Arbitration-What is it?, 35 NYULR 1960, s. 1035-1047.

¹⁴ **ŞANLI C.**, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1986, s. 53 vd.

¹⁵ **AKINCI Z.**, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, İzmir 1994, 53 vd.

olacağına karar vermek gerekir. Sadece yukarıda değinilen iki sorun için değil; ancak çalışmamıza da dâhil pek çok meselenin çözümü yönünden *lex arbitri* ve tahkimin hukuki niteliği, tekrar tekrar çalışılmayı gerektirmektedir. Nihai karardan hatta hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespitinden önce, tahkimle ilgili pek çok sorunun hakemlerce ve fakat özellikle mahkemeler önünde çözümü gerekebilir¹⁶. Bu aşamada, sorunun mahkemelere taşınması, *ya* taraflar için bir zorunluluk teşkil etmekte *ya da* taraflardan en az birinin iradesi bu yönde olmaktadır. Bu esnada, mahkemelere yüklenen işlevin içeriği, *lex arbitri*'ye göre belirlenecekse öncelikle *lex arbitri*'nin olup olmadığını ve şayet varsa içeriğinin hangi kriterlere göre belirleneceğini tespit etmek kaçınılmazdır.

B- "Milletlerarası" Tahkim Kavramı

[Ticari] tahkimin *millî- yerel-iç* veya *milletlerarası* olarak vasıflandırılması, söz konusu tahkime farklı kurallar bütünüünün uygulanması sonucunu doğurabilir (HUMK m. 516 vd; **MTK m. 1/I**). Kimi hukuk sistemlerinde, *milletlerarası* ve *yerli-iç tahkim* farklı hükümlerle düzenlenirken (Fransa, İsviçre, Türkiye); kimilerinde ise (Hollanda, İngiltere, Almanya) tek bir düzenlemenin varlığı tercih edilmiştir. Bu aşamada sorulması gereken soru, hiç şüphesiz ki, bir tahkimi milletlerarası yapan, böyle bir vasıflandırmanın ardında yatan kriter veya kriterlerin ne olduğudur¹⁷.

Kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin sistematik, tahkim kurumu için de geçerlidir. Düzenlenen bağlanma noktasının bulunması ile birlikte, ilgili tahkim, artık *millî* bir kurallar bütünüüne tabi olmaktadır¹⁸. Ne var ki, bugün, tahkimin belli bir millî hukuk düzenine tabi olması yanında, *güncel ve en az onun kadar önemli bir başka konu*, söz konusu tahkimin *içerdiği yabancılık unsuru da dikkate alınarak bağlandığı millî hukuk düzeni içinde*, kendisine *özel bir takım kurallar bütünüünün uygulanıp uygulanmayacağıdır*¹⁹. Şu hâlde,

¹⁶ Millî hukuk, özellikle taraflarca tahkim usulünün nasıl olacağını kararlaştırılmaması hâlinde, içereceği yedek hukuk hükümleriyle söz konusu boşluğu doldurmakta; sözleşmeyi tamamlamaktadır ki, bu, uygulamada çoğu hâlde böyle olmaktadır. Görevlerini icra ederken hakemlerin işlevlerinin içeriği, taraf iradeleriyle değil; çoğu kez, *en azından uygulamada*, yerel-millî hukuklarca tanımlanmakta ve belirlenmektedir (**ROKSIN S. K.**, The Sources and limits of the Arbitrator's Powers in England, Contemporary problems in international arbitration, ed. **J. D. M. LEW**, 1986, s. 91

¹⁷ **MANTAKOU A.**, The Concept of International Arbitration: An "Endangered Species"?, 50 RHDİ 1997, s. 139; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 45. Ayrıca bkz. **SCHLOSSER**, Rn. 36 vd.

¹⁸ Bu nedenledir ki, milletlerarası tahkimi tarif etme çabaları, hep millî hukuklar nezdinde ve yine millî hukuklara ait kriterlere bağlı kalarak yapılmaktadır (**MANTAKOU**, s. 139).

¹⁹ **LEW J. D. M.**, Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, 22(2) Arb Int. 2006, s. 190-191, s. 188; **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 12. Ayrıca bkz. **LUZZATTO**, s. 25; **SCHLOSSER**, *Das Internationale*, s. 857; **GRANZOW H. J.**, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985, München, 1988, s. 68-72; **CALAVROS**, s. 31; **HUSSLEIN-STICH**

tahkimin milletlerarası niteliği üzerinde durulduğunda, aslında iki farklı sorun ile karşılaşmaktadır:

- a) Tahkimin belli bir millî hukuk düzenine bağlanmasının gerekip gerekmediği meselesi, i) *millî tahkim-yabancı tahkim* ve ii) *a-national tahkim* ayrımı;
- b) Millî hukuk sistemleri içinde, yabancılık unsuru içeren tahkimin özel bir takım kurallar bütününe tabi olmasının gerekip gerekmediği meselesi²⁰.

Tahkim de dâhil olmak üzere bir hukuki ilişkinin –müessesenin- belli bir hukuk düzenine bağlanması esnasında, söz konusu bağlanmanın ancak bir millî hukuka olabileceği kabul edilirse²¹ sadece *millî* veya *yabancı* tahkim şeklinde bir vasıflandırma gündeme gelir²². Oysa tahkimin millî hukuklardan ve yargı düzenlerinden bağımsız olduğu fikri (*anational tahkim*); şayet bir bağlanma gerekecek ise bunun gerçek bir milletlerarası hukuk düzenine *truly international legal order-* olacağı, ileri sürülmektedir. Buna karşın, *millî-yabancı* tahkim ayrımının milletlerarası ticaretin beklentilerini karşılamadığı yerde **ve fakat tahkimin de delocalize edilmesine ihtiyaç kalmadan** bulunan *ara formül*, tahkimin milletlerarası olarak vasıflandırılması, millî hukuklar içinde, ayrıca ve özel olarak düzenlenmesidir²³. Öğretide bu yol, milletlerarası tahkim anlayışının *minimalist* yorumu olarak kabul edilmektedir²⁴. Söz konusu yabancılık unsurunun ve onun bir bağlanma noktası olarak kabul edilmesinin ardından, uygulanacak hukukun tespiti ile tahkim, aslında yine millileştirilmiş olacak (*re-nationalized*)

G., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, Köln, 1990, s. 4, 23-24.

²⁰ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 45; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 12; BERGER, s. 69; MANTAKOU, s. 139-141; PETROCHILOS, s. 4; SCHLOSSER, *Das Internationale*, s. 860. Ayrıca bkz. SCHMITTHOFF M. C., The Jurisdiction of the Arbitrator, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum* Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982, s. 285; LEW, *Applicable Law*, s. 3, 12-18; AKINCI, *Hakem Kararı*, s. 5-9. Karş. *Sempozyum*, s. 21, 24.

²¹ MANN F. A., *Lex Facit Arbitrum*, International Arbitration: *Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 196, s. 157.

²² Ayrıca bkz. KOCASAKAL Ö. H., Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s. 346.

²³ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 45, 46; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 12, 13. Milletlerarası nitelik taşıyan iş ve işlemler, özellikle Fransız hukukunda, millî hukukun katı ve dar hükümlerinden içtihatlar yoluyla zaten kurtarılmaktaydı ki, bu, *milletlerarası tahkim için* de geçerli olmuştur. Gerçi, önce tahkimin tümüyle *delocalize* edilmesi fikrinden yola çıkılmışsa da, *milletlerarası tahkim*, bugün artık, temeli millî hukuklar olan ve fakat ayrıca, özel olarak düzenlenen bir dal hâline gelmiştir (MANTAKOU, s. 140-142). Ayrıca bkz. KORAL R., Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı, II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, s. 24, 25; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 29 vd; KOCASAKAL, *Uygulama Alanı*, s. 343, 348.

²⁴ LANDO O., *The Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration, 34 ICLQ, 1985, s. 747. Ayrıca bkz. YILMAZ E., Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 165; TANRIBİLİR F.B/ŞİT B., Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, 22 MHB 2002/2, s. 820.

ve belli bir millî hukuk düzenin parçası olarak kabul edilecektir²⁵. Kabulü mümkün bağlanma noktaları, çok çeşitlidir²⁶. Söz konusu bağlanma noktalarının tümünün, örneğin Türk hukukunu işaret etmesi hâlinde, söz konusu tahkimin artık bir **Türk tahkimi** olarak kabul edilmesi, doğaldır (*ayrıca bkz.* Model Kanun m. 1/II; ZPO §1025/II, III; 1996 AA §2/II-V; NCPC Art. 1494; PIL Art. 182. *Karş. MTK m. 1/III; 8/A; Tasarı m. 411*)²⁷.

Tahkimde milletlerarası niteliğinin *maximalist* yaklaşımına göre ise tahkimin bir millî hukuk ve yargı düzeni ile bağlantı kurması, bunlarla bir tabiiyet ilişkisi içinde olması, gerekli değildir. Söz konusu yaklaşımın tipik örneği, kaynağını milletlerarası hukuktan alan ICSID tahkimidir. Ayrıca, özellikle ticari uyuşmazlıklar –*ticari tahkim*- yönünden tahkimin varlık ve geçerliliğinin tümüyle millî hukuklardan bağımsız; milletlerarası hukuk düzenine (*international legal order*) tabi olarak belirlendiği, tahkimin de bu kapsamda olduğu düşünülmektedir²⁸. Bu son açılım, eleştiriden uzak değildir; *lex mercatoria*'nın içerdiği belirsizlik, bunda başlıca etkindir. Dahası, böyle bir bağımsızlık hareketi, tahkimin ve nihayetinde hakem kararının mahkemelerin yardımına ihtiyaç duymadığı ölçüde anlamlıdır²⁹.

²⁵ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 46; van den BERG J. A., Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions, 2 ICSID Rev-FILJ 1987, s. 443. *Ayrıca bkz.* NAÓN, s. 11-12. *Ayrıca bkz. Sempozyum*, s. 21, özellikle, 24; NOMER/ŞANLI, s. 474; GELGEL ÖZTEKİN G., Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, s. 1081.

²⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 46. *Ayrıca bkz.* KALPSÜZ T., İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 1996, s. 368-370.

²⁷ KOCASAKAL, *Uygulama Alanı*, s. 346. *Ayrıca bkz.* ALANGOYA Y/YILDIRIM K/YILDIRIM D. N., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul, 2006, s. 213-215. *Ayrıca bkz.* NAÓN, s. 12-14; GOODE, s. 32; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 48, 49; BINDER P., International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, An International Comparison of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2000, s. 17; HERRMANN G., The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Introduction and General Provisions, Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, 1989, s. 21-22; Bu noktada, İsviçre kanun hükmü, tahkim yerinin tümüyle *hukuki* bir anlam ifade ettiğine güzel bir örnektir (PIL Art. 176/I). Hükmün gerekleri yerine getirildiğinde, söz konusu kanun, *bir bütün hâlinde* uygulanacak ve tahkim usulüne uygulanacak hukuk hâline (*lex arbitri*) gelecektir. Tarafların tahkim usulüne bir başka millî hukukun uygulanacağını kararlaştırmaları mümkündür; bu daha ziyade, hukuku seçilen ülkenin meselesidir. *Yabancı hukuk, İsviçre kanun hükümleri ile uyum içinde olduğu sürece ve bir sözleşme hükmü olarak uygulanacaktır* (PIL Art. 182/I, II). İsviçre kanunu, tahkim yerinin İsviçre olduğu bir milletlerarası tahkim yargılaması için mutlakır (*karş.* PIL Art. 176/III). Ayrıca, tahkim yerinin henüz belirlenmemiş olması durumunda, İsviçre mahkemelerinin söz konusu tahkim ile meseleler yönünden yargı yetkisini kullanması mümkün değildir (*Karş.* ZPO §1025/II, III) (BUCHER/TSCHANZ, s. 28-29, 34; RONEY P. D/MULLER K. A., The Arbitral Procedure, Chapter 4, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004, s. 50).

²⁸ Aslında, “*delocalised*” tahkim, hukuk dışı (*extra-legal*) tahkim olmayıp sadece kendi kendisine yetebilen (*self-regulatory*) tahkim anlamına gelmektedir. “*Delaocalisation*” terimi genelde, ya tahkim usulü ya da hakem kararı için kullanılmaktadır ki, bu hâlde hukuki müesseseye yönelik *varlık ve geçerlilik* tartışmaları, millî hukukların dışında, bir başka hukuk düzenine uygun olarak yapılmaktadır (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 64, 65). *Ayrıca bkz.* FREEDBERG-SWARTZBURG J. A., Court Assistance in The Appointment of Arbitrators, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, ed. SUMAMPOUW M/BARNHOORN L. A. N. M/FREEDBERG-SHWARTZBUR J. A.G/TROMM J. J. M /WADE J. A, 1992, s. 83, 84.

²⁹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 50.

Zaten, “*delocalised*” tahkim de, olsa olsa yerel mahkemelerce desteklenmesine ihtiyaç duyulmadığı ölçüde, tahkim yeri hukukundan koparılmış tahkimdir³⁰.

Bütün bunlara karşın, UNCITRAL Model Kanunu ile başlayan süreçte, millî mevzuatların artan bir biçimde yeknesaklaşmasıyla tahkimin tabiiyetsizleştirilmesi (*denationalised*) şeklindeki düşüncenin tümüyle gereksiz kaldığı düşünülmektedir³¹. **Kaldı ki, dünya üzerinde devletler; her bir devletin kendine has yargı düzeni ve tahkimin de mahkemelere ihtiyacı olduğu sürece, tam bağımsızlık, bir gerçek değil, ancak bir idealdir³².** Milletlerarası tahkim de *kural olarak* millî hukuk sistemleri içerisinde icra edilir ve yapılması gereken, tahkimin tabiiyetinin (milliyetinin) tespitinden başka bir şey değildir³³. Tahkimin, belli bir millî hukukla bağlantısı kurulduktan sonra ise artık geriye kalan, şayet varsa, *öngörülen yabancılık unsurunun söz konusu tahkim için de geçerli olması durumunda*, ilgili mevzuat içerisinde ayrılmış *özel kurallar* bütününe uygulamaktır³⁴. Şu hâlde, her bir millî hukukun (varsa milletlerarası düzenlemenin) milletlerarası tahkime özgü kurallarının uygulanabilmesi bakımından yine aynı normların aradığı, yabancılık unsurunu belirlememiz gerekir³⁵.

³⁰ Ayrıntısı için bkz. **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 50; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 65; **LEW, Applicable Law**, s. 252, 253. **MAYER**, s. 37; **PAULSSON**, s. 53-61; **PAULSSON J.**, Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin, 30 ICLQ 1981, s. 358. Ayrıca bkz. *SA Coppée Lavalin NV et al v Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd* [1994] 2 WLR 631, 640; **SCHLOSSER, Das Internationale**, s. 866, 867. Karş. **LIONNET K.**, Should the Procedural Law Applicable to International Arbitration be Denationalised or Unified? *The Answer of the UNCITRAL Model Law*, 8(3) J Int'l Arb, 1991, s. 7-11. Tahkimin “*delocalisation*”unu destekleyen bir diğer durum, hakem kararının verildiği yer hukukunca iptal edilmesinin, hüküm alacaklısının söz konusu kararı bir başka ülkede ve özellikle Fransa’da tenfiz edebilmesine mâni olmadığına ilişkin içtihatlardır. Oysa Fransız içtihatları, New York Sözleşmesi’nin V,1,e maddesindeki tenfiz engelinin Fransız hukukunda bulunmayışına dayanmaktadır (**GOODE**, s. 25).

³¹ **LIONNET, Procedural Law**, s. 5.

³² **PARK W. W.**, The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration, 32 ICLQ 1983, s. 21; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 67; **FOUCHARD/GAILLARD/ GOLDMAN**, s. 50.

³³ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 51; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 64.

³⁴ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 51; **SCHLOSSER, Das Internationale**, s. 860-861; *Sempozyum*, s. 24; **NOMER/ŞANLI**, s. 474; **KOCASAKAL, Uygulama Alanı**, s. 347, 348. Milletlerarası tahkimin içerdiği çeşitli türdeki yabancılık unsurları, iç tahkimde kabul edilen kural, ilke ve anlayışların derhâl ve kendiliğinden uygulanmasına mânidir. Örneğin, NCPC art. 1495 gereği, Fransa’da, milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşması, yazılılık şeklindeki geçerlilik şartına tabi değildir. Yine, iç hukukta, tahkime elverişli olmadığı kabul edilen kimi konular, milletlerarası tahkimde, tahkime elverişli sayılabilmektedir. Ayrılabilirlik ilkesi, iç hukukta kabul edilmeyebilirse de; milletlerarası tahkimin neredeyse *olmazsa olmazları* arasında yer almaktadır (**LUZZATTO**, s. 27; **MANTAKOU**, s. 144-145).

³⁵ **LUZZATTO**, s. 26; **AUDIT B.**, A National Codification of International Commercial Arbitration: The French Decree of May 12, 1981, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, s. 123; **CARBONNEAU E. T.**, The French *Jurisprudence* on International Commercial Arbitration, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, s. 153; **SZASZY I.**, Introduction to the Model Law of UNCITRAL on International Commercial Arbitration, UNCITRAL’S Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1984, s. 43; **BROCHES A.**, A Model Law on International Commercial Arbitration? A Progress Report on the Work Undertaken Within The U.N Commission on International Trade Law (UNCITRAL), 18 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ 1984-1985, s. 81; **RUBINO-SAMMARTANO M.**, International and Foreign Arbitration, 5(3) J Int'l Arb, 1988, s. 91 vd; **BROCHES A.**,

1980'ler ve 1990'lar, millî hukukların sadece milletlerarası tahkime hoşgörüle baktıkları bir dönem olmamış; ama aynı zamanda, ülkelerin milletlerarası tahkim uygulaması içerisinde tercih edilebilmek, söz sahibi olabilmek bakımından, konu hakkında âdeta kanuni düzenleme yapma yarışına girdikleri ve bu anlamda kıyasıya rekabet ettikleri bir dönem olmuştur³⁶. Bu rekabet, iki olağan sonucu beraberinde getirmiştir:

- a) Tahkimi düzenleyen kurallar, hem modernize edilmiş hem de liberalleşmişlerdir.
- b) Bu liberal akım, sadece milletlerarası tahkimle sınırlı kalmamış; iç tahkime ilişkin düzenlemelere de yansımış; hatta hem milletlerarası hem de yerli tahkim için tek bir kanuni düzenlemenin benimsenmesi, yolu açılmıştır³⁷.

Hollanda Kanun Koyucusu, milletlerarası tahkim için iyi olanın yerel tahkim için de iyi olduğu ilkesinden hareketle tek bir kanuni düzenleme esasını benimsemiştir³⁸. Bu ilke, son olarak Alman Kanun Koyucusu tarafından da benimsenmiştir. İngiliz Tahkim Kanunu'nda da, ayırım esası benimsemiş olmakla birlikte, yerli tahkime ilişkin hükümler, yürürlük kazanamadığından, fiilen aynı sonuca varılmıştır. Tahkime ilişkin *tek* kanuni düzenleme esası, niteliği gereği, milletlerarası ve yerli tahkim şeklindeki farklılaşmayı ortadan kaldırmaktadır³⁹.

Milletlerarası ticari tahkimin yeknesaklaşması yanında, âdeta daha da milletlerarası hâle gelmesinin ardındaki en büyük güç, hiç şüphesiz ki, UNCITRAL Model Kanunu'dur. Ne var ki, tahkim alanında, günümüzün yükselen değeri, *dualism* yerine, munist bir yaklaşımın ürünü olarak, ülke içinde, tahkime ilişkin tek bir kanuni düzenlemenin bulunmasıdır. Zira milletlerarası değer yargılarının, yerli tahkim için de geçerli olmasının pekâlâ mümkün olduğu

UNCITRAL- Commentary on the Model Law, International Handbook on Commercial Arbitration, J. Paulsson ed. Suppl. 11, 1990, s. 11, 12; **ANCEL J. P.**, French Judicial Attitudes Toward International Arbitration, 9(2) Arb Int, 1993, s. 121; **BLESSING M.**, Introduction to Arbitration-Swiss and International Perspectives, 1999, s. 181; **SAMUEL A.**, A Critical Look at the Reform of Swiss Arbitration Law, 7(1) Arb Int 1991, s. 32; **BERGER**, s. 70; **MANTAKOU**, s. 141, 142; **BUCHER/TSCHANZ**, s. 29-33; **EHRAT R. F.**, Art. 176, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000, s. 312; **ROTH M.**, The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Practitioner's Handbook on International Arbitration, ed. **Frank-Bernd WEIGAND**, 2002, s. 1169, 1170; **KAUFMANN-KOHLER**, *Switzerland*, s. 3 **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 14; **SCHLOSSER**, *Das Internationale*, s. 862; **CALAVROS**, s. 17; **HUSSLEIN-STICH**, s. 13; **ŞANLI**, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 33 vd; **AKINCI**, *Hakem Kararı*, s. 24-27; **KALPSÜZ**, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 373; **TURHAN T.**, Fransız Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 78-81; **KOCASAKAL**, *Uygulama Alanı*, s. 348, 349; **GELGEL**, s. 1082; *Sempozyum*, s. 35, 83, 84, 212.

³⁶ **BERGER**, 1-13; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 62.

³⁷ **MANTAKOU**, s. 148.

³⁸ **van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS**, s.120- 122.

³⁹ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 63.

düşünülmüştür⁴⁰. Oysa tek bir kanun ile milletlerarası tahkimin âdeta iç tahkime uydurulacağı; bu nedenle de yerel kaygı, beklenti ve değerlendirmelerin milletlerarası tahkime aktarılarak milletlerarası tahkimin yeknesaklaşmasının ve daha da milletlerarası hâle gelmesinin önleneceği düşünülmektedir (*karş.* ZPO §1030/II; 1031/V). Millî değerlere, beklenti ve kaygılara saygı duyulmakta ve fakat bunların milletlerarası tahkim uygulamasında da yer alması, istenmemektedir. Yine aynı şekilde, milletlerarası değerlerin aynen yerli tahkimde de geçerli olmasını beklemek, bunu dayatmak yahut ummak her zaman mümkün ve gerekli, değildir. Özetle **uygulanma gücüğü ve kimi zaman yarattığı belirsizliklere rağmen**, dualist yapının (*ayrıca bkz. Tasarı m. 411*) özenle korunması gerektiği ileri sürülmektedir⁴¹.

C- “Ticari” Tahkim Kavramı

Her ne kadar “*ticari*” veya “*ekonomik*”⁴² terimleri, milletlerarası tahkim kavramına çok da önemli değerler kazandırmamışsa da, söz konusu kullanım biçimi, özellikle *civil law* ülkelerinin hukukçularınca benimsenmiş ve kabul görmüştür⁴³. “*Ekonomik*” tabiri, “*ticari*” teriminden genelde daha geniş bir anlamı ifade etmesi nedeniyle tercih edilmektedir⁴⁴. Oysa “*ekonomik*” veya “*ticari*” tahkim şeklinde bir vasıflandırma, özünde, büyük bir ayrımı içermemekle birlikte, kimi zaman “*ekonomik*” sıfatının yanıltıcı bir takım durumlara sebebiyet vermesi de mümkündür⁴⁵.

Tarihsel olarak “*milletlerarası tahkim*”, bir veya birden fazla devletin katılımı ile şekillenen ve özünde milletlerarası hukuk uyuşmazlıklarını barındıran tahkimi anlatmak için kullanılmaktadır. Taraflardan en az birinin devlet olması, beraberinde, devletin egemenliğini ve egemenlik yetkilerine ilişkin sorunları gündeme getirmekte; söz konusu uyuşmazlıkların çözümünün daha farklı kurallara tabi olması sonucunu doğurabilmektedir. Yaygın örneği bulunan ve taraflardan birinin devlet diğzerinin ise bir başka devletin tabiiyetindeki

⁴⁰ MANTAKOU, s. 149. *Karş.* BERGER, s. 746-748. *Ayrıca bkz. YILMAZ, Milletlerarası Tahkim*, s. 166; ÜSTÜNDAĞ S., Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu, 2000, s. 297.

⁴¹ PHILIP, s. 25-35; LALIVE, *The Internationalisation*, s. 49-58; BÖCKSTIEGEL, *Looking Ahead*, s. 71-83. *Ayrıca bkz. MANTAKOU*, s. 149.

⁴² *Milletlerarası ekonomik tahkim ile milletlerarası ticari tahkimin kural olarak örtüştüğü söylenmiştir. Ayrıntısı için bkz. BERGER*, s. 67-69. *Ayrıca bkz. YILMAZ, Milletlerarası Tahkim*, s. 129.

⁴³ REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 17.

⁴⁴ BERGER, s. 67-69.

⁴⁵ Bu son türdeki uyuşmazlıklar, devletlerin birbirleri arasındaki ve egemenlik yetkilerinden kaynaklanan sorunlara ilişkin olup ilgili tahkim yargılamaları, söz konusu sorunların milletlerarası hukuk temelinde çözümlenmesine çalışmaktadır; bu nedenle de *ticari tahkimin dışındadır* (BERGER, s. 68, 69; GELGEL, s. 1081). “*Ticari*” tahkim şeklindeki tanımlama ise sadece eskimemiş; ama aynı zamanda millî hukuklar nezdinde önemini ve değerini, gittikçe yitirmiştir. Fransız hukukunda, tahkimin *ticari* olup olmaması değil; *milletlerarası* olup olması, bir ayrım oluşturmaktadır. Öngörülen *milletlerarası ticaret* kavramı ise sadece tahkimin milletlerarası özelliğini vurgulamak bakımından bir anlam ifade etmektedir (NCPC Art. 1492) (FOUCHARD/GAILLARD /GOLDMAN, s. 35, 44-45). *Ayrıca bkz. Sempozyum*, s. 17.

yatırımcının olduğu, yatırım veya enerji ile ilişkili uyuşmazlıklar, çoğu kez, milletlerarası hukuk alanına dâhildir⁴⁶. Bu türdeki hukuki uyuşmazlıkların aynı zamanda, ticari yönünün olmadığı iddia edilememekle birlikte, özellikle son yıllarda, **ticari uyuşmazlıkların içerisinde ve dolayısıyla ticari tahkimde, hiçbir şekilde, milletlerarası hukuka ait niteliğin ya da unsurun bulunmamasına özen gösterilmektedir**⁴⁷. Burada mesele, sadece tahkimin taraflarından birinin devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi olması değil; uyuşmazlığın milletlerarası ticaret içerisinde özel bir alanı işgal etmesidir. Bütün bu nedenlerle *ticari* tahkimin, uygulamada, söz konusu ayrışmanın da bir sonucu olarak, belli türdeki yatırım uyuşmazlıklarının dışındaki konularda gündeme geldiği kabul edilmektedir⁴⁸.

“*Ticari*” tahkim şeklindeki bir vasıflandırma, hiç şüphesiz ki, özünde, yeknesaklık yerine bir ayrışmayı ve farklılaşmayı, içermektedir. Ne var ki, milletlerarası ticari tahkim alanında, bir uyuşmazlığın *ticari* uyuşmazlık olarak vasıflandırılmasında, taraflar arasındaki ilişkinin nitelendirilmesi önem kazanmakta; ilişkiye katılan kimselerin *tacir* olup olmadıkları ise etkin ve fakat salt belirleyici özellikte olmamaktadır (Model Kanun m. 1, dn. 2)⁴⁹. Burada özellikle “*trade*” kavramı yerine, “*commercial*” tabiri kullanılarak klasik mal ve hizmet değişimi yanında, ayrıca, *taşıma, danışmanlık* gibi kimi alanların da milletlerarası tahkime dâhil edilmesi istenmiştir⁵⁰.

⁴⁶ DE VRIES, s. 59-62; ŞANLI, s. 228. Uzun süre, *commercial arbitration* şeklindeki bir vasıflandırma, *hem yadırganmış hem de esasa etkili görülmemiştir*. Zira tarihsel olarak, milletlerarası tahkimle ilgili meseleler, çoğu kez, *ya investment arbitrations* (yatırım uyuşmazlıkları) ya da çok daha dar bir alanda geçerli olmak üzere, *concession arbitrations* (imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar) biçiminde, sınıflandırılmıştır. Bu dönemde, ticari tahkim yani *commercial arbitration* eş deyişle, tümüyle özel hukuk kişileri arasında cereyan eden tahkim, taraflardan birinin devlet olduğu ve milletlerarası hukuka ait ilke ve prensiplerinin uygulandığı tahkimin âdeta gölgesinde kalmıştır (BENJAMIN, *Commercial Arbitration*, s. 1-2); REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 18. Karş. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 41-43.

⁴⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 50. Yine, özellikle Amerikalı hukukçularca “*trade disputes*” olarak vasıflandırılan WTO (KOMURO N., *The WTO Dispute Settlement Mechanism Coverage and Procedures of the WTO Understanding*, 12(3) J Int'l Arb 1995, s. 81 vd.) ve NAFTA (SOLOWAY A. J., *NAFTA's Chapter 11, The Challenge of Private Party Participation*, 16(2) J Int'l Arb 1999, s. 1 vd.) kökenli uyuşmazlıklar da özünde, kamu hukuku karakterli ve ticari alanda devletlerin yapmış oldukları düzenlemeleri konu edinmektedir. Ayrıca bkz. ŞANLI, s. 228, 229.

⁴⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 50. Ayrıca bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 18. Böyle bir ayrımın gerekli olmadığı; yatırım uyuşmazlıklarının da, *hukuki ihtilafın konusu, bir tarafın egemenlik yetkilerine dayanarak yaptığı eylem ve işlemler de olsa, ticari tahkim* altında çözümlenebileceğini kabul eden görüş ve ayrıntısı için bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 41-43. Ayrıca bkz. ŞANLI, s. 229

⁴⁹ SZASZY, *Model Law*, s. 40; BROCHES, *Model Law*, s. 82; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 35, 36. Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 77, 210.

⁵⁰ HERRMANN, s. 23; BROCHES, *Model Law*, s. 82; SZASZY, *Model Law*, s. 40, 41; SZURSKI, *Model Law*, s. 66; BROCHES, *Model Law*, s. 82; BROCHES, *Commentary*, s. 21, 22; BINDER, s. 14, 15; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 33-35; BERGER, s. 65; PARK W. W., *Why Courts Review Arbitral Awards, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, 2001, s. 604. Ayrıca bkz. BÖCKSTIEGEL K. H., *Das UNCITRAL-Modell-Gesetz für die internationale Wirtschafts-Schiedsgerichtsbarkeit*, RIW 9/1984, s. 671, 672, 676; GRANZOW, s. 62; HUSSLEIN-STICH, s. 8, 9; MUSIELAK H.-J., *Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 3., neubearbeitete Auflage, München 2002, §1031, Rn. 10; ZÖLLER/GEIMER, §1031, Rn. 35; ALBERS, §1031, Rn. 4; HENN, s. 25. Ayrıca bkz. *Erick Benteler KG and Helmut Benteler KG v.*

D-Tahkim Yeri Kavramı ve Değerlendirilmesi

1985 UNCITRAL Model Kanunu sonrası dönemde, *bir yandan*, tahkim hukukunda, özellikle milletlerarası alanda, özgürlük (*liberalisation*) ve *deregulation* rüzgârları esmekte; millî hukuk sistemleri arasında kıyasıya bir rekabet hüküm sürmekteyken diğer yandan, çok da çelişkili bir biçimde, özellikle milletlerarası tahkim uygulamasında, tahkimin ruhunu kaybettiği; tahkimin artık bir uzlaşma aracı olmaktan çok (*conciliation-minded*), bir yargılama olduğu (*litigation-minded*) tezi ileri sürülmüştür. Her bir millî hukukun, tahkimi, Model Kanun'un bayraktarlığını yaptığı ilkeler doğrultusunda da olsa düzenlemeye çalışması; onu olabildiğince yasal boyutlara çekmesi, âdeta kendi mahkemelerinin yargılama usulünü düzenler gibi kanunlaştırması, bu son görüşün doğmasında, çok büyük bir etkendir⁵¹. Tahkim yeri, yapılan derin hukuki tartışmaların ardından, tahkim yargılaması içerisindeki hukuki ve her hâlde pratik değerini, bugün hâlâ korumaktadır. ***Tahkim hukukuna ilişkin sağlanmaya çalışılan onca yeknesaklık ve harmonizasyon, bu gerçeği değiştirememiştir***⁵².

Tahkimin (*yargılamanın*), genel eğilim doğrultusunda, tahkim yeri hukukuna tabi olduğu görüşü benimsenecekse, geçilmesi gereken bir sonraki aşama, artık *tahkim yerinin* neyi ifade ettiğini veya eş deyişle neresi olduğunu, bulmaktır. Tahkim yeri, gerçekten de coğrafi bir yeri mi anlatmaktadır; yoksa sadece hukuki bir bağı mı ifade etmektedir? Bunun aydınlatılması gerekir. Geleneksel olarak tahkim yeri, hakem heyetinin bulunduğu yer olarak tarif edilmişse de⁵³ böyle bir tanımlama, özellikle pratik açıdan oldukça güç sorunları beraberinde getirmektedir. Bu sorunların aşılabilmesi yönünden, tahkim yeri ile ilgili alt

Belgian State and SA ABC (Belgium), X YBCA 1985, s. 37. ***Hizmet akitleri*** yönünden meselenin değerlendirilmesi için bkz. *Compagnie Française d'Étanchéité (C.F.T.E) v. Dechavanne*, XX YBCA 1995, s. 656. ***Tüketici hukuku yönünden ise*** bkz. *Court of Appeal, Philip Alexander case*, XXII YBCA 1997, s. 872-880. Ayrıca bkz. **RAESCHKE-KESSLER H.** Some Developments on Arbitrability and Related Issues, International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series No. 10, 2001, s. 55; **AUDIT**, s. 124, **KOCASAKAL Ö. H.**, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerinde Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 185; **ÖZBAY İ.**, 1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, s. 1065.

⁵¹ **DE LY**, s. 2, 3. Bazen, yapılan oldukça özgürlükçü ve bir o kadar da tahkim yeri hukukunun tahkime karşı kayıtsızlığı sonucunu doğuracak reformların ardından (Belçika Yargılama Usulü Kanunu *eski m. 1717/IV*) ülkelerin kendilerini, bir ***tahkim cenneti*** olarak kabul etmeleri de mümkün olabilmektedir (**PARK W. W.**, National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration, 63 Tulane L Rev 1989, s. 694; **PAULSSON J.**, Arbitration Unbound in Belgium, 2(1) Arb Int 1986, s. 68 vd).

⁵² *Ayrıntılı değerlendirme için bkz. DE LY*, s. 3-5. Meseleye tahkim penceresinden bakıldığında, tarafların (tahkim) hukukunu bildikleri; mahkemelerinin tahkime nasıl yaklaştığına aşina oldukları bir yerde, tahkime karar vermeleri veya bir tarafın diğerini, kendisi için bu tip avantajları içeren bir yere çekebilmesi, tahkim yargılaması içerisinde, elde edilecek önemli bir kazanım hâline gelmektedir. Tarafların tahkim yeri mahkemelerinden, tahkim yeri hukuku yardımıyla elde edecekleri azami fayda; göreceklere asgari müdahale, taraflarca tahkim yerinin seçiminde gözetilen durumlardır (**IWASAKI K.**, Selection of Situs: Criteria and Priorities, 2(1) Arb Int, 1986, s. 62-67).

⁵³ **MANN**, *Lex Facit Arbitrum*, s. 157; **MANN F. A.**, The UNCITRAL Model Law-Lex Facit Arbitrum, 2(3) Arb Int, 1986, s. 241 vd; **DE LY**, s. 7; **HUSSLEIN-STICH**, s. 112.

ayrımara gidilmiş; kimi konularda farklılaşma sağlanarak, yaşanan pratik güçlükler çözülmeye çalışılmıştır⁵⁴. Şu hâlde, karşımızda, *iki* farklı tahkim yeri kavramı bulunmaktadır. Bunlardan ilki tümüyle coğrafi bir içerik taşımaktadır; burası, fiilen de yargılamanın bütünü ve bir kısmının yapıldığı yerdir. İkincisi ise ki, bizi de yakından ilgilendiren, hukuki anlamda tahkim yeri kavramıdır. Burası, söz konusu tahkim yargısı ile ilgili ülke hukuku (*lex arbitri*) arasında bağlantıyı sağlayan, kanunlar ihtilafı anlamında, âdeta bir bağlanma noktası olarak kabul edilen yerdir⁵⁵.

UNCITRAL Model Kanunu yönünden, tahkim yargılaması ile ilgili **hukuki** sonuçlar (*constructive place of arbitration*), tahkim yeri ile ilişkilendirilmişken; **ne** burası ile tahkim yargılaması arasında gerçek, fiilî ve hatta coğrafi bir uygunluk veya yakınlık aranmış **ne de** tahkim yargılamasının tamamen veya hiç olmazsa kısmen, ama mutlaka tahkim yerinde

⁵⁴ Ayrıca bkz. SCHÜTZE, s. 81.

⁵⁵ DE LY, s. 6-7; NAKAMURA T., The Place of Arbitration in International Arbitration- Its Fictitious Character and Lex Arbitri, 15(10) Mealey's IAR, 2000, s. 16; MANN, *Lex Facit Arbitrum*, s. 163; MANN F. A., Where is an Award "made"?, 1(1) Arb Int 1985, s. 108; BROCHES, *Commentary*, s. 106; LEW J. D. M., The place of arbitration and the applicable procedural law in the English common law, The place of arbitration, eds. M. Storme, F. De Ly, 1992, s. 81; BINDER, s. 134; HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 607; SANDERS P., The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, Second and Expanded Edition, 2004, s. 105-106; BİRSEL M. T., Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçimin Önemi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Millî Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, s. 65; DEREN-YILDIRIM, s. 93, 94. Tahkim yeri ile neyin kastedildiği, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da açıklığa kavuşturulmuş değildir. Özellikle kanunun uygulanması bakımından, tahkim yerine, bir hayli önemli işlevler yüklenmişken, Türkiye'de yürütülmekte olan bir tahkim yargılaması bakımından, tahkim yerinin de Türkiye'de olup olmadığı, cevaplanması her zaman kolay olmayan bir sorudur. Taraflarca bir belirlemeye gidilmediği; hakemlerce de henüz, açık bir belirlemenin yapılmadığı hâllerde, tahkim yerinin, örneğin Türkiye içinde olup olmadığı, tartışmalara sebebiyet verecek bir meseledir. Bir yerin, tahkim yeri olup olmadığı konusunda, sınırları çizili, kesin ve belli koşulları içeren bir listenin hazırlanması mümkün gözükmemektedir. Örneğin, *sadece*, tahkim yerinin, hakemlerin ağırlıklı olarak faaliyet gösterdikleri veya faaliyette bulunmak zorunda kaldıkları yer olduğu, şeklindeki bir anlayıştan hareket edilmesi dahi yanıltıcı olabilir. Karş. NOMER/ŞANLI, s. 476; EKŞİ N., Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, 23/1-2 MHB 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 333, 334. Bu durum, aslında, tahkim yeri kavramının kilit rol üstlendiği mülkîlik ilkesinin en zayıf yanını oluşturmaktadır. **Zira tahkim yerinin nasıl tanımlanacağı dahi belirsizdir.** Bu nedenle tahkim yerinin henüz belirlenmediği dönemde, *aranacak sair koşullarla birlikte*, taraflar arasındaki tahkimle ilgili uyumsuzluklar yönünden ülke mahkemelerinin yargı yetkisine sahip olabilmesine ilişkin bkz. ZPO §1025/II; özellikle III; 1996 AA § 2/II-V (karş. MTK m. 1/II). *Naviera Amazonia Peruana S.A v. Compania Internacional de Seguros del Peru*, ([1988] 1 Lloyd's Rep. 116-121) davasında, *Court of Appeal*, tarafların *lex arbitri*'ye ilişkin tercihlerinin, aynı zamanda, tahkim yerinin Londra olması yönündeki iradelerini de kapsadığı şeklinde yorumlamıştır. *Court of Appeal*, teorik olarak tahkim yeri hukukundan ayrı bir millî hukukun *lex arbitri* olarak tercih edilmesini mümkün görmüşse de bunun, sorundan başka bir şeye sebebiyet vermeyeceği inancındadır. *Lex arbitri*, sadece *lex loci arbitri*'yi içermekle kalmaz, ama aynı zamanda, tahkim yeri mahkemelerinin de yargı yetkisinin kaynağını teşkil eder. Örneğin, tahkim yerinin Peru olarak belirlendiği ve fakat her nasılsa, kararlaştırılmış olan *lex arbitri*'nin İngiliz hukuku olduğu bir durumda, İngiliz mahkemelerinin söz konusu tahkimle ilgili herhangi bir yargı yetkisi olamaz. Sonuç olarak, *High Court*'un bu yöndeki kararı bozulmuş; tahkim yargılamasının *salt* Peru'da **icra edilecek** olmasının tahkim yerinin belirlenmesi yönünden; *lex arbitri*'ye ilişkin seçimden daha kuvvetli ve etkin olmadığı sonucuna varılarak mahkemenin hakem tayiniyle ilgili yargı yetkisinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca bkz. CRAIG, s. 41-43; LEW, *Applicable Law*, s. 247; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 85. Buna karşın OLG Düsseldorf, gerçekten de tahkim yerinin Zurich olması durumunda, söz konusu hakem kararının yabancı hakem kararı olarak değerlendirileceğini; şayet belli bir tahkim yerinin tespit edilememesi hâlinde, *son duruşmanın-sözlü oturumun yapıldığı yerin* tahkim yeri olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır (XXVII YBCA 2002, s. 270-271).

icrasına ilişkin bir zorunluluk öngörülmüştür⁵⁶. Bu durum, uygulamayla da örtüşmektedir. Zira “*constructive*”, inşai tahkim yeri olarak kabul edilen coğrafya parçası, özellikle uyuşmazlığın hiçbir tarafı ile bağlantısının bulunmaması; taraflara, uyuşmazlığa ve belki de hakemlere göre tarafsız; onlardan ve hukuki konumlarından bağımsız olması gibi özellikleri nedeniyle belirlenmektedir. Oysa yargılamanın icrası sırasında, örneğin, keşfin uyuşmazlığın yaşandığı yerde icrası; tanıkların bulunduğu yerde dinlenmesi; bilirkişi incelemesinin tarafların delillerinin tutulduğu yerde yaptırılması gerekebilmektedir⁵⁷.

UNCITRAL Model Kanunu ile kabul edilen *tahkim yeri* anlayışı, Model Kanun’un hazırlanışı esnasında, genel kabul görmüş ve Model Kanunu takip eden ülkelerde de herhangi bir değişikliğe uğratılmaksızın benimsenmiştir⁵⁸. Örneğin, Alman ZPO §1043, tümüyle Model Kanun madde 20/I’in eşidir. Bu hüküm üzerine yapılan yorumlardan biri de, ZPO §1043/II (Model Kanun m. 20/II) ile katı bir mülklik ilkesinin yaratacağı sorunların giderildiği; tahkim yargılamasının tahkim yeri olarak benimsenen coğrafya parçası dışında, başka yer veya yerlerde de fiilen icrasının mümkün hâle geldiği şeklindedir. Hatta artık bir tahkim yargılamasının Alman hukukuna tabi olması, başka bir ifadeyle “*Almanlaşması*” için hakem yargılamasının herhangi bir safhasının mutlaka, Almanya’da icra edilmesi gerekli değildir⁵⁹. UNCITRAL Model Kanunu’nu takip etmeyen kimi millî tahkim düzenlemeleri dahi aynı esası takip etmişlerdir (örneğin bkz. Hollanda CCP Art. 1037/I, III; 1996 AA §3)⁶⁰. İsviçre Federal Mahkemesi, tahkim yeri ile tahkim yargılamasının fiilen icra edildiği/edileceği yer arasındaki farka işaret ederek taraflarca İsviçre’nin tahkim yeri olarak seçilmesinin (*ein schweizerisches Rechtsdomizil*) tarafların açıkça uyuşmazlıklarının çözümünü, İsviçre tahkim hukukuna tabi

⁵⁶ BERGER, s. 100, 101; BOCHES, s. 104 vd; KAUFMANN-KOHLER G., Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure- The Role of the Law of the Place of Arbitration, ICCA Congress Series No. 9, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of The New York Convention, 1998, s. 344; NAKAMURA, s. 17; CALAVROS, s. 109; HUSSLEIN-STICH, s. 112 vd; WALTER G/BOSCH W/BRÖNNIMANN J., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991. s. 38. Model Kanun’un hazırlık çalışmalarında, özellikle Norveç temsilcisi tarafından, Model Kanun ile birlikte öngörülen hukuki sonuçların gerçekleşmesinin tahkim yeri ile icra edilecek tahkim yargılaması arasında, kısmen de olsa fiilî ve gerçek bir ilintinin varlığına bağlanması önerilmişse de öneri kabul edilmemiş; tam aksine bu yönde herhangi bir şartı ve zorlamayı içermeyen “*tahkim yeri*” anlayışı düzenlenmiştir (HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 596, 601).

⁵⁷ KAUFMANN-KOHLER, s. 344; NAKAMURA, s. 18; LEW, *Place of Arbitration*, s. 80; MANN, *Lex Facit Arbitrum*, s. 163; MANN, *Award*, s. 107. Ayrıca bkz. NOMER E/EKŞİ N/ÖZTEKİN G., Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, İstanbul, 2003, s. 26; NOMER/ŞANLI, s. 475; EKŞİ, s. 332, 333.

⁵⁸ HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 593. Ayrıca bkz. SZASZY, *Model Law*, s. 45, 46.

⁵⁹ MANN, *Award*, s. 107 vd; HENN, s. 34, 35; ZÖLLER/GEIMER, §1025, Rn. 3, 8; ALBERS, §1043, Rn. 1; MUSIELAK/VOIT, §1042, Rn. 2, 3. Ayrıca bkz. KAPLAN, *Usul*, s. 63; NOMER/ŞANLI, s. 475-476; EKŞİ, s. 332, 333.

⁶⁰ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 57; NAKAMURA, s. 18. Ayrıca bkz. *Court of Appeal, Naviera Amazonica Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros del Peru*, (XIII YBCA 1988, s. 157). Aynı yönde bkz. *Bank Mellat v. Helliniki Techniki SA*, [1984] 1 QB s. 291 vd; *ABB Kummus Global Ltd. v. Keppel Fels Ltd*, [1999] 2 Lloyd’s Rep 24; MERKIN, s. 24.

tuttuklarını gösterdiğini; ancak bunun, aynı zamanda, hakemlerce mutlaka İsviçre’de bir araya gelinerek fiilen de yargılamanın İsviçre’de yapılacak olması anlamına gelmediğini, içtihat etmiştir⁶¹.

Mülkîlik ilkesinin, genelde, benimsendiği görülecektir. Bu, şaşırtıcı da değildir. Söz konusu ilkenin sadece anlaması ve anlatması değil; ama aynı zamanda, *anılan prensibin öncelikli-doğrudan muhatabının mahkemeler ve ardından hakemler olduğu dikkate alındığında*, somut uyuşmazlığa uygulanabilmesi de kolaydır. Tahkim yerinin belirlenmesiyle *sadece* mahkemelerin bir anlamda milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığı ve varsa söz konusu tahkim yargılamasına ne zaman ve ne ölçüde müdahale edebilecekleri tespit edilmemekte; *ama aynı zamanda*, hakemler yönünden de tahkim yargılamasına uygulanacak usulün saptanmasında, *âdeta ilk atlama taşı olarak*, karşılaşılan sorunların çözümü mümkün hâle gelmektedir⁶². Tekrar etmek gerekir ki, *tahkim yeri, artık neredeyse varsayımsal-fiktif bir değer hâline gelmiştir⁶³; bir zorunluluğu ya da gerçeği işaret etmekten çok uzaktır*. Tahkim yargılamasının belli aşamalarının ve hatta kimi düzenlemelere göre, neredeyse hiçbir aşamasının tahkim yerinde icrası zorunlu değildir; hükmün dahi fiilen orada verilmesi gerekmemektedir⁶⁴. Oysa tahkim yerine, *geleneksel olarak* yüklenen işlevler,

- a) Hakemlerce uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının;
- b) Tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun⁶⁵;
- c) Yargı yetkisine sahip mahkemelerin;
- d) Tenfiz aşamasında, söz konusu hakem kararının yabancı olup olmadığının,

⁶¹ ASA Bulletin 1997, s. 316 vd ; BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 22; BLESSING, s. 22; BUCHER /TSCHANZ s. 29. Ayrıca bkz. KAUFMANN-KOHLER, s. 346; VERBIST H/IMHOOS C., *The New 1998 ICC Rules of Arbitration*, RDAI/IBLJ, 1997, s. 1007.

⁶² LEW, *Place of Arbitration*, s. 81.

⁶³ NAKAMURA, s. 17. Ayrıca bkz. HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 592, 593.

⁶⁴ Böyle bir imkân, bazen, tahkim yeri hukukundan kaçışı da mümkün kılabilir. Tahkim yeri hukukunun, tahkim dostu bir tavır sergilemediği, tahkimi ertelediği, geciktirdiği veya durdurduğu durumlarda; sorun, hakemlerin kural olarak bağlı oldukları bu hukuki rejimden sıyrılarak tahkimi, yürütebilecekleri başka bir yere taşımalarının mümkün olup olmadığı, şeklinde gündeme gelmektedir. Bu, aslında tahkim yeri hukukuyla tarafların tahkime yönelik ortak iradelerinin çatışmasından başka bir şey değildir. *Böyle bir durumda, tahkim yeri değiştirilmeksizin, sadece yargılamanın belli evrelerinin tahkim yeri ülkesi dışında yapılabilmesinin bir çözüm olarak sunulması, ne kadar pratik ve gerçekçidir, o dahi tartışmalıdır*. Şayet gerekiyorsa, tahkim yerine ilişkin bir değişikliğin, kim veya kimler tarafından yapılabileceği ise bir başka sorundur. Özellikle tahkim yerinin tahkim anlaşmasında, taraflarca belirlendiği ve fakat tahkim yargılamasının da, *hukuken* veya *fiilen* artık orada icrasının mümkün olmadığı bir hâlde ve yine sözleşme hükmünün de artık taraflarca değiştirilemeyeceği bir somut olayda, hakemlerin anılan yetkiyle donatılıp donatılmadığı, son derece tartışmalıdır. Bu gibi hadiselerin özellikle tahkimin taraflarından birinin devlet olduğu durumlarda, sıklıkla yaşandığı bilinmektedir. Bütün bunların özünde, tahkimin, tüm dünyadaki hukuki kaderinin *lex loci arbitri*’ye bağlanmış olduğu gerçeği yatmaktadır. Kısacası, salt yargılamanın belli evrelerinin tahkim yeri dışında da yapılabilmesi, çoğu kez bir çözüm değildir; olmayabilir (SCHERER, *Seat*, s. 114-119). Ayrıca bkz. GELGEL, s. 1084, 1085.

⁶⁵ “...tahkime uygulanacak hukuk, X (ülkesi) hukukudur. Bu hâlde, X aynı zamanda, tahkim yeridir. Madem ki X, taraflarca kararlaştırılan tahkim yeri ülkesidir, o hâlde, *lex fori* de X ülkesi hukukudur. Sonuçta, tahkime ilgili meseleler yönünden yargı yetkisine sahip ülke de X’dir...”, *Naviera Amazonia Peruana S.A v. Compania Internacional de Seguros del Peru*, [1988] 1 Lloyd’s Rep. 119-120.

belirlenmesi hakkındaydı⁶⁶. Bu klasik yaklaşım, 1960'lı yıllardan itibaren ağır eleştiriye uğramış; tahrip ve terk edilmiştir⁶⁷. Bunun sonucu ve bir tepki hareketi olarak da sonradan, *unbound, delocalized, denationalized* tahkim olarak adlandırılan ve tahkim yeri hukukundan çeşitli görüşler altında, türlü ölçülerde bağımsız kalması amaçlanan tahkim türü yaratılmıştı. Aslında, milletlerarası (ticari) tahkimin, millî hukuklardan bağımsız; seyir hâlinde (*drifting*), yüzen (*floating*) bir müessese hâline gelmesi istenmişti⁶⁸. Ne var ki, Model Kanun'un ardından, bir zamanlar tahkimin tam bağımsızlığını savunanların görüşlerinin, artık millî hukuklarca bilhassa kanunlaştırıldığı dikkate alındığında, tahkimin millî hukuklara karşı korunması, eskisi kadar ne asli ne de güncel bir sorundur. Tahkimdeki irade özerkliği, artık millî tahkim kanunlarınca da benimsenen bir ilkedir⁶⁹. **Geçmişte, *delocalization, denationalization ya da deterritorialization* şeklinde savunulan görüşler ve bunlara karşı olan fikirler arasındaki çatışmalar, geride kalmıştır**⁷⁰. Zira günümüz mülkilik anlayışı, geçmişte, bu şekildeki düşüncelere neden olan durumları da ortadan kaldırmış; artık *lex loci arbitri*'nin kendisi, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki katı, sıkı, irade serbestisinden ve milletlerarası ticaretin gereklerinden uzak hükümlerine son vererek irade serbestisine öncelik tanımış; milletlerarası tahkim hukukunun gereklerine millî düzeyde öncelik vermiştir (NCPC Art. 1494; *karş.* ZPO §1042; MTK m. 8/A). **Artık, *lex loci arbitri*'nin modern uygulama alanı, ülke mahkemelerinin milletlerarası tahkim ile ilgili meselelerde, yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığını tespit etmekten**⁷¹ **ve çok az sayıdaki emredici hukuk kuralı yanında, çoğunlukla tahkim yargılamasına ilişkin yedek hukuk kurallarına yer vererek tahkime yardımcı olmaktan ibarettir**⁷².

⁶⁶ DE LY, s. 11; RUBINS N., The Arbitral Seat In No Fiction: A Brief Reply To Tatsuya Nakamura's Commentary "The Place of Arbitration in International Arbitration- Its Fictitious Character and Lex Arbitri", 16(1) Mealey's IAR 2001, s. 24.

⁶⁷ LEW, *Applicable Law*, s. 252 vd.; IWASAKI, s. 61-62.

⁶⁸ PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 358; PAULSSON, s. 53; PAULSSON, *The Extent of Independence*, s. 141; *karş.* SMIT H., A-National Arbitration, Tulane Law Review 1989, s. 629; PARK, *Lex Loci Arbitri* s. 21; PARK, s. 230.

⁶⁹ DE LY, s. 11, 12. Ayrıca bkz. HENN, s. 35.

⁷⁰ SMIT, s. 629; BERGER, s. 480 vd.

⁷¹ PETROCHILOS, s. 8-9. İsviçre hukuku örneğinde, PIL Art. 182 ve 192'nin hukuki varlıkları dikkate alındığında, artık tahkim yeri ve mülkilik anlayışı, sadece tahkime yardımcı olacak mahkemenin (*juge d'appui*) hangi ülke mahkemesi olduğunun tespitine yaramaktadır ki, tahkim yerinin İsviçre olmaması, tarafları, gerçekte ve *sadece*, İsviçre mahkemelerinin yardımından mahrum eder (EHRAT, s. 310).

⁷² KAUFMANN-KOHLER, s. 353. Bu noktada, Fransız hukuku bakımından da mülkilik ilkesinin geçerli olduğu söylenebilir. Her ne kadar, NCPC Art. 1494 gereği, ilk bakışta, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde, *kendiliğinden ve doğrudan* bir etkisinin, zorlayıcılığının olmadığı düşünülebilir de (*Karş.* MTK m. 8/A, ZPO §1042), aynı kanunun 1502/I, b. 4. ve 5. maddesi gereği, tahkim yeri hukukunun milletlerarası kamu düzenine yahut mutlak emredici (*doğrudan doğruya uygulanan*) kurallarına aykırı bir hakem kararının iptal edileceği de muhakkaktır. (NCPC Art. 1504). Görünürde, *lex loci arbitri* ile *lex arbitri* arasındaki irtibat, aksi öngörülmediği sürece koparılmışsa da bunun da bir sınırı vardır. **Mahkemelerin milletlerarası yetkisi** yönünden ise tahkim yeri, bugün hâlâ, çok etkin bir bağlanma noktasıdır (NCPC Art. 1493) (NAKAMURA, s. 19;

Tahkim yerinin kendisi, varsayımsal bir anlam ifade ettikten ve özellikle *lex loci arbitri*'nin uygulama alanı, yukarıdaki gibi tespit edildikten sonra artık, *delocalization* kavramının bizzat kendisi münakaşalı; yerindeliği ve gerekliliği su götürür bir konu hâline gelmiştir⁷³. **Milletlerarası tahkim (özellikle milletlerarası sözleşmeler ve UNCITRAL Model Kanunu) ile uyum içinde bir millî hukukun ve yine mahkemelere ancak tahkime yardımcı olma, onu destekleme, sınırlı da olsa onu denetlemek amacıyla tanınan yargı yetkisinin ardından, tahkime taraf olanların, tahkim yargılamalarını tahkim yeri hukukundan fiilen ve hukuken koparıp ayırmalarını gerektirecek ne olabilir⁷⁴?**

E- Yeni bir yaklaşım -Delocalised lex arbitri- ve Gerekliliği Meselesi

Milletlerarası tahkim ile millî hukuklar ile arasındaki bağın koparılması; tahkimin millî hukuk sistemlerinden ziyade gerçekten de milletlerarası hukuka tabi olması; **milletlerarası tahkimin**, milletlerarası ticaretin gereklerine, beklenti ve doğasına da uygun olarak *non-national*; *otonom* ve âdeta yeni bir yargı düzeni olarak kabulü, geleneksel görüşlere karşı geliştirilmiş bir düşünce akımıdır. **Milletlerarası tahkimin temel taşı olan irade serbestisi, üzerinde hassasiyetle durulan hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik için de yeterli bir ilkedir. Oysa tam aksine, bizzat tahkimin taraflarına yabancı tahkim yeri hukukunun müdahaleleri, taraflar için öngörülemez, beklenmeyen ve bilinmeyen durumlara sebebiyet vermekte; onlar yönünden hukuki güvenliği ve kesinliği bertaraf etmektedir⁷⁵.**

Tahkim yeri hukukunun, milletlerarası tahkimi, kendisine uymaya mecbur ve mahkûm etmesi; otelini ziyaret eden turistleri, boylarına ve kilolarına uygun düşmeyen yataklarda yatmaya; küçük, konforsuz ve rahatsızlık veren odalarda konaklamaya mecbur eden otel sahibinin davranışından farklı değildir. Örneğimiz, *şayet* taraflar, söz konusu ülkenin yargı yetkisini kabul etselerdi ve bu yönde *yetki anlaşması* yapsalardı, daha katlanılabilir olacaktı. Zira her hâlükârda, anılan türdeki otelde konaklamayı tercih eden, turistlerin kendisi olacaktı. Oysa sadece otelin bulunduğu turistik *yeri* ziyarete gelenlerin, o otelde kalmaya zorlanmaları ve dahası otelin bu fiziki koşullarına mahkûm edilmesi nasıl mümkün değilse, salt o ülkede

FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 636, 675). *Ayrıca bkz. PINSOLE P.*, Parties To An International Arbitration With The seat In France Are At Full Liberty To Organize The Procedure As They See Fit, A Reply To The Article Published By Noah Rubins, 16(1) Mealey's IAR, 2001, s. 27-29; **BİRSEL**, *Tahkim Yeri*, s. 67, 68; **ŞANLI**, s. 249.

⁷³ *Ayrıca bkz. PAULSSON*, *The Extent of Independence*, s. 141 vd.

⁷⁴ **KAUFMANN-KOHLER**, s. 354; **CRAIG**, s. 40. *Ayrıca bkz. BROCHES*, *Commentary*, s. 9, 10.

⁷⁵ **PAULSSON**, *Arbitration Unbound*, s. 362; **PAULSSON**, *The Extent of Independence*, s. 141-142; **CRAIG**, s. 16; **THEOFRASTOUS C. T.**, International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-Localization Debate, 31 Case W. Res J. Int'l L 1999, s. 464-465. *Karş. PARK*, *Lex Loci Arbitri*, s. 24; **PARK**, *Commercial justice*, s. 652; **CARBONNEAU**, *Arbitral Adjudication*, s. 98; **GOODE**, s. 32.

tahkim yargılamasını yürüten hakemlerin veya ona taraf olanların, arzu dahi etmedikleri ülke hukukuna ve mahkemelerine mecbur olmaları da beklenmemelidir⁷⁶.

Denationalisation (tabiiyetsizlik); *delocalisation* (vatansız) ve beraberinde gelen *anational* hakem kararları şeklindeki zincir kavramlar ile *sadece* yürütüldüğü yer hukukundan bağımsız; kendine yeter; hiçbir millî hukuka atfen icrası gerekmeyen bir tahkim anlayışı ifade edilmemekte, *ama aynı zamanda*, ilgili hakem kararı tahkim yeri hukukunca iptal edilmiş olsa dahi, söz konusu iptalin sadece tahkim yeri ülkesiyle sınırlı kalması; bunun diğer millî hukuk sistemleri için de geçerli olmaması fikri anlatılmaktadır⁷⁷.

Milletlerarası tahkimde, tahkimin sadece tek bir millî hukuka, *lex arbitri*'ye mecbur edilmesiyle çeşitli güçlükler ve zorluluklar ortaya çıkacaktır: Tahkim yerinin X ülkesi olduğu bir tahkimde, yargılama, çeşitli nedenlerle engellenebilir; söz konusu hakem kararının denetlenerek ortadan kaldırılması, mümkün hâle gelebilir. Oysa tahkime müdahaleyi haklı kılan gerekçeler ve uygulanan usuller, örneğin hükmün gerçekten de icra edileceği Y ülkesi için geçerli olmayabilir⁷⁸. Bir başka ifadeyle **X ülkesi hukukuna göre belirlenen *lex arbitri*'nin bütün hukuk sistemlerini etkilemesine neden olunmaktadır**⁷⁹. Mesele, iki

⁷⁶ PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 362-363; LALIVE P., *Enforcing Awards*, International Arbitration, 60 Years of ICC Arbitration, A look at the Future, ICC Publication No 412, 1984, s. 320. *Lalive*'nin bu yöndeki görüşlerini içeren ve kendisinin de tek hakem olduğu bir ICC hakem kararı ve *ayrıntısı için bkz.* V YBCA 1980, s. 176 vd. Gelişmiş ülkelerden, gelişmekte olan ülkelere yapılan yatırımlar yahut sermaye aktarımları sırasında yaşanacak sorunların yine, anılan yatırımın yapıldığı ülkede çözülecek olması, bu yatırımı yapan ülke vatandaşları için cazip görülmemektedir. Bu nedenle tahkim yerinin üçüncü bir ülke olarak seçilmesi, hayati önemi haizdir. Uyuşmazlığın tarafı olan *devlet* de benzer şekilde, tahkim yeri olarak seçilen ülke hukukuna ve mahkemelerine çoğu zaman tabi olmak istemez. Taraflar arasındaki tahkimin, tahkim yeri hukukundan ve mahkemelerinden olabildiğince koparılmasının ardında yatan fiilî gerçekler, hep bu merkezdedir. Oysa aynı gerçeklerin, tipik *ticari tahkim* olarak vasıflandırılan uyuşmazlıklar için de geçerli olup olmadığı, hayli tartışmalıdır (CRAIG, s. 12-13).

⁷⁷ LEW, *Applicable Law*, s. 52, 53; PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 24-25; LALIVE, *Awards*, s. 326; RENSMANN T., *Anational Arbitral Awards Legal Phenomenon or Academic Phantom?* 15(2) J. Int'l Arb. 1998, s. 37; LANDO, s. 762; DANILOWICZ, s. 243. *Ayrıca bkz.* SANDERS P., *Trends in The Field of International Commercial Arbitration*, 145 *Recueil des Cours*, 1975-II, 1976, s. 225-227. Milletlerarası tahkimde, sıklıkla kullanılan ve benimsenen *lex mercatoria*, *voï directe*, *amiable composition* gibi kavram ve anlayışlara karşın, hakem kararlarının esasının, hukuka uygunluk yönünden denetlenmesinin gerektiği dahi ileri sürülmüştür. *Mann*, Model Kanun ile egemen kılınmaya çalışılan, tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılaması üzerindeki egemenliklerinin sınırlandırılması fikrine şiddetle karşı çıkmaktadır. Hatta asgari düzeyde tutulmaya çalışıldığı söylenen denetimin, kendisince, asgarinin de altında olduğu fikrini ileri sürmüştür. ***Keyfliğin önüne geçmek, adaletin gerçekleşmesini sağlamak, bir kamu düzeni meselesi olarak devletin korunmaya değer en üstün menfaatlerindedir*** (GOODE, s. 33; MANN F. A., *Private Arbitration and Public Policy*, 4 CJQ 1985, s. 264, 267; MANN, *Lex Facit Arbitrum*, s. 159-160). *Aynı yönde bkz.* *Sempozyum*, s. 11. *Ayrıca bkz.* PARK, *Judicial Control*, s. 231- 235; LIONNET, *Procedural Law*, s. 5, 13-15.

⁷⁸ PAULSSON, s. 59. *Ayrıca bkz.* RENSMANN, s. 37.

⁷⁹ PAULSSON, s. 56-57; PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 25. Tahkimin taraflarının hakemlerden, tahkim yeri hukuku ve mahkemeleri ile çatışmalarını belediklerini, söylemek güçtür. Zira söz konusu hakem kararının tahkim yeri ülkesinde de icra edilmesi gerekebilir. *Ancak böyle bir olasılığın da, tahkimin bütün bir dünyadaki kaderinin salt tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin insafına bırakmayı gerekli kılmadığı savunulmuştur* (PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 364; LANDO, s. 763). Oysa kaybeden tarafın varlığı çekişmesiz olan hukuka aykırılıkları, nerede, hangi koşullar altında sürebileceği de görmezden gelinmemelidir. Tahkim yeri

boyutludur: Bir hakem kararının bağlayıcılığı ve gücü, *tıpkı mahkemelerce verilen kararlarda olduğu gibi*, mutlaka tahkim yeri hukukundan kaynaklanmamalıdır. Hakem kararlarının iptalinin *erga omnes* bir nitelik arz etmesinin milletlerarası tahkim gerçeği ile örtüşmemesi nedeniyle önüne geçilmelidir⁸⁰.

Delocalization görüşü içerisinde iki ana kol bulunmaktadır:

- a) Tahkim, tümüyle sözleşmesel bir meseledir; *diğer tüm sözleşmeler gibi geçerliliği de görecelidir*; tek bir hukuk düzeninin münhasıran hakem kararını geçerli veya geçersiz sayması, gerekli olmadığı gibi, mümkün de değildir. Hakem kararının bağlayıcılığı, kararının icrasının istendiği her forumun kendi *millî* hukukuna göre belirlenecektir.
- b) Milletlerarası tahkimin geçerliliği de dâhil olmak üzere yapılacak tüm tartışmaların çözüm yeri, müessesenin de niteliğine uygun olarak *ne millî ne de* milletlerarası ve fakat her ikisinin de sınırında, milletlerüstü *–transnational-* hukuktur⁸¹.

Milletlerarası tahkimin tabi olacağı milletlerarası hukukun nelerden ibaret olabileceği konusundaki tartışmalar, ister istemez *lex mercatoria*'nın incelenmesini gerekli kılmaktadır ki, bunun bir *lex arbitri* olmaya yetip yetmeyeceği, tartışmanın diğer boyutudur⁸². Bundan kırk-elli yıl önce başlayan *lex mercatoria*'yı bulma ve yaratma çabaları, ilk etkisini ve ürününü, milletlerarası tahkim alanında göstermiş; “*denationalized, delocalized, a-national; supranational, transnational, floating award*” gibi terimlerin doğumuna sebebiyet vermiştir. *Lex mercatoria*, özünde, milletlerarası tahkimin ve özellikle tahkim yargılamasının belli bir

mahkemelerinden bu yetkinin alınması, özellikle hakemler yönünden tam bir keyfiliğe neden olabilecektir (PARK, *Commercial justice*, s. 653).

⁸⁰ PAULSSON, s. 53, 59; LANDO, 762; LALIVE P., The New Swiss Law on International Arbitration Articles, 4(1) Arb Int 1988, s. 19; GAILLARD E., A Foreign View of the New Swiss Law on International Arbitration, 4(1) Arb Int 1988, s. 30, 31.

⁸¹ PETROCHILOS, s. 35; PECHOTA, s. 22-23; PARK W. W., The Influence of National Legal Systems on International Commercial Arbitration: Recent Developments in English Arbitration Law, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, s. 84; REDFERN/HUNTER/BLACKABY /PARTASIDES, s. 89, 90. Bucher, tahkimin *delocalisation* 'u konusunun teoride, son derece yoğun tartışmalara sebebiyet vermiş olmasına karşın, pratikte aynı değerde önemli ve etkin olmadığı düşüncesindedir. *Delocalisation*, sadece yargılamada uygulanacak kurallara yönelik olup tahkime uygulanacak hukuk için (*lex arbitri*) geçerli değildir. Şu hâlde, *delocalised tahkim, sadece delocalised tahkim prosedürü anlamındadır ve lex loci arbitri'nin tahkim yargılaması üzerindeki egemenliğine son vermek amacındadır* (BUCHER, s. 40, 41).

⁸² SMIT, s. 632; SMIT H., Substance and Procedure in International Arbitration: Development of a New Legal Order, 65 Tulane L Rev, 1990-1991, s. 1309 vd. PETROCHILOS, s. 36; s. 225 vd. Karş. Teorinin, tahkimin tümüyle millî hukuklardan ve mahkemelerinden koparılması anlamına geldiğini iddia etmek, güçtür. Zira aksi düşüncenin kabulü, hakem kararlarının her zaman taraflarca rızaen yerine getirildiği veya getirileceği varsayımının yerinde olduğu anlamına gelir. *Hakemlerce verilen hükmün taraflarca akdedilmiş bir sözleşmeden daha değerli ve etkin olması, yine tarafların beklentisidir* (PARK W.W/PAULSSON J., The Binding Force of International Arbitral Awards, 23 Va. J. Int. 1982-1983, s. 253). Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 193 vd.

millî hukuka tabi olmaksızın da var ve geçerli olabilmesi yönünden gerekli hukuk kaynağıdır⁸³.

Milletlerarası tahkimin millî hukukların resmen gündemine girdiği, 80'li yılların başından itibaren, tartışılan soru şudur: Her milletlerarası tahkim yargılamasının zorunlu olarak, *âdeta lex fori* niteliğinde olan, tahkim yeri millî hukukuna (*lex loci arbitri*) tabi olması gerekli midir? Ki bu hukuk, sadece tahkim usulü üzerinde egemen ve hükümran olmayacak; ama *özellikle* hakem kararlarının da varlık ve geçerliliğinin sorgulanacağı hukuk olma özelliğini taşıyacaktır⁸⁴.

“...Milletlerarası tahkimin sorunları, *lex arbitri* anlayışının arkasında yatanlardan soyutlanarak tartışılmaz; dünya hukuk sistemleri o kadar hızlı değişmektedir ki, genel bir kural koymak ve hatta buna niyet etmek mümkün değildir. Kural olarak ve *izin verildiği ölçüde geçerli irade serbestisine tabi olarak, lex arbitri*, tahkim anlaşmasının geçerliliği ile hakem heyetinin teşekkülünü, yargılama usulünü, hakemlerce uygulanacak hukuku, hakem kararlarının nasıl denetleyeceğini düzenler...”⁸⁵

⁸³ LANDO, s. 763; SANDROCK O., To Continue Nationalizing or To De-nationalize? That is now the Question in International Arbitration?, 12 Am Rev. Int Arb 2001, s. 303. *Anational* hakem kararlarının hiçbir millî hukuka tabi olmayan hakem kararları olarak vasıflandırılması mümkündür. *Oysa böyle bir tanımlama, ancak buna imkân tanıyan millî hukukların varlığıyla mümkündür.* Zira millî bir hukukun içerdiği kanunlar ihtilafî kuralları, *taraflar her ne isterse istesin*, anılan tahkimi, *kendine göre yerli* veya *yabancı* (ama millî) bir tahkim olarak vasıflandırabilecek yapıdadır (RENSMANN, s. 38-40). *Aynı yönde bkz. BERGER*, s. 480- 489; DE LY, s. 20-21. *Ayrıca bkz. Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co* [1983] 3 WLR 245; MANN F.A., England Rejects “Delocalised” Contracts and Arbitration, 33 ICLQ, 1984, s. 197 vd. SCHLOSSER, Rn. 197. Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı sorunun millî hukuklardan bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği, bizzat *Fransız hukukunun kendisince* kabul edilmektedir (PETROCHIOS, s. 38). Aksi yöndeki görüşün savunucuları, milletlerarası anlaşmalar ve milletlerarası yeknesak kurallar ile şekillenen milletlerarası hukukun kendisinin tarafları, tahkim yargılamalarını biçimlendirebilme yönünden yetkilendirdiğine işaret etmektedir. Bu hâlde, yegâne sınır, *-truly international public policy-* gerçek milletlerarası kamu düzenidir. Oysa 1958 New York Sözleşmesi'nin V, 1, e maddesinin bütün bu görüşlere verilecek en tatminkâr cevap olduğu düşünülür (PARK, *Judicial Control*, s. 238; 258). *Ayrıca bkz. MELIS W.*, Mandatory National Procedural Law and Auxiliary Powers of Courts, Planning Efficient Arbitration Proceedings, the Law Applicable In International Arbitration, ICCA Congress Series No. 7, 1996, s. 355-356; JARVIN S., The source and limits of the arbitrator's powers, Contemporary problems in international arbitration, ed. Julian D M Lew, 1986, s. 50, 61. *Karş. PAULSSON, The Extent of Independence*, s. 142-143. Buna karşın, 1958 New York Sözleşmesi'nin I, 1 maddesinin *ikinci cümlesinin*, taraflara tahkim yeri hukuku dışında, tahkime bir başka millî hukukun ve hatta millî olmayan kuralların uygulanmasını kararlaştırabilecekleri yönünde yetki tanıdığı sonucuna ulaşılmaktadır (LALIVE, *Awards*, s. 327, 328). Oysa söz konusu hükmün, Sözleşme'nin uygulama alanını genişletmekten başka bir amacı olmadığı gibi, hükmün süjesi, birey de değildir. Düzenleme ile taraflara hiçbir şekilde belli bir hukuku seçme veya ondan kaçınma konusunda yetki verilmemektedir (PETROCHIOS, s. 39; 341 vd.).

⁸⁴ PETROCHIOS, s. 2. *Ayrıca bkz. HELLER K.*, Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Band 4, Wien, 1996, s. 3, 4; AKINCI, *Hakem Kararı*, s. 57-59.

⁸⁵ MANN F. A., State Contracts and International Arbitration, 42 BYIL 1967, s. 6. *Ayrıca bkz. DE VRIES*, s. 50; WILNER M. G., Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study, 19 Rutgers L Rev 1964-1965, s. 648.

Klasik ve egemen anlayış, sorunun cevabında tereddüt duymamaktadır⁸⁶. Esasen *denationalization* fikrinde olanlar için de bir sorun yoktur: Tahkimin hukuki niteliği, özellikle sözleşmesel yapısı, öncelikle *lex fori* veya türevlerine ihtiyaç duyulmasına engeldir. Dahası tahkimin bir de milletlerarası özellikler içermesi hâlinde, artık millî bir hukukun bu türden bir tahkime hayat vermesi, müesseseyle uyum içinde olmayacaktır. **Kırılma noktası, bu son görüşün artık bir millî hukuk söylemi hâline gelmesiyle gerçekleşmiştir.** Bir millî hukuk, *Fransız hukuku*, tahkimin milletlerarası niteliğinden hareketle klasik kanunlar ihtilafı yaklaşımını bir yana bırakarak herhangi bir millî hukuku (*kendisi de dâhil olmak üzere*) aramak kaygısına düşmeksizin yine kendisinin kabul ettiği kimi maddi kurallardan (*sanki tüm millî hukukların üzerinde, milletlerarası tahkim için geçerli, doğrudan uygulanmayı bekleyen kurallarmış gibi*) hareketle milletlerarası tahkime ilişkin sorunları çözmektedir⁸⁷. Bu son anlayışın izlerini, özellikle şu dört noktada görmek mümkündür:

- a) Tahkim anlaşmasının varlık, geçerlilik ve kapsamının sorgulandığı hâllerde uygulanacak hukukun tespitinde;
- b) Tahkim usulüne uygulanacak hukukun tespitinde; tahkim yargılamasına uygulanacak *kuralların*, özellikle tahkim yeri hukuku ile çatışması durumunda, sorunun neye göre çözümleneceğinde⁸⁸;
- c) Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde⁸⁹;
- d) Tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen hakem kararlarının özellikle tenfiz yeri hukuku yönünden geçerliliğin tespitinde⁹⁰.

Bunlardan ilk ikisi ve konunun daha iyi anlaşılabilmesi yönünden sonuncusu, kısaca incelemeye çalışacağımız başlıklar olacaktır.

Tahkim anlaşmasının *bağımsızlığı* “*autonomy*” konusunda, artık neredeyse tereddüt duyulmamaktadır (MTK m. 4/IV). Oysa Fransız hukuku yönünden bağımsızlık, klasik

⁸⁶ Ülke üzerinde gerçekleşen her iş ve işlem gibi tahkimin de, tahkim yeri hukukuyla çatışması hâlinde, geçerlilik kazanmayacağı, açıktır. Burada bir *delegation* varsayımından ziyade, tahkimin, devletlerin ülkesi üzerinde geçerli millî hukuklarla ne derecede uyum içinde olduğu noktasından hareket edilmektedir (MANN, *Lex Facit Arbitrum*, s. 164-166). Mann, tahkim yeri ülkesinin, tahkimle ilgili hukuk politikası konusunda, hakem kararlarının hukukilik denetimine de tabi tutulmasını savunacak kadar, sıkı ve katı bir anlayışa sahiptir (MANN, *Private Arbitration*, s. 267). Ayrıca bkz. ŞANLI C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, s. 174-176.

⁸⁷ SANDROCK, s. 305. Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 3, 10, 31.

⁸⁸ PARK W. W., Judicial Controls in the Arbitral Process, 5(3) Arb Int 1989, s. 232.

⁸⁹ 1960’ların sonunda geçerli olan ve hakemlerin, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespitinde, tahkim yeri *kanunlar ihtilafı kurallarıyla* da bağlı olduğu fikri, son derece ağır bir biçimde eleştirilmiştir. Bu şekildeki denklik, *lex loci arbitri*’nin *lex arbitri* olduğu savunanların dahi ilk olarak ve kolayca terk ettiği düşünce olmuştur (SANDROCK, *International Arbitrator*, s. 34-35, 38). Ayrıca bkz. DANİLOWICZ, s. 259-261; LEW, *Applicable Law*, s. 254, 255; DE LY, s. 17-19; PARK, s. 602, 603; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 634; *Sempozyum*, s. 154.

⁹⁰ SANDROCK, s. 305 vd.

kanunlar ihtilafı kurallarının aksine, tahkim anlaşmasının hiçbir millî hukuka dayanmaksızın da varlık ve geçerliliğinin sorgulanmasının mümkün olduğu, anlamına gelmektedir⁹¹. Yani, klasik kanunlar ihtilafı anlayışı, tümüyle terk edilmektedir⁹². Sorun, artık sadece uygulanacak kuralların nelerden ibaret olduğunun tespitidir ki, "... milletlerarası tahkim alanında, tahkim anlaşmalarının bağımsızlığı prensibi, maddi bir milletlerarası hukuk kuralı olarak, hiçbir kanunlar ihtilafı kuralını gözetmeye gerek olmaksızın, genel kabul görmüş bir ilkedir; bu nedenle sözü edilen anlaşmanın geçerliliği, sadece milletlerarası kamu düzeninin gerekleri ölçüsünde, sorgulanmalıdır..."⁹³ ve "...milletlerarası tahkimin maddi bir kuralı olarak tahkim anlaşması, içinde bulunduğu veya kendisine göndermede bulunan ana sözleşmeden bağımsız olup tahkim anlaşmasının varlık ve etkinliği, hiçbir millî hukuka göndermede bulunmaya gerek kalmaksızın tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun, ortak iradeleri temelinde, Fransız hukukun emredici normlarına ve milletlerarası kamu düzenine uygun olarak tespit edilir..."⁹⁴ içtihatlarıyla gereken kurallar da belirlenmiştir. Ne var ki, söz konusu içtihatlar, büyük eleştirilere neden olmuştur. Özellikle *milletlerarası kamu düzeni* şeklindeki bir oluşumun, cevabı aranan soru için yeterli olmadığı vurgulanmıştır. İlk içtihat *Cour d'appel Paris*, geçerlilik sınırlarını bir hayli geniş çizmiş, bu sınır, daha sonra *Cour de cassation* tarafından, milletlerarası kamu düzeni yanında, Fransız hukukunun emredici normları da ilave edilmek suretiyle daraltılmaya çalışılmıştır⁹⁵.

Aslında yapılmak istenen, tahkimin, hiçbir millî hukuka tabi olmayan bir sözleşme olduğunu belirtmek değil; tam aksine, *Fransız mahkemeleri önünde* (NCPC Art. 1502, 1504), *münhasıran* Fransız hukuku bağlamında, milletlerarası tahkim için geliştirilmiş ve milletlerarası kamu düzeninin de parçası olan kurallara göre geçerli olup olmadığını araştırmaktır: **Bir tahkim anlaşması, ancak Fransız milletlerarası kamu düzenini rencide ettiği takdirde geçersizdir. Bir başka anlatımla tahkim yeri hukukuna göre çeşitli nedenlerle geçersiz olduğu sonucuna varılan bir tahkim anlaşması, her hâlde, Fransız milletlerarası kamu düzeniyle çelişecek değildir**⁹⁶.

⁹¹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 197.

⁹² SANDROCK, s. 307; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 228-236; ANCEL, s. 123, 124.

⁹³ *Cour d'Appel, Paris, Gatoil International Inc v. National Iranian Oil Company*, 7 Int'l Arb Rep B1, 1992. Ayrıca bkz. SANDROCK, s. 308.

⁹⁴ *Cour de cassation, Comité populaire de la municipalité de Khomas El Mergeb v Dalico Contractors* (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 216, 230). Ayrıca bkz. SANDROCK, s. 308, 309.

⁹⁵ SANDROCK, s. 309. Tahkim anlaşması, hiçbir hukuka tabi olmayan türde bir anlaşma değildir; sadece tabi olduğu hukukun tespitinde, millî hukukların içerdiği kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaz (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 233).

⁹⁶ SANDROCK, s. 312, 313. Hakemler, hiçbir millî hukuka (*en azından tahkim yeri hukukuna*) tabi olmadıklarından veya hiçbir kamu düzeninin bekleliğini yapmadıklarından, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliğini sorgularken, hukukun genel prensiplerinden yahut *in favorim validatis* ilkesinden (PIL Art. 178/II) başka, takip etmeleri gereken, başta tahkim yeri hukuku olmak üzere, hiçbir millî hukuk bulunmamaktadır. Bu, milletlerarası tahkimin *milletlerarası hâle gelmesinin* bir sonucudur. (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 233, 234).

Tahkim usulüne ilişkin meselelere gelince: Tarafların tahkim usulüne uygulanacak kuralları belirlemekte serbest oldukları bilinmektedir; aynıysa hakemler için de geçerlidir (NCPC Art. 1494/I, II)⁹⁷. Ne var ki, bu özgürlük anlayışı, her bir millî hukuk için farklı olabilmektedir. Örneğin ZPO §1042/IV'e göre hakemler, ancak, taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma ve *konuya ilişkin ayrıca bir kanuni düzenleme bulunmaması hâlinde*, tahkim usulünü belirleyebilmektedirler. Kanunumuz yönünden ise taraflarca bir belirleme yapılmadığı sürece, tahkim usulü, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümlerine tabidir (**MTK m. 8/A**). **Şu hâlde, Türk hukukunda hakemlere, Alman hukukundaki kadar dahi bir özgürlüğün verildiğini söylemek mümkün değildir.** Buna karşın NCPC Art. 1494 bakımından, taraflarca bir belirleme yapılmadığı sürece hakemler, tahkim yargılamasını, *ihtiyaç duydukları ölçüde*, bir millî hukuka veya herhangi bir tahkim kuralına göndermede bulunmak suretiyle yürütebilmektedirler. Hakemlerin yargılamayı yürütmek bakımından, kural olarak, belli bir millî hukuku, *tahkim yeri Fransa ise Fransız hukukunu* takip etmesi, gerekli yahut onunla bağlı olması, söz konusu değildir⁹⁸. Geçerli olan ve üzerinde birleşilen yegâne sınır, NCPC Art. 1502/IV, V yani, *hukuki dinlenilme hakkı ve Fransız milletlerarası kamu düzenine ait olan ilkelerdir* (karş. ZPO §1059/II, 1, d; **MTK m. 15/A/II, 1, f**)⁹⁹. Fransız hukukunun özellikle iptal ve tenfiz rejimlerini bir tutması nedeniyle (NCPC Art. 1504) aynı anlayışın, tahkim yeri Fransa dışında olan hakem kararlarının Fransa'da tenfizi yönünden de geçerli olduğunu, belirtmek gerekir. Buradan da üçüncü ve son özelliğe geçmek mümkündür.

Tahkim yeri hukukunca iptal edilen hakem kararlarının, örneğin Fransa'da tenfizinin mümkün olup olmadığı meselesi, bir hayli tartışmalıdır. Tartışmaların özünde, iki popüler

⁹⁷ Tahkimle ilgili olarak taraflarca bir millî hukuk seçimi yapılmışsa böyle bir seçimin, aslında, göndermede bulunulan tahkim kurallarından daha güçlü ve etkin bir yönü bulunmamakta; bir anlamda sözleşme hükmü olmaktan öte herhangi bir değeri kalmamaktadır. Bu nedenle uygulanması istenilen millî hukuk emredici normları, örneğin İsviçre PIL Art. 182 bağlamında, artık aynı işlevi görmemektedir (**RUTHERFORD/SIMS**, s. 50; **SCHNEIDER E. M.**, Art. 182, *International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, ed. **Stephen V. Berti**, 2000, s. 406).

⁹⁸ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 647. Hakemler, tahkim yeri hukukunun emredici normları ile bağlı mıdır? Başka bir anlatımla taraflar, tahkimlerini tahkim yeri hukukundan tümüyle (emredici normları da dâhil olmak üzere) koparmak, ayırmak hak ve yetkisine sahip midirler? Sorun, aslında, tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen hakem kararlarının bir geçerliliğinin kalıp kalmadığıyla ilgilidir. Bugün için ICC Rules Art. 15/I; NCPC Art. 1494 ve PIL Art. 182 arasında, temelde yahut en azından içeriksel bir fark bulunmamaktadır. Ancak, şu gerçeğin de göz ardı edilmemesi gerekir: PIL Art. 182 ve NCPC Art. 1494 yönünden, tahkim yeri hukukunun ülkesinde yürütülmekte olan tahkim yargılamaları üzerinde, *takip edilecek usul konusunda*, hiçbir etki ve müdahalesinin olmaması, söz konusu millî hukukların yine kendisinin karar vermesi sonucudur. Millî hukuk (*lex loci arbitri*) taraflara anılan serbestiyi sağladığı için örneğin ICC Rules Art. 15/I, uygulama alanı kazanmaktadır. Gerçi, PIL Art. 182 yönünden, yasalama evresinde, yoğun ve çoğu kez de aksi yönde bir düzenlemenin egemen olması gerektiğine ilişkin tartışmalar yaşandığı bilinmektedir (**LIONNET**, *Procedural Law*, s. 9-11). Ayrıca bkz. **AUDIT**, s. 127; **RONEY/MULLER**, s. 52.

⁹⁹ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 645, 646; **SANDROCK**, s. 316, 317. Ayrıca bkz. **SANDROCK**, *International Arbitrator*, s. 43-45; **CRAIG**, s. 20; **von MEHREN A. T.**, *International Commercial Arbitration and Conflict of Laws, Essays in Honor of Hans Smit*, 3(4) *Am. Rev. Int'l Arb* 1992, s. 64.

karar bulunmaktadır: *Hilmarton*¹⁰⁰ ve *Chromalloy*¹⁰¹ davaları. Sorun, **tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmekle birlikte geriye hâlâ tenfizi mümkün, hukuken geçerli bir hakem kararının kalıp kalmadığı ile ilgilidir** (karş. ZPO §1061/III)¹⁰². Örneğin, tahkimin milletlerarası niteliğini ön plana çıkan görüş yönünden, iptal kararı, **sadece** tahkim yeri ülkesi için geçerli olup bu, milletlerarası hakem kararının tenfiz yeri hukukları için de geçersiz, manasız, işlevsiz kalacağı anlamına gelmemektedir¹⁰³. *Hilmarton* davasında, İsviçre Federal Mahkemesi'nce iptal edilen hakem kararının Fransa'da tenfizi istendiğinde, *Cour de cassation*, "...son olarak, **İsviçre'de verilen hakem kararı, bir milletlerarası hakem kararı olup o ülkenin hukukunun ve yargı sisteminin bir parçası değildir. Bu hâlde, hakem kararı, iptal edilse dahi hukuki varlığını sürdürmektedir ki, bu durum, Fransız milletlerarası kamu düzeniyle de çatışmamaktadır...**" sonucuna varmıştır¹⁰⁴. **Mahkeme kararlarının aksine, hakem kararlarının belli bir hukuk düzeniyle ilişkilendirilmesi, ancak bu ilişkilendirmeyi yapan hukuk için geçerli ve bağlayıcıdır; Fransız hukuku için tüm hakem kararları, eşit düzeyde geçerli olup varlık ve geçerlilikleri, sadece, Fransız hukukuna ve onun da kabul ettiği anlayışa göre, milletlerarası değerlere uygun olarak belirlenecektir**¹⁰⁵.

Cour d'appel Paris, *Hilmarton* içtihadını izlemiş, 1997 yılında, bu sefer *Chromalloy* davasında, "...Mısır'da verilen hakem kararı, bir milletlerarası hakem kararı olduğundan, tanımı gereği, sözü edilen devletin yargı düzeninin bir parçası değildir; öyleyse hükmün iptali, aynı hükmün varlığı üzerinde etkin ve belirleyici olmayıp Fransa'da tenfizi de milletlerarası kamu düzeniyle çelişmemektedir.." sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁶. İchtihatlarda, sözü edilen hakem kararlarının tahkim yeri millî hukuklarından koparılması; onlarla hiçbir bağlantılarının olmadığını tespit edilmesi, bir hayli ilgi çekici ve o kadar da tartışmalıdır¹⁰⁷. Hiç şüphesiz ki, bu anlayış, *tıpkı, iptal kararının ardından ilgili*

¹⁰⁰ ICC Award No. 5622, XIX YBCA 1994, s. 105.

¹⁰¹ *Karar için bkz.* 11 Mealey's IAR. 1996, s. C-1, C-4.

¹⁰² **KARRER A. P.**, *Judicial Review of International Arbitral Awards up to a point Local and Transnational standarts*, FS für Rolf A. Schütze, München, 1999, s. 339, 340. *Ayrıca bkz.* **ZÖLLER/GEIMER**, §1061, Rn. 59; **ALBERS**, §1061, Rn. 5.

¹⁰³ **GOODE**, s. 27; **KARRER**, *Judicial Review*, s. 342. *Ayrıca bkz.* **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 913-916. *Karş.* **SANDROCK**, s. 324 vd.

¹⁰⁴ Sorulması gereken, Fransız mahkemelerinin, *hangi yetkiyle* neyin İsviçre hukukunun yahut yargı düzeninin bir parçası olup olmadığına karar verebildiğidir (**GOODE**, s. 27).

¹⁰⁵ *Eleştirisi için bkz.* **SANDROCK**, s. 326. *Ayrıca bkz.* **CRAIG**, s. 32; **GAILLARD E.**, *Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 505 vd. *Ayrıca bkz.* **AKINCI**, *Hakem Kararı*, s. 148-160.

¹⁰⁶ *Chromalloy Aeroservices v. Arap Republic of Egypt*, XXII YBCA 1997, s. 1001. *Ayrıca bkz.* **RIVKIN W. D.**, *The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 528 vd; **LEW**, *Arbitration*, s. 198, 199.

¹⁰⁷ **GOODE**, s. 28; **KARRER**, *Judicial Review*, s. 344.

hakem kararının tahkim yeri ülkesi ve hukuku için artık bir anlam ifade etmemesi gibi, sadece Fransız hukuku için geçerlidir ve bağlayıcıdır.

Aslında, yaratılan, **multi-localization** anlayışından başka bir şey değildir: Tahkim yerinin, hükmün tahkim yerinde de infaz edilecek olması ihtimali dışında, pratik ve hukuki, hiçbir anlamı ve değeri yoktur. Ancak bu noktada, hükmün geçersizliğini, bir tek tahkim yeri hukukunda ileri sürmekle tenfiz aşamasında da önemli kazanımlar elde edecek olan tarafın, artık bundan sonra, her bir tenfiz yerinde ayrı ayrı, hükmün geçersizliğini savunmak durumunda kalacak olması da gözden uzak tutulmamalıdır (*karş.* New York Sözleşmesi m. V, 1, e; özellikle bkz. ZPO §1061/III; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX; ZPO §1061/III)¹⁰⁸.

Fransız hukuku özelinde yaşanan ve tahkimi *transnational* bir hukuk âleminin parçası olarak gören anlayışa karşı geliştirilen argümanların temelinde, tahkimin, sözleşmesel temeli kadar önemli ve kimi zaman ondan da değerli olan **yargısal** niteliği bulunmaktadır. Örneğin *Sandrock*, mahkemeler lehine olan yetki anlaşmalarının da böyle bir hukuk âleminin parçası olduğunun, neden bugüne kadar iddia edilmediğini sorgulamaktadır: ***Milletlerarası tahkimin devletlerin egemenliklerinden tümüyle kopuk ve onlardan bağımsız olduğunu söylemek mümkün müdür? Kesin hüküm etkisine sahip ve mahkeme kararları gibi icra edilen kararları veren hakemlerin, dolaylı da olsa devletin egemenlik yetkisini kullandığı veya hiç olmazsa ondan yararlandığı söylenemez mi***¹⁰⁹? Verildiği yer hukukunca geçersiz kalan mahkeme kararları, neden bir başka ülkede tenfiz edilemiyorsa, aynı hukuki gerekçeyle iptal edilen hakem kararları da tenfiz edilememelidir¹¹⁰.

Sandrock veya *Fouchard, Gaillard, Goldman* arasında yaşanan bu farklılaşmanın, klasik olarak, *Park ve Paulsson* arasında yaşananlardan yahut *Mann'in delocalized* tahkime karşı, tahkim yeri hukukuna üstünlük tanıyan görüşlerinden ilk bakışta, çok da farklı olmadığı düşünülebilir. Oysa *kanımızca* fark, **geçmiş dönemde, delocalized tahkimle ilgili görüş ve düşüncelerin artık bir millî hukukun parçası ve onun da söylemi hâline gelmesidir. Tahkimin (gerçek manada) milletlerarası niteliği, ironik olarak bir millî hukuk aracılığıyla sağlanmaktadır.** Bunun bir benzerini, 1965 Washington Sözleşmesi ile zaten yaşıyoruz. *Delocalized* tahkimin biricik örneği sayılan ICSID tahkimi, ancak söz konusu milletlerarası anlaşmaya taraf ülkeler için geçerlidir. ICSID tahkimi, Anayasa madde 90/I'nın

¹⁰⁸ SANDROCK, s. 328, 329; PARK, *Judicial Control*, s. 234.

¹⁰⁹ SANDROCK, s. 333.

¹¹⁰ SANDROCK, s. 333, 333. Oysa iptal edilen hakem kararlarının Fransa'da tenfiz edilebilmesi konusunda, pozitif hukuktan kaynaklanan gerekçeler de bulunmaktadır. Konunun sadece milletlerarası tahkimin *denationalize* edilmesiyle veya çeşitli gerekçelerle tahkim yeri hukukundan koparılması meseleleriyle bir ilgisi yoktur (New York Sözleşmesi m. VII; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX, 1) (GAILLARD, *Awards*, s. 517 vd.; RIVKIN, s. 534 vd). Ayrıca bkz. KARRER, *Judicial Review*, s. 344.

bir gereği olarak, ülke hukukumuz için de bir *delocalized* tahkimdir. Ancak bunun temelinde, tıpkı *Mann*'ın da belirttiği gibi¹¹¹ yine bir millî hukukun olduğu, gözden uzak tutulmamalıdır¹¹². Tahkimi, âdeta *transnational* bir hukuk âlemine ait kılan, hukuki kaderini onda gören mahkeme içtihatları, bir millî hukukun, Fransız hukukunun parçalarıdır ve yine bir millî hukukun kendi gerçeklerini yansıtmaktadır.

Delocalised lex arbitri altında, tartışmaya açılan fikre göre **tahkimi, tahkim yargılamasını ve nihayetinde hakem kararını sadece bir yer hukuku (tahkim yeri hukuku) yönünden incelemek, denetlemek mümkün olmamalıdır**¹¹³. Bu şekilde, *hem* dolaylı da olsa tahkime uygulanacak hukukun, bir anlamda, tenfiz yeri mahkemesinin hukuku ve sayısal olarak onun kadar da çok olduğuna işaret edilmektedir *hem de* tenfiz yeri mahkemesinin, tahkim yeri mahkemesince ve *lex loci arbitri*'ye göre iptal edilen hakem kararının tenfizine karar verebilmesi mümkün görülmektedir (New York Sözleşmesi m. V,1,e; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX)¹¹⁴. Şu hâlde, milletlerarası tahkimde önem, tahkim yeri hukuku ve mahkemelerinden, tenfiz yeri hukuku ve mahkemelerine kaydırılmış, her bir tenfiz yeri hukukunun ve mahkemesinin, söz konusu hakem kararı ile bir diğerinden bağımsız olarak ilgilenmesi mümkün hâle gelmiştir. Eş deyişle, *lex arbitri*'nin, *tıpkı mahkemeler teşkilatındaki gibi, lex loci arbitri* olması gerektiği şeklindeki eşitlik bozulmuş; kurulan bu yeni denklemde, sınırsız bir *lex arbitri* anlayışı ile tenfiz edilecek her yer hukukunun, *lex arbitri*'yi kendine göre ve yine kendisiyle sınırlı olarak belirlemesi sağlanmıştır¹¹⁵. Bütün bunlar, *a-national* tahkimin en yalın anlatımıdır¹¹⁶.

¹¹¹ MANN, *Lex Facit Arbitrum*, s. 159.

¹¹² Bkz. §1, II, B, 4.

¹¹³ PETROCHILOS, s. 29; BUCHER, s. 41. Belçika Yargılama Usulü Kanunu'nun eski 1717/IV. maddesi, taraflardan hiçbirinin Belçika tabiiyetinde olmaması ya da Belçika'da yerleşim yerine sahip olmaması durumunda, hakem kararlarına karşı iptal davası açılmayacağını kabul etmişti. Bunun *delocalized* tahkim anlamına geldiği ifade edilmişse de (PAULSSON, *Arbitration in Belgium*, s. 71) aslında yapılan sadece iptal davası açma hakkının tarafların ellerinden alınmasıdır. Yoksa Belçika mahkemelerinin nihai karar öncesi dönemde, tahkimle ilgili kimi konularda yargı yetkisi devam etmektedir. Yapılan bu tercih sonradan değiştirilmiş ve şu andaki PIL Art. 192'ye benzetilmiştir (PARK, *Commercial justice*, s. 695). Ayrıca bkz. GOTTWALD P., Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte, FS für Heinrich Nagel, Münster, 1987, s. 55; AKINCI, *Hakem Kararı*, s. 77-80.

¹¹⁴ PETROCHILOS, s. 39; PARK, *Commercial justice*, s. 683; PARK, *Legal Systems*, s. 85, 86; PAULSSON J., The Role of Swedish Courts in Transnational Arbitration, 21, Va. J. Int. L., 1981, s. 211 vd; DANILOWICZ, s. 249; GOODE, s. 21, 33. Tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar (*procedural rules*) ile yargılamaya uygulanacak hukuk veya yargılamanın tabi olduğu hukuk (*the law applicable to the proceedings*) ayrımı dikkat çekicidir. Yargılamanın tabi olduğu hukuk, söz konusu yargılamaya ve sonunda verilecek hükme bağlayıcılık kazandıran (*force obligatoire-binding effect*) hukuktur (PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 366-367). Ayrıca bkz. PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 25; THOMPSON D., "Detachment" from the National Law in International Commercial Arbitration, 48 *Arbitration* 1982, s. 106-108; ŞANLI, s. 226, 227; AKINCI, *Hakem Kararı*, s. 112.

¹¹⁵ PAULSSON, s. 55; PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 370-371; BUCHER, s. 41; REDFERN /HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 90. Bu görüş, hem *tam delocalisation*'un hem de tahkimin hukuki niteliğiyle ilgili sözleşmecî ve bağımsız teorilerin inkârı niteliğindedir. Zira hakemlerin yargı yetkilerinin

Bütün bu anlatımlar karşısında, şu tespitin yapılması da kaçınılmazdır: Milletlerarası tahkimin özellikle tahkim yeri hukukundan bağımsızlaştırılması; onunla mecburi bir bağ içinde bulunmaya zorlanmaması gerektiğini savunanlar, aslında, tahkim yeri mahkemelerinin ülkeleri üzerinde icra edilen bir tahkim yargılamasına veya hakem kararına, kayıtsız- şartsız teslim olmasını (*hands-off attitude*) beklememekte; bunu da talep etmemektedirler. Hatta *delocalisation* fikrinin ardında yatan nedenin, **tahkimin millî hukuk sistemlerinden veya en azından tahkim yeri hukukundan kaçırılması veya gizlenmesi de olmadığı ileri sürülmüştür**¹¹⁷. Mahkemelere duyulan ihtiyaç, milletlerarası tahkimde, belki her geçen gün daha da artmaktadır¹¹⁸. Ne var ki bu durum, millî hukukların milletlerarası tahkimi, sanki kendi mahkemelerini ve hukukunu örgütlüyormuşçasına düzenlemesini, denetlemesini gerektirmez. *Delocalisation* fikrinin doğmasına sebep olan olgular dikkate alındığında, meselenin, **tahkim yeri mahkemelerince yapılacak denetimin kendisi değil; böyle bir denetimin ölçüsü ve sınırları olduğu görülecektir**¹¹⁹. Tümüyle tahkim yeri hukukuna özgü bir nedene riayet edilmediği için iptal edilen hakem kararının (*karş. MTK m. 7/A/I; 10/B/I, II*) aynı nedeni paylaşmayan diğer hukuk sistemleri için de geçersiz kalması beklenmemelidir. Şu hâlde, tahkim yeri mahkemelerince yapılacak denetimin içeriği, *transnational-tüm millî hukuk sistemlerince de paylaşılan*, milletlerarası sözleşmelerde somutlaşmış nedenlerden oluşmalıdır¹²⁰.

kaynağı, artık sadece tarafların tahkim anlaşması değil; ama aynı zamanda (*gerek tahkim yeri gerekse tenfiz yeri*) millî hukukların kendileridir (**PARK**, *Commercial justice*, s. 657).

¹¹⁶ **PARK**, *Judicial Control*, s. 243.

¹¹⁷ **THEOFRASTOUS**, s. 491; **CRAIG**, s. 32; **PARK/PAULSSON**, s. 259-260; **PAULSSON**, *Role of Swedish Courts*, s. 240-243; **PAULSSON**, *The Extent of Independence*, s. 148; **PARK**, *Commercial justice*, s. 657.

¹¹⁸ **JAKUBOWSKI**, s. 79; **GOODE**, s. 30. Ayrıca bkz. **PARK**, *Commercial justice*, s. 657. Ayrıca bkz. **SONNAUER H.**, *Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatliche Gerichte*, Köln, 1992, s. 10 vd. Bugün, çoğu kez, *delocalised* tahkimle anlatılmak istenen aslında, bireyler arasındaki ticari tahkim değil; bireylerle devletler arasındaki ve özellikle milletlerarası hukuk prensiplerine tabi tahkim yargılamalarıdır. Tahkime taraf olan devletler, tahkim yeri mahkemeleri önünde davacı/davalı olmak istemediklerinden, tahkimlerini, tahkim yeri hukukundan koparmak için çabalarlar (**RENSMANN**, s. 41 vd).

¹¹⁹ **PARK**, *Commercial justice*, s. 684; **PARK**, *Legal Systems*, s. 87; **PAULSSON**, *The Extent of Independence*, s. 148. Ayrıca bkz. **REDFERN/HUNTER/BLACKABY /PARTASIDES**, s. 92.

¹²⁰ **PAULSSON**, *Arbitration Unbound*, s. 370; **PAULSSON**, s. 54, 57; **PARK/PAULSSON**, s. 256-258. Ayrıca bkz. **LEW J. D.M.**, *Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction*, *Contemporary problems in international arbitration*, ed **Julian D. M. Lew**, 1986, s. 73-74; **DANILOWICZ**, s. 252; **GOODE**, s. 27. 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX, 1958 New York Sözleşmesi m. V, 1, e ve ayrıntısı için bkz. **PARK**, *Lex Loci Arbitri*, s. 27-28; **PARK**, *Commercial justice*, s. 65. *Lex loci arbitri*'nin üstünlüğüne itibar edenler için de tahkim yeri mahkemelerince yapılacak denetimin ve tahkimde oynanacak rolün sınırları ile içeriği, son derece önemlidir. **Tahkime taraf olanların yargısal temel haklarının korunması; söz konusu tahkimin tahkime yabancı üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri üzerinde menfi bir durum arz etmemesi, modern lex loci arbitri'nin kapsamını oluşturmalıdır.** (**PARK**, *Commercial justice*, s. 660; **PARK**, *Lex Loci Arbitri*, s. 22). *Karş. MANN*, *Delocalised Contracts*, s. 196; **MANN**, *Lex Facit Arbtrum*, s. 158-160, 162.

Kısacası arzulanan **-multilocalization** 'dur¹²¹: *A-national* tahkimin, milletlerarası ticari tahkimin neredeyse bir sonucu olduğu düşünülecek olursa milletlerarası tahkimin varlık nedeninin ve gerekliliğinin tespiti, *a-national* tahkim kavramını ve ona duyulan gereksinmeyi de anlamamıza yardımcı olacaktır¹²².

Lex loci arbitri'nin milletlerarası tahkime ve hakem kararlarına uygulanacak en uygun hukuk olduğu; yani *lex arbitri* olarak kabul edilmesinin gerektiği düşünülür (*lex arbitri* = *lex loci arbitri*)¹²³. Oysa kurulan böyle bir denkliğin, her zaman kendinden beklenen en doğru sonucu vermediği iddia edilmiştir. Beklenmeyen ve arzu edilmeyen sonuçların yaşanmaması bakımından bulunan çözüm, özellikle milletlerarası tahkimin, yerel; millî hukukun kendine özgü; milletlerarası ticaretin ve tahkimin beklentilerini karşılamaktan uzak sınırlamalarına tabi olmamasını sağlayarak *lex arbitri*'nin *lex loci arbitri*'ye göre tanımlanmasına engel olmaktır (*lex arbitri* ≠ *lex loci arbitri*)¹²⁴. Yani, **mesele, tümüyle yerli tahkim için düzenlenmiş hükümlerin, milletlerarası tahkim için özel olarak öngörülmüş hükümlerin bulunmaması nedeniyle bu tip tahkimlere de uygulanmak zorunda kalınmasıdır**. O hâlde, milletlerarası tahkim gerçeğini esas alan; özlenen nitelikteki kanunlar ihtilafı kurallarını içeren hükümlerin millî hukuk sistemlerinde düzenlenmesi hâlinde, *a-national* tahkim şeklinde bir tanımlamaya da ihtiyaç kalmaması gerekir¹²⁵.

Konuyu açalım: *Tıpkı devlet yargısında yani mahkemeler teşkilatında olduğu gibi, tahkim yeri, hakem kararının milliyetini; söz konusu milliyet de tahkim yargılamasının tümü*

¹²¹ **MAYER**, s. 46; **PETROCHILOS**, s. 40; **GOODE**, s. 34. Ayrıca bkz. **LALIVE**, *Awards*, s. 340-342; **BOND S. R.**, Party Autonomy: The Choice of Place, 8(1) Arb Int, 1992, s. 83-92.

¹²² **SMIT**, s. 630. Ayrıca bkz. **van den BERG**, *Enforcement*, s. 443; **van den BERG J. A.**, When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958, 6 Pace L. Rev. 1985-1986, s. 25.

¹²³ **PARK**, *Lex Loci Arbitri*, s. 22-24. Ayrıca bkz. *Lex fori-lex causae* ayrımının bir sonucu olarak, şayet tahkimde, *lex fori*'nin işlevini görece bir hukuka ihtiyaç varsa; o hâlde, *lex arbitri*'nin, aynı zamanda, bir *lex causae* olarak görülmemesi gerekir. *Lex arbitri*, uyumsuzluğun esasıyla ilgili olmayıp söz konusu uyumsuzluğun nasıl ve neye göre, daha açık bir ifadeyle hangi hukuka ve hukuklara göre çözüleceğini belirleyen hukuktur (**DANILOWICZ**, s. 238).

¹²⁴ **SMIT**, s. 631; **SMIT H.**, Substance and Procedure in International Arbitration: Development of a New Legal Order, 65 Tulane L Rev, 1990-1991, s. 1312.

¹²⁵ **SMIT**, s. 631; **SMIT**, *New Legal Order*, s. 1312; **DANILOWICZ**, s. 257. Bugün, millî hukukların kendilerinin tahkimi, *de-localize* ettiklerini söylemek yanlış olmaz. Tahkim yeri hukuku, irade serbestisine olanak tanıdıkça orasının tahkim yeri olarak daha çok tercih edileceği inancı, bugün için egemen anlayıştır (**THEOFRASTOUS**, s. 460, 465-466); **CRAIG**, s.19-20; **PARK**, *Judicial Control*, s. 275-277; **PARK**, *Public Interest*, s. 658. Ayrıca bkz. **KORAL R.**, Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler, XLVIII-XLIX İÜHFM 1982-1983/1-4, s. 93; **KARAN H.**, Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir, 2001, s. 216-219. Şu iki husus, hiçbir zaman inkâr edilemez: Tahkim yeri hukukunun emredici normları, görmezlikten gelinemez; irade serbestisine yenilmesi müsaade edilemez. İrade serbestisi, tahkim yeri hukukunun da kendisine izin verdiği ölçüde, etkin ve işlevseldir (**LIONNET**, *Procedural Law*, s. 13, 15). Bütün mesele, millî tahkim politikasının, özellikle milletlerarası tahkimde, *gerek* tahkim usulü *gerekse* mahkemelerle tahkim arasındaki ilişki üzerinde, ne derece etkin ve egemen olduğu ile ilgilidir. Ayrıca bkz. **DEREN-YILDIRIM**, s. 94.

için geçerli hukuku belirlemektedir (*tahkim yeri=hakem kararının milliyeti=lex arbitri*)¹²⁶. Oysa devlet yargısına benzetilerek kurulan ve *yerli tahkim için de sorunsuz işleyen bu anlayışın, milletlerarası tahkimde* de takip edilerek *salt* hakem kararının milliyeti üzerine tespit edilecek hukukun, (*milletlerarası*) *tahkimin tüm aşamaları için geçerli olması*, pratik ihtiyaçlarla örtüşmeyebileceği gibi yerinde ve haklı da olmayabilir. *Hakem kararının milliyeti ve ona duyulan ihtiyaç ile tahkime ve özellikle tahkim yargılamasının ilgili her bir kısmı için uygulanacak hukukun aynı olması, beklenmemelidir. Milletlerarası tahkim, tek bir hukukun rahatlıkla uygulanabileceği yekpare bir oluşum değildir*¹²⁷. Şayet, yerli tahkimler için kusursuz işleyen bu denklik, milletlerarası tahkim için *haklı olarak bozulacak olursa, ne* hakem kararlarının *denationalization*'a *ne de a-national* bir tahkim anlayışına ihtiyaç duyulacaktır (*lex loci arbitri = irade serbestisi + tahkim yeri yedek hukuk kuralları+ (az sayıdaki) tahkim yeri emredici hukuk kuralları + milletlerarası kamu düzeni anlayışı, ise, lex loci arbitri = lex arbitri*)¹²⁸.

Bu koşullar altında, tahkime taraf olanlardan, *milletlerarası tahkimi a-national tahkim şeklinde örgütlenmeye çalışmaktansa*, gereken özgürlüğü ve imkânları sağlayan hukukun geçerli olduğu ülkeleri, özellikle tahkim yeri olarak seçmelerini beklemek, kendilerine karşı yapılmış bir haksızlık olarak görülmemelidir¹²⁹. *A-national tahkim üzerine yaşananlar, basit bir kanunlar ihtilafı sorunundan daha öte değildir. Lex loci arbitri'nin, forumun yerli tahkim dışında, ayrıca yabancılik unsuru içeren milletlerarası tahkimler bakımından düzenleyeceği –söz konusu hakem kararının milliyetinden bağımsız olarak- özel kanunlar*

¹²⁶ SZASZY I., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 14 Am. J. Comp. L., 1965-1966, s. 662, 663; LUZZATTO, s. 50, 51.

¹²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 78.

¹²⁸ SMIT, s. 634. Ayrıca bkz. LIONNET, Procedural Law, s. 13, 14. Kurulan bu yeni denklik karşısında, artık *lex loci arbitri* ile *lex arbitri* farklı farklı kavramlar değildir. Zaten, tahkimin tercih ettiğimiz teorik temelli dikkate alındığında, her tahkim yargılaması yönünden mutlaka geçerli bir *lex* olacaktır. Bu kavram, *lex fori*'nin tahkimdeki yansımından başka bir şey değildir. Eş deyişle hakemler yönünden geçerli bir *lex fori*'nin olmadığını söylemek, en azından bizim açımızdan, mümkün değildir. Anılan *lex arbitri*, yine tahkimin kabul ettiğimiz teorik temellerine uygun olarak tahkim yeri hukukuna göre tarif edilecektir. Yani denklem *lex arbitri=lex loci arbitri* olacaktır. Ne var ki bu eşitlik, gelişen milletlerarası tahkim anlayışı içerisinde, hiçbir zaman, *lex arbitri*'nin, köhnemiş *lex loci arbitri*'ye mahkum edilmesi anlamına gelmemelidir. Bu noktada, *lex arbitri* olsa olsa yapılacak yeni bir ayrıma uygun olarak, irade serbestisinin çok yoğun olduğu ve daha ziyade tahkim yargılamasının kendisiyle ilgili olan *iç lex arbitri* ve tahkimle mahkemeler arasındaki ilişkiyi hedef tutan, daha kısıtlı bir irade serbestisinin geçerli olduğu *dış lex arbitri* şeklinde ikili bir alt-ayırma tutulabilir. *Lex arbitri, lex loci arbitri* ve *hakemlik prosedürü* hakkındaki görüşleri için bkz. BİRSEL, *Tahkim Yeri*, s. 66, 67; BİRSEL M. T/BUDAK A. C., Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği?, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 198, 199. Şu hâlde, artık, milletlerarası tahkimin önündeki yegâne engel, hukuki yeknesaklık sağlansa dahi ülke mahkemelerinin anılan normları yorumlarken ve uygularken varacakları farklı ve belki de çoğu kez birbirleriyle çelişen kararları olacaktır ki, önerilen çözüm, tüm ülkeler için geçerli *tek* ve *ortak* bir yargı merciinin denetim işlevini yerine getirmesidir (YU H., Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime, 15(2) J Int'l Arb 1998, s. 151-158). Ayrıca bkz. HOLTZMANN, s. 112.

¹²⁹ IWASAKI, s. 67.

ihtilafî kuralları, *a-national* tahkimin arkasında yatan kimi zaman oldukça haklı itirazları rahatlıkla izale edecektir¹³⁰.

II- Milletlerarası Ticari Tahkimin -Hukuki- Kaynakları

A- Genel Olarak

Tahkim, tarafların millî mahkemeler dışında, âdeta, kendilerinin seçmiş ve şekillendirmiş olduğu bir yargılama biçimidir. Lakin ne tür uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında, tahkim yoluyla görülebileceği hususu da dâhil olmak üzere, tahkim sürecine ilişkin pek çok meselenin çözüm yeri, bir *millî hukuk* olmaktadır. Tamamen pratik kaygılar dikkate alındığında, özellikle milletlerarası düzeyde, tahkimi kuran ve yaşatan, bu sayede ona işlerlik kazandıran pozitif-millî bir hukukun varlığı, *zorunlu olup olmadığı şeklindeki tartışmalar bir yana*, tahkimin etkinliği ve başarısı için kaçınılmaz gözükmektedir. Bu esnada, *tahkimle devlet mahkemeleri arasındaki ilişkiye yönelik bir soru, cevabını, çoğu zaman, tahkimin hukuki niteliğinde bulur*¹³¹.

Tarihsel süreç dikkate alındığında, *önceleri*, ülkeler arasında, herhangi bir yeknesak anlayış geçerli olmadığı gibi bu sürece egemen fikir, tahkim üzerinde etkin ve yoğun bir denetimdir. Her devlet, tahkimi, olağan devlet yargısının bir istisnası ve âdeta onun deforme edilmişî olarak görmüş; denetimden uzak tutmamaya çalışmıştır. Devlet yargısının rakibi olarak görülen tahkim, mümkün olduğunca, emredici hükümlerle düzenlenmiş; taraf iradesine bugüne göre çok daha az yer ve önem verilmişti. Modern milletlerarası tahkim uygulamasının görülmeye başlandığı tarih, 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başıdır. Bu, aynı zamanda dünyada milletlerarası ticaretin arttığı ve yaygınlaştığı bir dönemdir. Artık içinde, *yabancılık*

¹³⁰ SMIT, s. 635; CRAIG, s. 28; GOODE, s. 20, 38; PARK, *Public Interest*, s. 658, 659, BERGER, s. 96. Sandrock, Smit'in a-national tahkimin ne var olduğu ne de böyle bir müesseseye ihtiyaç duyulduğu fikrini sahiplenirken, aslında sadece tahkimin *lex arbitri* şeklinde millî bir hukuka mecbur ve tabi olduğu fikrinden hareket etmektedir (SANDROCK, *International Arbitrator*, s. 46). Varılan sonuç doğrudur; ancak eksiktir; dahası bu sonuçla kanımızca, Smit'e haksızlık da edilmektedir. Zira Smit, a-national tahkimi sorgularken, aslında, millî hukukları, özellikle de tahkim yeri hukuklarını tartışmaya açmaktadır. Görüş içerisinde, *a-national* tahkim kavramı eleştirilirken onun, aynı zamanda haklı bir ihtiyacın sonucu olduğu gerçeği görmezlikten gelinmemekte; anılan ihtiyacın giderilmesi bakımından da ülke hukuklarının tahkimle ilgi meselelerde, milletlerarası tahkimin bünyesine ve bu alanda geçerli beklentilere uygun kanunlar ihtilafî kurallarını içermesi gerektiği, önerilmektedir (LUZZATTO, s. 17-10). Milletlerarası ticarete, tahkim yeri ülkesi olarak seçilebilmek bakımından, Smit'in dile getirdiği öneriyi, benimsemek neredeyse kaçınılmazdır. Aksi hâlde, *taraflara yabancı* tahkim yeri ülkesi, hukuku ve özellikle mahkemeleri, tarafların tahkime başvurmasına neden olan tüm haklı beklentilerine zarar verebilmektedir. Oysa bir görüşe göre, söz konusu tahkim yeri ülkesi, tarafların sadece birbirlerine, hukuk alanında, *geopolitik* üstünlük tanımak istememesi nedeniyle seçilmişti (HOLTZMANN, *Arbitration*, s. 74-75). Ayrıca bkz. DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 26.

¹³¹ Aslında pozitif hukuktan beklenen, gerek tarafların yapmış olduğu tahkim anlaşmasına gerek tahkim sürecine ve gerekse tahkim yargılaması sonunda verilen hükmün nihai ve icra edilebilir olması şeklindeki sonuca işlerlik ve etkinlik kazandırmasıdır (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 17).

unsuru içeren hukuki ihtilaflar da yaşanmaktaydı; milletlerarası ticaretten kaynaklanan hukuki ihtilafları esas alan milletlerarası tahkime ilişkin *özel kanunlar* ve hatta milletlerarası sözleşmeler zorunluluk arz etmekteydi. ***Beliren sorun, milletlerarası ticaretin aradığı hukuki güven, liberal yaklaşım ve yeknesak uygulama ile yerel kaygıların öne planda tutulduğu ve âdeta tahkimi devlet yargısına rakip gören anlayışın ürünü olan hukuki düzenlemelerin uyum arz etmemesiydi***¹³².

Milletlerarası tahkime ilişkin hükümleri, temel iki kaynaktan bulmak mümkündür: Bunlardan ilki, kamu karakterli olup özellikle *millî* tahkim kanunlarını ve *milletlerarası* sözleşmeleri-çalışmaları içermektedir. Kamusal nitelik göstermeyen kaynaklar ise daha ziyade ilgili tahkim kurumlarınca hazırlanan *tahkim kuralları* ve yayınlanmış *hakem kararlarıdır*¹³³. Çalışmamızla da olan yakın ilgisi nedeniyle ağırlıklı olarak, tahkimin kamusal kaynakları üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

B- Millî Tahkim Kanunları

Millî hukuk sistemleri arasında, özellikle ilgili ülkenin, milletlerarası tahkim için bir cazibe merkezi olması amacıyla son yıllarda, artan bir çaba ve gayret ile hızla gelişen bir rekabet gözlenmektedir. Modernleşme hareketi, 1980’li yıllardan itibaren hız kazanmış; 1981 yılında Fransa, 1986 yılında Hollanda¹³⁴, 1987 yılında İsviçre, çok daha yakın bir zamanda; 1996’da İngiltere, 1997’de Almanya ve 1999 yılında İsveç’te, reform yönlü çalışmalar yapılmıştır. Reform hareketlerinin temelinde, hiç şüphesiz ki, milletlerarası ticaretin önemli ölçüde büyümesi, böylece ona has sorunların da artmış olması yer almaktadır. Ancak, özellikle milletlerarası alanda yaşanan ve 1958 New York Sözleşmesi ile başlayan süreçte, 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu’nun önemli bir etkisi ve işlevi, bulunmaktadır. Bu sayede, sadece reform hareketlerinde sayıca bir çoğalma yaşanmamış, ama aynı zamanda, milletlerarası tahkimle ilgili kurallarda, önemli ölçüde bir harmoni ve hatta yeknesaklaşma ihtimali, gündeme gelmiştir. Tahkim kanunlarında yaşanan iyileştirme, mahkemeler ile tahkim arasındaki ilişkiyi çoğu kez, bir *rekabetten* çıkararak dayanışmaya, yardımlaşmaya dönüştürmüştür¹³⁵. Aşağıda, özellikle Türk hukuku bakımından, gerek geçmişte gerekse

¹³² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 18; BUCHER/TSCHANZ, s. 20-25; FOUCHARD/GAILLARD /GOLDMAN, s. 3. Ayrıca bkz. GAILLARD E., The Use of Comparative Law in International Commercial Arbitration, Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes involving the Far east and Arbitration in Combined Transport, ICCA Congress Series No. 4, 1989, s. 283.

¹³³ Ayrıca bkz. BERGER, s. 23; RUBINO-SAMMARTANO M., International Arbitration, Law and Practice, 2nd Edition, The Hague/London/Boston, 2001, s. 47 vd; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 64 özellikle 153 vd; LEW /MISTELIS/KRÖLL, s. 19 vd.

¹³⁴ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 1-2.

¹³⁵ CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 58.

günümüzde, oldukça derin etkileri bulunan millî hukuk sistemlerinin milletlerarası tahkim alanında yaşadığı değişim süreçleri, kısaca tanıtılmaya çalışılacaktır.

Millî hukuklar düzeyinde, milletlerarası tahkim alanında, yapılan reformların ardından, şu üç meselenin daha baştan genel kabul gördüğünü söylemek mümkündür:

- a) Tahkim anlaşmalarının etkinliğini artırmak; tahkim anlaşmalarını gerek şekli gerek maddi açıdan olabildiğince ayakta tutmak; irade serbestisine üstünlük tanıyarak pek çok konuda, hukuk seçiminin öncelikle taraflarca yapılabilmesini mümkün kılmak.
- b) Milletlerarası tahkimi millî hukuklardan bağımsızlaştırmak; yapılacak hukuk seçimlerinin mutlaka belli bir millî hukuka atfen yapılmasını zorunlu kılmamak; milletlerarası tahkimin millî hukukların kendine has değer yargıları ile örselenmesinin önüne geçmek; bu sayede milletlerarası tahkimi, *adil yargılanma hakkı ve milletlerarası kamu düzenine ait değerler saklı kalmak kaydıyla* âdeta daha da *milletlerarasılaştırmak*.
- c) Tahkimin geciktirilmesi veya tahkim yargılamasının sabote edilmesi isteklerine karşı, mahkemelerin birer araç hâline gelmesini önlemek; tahkim yargılaması yanında, mahkemelerde tahkimle ilgili, başlı başına, yeni yargılamalara sebebiyet vermemek; mahkemelerin *denetimini* olabildiğince nihai hüküm sonrasına ertelemek; tahkim yargılamasının sürdüğü dönemde ise tahkimin de etkinliğinin artırılabilmesi bakımından gereken *yardımin* mahkemelerce verilmesini sağlamak¹³⁶.

1- Fransa

Fransa, tahkime ilişkin hükümlerinde yenileşmeye giden, kendisi model olmuş, ilk ülkelerdendir. Gerçi ülkede, 1980'den önce de milletlerarası tahkim anlayışı ve uygulaması, özellikle içtihatlar yoluyla oldukça gelişmiş bir düzeyde olmakla birlikte, dönüm noktası, 1980'deki iç tahkime ve hemen ardından 1981'deki milletlerarası tahkime yönelik, usul kanununda yapılan reformlardır¹³⁷. Özellikle yerli tahkime ilişkin ilk reformun temel gayesi, tahkimi, uyuşmazlıkların çözümünde, cazip ve etkin bir müessese hâline getirmektir ki, düzenlenen 50 yeni madde, neredeyse önceki döneme duyulan tepkinin ürünüdür. Özellikle tahkimle mahkemeler arasındaki ilişki, artık bir *müdahaleden* çok yargısal destek, kolaylık ve

¹³⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 102.

¹³⁷ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 65-69; Ayrıca bkz. BUCHER/TSCHANZ, s. 17, 18. Fransız tahkim hukukunda, 1980 yılına kadar, 1806 tarihli Usul Kanunu'ndan bu yana, hiçbir esaslı reform-değişiklik yaşanmamıştı; milletlerarası tahkim ise ancak 1981 yılında *kanuni* bir temel kazanabilmişti. Bu boşluk, uzun bir süre mahkeme içtihatlarıyla doldurulmuştur (CARBONNEAU T., The Reform of the French Procedural Law on Arbitration: An Analytical Commentary on the Decree of May 14, 1980, 4 Hastings Int 1980-1981, s. 275; CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 53; AUDIT, s. 118); SCHLOSSER, Rn. 145. Ayrıca bkz. TURHAN, s. 69 vd.

tamamlayıcılık şekline bürünmüştür. Tahkim *neredeyse* bağımsız, kendi kendine yeter, bir hâl almıştır¹³⁸. Kısaca tahkim, Fransız hukuk düzeniyle alakalı olsa da, niteliği gereği her hâlükârda, *a-national, supranational* bir kurumdur¹³⁹.

Fransa, tahkim için her zaman cennet bir ülke olmamıştır. Gerçi, 18. yüzyılın sonlarında tahkim, bireye ve irade serbestisine atfedilen önemin bir sonucu olarak neredeyse uyuşmazlıkların çözümünde *asli yol* olarak görülmüşse de, 1806 tarihli usul kanunu, neredeyse tam tersi bir eğilimi, geçerli kılmıştır¹⁴⁰. Kanunun 1006. maddesi, sadece *tahkim sözleşmelerini* ve ancak hakemlerin de isimlerini içermesi şartıyla geçerli kabul etmiş; hemen ardından gelişen içtihatlarla da tahkim kayıtları, bireyleri, tabii hâkimlerden koparacak olması nedeniyle geçersiz sayılmıştır¹⁴¹.

Tahkim *kayıtlarının* hangi hâllerde geçerli olacağı, Fransız tahkim hukukunu, uzun süre meşgul etmiştir. Yine, tahkim anlaşmalarının bağımsızlığı; hakemlerin kendi yargı yetkilerine hükmedip hükmedemeyecekleri; tahkimin tabii olduğu hukuk, yargılamaya uygulanacak kuralların nelerden ibaret olduğu ve tabii ki, hakem kararlarının nasıl icra edileceği, neredeyse 19. yüzyılın tamamında ve yine 20. yüzyılın üçüncü çeyreğine kadar hep içtihatlarla konu olmuş meselelerdir. Ancak ilginç olan, mahkemeler, 1843 tarihli ve tahkim kayıtlarını geçersiz sayan içtihattan sonra, başta tahkim kayıtları olmak üzere, yukarıda sayılan ve özellikle milletlerarası tahkimi yakından ilgilendiren diğer tüm meselelerde, kimi zaman kanuna rağmen ancak sıkça yorum yoluyla yeni ve “*milletlerarası tahkime özgü*” ilke ve prensipler benimsemişlerdir¹⁴². Milletlerarası ticaretin menfaatlerinin korunmasına hizmet eden milletlerarası tahkimin iç hukuktan daha farklı kural ve ilkelere tabii olacağı kabul edilmiş; Usul Kanunu’nun 1006. maddesinin bir *kamu düzeni meselesi* olmadığına işaret edilerek milletlerarası tahkimdeki tahkim kayıtlarına, içtihatlar yoluyla geçerlilik tanınmıştır¹⁴³.

¹³⁸ CARBONNEAU, *The Reform*, s. 277-278; 339; CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 55, 57.

¹³⁹ CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 83.

¹⁴⁰ CARBONNEAU, *The Reform*, s. 276, 281 vd. Ayrıca bkz. DELVOLVÉ L/ROUCHE/POINTON, s. 3, 4.

¹⁴¹ von MEHREN A. T., *International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence*, 46 La. L. Rev. 1985-1986, s. 1046-1047. Ancak bir hususun önemle vurgulanması gerekir. Tahkime karşı hasmane bir tutumun sergilendiği dönemde dahi, hakemlerce yapılamayacak olan, sadece geçerli tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını denetlemektir. Yoksa geçerli bir tahkim anlaşması olduktan sonra, hakemlerin, uyuşmazlığın söz konusu tahkim anlaşmasının kapsamına girip girmediğini pekâlâ denetleme ve bu konuda hüküm kurma hakları bulunmaktadır. Bu nedenle, *compétence* ve *investiture* (NCPC Art. 1466) özenle birbirinden ayrılmalıdır. Zaten bu nedenle *Reform*, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili olarak açıkça *investiture*’den bahsetmiştir (CARBONNEAU, *The Reform*, s. 304; CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 56). Ayrıca bkz. YEĞENGİL, s. 117-119.

¹⁴² von MEHREN, s. 1048; CARBONNEAU, *The Reform*, s. 281; CARBONNEAU, *Jurisprudence*, s. 146, 147; AUDIT, s. 118; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 5-6; TURHAN, s. 70, 71.

¹⁴³ 1925 yılında Ticaret Kanunu’nun 631. maddesi değiştirilerek tacirler arasındaki ilişkilerde, tahkim kayıtlarına geçerlilik tanınmışsa da, milletlerarası ticari meselelerde ve özellikle milletlerarası tahkim bakımından söz konusu düzenlemeye zaten hiç ihtiyaç duyulmamıştı. Fransız iç tahkim hukukunun milletlerarası tahkimle ilgili sorunların çözümünde esas alınmaması, çok sonraları, milletlerarası tahkimle ilgili meselelerde hiçbir millî

Tahkimle ilgili millî hukukun, her hâlükârda, milletlerarası tahkim için de geçerli olması beklenmemelidir. Milletlerarası tahkim, milletlerarası ticaretin araçları olan ve ekonomik yönden birden fazla devleti ilgilendiren milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanır. Bu nedenle iç hukukun, anılan türdeki ilişkiler için de koşulsuz geçerli olması mümkün değildir. Bu ilke, 1980 Reformu'ndan sonra da geçerliliğini korumuş; zaten bir süre sonra, 1981 yılında bu sefer milletlerarası tahkime özgü ikinci Reformla hayata geçirilerek kanuni bir temel kazanmıştır¹⁴⁴.

Milletlerarası tahkimde, tahkim kayıtlarına geçerlilik tanınması, hemen arkasından diğer iki güncel sorunu beraberinde getirmiştir. 1963 yılında *Gosset* kararıyla, milletlerarası tahkimde, tahkim kayıtlarının içinde buldukları ana sözleşmeye göre bağımsız oldukları içtihat edilmiştir ki, o esnada, iç tahkimde ayrılabilirlik ilkesi, henüz kabul görmüş değildi¹⁴⁵. 1957 yılında ise *Kompetenz-Kompetence* öğretisi benimsenmiş; tarafların hakemlere bu yetkiyi de tanıyan tahkim kuralları üzerinde anlaşabilmeleri mümkün görülerek aksinin bir kamu düzeni meselesi olmadığı sonucuna varılmıştır¹⁴⁶.

Yerli olmayan hakem kararlarının Fransa içinde nasıl bir işleme tabi tutulacağı, Fransız hukukunun belki de yaşadığı en büyük sorunlardan olmuştur. 1964 yılına kadar, Fransa'da yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında-tenfizinde, *révision au fond* yasağı geçerli değildi. Kaldı ki, bu tarihten sonra da yabancı mahkemelerin, Fransız kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuku uygulamaları yahut uyguladıkları hukukun esasının söz konusu kanunlar ihtilafı kurallarına göre bulunacak hukukla örtüşmesi gerekirdi. Bu tip sınırlamaların hakem kararları için de geçerli olması fikri, 20. yüzyılın başından

hukuka göndermede bulunmaya ihtiyaç hissedilmemesi sonucunu doğuracaktı. İç hukukta geçerli pek çok sınırlayıcı hüküm, milletlerarası *sözleşmelerde* ve özellikle tahkimde uygulanmamıştır. (von MEHREN, s. 1050, 1056). Ayrıca bkz. CARBONNEAU, *The Reform*, s. 283; CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 80; CARBONNEAU, *Jurisprudence*, s. 148; DE VRIES, s. 54). Aynı yöndeki eğilim için bkz. *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 417 U.S 506, (1974); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S 614, (1985). Bu bağlamda, Amerikan mahkemeleri, milletlerarası meselelerde ve özellikle milletlerarası ticareti ilgilendiren uyuşmazlıklarda, *kamu düzeninin korunmasıyla ilgili işlevini*, mutlaka tahkim anlaşmasını geçersiz sayarak değil; ama pekâlâ, ilgili hakem kararının tanınması-tenfizi aşmasında da yerine getirebilir (*Second look öğretisi*). Ayrıca bkz. PARK W. W., *Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration*, 12 Brooklyn J. Int'l L., 1986, s. 630, 640 vd. Ayrıca bkz. BLESSING M., *Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes*, ASA Special Series No. 6, 1994, s. s. 17-19.

¹⁴⁴ CARBONNEAU, *The Reform*, s. 278, 279; CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 81.

¹⁴⁵ CARBONNEAU, *Jurisprudence*, s. 157. Böyle bir çözüme ulaşabilmek için söz konusu tahkim kaydının, Fransız hukuku dışında bunu mümkün kılan bir başka (millî) hukuka tabi olması şartı da aranmış değildi. Bu anlayış, âdeta millî hukuklar dışında zaten var olduğuna inanılan *milletlerarası tahkim hukukunun* bizzat kendisinin bir maddi hukuk kuralı olarak görülmüştür (von MEHREN, s. 1052). *Ayrılabilirlik ilkesi*, yerli tahkimde, ancak 1980 Reformu'yla kanuni bir temel bulabilmiştir (CARBONNEAU, *The Reform*, s. 279). Ayrıca bkz. DAVID, s. 193, 194; HUSSLEIN-STICH, s. 37.

¹⁴⁶ von MEHREN, s. 1053. Reform sonrası, *Kompetence-Kompetence*, sadece yerli tahkim için de kabul edilmekle kalmamış (NCPC Art. 1466); bir hayli de geliştirilmiştir. Örneğin hakemlerin, usul kanununda da düzenlendiği şekliyle imza inkârı durumunda, sahtelik incelemesi yapması mümkündür (CARBONNEAU, *The Reform*, s. 299).

itibaren son derece kararlılıkla reddedilmiş; *anılan sınırlamalara takılmamak, tabi olmamak* için tahkimin ve özellikle hakem kararlarının sözleşmesel niteliği ön plana çıkarılmıştır¹⁴⁷. Tahkimin sözleşmesel niteliği, hakem kararlarına da sirayet ettirilmiş; tahkim anlaşmaları için geçerli tüm ilke ve prensiplerin hakem kararları için de geçerli olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁴⁸. Kısacası Fransa, belki de son derece pratik kaygılarla sözleşmesel teorinin ve bağımsız görüşün hüküm sürdüğü bir ülke hâline gelmiştir¹⁴⁹.

Fransa'da, 1980 ve 1981 yılında yaşanan reformların, geçmiş dönemden kopararak incelenmesi mümkün değildir. Zira 1981 öncesi milletlerarası tahkim, hiçbir pozitif hükmün bulunmadığı dönemde, içtihatlarla *anational* bir hâle getirilmiş; sadece Fransız hukukunun esaretinden kurtarılmamış; diğer tüm millî hukuklardan da soyutlanarak *hem esasa hem de usule* ilişkin meseleler yönünden, *lex mercatoria*'ya tabi kılınmıştı. Sözleşmesel görüşün ve bağımsız teorinin kabulü ile birlikte, artık, *lex loci arbitri* ve tahkim yeri mahkemelerinin önemi tamamen ortadan kaldırılmıştır¹⁵⁰.

Fransız hukukundaki, milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerin önemli bir bölümü, aslında önceki dönem içtihatlarının bir teyididir. İchtihatlar yoluyla hâkim kılınan düşünce olan, *gerek* tahkim usulünün *gerekse* uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi sırasında, milletlerarası tahkimin millî hukuk sistemlerinden bağımsızlaştırılması, reformların ardından pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuştur (NCPC Art. 1494, 1496). Milletlerarası tahkime ilişkin bilinen en geniş içerikli tanım, kanunun 1492. maddesinde düzenlenmiştir¹⁵¹. Millî kanunlardaki tahkimle ilgili hükümlerin işlevi, *şayet* taraflarca, yoksa hakemlerce seçildiğinde, birer yedek hukuk kuralı olmaktan öteye geçmemelidir (NCPC Art. 1494; 1495; 1496). Temel düşünce, taraflara ve dolayısıyla hakemlere, tahkimle ilgili pek çok konuda, tam bir irade serbestîsi tanımaktır¹⁵².

Milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerinin birer kanunlar ihtilafı kuralından çok *maddi devletler özel hukuku kuralı* (*substantive rules*) niteliğinde bulunması sonucu, Fransa, tahkime ilişkin bu tip düzenlemeleri sebebiyle âdeta hukuki bir şovenizm içinde olmakla eleştirilmiştir. Söz konusu hükümlerin uygulanması bakımından herhangi bir *mülki* sınır, yoktur. Teorik olarak, bu tip hükümlerin dünyadaki tüm tahkim yargılamalarına uygulanması

¹⁴⁷ CARBONNEAU, *Jurisprudence*, s. 150. Ayrıca bkz. KORAL, *Otorite Kanunu*, s. 21.

¹⁴⁸ von MEHREN, s. 1055. Ayrıca bkz. SZASZY, s. 669.

¹⁴⁹ Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 41.

¹⁵⁰ Bir başka anlatımla hakem, hâkimin aksine *lex fori* sahibi değildir. Bu, sadece esasa değil; usule ilişkin meselelerde de geçerli bir argümandır (NCPC Art. 1494, 1496) (von MEHREN, s. 1057, 1058).

¹⁵¹ ANCEL, s. 121; AUDIT, s. 122. Ayrıca bkz. LIONNET, *Handbuch*, s. 251; TURHAN, s. 76 vd.

¹⁵² CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 77-78; AUDIT, s. 126, 127; DELAUME, *Intervention*, s. 199.

mümkündür¹⁵³. Buna karşın, tahkimle ilgili konularda, Fransız mahkemelerinin yargı yetkisine sahip olması ise söz konusu tahkimin Fransız hukuk düzeni ile bir biçimde –*ya tahkim yerinin Fransa’da olması ya tahkim yargılamasının Fransız hukukuna tabi olması veya hakem kararının Fransa’da tenfizinin istenmesi şeklinde-* ilgisinin kurulmuş olmasına bağlıdır (NCPC Art. 1492/II; 1502; 1504). Bu noktada, özellikle *hangi* hakem kararlarının iptali yahut tenfizi gerektiği konusunda, *iptal sebepleri ile tenfiz şartları aynı olduğundan*, pratik açıdan Fransız hukuku için artık, *yabancı-yerli hakem kararı* şeklinde bir ayırımın önemi olmamakta; fark, sadece başvurulacak hukuki çarenin adıyla sınırlı kalmaktadır¹⁵⁴.

Tahkimde, mahkemelerin yardımı gerektiğinde, Fransız hukukuna has bir özelliğin de burada vurgulanması gerekir. Hakemlerin seçiminde, tahkimde süre uzatımında yahut hakemlerin reddinde, mahkeme önünden yapılacak yargılamalar bakımından acele muhakeme usulü (*référé*) geçerli olup *tribunal de grande instance başkanı* veya taraflarca ayrıca kararlaştırılmışsa *tribunal de commerce başkanı*, gereken kararı verecektir. Durumun aciliyeti de göz önünde tutulduğunda, mahkemelerce bu esnada sürdürülen faaliyetin taraflar arasındaki çekişmenin çözümünden ziyade, tahkimin daha çok desteklenmesi, eksikliğinin giderilerek daha işler bir hâle getirilebilmesi amacıyla olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme başkanı tarafından verilen kararın, *hükümden* ziyade, daha çok bir *emre* benzediği düşünülür¹⁵⁵. Kararlar, denetime açık değildir (*istisnai olarak bkz.* NCPC Art. 1457/II). Yetkili mahkeme, tahkim anlaşmasında kararlaştırılmış olabileceği gibi, böyle bir belirlemenin olmaması hâlinde, sırasıyla tahkim yeri mahkemeleri, davalının yahut davacının yerleşim yeri mahkemeleri yetkilidir (NCPC Art. 1457; 1493, 1495; *karş.* **MTK m. 3/I**).

2- İngiltere

İngiltere, UNCITRAL Model Kanunu’nun başını çektiği hareketin dışında kalmıştır. 1979 yılında yapılan ve 1950 tarihli Tahkim Kanunu’nun reformuna ilişkin düzenlemeler, beklenen ilgiyi görmemiş; talepleri karşılamaktan uzak kaldığı için de eleştirilere maruz kalmıştır¹⁵⁶. Ancak İngiltere, aynı zamanda, tahkimi çok uzun zamandan bu yana kullanan,

¹⁵³ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 66.

¹⁵⁴ CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 78-79. Reformlar, sadece 1980 ve 1981 Kararnameleri ile sınırlı kalmamıştır. 1986 tarihinde, Medeni Kanun’un 2060. maddesinde yapılan değişiklikle (Eurodisney Kanunu) daha önce zaten *Galakis* kararı ile geçerlilik tanınan kamu otoritelerinin milletlerarası tahkim anlaşmaları akdedebilmeleri mümkün kılınmış; 1991 tarihinde ise Fransız hakem kararlarının icrası ile yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin prosedürlerin ilgili ilk derece mahkemelerinin tek hâkim tarafından görüleceği hükme bağlanmıştır (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 68, 69).

¹⁵⁵ CARBONNEAU, *The Reform*, s. 291.

¹⁵⁶ Reformun, hukukilik denetiminin, hiç olmazsa aksinin kararlaştırılabilmesini mümkün kıldığı için ve belki de salt bu nedenle hakkının teslim edilmesi gerektiği düşünülür (CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 44). Ayrıca bkz. RUTHERFORD/SIMS, s. 3-8.

bilen ve zaten düzenlemiş bir ülkedir. Bu nedenle daha 1989 yılında, yapılan ilk çalışmalarda (*The Departmental Advisory Committee on Arbitration Law of the Department of Trade and Industry*), UNCITRAL Model Kanunu anlayışı ve etkisi reddedilmiş; gerekenin ise tümüyle kendilerine özgü, yeni bir kanun olduğu sonucuna varılmıştı¹⁵⁷.

Tarihsel olarak bakıldığında İngiltere, tıpkı Fransa gibi, hatta ondan da eski, tahkime hep olumsuz yaklaşmış bir diğer ülkedir. 1922 tarihli Court of Appeal'in *Czarnikow v. Roth, Schmidt & Co* kararı¹⁵⁸, İngiltere'de hiç kimsenin İngiliz mahkemelerinin *hukukilik* denetiminden kaçamayacağı; aksini düzenleyemeyeceği; bu anlayışın hakem kararları için de geçerli olduğu hakkındadır. Tabii ki, hakemlerin bu koşullar altında *ex aequo et bono*'ya uygun olarak karar vermeleri de mümkün değildir. Karar, devlet yargısı dışındaki süreçlere duyulan güvensizliğin tipik bir sonucudur¹⁵⁹.

1996 İngiliz Tahkim Kanunu, 17 Haziran 1996 tarihinde yasalaşmış ve 31 Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun, sadece İngiliz tahkim hukukunda, büyük bir değişimi ve gelişimi simgelemekle kalmamakta, ama aynı zamanda, çok geniş bir bilgi birikimine ve engin tecrübeye dayanmaktadır. Özellikle milletlerarası tahkim uygulamasını yakından ilgilendiren ve genel kabul gören tüm meseleler ve ilkeler, kanunda kendine yer bulmuştur¹⁶⁰. Ne var ki, İngiliz tahkim hukukunun kendine has ve bir o kadar eleştiriye açık özellikleri, yine bu kanun içinde de korunmuştur. Örneğin, hakem kararlarının hukukilik yönünden de denetimi (1996 AA §69) yahut daha tahkim yargılaması sürerken uygulanacak hukukla ilgili sorunların mahkemelerce çözümlenebilecek olması (1996 AA §45) hep bu türdendir¹⁶¹. Yürürlüğe girmemiş olsa da *domestic-nondomestic tahkim anlaşması ayrımı*, tahkim anlaşmasına taraf olanların tabiiyeti yahut olağan yerleşim yerleri esas alınarak düzenlenmiştir ki, bu da, yine İngiliz hukukuna has bir durumdur (1996 AA §85/II). *Şahıs temelindeki bu ayrım*, 1996

¹⁵⁷ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 72; CRAIG, s. 30; SAVILLE L., The Arbitration Act 1996, LMCLQ 1997, s. 504, 505; HARRIS/PLANTER/ROSE/TECKS, s. 2, 3. Ne var ki, UNCITRAL Model Kanunu'na bu şekildeki bir karşı geliş, onun tümüyle reddi ve inkârı anlamına da gelmemektedir. Zira Model Kanun ile alevlenen *harmonizasyon* hareketiyle uyum içinde olmanın; aynı mantık zinciri içinde yer almanın; dilde ve terminolojide ortak olmanın; hiç olmazsa bu yönleriyle Model Kanun'a paralel hareket edilmesinin gerektiği, yine aynı komitede, Model Kanun'a yöneltilen pek çok eleştiri yanında, ifade edilmiştir (HILL J., Some private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996, 46 ICLQ 1997, s. 274). Ayrıca bkz. KERR M., The English Arbitration Act 1996 and the Model Law, *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001, s. 377; RUTHERFORD/SIMS, s. 11-13; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 33, 34; MERKIN, s. 2-3; HARBST, s. 25, 26.

¹⁵⁸ [1922] 2 KB 478 (CA).

¹⁵⁹ CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 41; KERR, *Model Law*, s. 378, 379.

¹⁶⁰ CARBONNEAU T., A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act, 22 Tul. Mar. L. J. 1997-1998, s. 131-132; YU H., Five Years On: A Review of the English Arbitration Act 1996, 19(2) J. Int'l Arb 2002; s. 209; KERR, *Model Law*, s. 385, 386.

¹⁶¹ Ayrıntısı için bkz. HARBST, s. 116; 169 vd.

Tahkim Kanunu'nda da geçerli olan *milletlerarası tahkim-yerli tahkim* farklılaşmasının sonu olmuştur (1996 AA § 88)¹⁶².

Kanun, 110 madde ve 4 ek tablodan oluşmaktadır ki, bu da emsallerine göre onu, oldukça uzun, kapsamlı bir kanun yapmaktadır¹⁶³. Kanunda düzenlenen bölümlerden ilki ve uzun alanı, kanunun *ana* düzenleme sahasını, oluşturmaktadır (§1-§84). İkinci bölüm, (§89-§98), *domestic*-yerli tahkim, tüketici tahkimi, mecburi tahkim gibi kimi konulara ilişkin olup üçüncü bölüm (§99-§104), yabancı hakem kararlarının tanınması-tenfiziyle ilgilidir. Dördüncü ve son bölüm ise kimi genel hükümlerle yürürlük maddelerinden oluşmaktadır (§105-§110). Sistematik içerisinde, *yerli tahkim (tahkim anlaşması)* ayrımı korunmuş; ona ilişkin azda olsa kimi hükümlere yer verilmiştir. Oysa kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, (*böyle bir terminoloji, şayet yerinde ise*) *milletlerarası tahkim-yerli tahkim* şeklindeki bir ayrıma şiddetle karşı çıkılmış; bu hâlde kimi zaman oldukça manasız kalan ayrımların ve sonuçların ortaya çıktığına işaret edilmişti¹⁶⁴.

1996 Tahkim Kanunu'na göre, tahkimin *amacı-konusu*, gecikmeksizin ve gereksiz masraflara sebebiyet vermeksizin, uyuşmazlıkların tarafsız hakemlerce adil bir çözüme kavuşturulması olup taraflar, ***kamu düzenin korunmasıyla ilgili durumlar saklı kalmak kaydıyla uyuşmazlıklarının nasıl çözümleneceğini belirlemekte serbesttirler*** ve mahkemeler, bu kanunda düzenlendiğinin dışında, tahkime müdahale edemeyecektir (1996 AA §1, *a, b, c*). Kanunun, belki de diğer tüm tahkim kanunlarından en büyük farkı, taraflara, uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturmak konusunda, tercih edecekleri yöntemle ilgili olarak açık bir serbestiyet tanınmasıdır. Kabul edildiği şekliyle *lex loci arbitri*, taraflara tanınmış bu özgürlüğü korumak;

¹⁶² Yasalaşmasından sonra gündeme gelen bir içtihat, 1996 Tahkim Kanunu'nda yer alan bu ayrımın bazı sıkıntılara sebebiyet vereceği gerçeğini ortaya çıkarmıştır. *Phillip Alexander Securities and Futures Ltd v. Bamberger* (XXII YBCA 1997, s. 872) davası, tahkimde, özellikle Avrupa Birliği vatandaşları ile İngiliz vatandaşlarının ayrı kanunlara tabi tutulmasının, Avrupa Birliği hukukuyla ve özellikle ayrımcılık yaratılmamasına ilişkin yasakla çelişip çelişilmediği hakkındadır. Varılan sonucun 1996 Tahkim Kanunu için de geçerli olmaması mümkün değildi. Zira *domestic*-yerli tahkim *anlaşmaları*, tahkim yerinin İngiltere olması yanında *ayrıca*, her iki tarafın da İngiliz tabiiyetinde olduğu veya İngiltere'de yerleşim yerlerinin bulunduğu durumlarda söz konusu olacaktı (1996 AA §85/II *a, b*) (HILL, s. 279-281). *Ayrıca bkz. MANTAKOU*, s. 150-151; SAVILLE, s. 509.

¹⁶³ CARBONNEAU, s. 132; KERR, *Model Law*, s. 386. Geçmiş dönemde, tahkime ilişkin hükümlerin mevzuat içinde dağılmış olması ve özellikle de yabancıların söz konusu hükümleri bulması ve uygulamasındaki güçlük, hazırlanacak yeni kanunun, tahkimle ilgili tüm hükümleri, tek bir kanun altında toplamasına sebep olmuştur (RUTHERFORD/SIMS, s. 12).

¹⁶⁴ UNCITRAL Model Kanunu'na yöneltilen eleştirilerden biri de İngiltere'nin tahkim yerinin İngiltere olduğu tahkim yargılamaları bakımından *tek bir tahkim kanununa* ihtiyaç duyduğu gerçeğiyle ilgilidir. UNCITRAL Model Kanunu'nun 1. maddesinde düzenlenen şekliyle *milletlerarası ticari tahkimin*, İngiltere için tatminkâr bir kriter olmadığı düşünülmüştür. Tahkimle ilgili pek çok tartışmalı mesele, Model Kanun'da, uzlaşa sağlanmadığı için düzenlenmemiştir ki, millî tahkim kanunlarında, söz konusu konular hakkında da, mutlaka bir cevabın bulunması gerekir. Buna karşın, Model Kanun'un mahkemelerin tahkimdeki rolüne ilişkin düzenlemelerinin, İngiltere'nin de özlediği bir düzeyde olduğu vurgulanmıştır (KERR, s. 17; REID, s. 229; SAVILLE, s. 505-506, 509).

söz konusu özgürlüğün kullanımını sağlamak zorundadır. Zaten mahkemeler de, kanunda öngörülen durumlar dışında ve düzenlendiğinin aksine, tahkime, herhangi bir müdahale de bulunmamalıdır (1996 AA §1, c)¹⁶⁵. Mahkemeler yanında, tahkime başvurmak konusunda bir *hak* tanınmışsa da, bu, sınırsız değildir: Bir yargılamanın taşınması gerekli asgari adalet anlayışının gereğinin yerine getirilmesi şarttır. Mahkemeler, kendilerinden bağımsız olarak gelişen tahkime yol vermek zorunda olmakla birlikte; gerektiğinde yapılacak müdahale, *hem* kanunda ayrıca ve açıkça öngörülmeli *hem de* tahkimin bir *hukuki çare* olarak etkinliğine ve saygınlığına gölge düşürmemelidir¹⁶⁶.

Kanun hükümleri, *tahkim yerinin* İngiltere (Galler ve Kuzey İrlanda) olması hâlinde geçerli olup *kimi* hükümler, tahkim yerinin henüz belirlenmediği veya İngiltere dışında olması hâllerinde de uygulama alanı bulabilecektir (1996 AA §2). Tahkim yeri (*seat of arbitration*), tahkimin yargısal-hukuki yeri-mekânı-makarrı anlamına gelmektedir (1996 AA §3; §53; 100/II, b). Tahkim yeri, taraflarca, tahkim anlaşmasında; kurumsal tahkimde ise söz konusu tahkim kurumu veya tarafların bu konuda yetkilendirdikleri üçüncü bir kişi tarafından yahut *taraflarca ayrıca yetkilendirilmek kaydıyla hakemlerce*; bütün bunların bulunmadığı hâllerde ise mahkemelerce, *taraflar arasındaki anlaşma ve somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak* belirlenir (1996 AA §3; *karş.* Model Kanun m. 20/D)¹⁶⁷.

İngiliz Tahkim Kanunu'nu, diğer tahkim kanunlarından farklı kılan ve kısaca da olsa değinmeyi hak eden bir diğer özelliği, aynı kanunun 9. paragrafında düzenlenmiştir. Hükümde, esasen tahkim itirazı düzenlenmektedir. Ancak ilginç olan, tahkim anlaşması yanında, ayrıca, taraflar arasında bir de herhangi bir türdeki ADR anlaşmasının bulunması

¹⁶⁵ MERKIN, s. 17, 18; HARRIS/PLANTEROSE/TECKS, s. 5, 6.

¹⁶⁶ CARBONNEAU, s. 135.

¹⁶⁷ MERKIN, s. 21, 22; HARRIS/PLANTEROSE/TECKS, s. 65-67. Ayrıca bkz. PETROCHILOS G., On the Juridical Character of the Seat in the Arbitration Act 1996, LMCLQ, 2002, s. 66 vd; *Dubai Islamic Bank Pjsc v. Paymentech Merchant Service Inc.*, [2001] 1 Lloyd's Rep. 65. Bu son karar, 1996 AA §3'de düzenlenmekte olan ve özellikle tahkim yerinin tespitinde, mahkemelerce dikkate alınması öngörülen hususlarla ilgilidir. Karar, önceki dönem içtihatlarını yineleyerek *lex arbitri* ile tarafların tahkime uygulanmasını istedikleri kural yahut hukukun farkına işaret etmektedir. **Sözü edilen bu son seçim, hiçbir şekilde, lex arbitri'den daha üstün veya öncelikli değildir.** Ancak bu söylem, böyle bir seçimin, 1996 AA §3'de düzenlendiği şekliyle tahkim yerinin belirlenmesi sırasında, dikkate alınmayacağı anlamına gelmemektedir; sadece bu şekildeki bir tercihin, **tek başına lex arbitri**'yi oluşturamayacak kadar eksik olduğunu vurgulamaktadır. Zira *lex arbitri*, ayrıca, tahkimle ülke mahkemeleri arasındaki bağı ve ilintiyi kurar; yani tahkimle ilgili meselelerin çözümünde, hangi ülke mahkemelerin yetkili olduğunu belirler. Kaldı ki, söz konusu tahkim yargılamasıyla ilgili, kural olarak, belli ve bir yer ülke mahkemelerinin yetkili olması, asıldır; istenen de bu olmalıdır. Mahkemelerce tahkim yerinin tespiti esnasında, daha doğrusu, tahkim yerinin özellikle bu son yargısal yönü dikkate alınarak *nerede olmasının gerektiği* belirlenirken **sadece coğrafi kimi verileri değil**; taraflara ve uyuşmazlığa ait özellikler ile her türlü iradi göstergenin de dikkate alınması gerekir. Bu son durum, 1996 öncesi içtihatlarla göre önemli bir farka işaret etmektedir. Ancak, böyle bir belirleme bakımından, İngiliz hukuku, hayli derin bir tecrübeye sahiptir. Söz gelimi, tahkim yerinin İngiltere olması yahut söz konusu tahkimin İngiliz hukukuna tabi kılınması, uyuşmazlığın esasına da İngiliz hukukunun uygulanmasının istendiği şeklinde kabul edilir. Bu sefer, tersinden hareket edilerek kimi belli sonuçlara varmak gerekecektir.

durumunda, mahkeme yine de tahkim itirazına itibar edecek; taraflarca yapılan anlaşma gereği önce söz konusu ADR usulü tüketilecek de olsa mahkemece yapılmakta olan yargılama, -Kıta Avrupası'ndan farklı olarak- ertelenecektir (1996 AA §9/II; aynı yönde §12/I, b; 51/II, 70/II, a). Böylece, *dolaylı da olsa* bir ADR anlaşmasının mahkemelerce kabul göreceği; lehine yargılama yapmaktan kaçınılacağı, düzenlenmiştir¹⁶⁸.

Tahkimin tabi olduğu hukuka ilişkin tartışmalara ışık tutması bakımından 1996 Tahkim Kanunu ve İngiliz hukukuyla ilgili şu kısa tespitlerde bulunmak mümkündür:

- a) Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk (*the proper law of the agreement*), ne uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk (*lex causae*) ne de tahkim usulüne uygulanacak hukuk (*the curial law, lex arbitri*) olmak zorunda değildir¹⁶⁹;
- b) İngiliz hukuku, tıpkı Model Kanun gibi (Model Kanun m. 1/II) **mülkiyet prensibini** kabul etmiştir (1996 AA §2/I). Bu, tarafların tahkim yargılamasına uygulanacak hukuku seçebilmeleri konusunda, herhangi bir etkilerinin olmadığı anlamına gelmemektedir. Şöyle ki:

i) Tarafların tahkim yerini seçme özgürlükleri bulunmaktadır.

ii) Kanundaki her hüküm, emredici karakterde değildir.

iii) Taraflarca tahkim yerinin İngiltere olarak seçilmesi, *kural olarak* 1996 Tahkim Kanunu'nun I. Bölüm hükümlerinin salt tahkim yerinin İngiltere'de olması nedeniyle uygulanacağı anlamına gelmektedir¹⁷⁰;

iv) Buna karşın, kanunun kimi hükümlerinin tahkim yerinin İngiltere'de olmaması ve hatta henüz belirlenmemiş olması hâlinde de uygulanması mümkündür (1996 AA §2/II-V)¹⁷¹.

v) Tahkim yerinin İngiltere olması hâlinde, 1996 Tahkim Kanunu'nun *emredici hükümleri* her hâlükârda geçerlidir; tarafların tahkim yargılamasına bir başka *millî hukukun* uygulanacak olmasını

¹⁶⁸ CARBONNEAU, s. 138.

¹⁶⁹ Hakem kararlarına karşı geçerli denetim usulleri ve içerikleri, tahkime –*tahkim yargılamasına*- uygulanacak hukukun bir meselesi olup söz gelimi, uyuşmazlığın esasının İngiliz hukukuna tabi olması, anılan konuda da İngiliz hukukunun uygulanacağı sonucunu doğurmaz (*James Miller&Partners Ltd v. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd* [1970] AC 583).

¹⁷⁰ Tarafların tahkimlerini, tahkim yeri hukukuna tabi kılmamak şeklinde, herhangi bir imkânı yoktur. Kaldı ki, tahkim yeri hukukunun, ülkesi üzerinde cereyan edecek tahkim yargılamalarını düzenlemek bakımından, son derece haklı menfaatleri bulunmaktadır. Asıl olan tahkim yeri ülkesinin kamusal menfaatleri olup irade serbestisi, ikinci plandadır (HILL, s. 289).

¹⁷¹ İngiliz hukukuna hâkim olan anlayışa göre, tahkim yerinin ülke dışında bulunması hâlinde, tahkimle ilgili uyuşmazlıklar ve talepler yönünden tahkim yeri mahkemeleri, yer itibarıyla en yetkin mahkemelerdir; İngiliz mahkemelerinin buna rağmen kullanacağı yargı yetkisi, çelişkili kararların verilmesine neden olabilir ki, bu da arzu edilmez. Bu bağlamda, kullanılacak yargı yetkisi, her hâlde, tahkimin ve tahkim yargılamasının desteklenmesi, tahkim anlaşmasının korunması fikrine hizmet etmelidir (HILL, s. 294-295).

kararlaştırmaları, söz konusu millî hukuku, sözleşme hükümlerinden daha etkin ve yetkin hâle getirmez. Emredici olmayan hükümler üzerinde tasarruf edilebilir (1996 AA §4/II); yapılan seçim, *emredici hükümleri ihlal etmediği sürece*, birer sözleşme hükmü kadar geçerlidir (1996 AA §4/I)¹⁷².

- c) Tahkim yerinin **açıkça** ülke dışında seçilmesi ve fakat tahkim yargılamasının da İngiliz hukukuna tabi tutulması, *uygulanabileceği açıkça öngörülen hükümler dışında*, 1996 Tahkim Kanunu'nun *her hâlükârda* uygulanacağı anlamına gelmez. **Tahkime uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olarak seçilmesi, İngiliz mahkemelerinin değil; tahkim yeri ülkesi hukukunun ve mahkemelerinin işidir** (karş. MTK m. 1/II). Mülkilik kriterine göre, artık irade serbestisinin (*autonomy criterion*) yahut usul hukuku kriterinin hiçbir uygulama alanı bulunmamaktadır¹⁷³.

3- Almanya

Almanya yönünden meseleye bakıldığında¹⁷⁴, 1997 yılına kadar 1877 tarihli ZPO'da, tahkime ilişkin çok da değişiklik yaşanmış değildi. 1986 tarihli mini-reform ise beklentileri, karşılayamamıştı¹⁷⁵. Milletlerarası tahkim uygulamasından uzak kalınması, büyük ölçüde, Almanya'nın ideal bir tahkim yeri olarak kabul edilmeyip tercih edilmemesine bağlanmıştı¹⁷⁶.

¹⁷² Ayrıca bkz. CARBONNEAU, s. 136. *Union of India v. McDonnell Douglas Inc* ([1993] 2 Lloyd's Rep 46) davasında, tahkim yerinin İngiltere, fakat tahkimin Hindistan hukukuna tabi kılınmış olması, **tahkim yargılaması ile mahkemeler arasındaki ilişkiye İngiliz hukukunun; tahkimin kendi içinde, iç işleyişinde ise Hindistan hukukunun uygulanacak olması şeklinde yorumlanmıştır**. Tarafların tahkim ile mahkemeler arasında uygulanacak hukuku seçme, belirleme veya *değiştirme* imkânları yoktur. Tahkim yerine ilişkin seçim, *lex arbitri*'nin belirlenmesinde, tahkime uygulanacak kurallara yahut hukuka yönelik seçimden daha güçlü, etkin ve baskındır. *Lex arbitri*'nin önem arz eden yönü, tahkimle mahkemeler arasındaki bağı kurması; tahkimle ilgili uyumsuzluklarda belli ve bir ülke mahkemesini yetkilendirmesidir. Ne var ki, tahkim yeri hukuku, mahkemeleri aracılığıyla tahkimde oynayacağı rolde, varsa tarafların seçimine, kendi emredici normları ihlal edilmediği sürece, itibar edip bunu geçerli sayarak kimi sonuçları bağlayabilir. Ayrıca bkz. HILL, s. 292; CRAIG, s. 48; PETROCHIOS, *Seat*, 68, 69; SAVILLE, s. 503.

¹⁷³ HILL, s. 296.

¹⁷⁴ BERGER K. P., The German Arbitration Law of 1998 First Experiences, *Liber Amicorum* Karl-Heinz Böckstiegel, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001, s. 31 vd.; BÖCKSTIEGEL K.H., An Introduction to the New German Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law, 14(1) Arb Int 1998, s. 19 vd.; BÖCKSTIEGEL K. H., Germany, International Handbook on Commercial Arbitration, J. Paulsson ed. Suppl. 34, 2001, s. 1 vd.; BERGER K. P., The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act, 17(4) Arb. Int. 2001, s. 399 vd.; BERGER K. P., The New German Arbitration Law in International Perspective, Forum Internationale no. 26, 2000, s. 1 vd.; LIONNET K., The New German Arbitration Act-A User's Perspective, 14(1) Arb Int 1998, s. 57 vd.; KREINDLER H. R/MAHLICH T., A Foreign Perspective on the New German Arbitration Act, 14(1) Arb Int 1998, s. 65 vd.; SANDROCK O., Procedural Aspects of the New German Arbitration Act, 14(1) Arb Int 1998, s. 33 vd.; ÖZBAY, *Reform*, s. 1058 vd.

¹⁷⁵ KREINDLER/MAHLICH, s. 66; BERGER, s. 47; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 2, 3.

¹⁷⁶ Ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. KREINDLER/MAHLICH, s. 74, 75; BERGER K. P., International Economic Arbitration in Germany: A New Era, 8(2) Arb Int, 1992, s. 102; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 3, 5.

Hazırlanan 1994 tarihli ilk taslak, 1996 yılındaki son değişikliklerle birlikte 22 Aralık 1997 tarihinde, ZPO'nun 10. Kitabı olarak yasalaşmıştır¹⁷⁷.

Geçmişte, Almanya'nın tahkim alanında yapması gereken reformun, UNCITRAL Model Kanunu temelinde ve çizgisinde olması gerektiğinde tereddüt edilmemiştir¹⁷⁸. Hatta yapılacak reformun, tıpkı Model Kanun'da olduğu gibi *sadece* milletlerarası tahkimle sınırlı olması gerektiği iddia edilmiş ve iç tahkimle milletlerarası tahkimi, tek bir kanun içinde ele alan taslaklar, başlangıçta reddedilmişti¹⁷⁹. Zira milletlerarası tahkimle ilgili hükümlerin *özel bir kanun* içinde düzenlenmesi dahi hayati bir önemi haizdi. Bu sayede, milletlerarası tahkimle ilgili hükümlerin iç hukukla ilgisi kesileceğinden; yabancılara, tabi olacakları mevzuat bakımından, büyük bir güven verilmiş olacaktı¹⁸⁰.

Almanya'nın Model Kanun'daki ısrarı, son derece basit bir gerekçeye dayanmaktadır: *Rekabet stratejisi*. Fransa, Hollanda, İsviçre, İngiltere ve son olarak İsveç tahkim hukuklarında yaşanan reformların ortak özelliği, bu ülkelerin, milletlerarası tahkim pazarında zaten bilinen bir üne sahip olmaları ve çok uzun zamandan bu yana, tahkim yeri olarak seçilmek konusunda, kendileriyle ilgili bir alışkanlığın bulunmasıdır. Anılan ülkelerin söz konusu pazarda, yer edinmek gibi değil, olsa olsa pazar paylarını kaybetmemek şeklinde bir kaygıları olabilir. Almanya ise tam aksi konumdadır: Model Kanun, zaten belli bir pazar payına sahip ülkelerle rekabet edebilmek için gerekli reklâm ve pazarlama stratejisinin bel kemiğini oluşturmaktadır¹⁸¹. Şu hâlde, artık tahkim alanında geçerli ilke, en azından Alman örneği bakımından, *in dubio pro Model Kanun*'dur¹⁸².

¹⁷⁷ BÖCKSTIEGEL, *New German Arbitration Act*, s. 19-20; LIONNET, s. 57. Ayrıca bkz. BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 32-33. Ayrıca bkz. SCHÜTZE, s. 4 vd.; HARBST, s. 24, 25; YILMAZ, *Milletlerarası Tahkim*, s. 150 vd.

¹⁷⁸ BERGER, *A New Era*, s. 110, 111; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 2; HUSSLEIN-STICH, s. 202. Ayrıca bkz. ALBERS, s. 2533; Karş. GRANZOW, s. 229.

¹⁷⁹ LIONNET K., *The UNCITRAL Model Law, A German Perspective*, 6(4) Arb Int, 1990, s. 344. Ayrıca bkz. BERGER, *A New Era*, s. 110-112.

¹⁸⁰ LIONNET, *Model Law*, s. 346; BERGER, *A New Era*, s. 112.

¹⁸¹ BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 2. Ayrıca bkz. KERR, *Model Law*, s. 382.

¹⁸² BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 3. Temel felsefe "*in dubio pro Model Kanun*" olunca, yeni hükümler de, *hem* sistematik *hem de* terminoloji olarak Model Kanun ile birebir uyum içindedir. Ancak böylece, *Almanya'nın tahkim dostu bir mevzuata sahip ülke olduğu, milletlerarası ticaret ve tahkim dünyasına duyurabilecekti*. Ne var ki, İsviçre ve Hollanda tahkim kanunları da, hazırlık çalışmaları esnasında dikkate alınmıştır. Model Kanun hükümlerinin, Alman hukukunda kabul edilmesinin imkânsız derecede zor olmadığı sürece aynen benimsenmesi, hedeflenmişti. Bu, Model Kanun'u iktibas eden, örneğin İskoçya gibi diğer ülkelerin de benimsediği bir anlayıştır. Kanun, Parlamentodan önemli bir itirazla karşılaşmaksızın geçirilmiştir (BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 31; BÖCKSTIEGEL, *New German Arbitration Act*, s. 20-21; BÖCKSTIEGEL, *Germany*, s. 1-2; RAESCHKE-KESSLER H., *The New German Arbitration Act v. Old German Case Law: Which Case Law of the Bundesgerichtshof is to be Applied to the New Act*, 14(1) Arb Int 1998, s. 47). Oysa 1998 *Reformu*'nun neredeyse çağdaşı sayılan 1999 İsveç Tahkim Kanunu hazırlanırken, *bir görüşe göre*, İsveç'in tahkim alanında, Almanya'nın aksine, sahip olduğu köklü ve engin birikim nedeniyle Model Kanun ile yetinilmemiş *tam aksine, başlı başına bir model olmak iddiasıyla hareket edilmiştir*

UNCITRAL Model Kanunu'na dayalı taslağın Alman hukukunca benimsenmesi, hiç zor olmamıştır. Zira *Gerold Herrmann* hem Model Kanunu'nun babasıdır hem de Adalet Bakanlığı nezdinde oluşan komisyonun bir üyesidir. Kaldı ki, Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, UNCITRAL *Working Group*'lar içinde Alman delegelerin bir hayli etkisi ve katkısı olmuştu. Model Kanun, Almanya'nın tahkim pazarındaki yerini ve önemini artırmak için gereken her iki özelliğe de sahipti: Açık-kolay erişilebilir olmak (*clear*); Modern tahkim yargılamaları için gerekli her türlü araç ve anlayışı içerecek kadar kapsamlı olmak (*comprehensive*)¹⁸³.

Değişiklik sonrası beklenenler, her modern millî tahkim kanunundan beklenenlerle aynıdır. ***Bir millî tahkim kanunu, hem verimli hem ekonomik hem de adil olmalıdır.*** Bu:

- a) İrade serbestisine tanınacak üstünlük ve öncelik;
- b) Mahkemelerce yapılacak belli sayıda, asgari düzeydeki denetim ve nihayetinde,
- c) Hem yargısal temel hakların hem de hükmün *nihailiğinin* temini için gerekli, etkin hukuki çare, anlamlarına gelmektedir.

Değişiklik sonrası, kanunun ***kolay kullanımı ile*** bunları başardığına inanılmaktadır¹⁸⁴.

Alman Reformu, 41 maddelik içeriğiyle 19 maddelik İsviçre Reformu ile 56 maddelik Hollanda Reformu'nun arasındadır; 110 maddelik İngiliz kanunuyla mukayese edildiğinde ise dardır; ancak sahip olduğu esneklik ve çoğunlukla yedek-tamamlayıcı hukuk normlarına verdiği önem nedeniyle özellikle geçmiş döneme nazaran bir hayli kullanışlıdır¹⁸⁵. Kanunda, tahkimle ilgili tüm sorunların cevapları yer almamaktadır. Bunlar, kanun koyucunun kesinkes ve tatminkâr bir biçimde, hiçbir zaman çözüme kavuşturamayacağı alanlardır ki, meselelerin, içtihat yoluyla çözümünü beklenmektedir. Buna karşın Model Kanun'da yer almayan, örneğin yargılama giderleri (ZPO §1057) gibi konular, uygulamanın da ihtiyaçları dikkate alınarak özellikle düzenlenmiştir¹⁸⁶.

Tümüyle UNCITRAL Model Kanunu temeline dayalı bu reform, Model Kanun hükümlerini, ***milletlerarası-yerli tahkim ayrımını da kaldırmak suretiyle tahkim yeri*** Almanya olan her türlü tahkim faaliyeti için geçerlidir (ZPO §1025/I; §1043; ayrıca bkz. Tasarı m. 411). Kanunun uygulama alanı, son derece basittir; tahkimin *milletlerarası* veya *ticari* olması gibi hiçbir vasfına yer verilmeksizin, salt tahkim yerinin Almanya'da olması,

(BERGER, *The Arbitration Agreement*, s. 389). Ayrıca bkz. YILMAZ, *Milletlerarası Tahkim*, s. 152, 153; ÜSTÜNDAĞ, *Uluslararası Tahkim*, s. 297, 298; ÖZBAY, *Reform*, s. 1059.

¹⁸³ BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 3, 4. Ayrıca bkz. HARBST, s. 23, 24.

¹⁸⁴ BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 48-49; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 4; BÖCKSTIEGEL, *New German Arbitration Act*, s. 30-31; LIONNET, s. 62; SANDROCK, s. 33, 34.

¹⁸⁵ BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 5.

¹⁸⁶ BÖCKSTIEGEL, *New German Arbitration Act*, s. 22; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 6.

kanunun uygulanması için gerekir ve yeterlidir¹⁸⁷. Söz konusu hüküm, *tahkim yerine atfettiği önem dolayısıyla Alman tahkim hukuku için tam bir devrimdir*¹⁸⁸.

4- İsviçre

İsviçre’de, 1987 yılında, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile neredeyse oy birliğiyle kabul edilen, çok köklü bir değişiklik yaşanmıştır. On üç bölümden oluşan kanunun genel ve yürürlük hükümlerine ilişkin ilk ve son bölümleri bir yana, her bir bölüm başlı başına bir konuyla ilgilidir. Kanunun 12. Bölümü, 176 ve 194. maddeleri arası, İsviçre hukuk tarihinde, ilk defa *milletlerarası tahkime* ayrılmıştır¹⁸⁹. Böylelikle İsviçre, milletlerarası tahkimi, milletlerarası tahkime ilişkin ayrı bir kanunda değil; kanunlar ihtilafına ilişkin hükümler arasında düzenlemiştir¹⁹⁰.

İsviçre hukukunda tahkim, sözleşmesel bir mesele olmaktan çok yargılamaya dair bir konu olarak görüldüğünden, çok uzun bir süre, kantonlarca düzenlenmiştir¹⁹¹. Tahkime ilişkin yeknesaklık, ancak 1969 yılında, kantonlar arasında yapılan bir anlaşma ile sağlanmış ve *Concordat* akdedilmiştir. Şu hâlde sorulması gereken soru, *Concordat*’ın yürürlüğe

¹⁸⁷ KREINDLER/MAHLICH, s. 78, 84-85; BÖCKSTIEGEL, *Germany*, s. 2; ÖZBAY, *Reform*, s. 1063, 1064. Karş. BERGER, s. 109.

¹⁸⁸ WAGNER G., *Germany, Practitioner’s Handbook on International Arbitration*, ed. Frank-Bernd WEIGAND, 2002, s. 686, 687; van den BERG J. A., *The German Arbitration Act 1998 and the New York Convention 1958, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, 2001, s. 784; BÖCKSTIEGEL, *New German Arbitration Act*, s. 23; BERGER, *A New Era*, s. 107; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 30, Rn. 5-7; HARBST, s. 23. Yapılan tercih, *Verfahrenstheorie*’nin (ki, bu zamana kadar Almanya yönünden egemen anlayıştır, BGH, BGHZ 96, 40, 41) yıkılarak *Territorialitätsprinzip*’in tercih edildiği yeni bir dönemin başlaması anlamına gelmektedir (MUSIELAK/VOIT, §1025, Rn. 3, 7; ZÖLLER/GEIMER, §1025, Rn. 1, 4; §1061, Rn. 3; ALBERS, §1025, Rn. 1). Artık, tahkim yeri Almanya olmayan bir hakem kararının, *tahkim usulüne Alman hukuku da uygulansa*, ancak 1958 New York Sözleşmesi’ne göre tenfizi istenebilecektir. Bu değişikliğin her anlamda, olumlu olduğuna ilişkin bkz. KREINDLER/MAHLICH, s. 72; 84-85. Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 783. *Lionnet*, Alman hukukunun yaptığı bu tercihi açıklarken meseleyi *denationalization* hareketlerine dayandırmış ve özellikle UNCITRAL Model Kanunu’nun bunun tam aksi yönündeki tercihine değinmiştir. İlginçtir, PIL Art. 182 ile aslında, tahkim yeri hukukundan kopuşun yeni bir boyut kazandığı dahi iddia edilmiştir. Kendilerince seçilen yolun çok daha tercihkâr olduğunu belirttikten sonra, yargılamadaki *hukuki güvenliğin* ve *öngörülebilirliğin*, tam serbestiye ve irade özgürlüğüne mağlup edilmemesi gerektiği; Model Kanun ile başlayan süreçte artık irade serbestisinin bizzat millî hukuklarca desteklenerek korunduğu, şu hâlde, tahkim yeri hukukunun tahkim üzerindeki etkisinin artık bir zarardan çok hukuki güvenliği tesis etmek için gerekli olduğu sonucuna varılmıştır. *Ayrıntısı için bkz. LIONNET*, s. 56-58. Karş. RONEY/MULLER, s. 50. Ayrıca bkz. ÖZBAY, *Reform*, s. 1060. Tercih edilen *mülkîlik prensibi*, diğer millî tahkim kanunlarıyla uyumun sağlanması bakımından, yerinde olmakla birlikte; *tahkim yeri* kavramına karşı teorik ve pratik kimi eleştiriler de gündeme gelmiştir (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 97-98).

¹⁸⁹ *Ayrıntısı için bkz. LALIVE*, *Swiss Law*, s. 2 vd; SCHNEIDER E. M/PATOCCHI M. P., *The New Swiss Law on International Arbitration*, Arbitration 1989, s. 268 vd; BLESSING, s. 164 vd; BLESSING M., *The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism*, 5(2) J Int’l Arb 1988, s. 9 vd; BRINER R., *Switzerland, International Handbook on Commercial Arbitration*, J. Paulsson ed., Suppl. 27, 1998, s. 2 vd; KAUFMANN-KOHLER, *Switzerland*, s. 1-3; SCHLOSSER, Rn.152; KALPSÜZ T., *İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 5 vd.

¹⁹⁰ SCHNEIDER/PATOCCHI, s. 268; LALIVE, *Swiss Law*, s. 2. Ayrıca bkz. SAMUEL, *Swiss Law*, s. 27-28.

¹⁹¹ BGE 103 II 75, 76; SCHLOSSER, Rn. 43. Böyle bir sonucun, en azından milletlerarası tahkim açısından artık geçerli olmadığına ilişkin bkz. BRINER, *Switzerland*, s. 2; BERGER, s. 27.

girmesinden 20 yıl sonra, *milletlerarası tahkimin* neden özel olarak, bir Federal kanun ile düzenlemeye tabi tutulmuş olduğudur¹⁹².

Milletlerarası tahkimin neden *ayrıca* düzenlendiğine ilişkin sorunun cevabı, büyük ölçüde İsviçre özelinde değerlendirilmelidir. Çalışmalarına 1973 yılında başlanan ve neredeyse 200 maddelik, devletler özel hukukuna âdeta hâkim bir kanun içerisinde, sözleşmeler hukukuna ve mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin düzenlemeler olmasına karşın *milletlerarası tahkime –yabancılık unsuru içeren tahkime-* yer verilmemesinin, büyük bir eksiklik olacağı düşünülmüştür. Bunda, tahkimin çoğu kez, *saf bir* yargılama hukuku meselesi olarak görülememesi; sözleşmeler hukukuna ait kimi ilke, yorum ve hassasiyetlerin de dikkate alınması gerektiği oldukça etken olmuştur. Bir diğer neden ise 1960’lı yıllara ve o dönemin değerlerine ait *Concordat*’ın artık milletlerarası tahkim hukukunun ve uygulamasının gerek ve beklentilerini karşılamaktan uzak kalması¹⁹³; aynı kanun içerisinde hem *yerli-domestic* hem *milletlerarası* tahkimin düzenlenmesinin pek çok mahzuru da beraberinde getirdiğinin görülmüş olmasıydı¹⁹⁴.

Kantonal bir meselenin konfederasyon tarafından düzenlenmesi, eleştiri ve itirazdan kaçamamıştır. Tartışmanın özünde, büyük ölçüde, geleneksel olarak tahkimin bir yargılama

¹⁹² **BUCHER/TSCHANZ**, s. 20, 21; **LALIVE**, *Swiss Law*, s. 2-3; **SCHNEIDER/PATOCCHI**, s. 269; **BLESSING**, s. 165-165-167; **BLESSING**, *The New International Arbitration Law*, s. 12

¹⁹³ *Concordat* hükümlerinin milletlerarası tahkim alanında, hukuki boşlukların doldurulması konusunda, hâlâ bir işlevinin bulunup bulunmadığı konusundaki tartışma için bkz. **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 28, 29; **BERGER**, s. 34.

¹⁹⁴ *Lalive*, büyük ölçüde, yabancılık unsuru içeren her iş ve işlem gibi milletlerarası tahkimin de içerdiği yabancılık unsuru nedeniyle bir milletlerarası özel hukuku meselesi olarak millî hukukta ayrıca ve özel olarak değerlendirilmeyi hak ettiği görüşündedir (**LALIVE**, *Swiss Law*, s. 2-3, 20). *Concordat* hükümleri, yabancılık unsuru içermeyen tahkim yargılamaları ve tahkim anlaşmaları yönünden hâlâ geçerlidir. Yerli-iç tahkime ilişkin olarak devletin, tahkimin her anını ve evresini düzenlemesi, bunu da büyük ölçüde, tıpkı kendi usul hukukunu düzenliyor gibi emredici kuralları çokça kullanarak yapması, doğal ve haklı karşılanabilir. Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, yabancıların İsviçre’yi, bu ülke hukukunun tahkime ilişkin bu tip yaklaşımı nedeniyle tercih ettiği; mahkeme kararlarında olduğu gibi geçerli olan denetim anlayışının tahkimin taraflarına güven verdiği tezi ileri sürülmüşse de, aksi yöndeki görüş, yani tahkimin taraflarının olabildiğince az müdahale ve çok özgürlük istediği fikri galip gelmiştir (**SCHNEIDER/PATOCCHI**, s. 269). *Ayrıca bkz.* **BLESSING**, s. 167, 168; **BLESSING**, *The New International Arbitration Law*, s. 13, 14; **BERGER**, s. 29; **BUCHER/TSCHANZ**, s. 23, 24; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 77; **KARAYALÇIN Y.**, İsviçre’de Tahkim, 5 YD 1979/1, s. 143 vd; **BUCHER E.**, İsviçre’de Milletlerarası Ticari Tahkim, *Çev. Vedat Buz*, C. XVII BATİDER 1993/2, s. 14; **KALPSÜZ**, *İsviçre*, s. 6-8. Hollanda, İngiliz ve Alman kanunları yönünden *yerli (iç)-milletlerarası* tahkim şeklinde bir ayırım bulunmamaktadır: Milletlerarası tahkim için tatminkâr ve doğru olan, yerli tahkim için de aynen geçerlidir. Ne var ki, böyle bir tercihin, tahkimi çok uzun zamandan beri düzenlemiş ve yine kullanmış, gelişkin hukuk sistemlerine ait olduğu da (*İsviçre ve Fransa haricinde*) gözden uzak tutulmamalıdır (**van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS**, s. 5, 6). Milletlerarası tahkimin millî kanunlarca ayrıca düzenlenmesinin gerekip gerekmediği, tümüyle bir hukuk politikası meselesi olup ülkenin hukuk sistemi, önceki tahkim (hukuku) kültürü ve söz konusu değişimden olan beklentilerle yakından ilgilidir. Bu nedenlerle UNCITRAL Model Kanunu, önceki mevzuatı ne olursa olsun, *münhasıran milletlerarası tahkime özgü* kimi kuralların millî kanunlarda yer almasını amaçlamıştır (Model Kanun m. 1/V). Böylece, tahkim kültürü gelişkin olmayan millî hukuk sistemleri için *sadece* örnek bir tahkim kanunu yaratılmış olunmamakta; *ama aynı zamanda*, yerel beklenti-özellik ve kaygılara saygı duyularak bunların milletlerarası tahkimi *-menfi yönde-* etkilemesine mâni olunarak milletlerarası alanda, etkinlik ve yeknesaklık sağlanmaya çalışılmaktadır (**FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 99).

meselesi olarak görülmesi ve yargılamaya ilişkin konularda kantonların sahip olduğu asli konum bulunmaktadır. Söz konusu itirazlar, milletlerarası tahkime ilişkin *son derece* temel hükümlerden oluşan bir metnin hazırlanmasına neden olmuştur¹⁹⁵.

Kanunun milletlerarası tahkime ilişkin bölümü, bir çatı ve çerçeve düzenleme niteliğinde olup ancak zaruri olarak düzenlenmesi gereken hususlar kanuna alınmış; bu nedenle de İngiliz, Hollanda ve hatta UNCITRAL Model Kanunu'na göre oldukça veciz bir kanun hâline gelmiştir. Birer yedek hukuk normu olarak düzenlenmiş hükümler, oldukça esnek bağlanma noktalarını içermektedir¹⁹⁶. Kanun, sadece milletlerarası tahkime ilişkin olup yerel beklenti ve kaygılar, olabildiğince dikkate alınmamıştır. İrade serbestîsi de ön plana çıkarılmak suretiyle kanun, kaçınılmaz bir biçimde, kısalmış; emredici hukuk normlarının sayısı, asgari seviyeye çekilmiştir¹⁹⁷.

Tahkim yerinin İsviçre olması hâlinde, uygulanacak hükümler yönünden milletlerarası tahkim, tahkim anlaşmasının yapıldığı esnada, en azından taraflardan birinin yerleşim veya iş yerinin İsviçre'de olmaması kriteri dikkate alınarak belirlenmektedir (PIL Art. 176/I; II). Kanunun uygulama alanının tespiti yönünden, *tahkim yerine* (PIL Art. 176/III) üstünlük tanınmakla birlikte, örneğin ZPO'dan farklı olarak, *tahkimin* milletlerarası bir nitelik taşıması da aranmış ve fakat bu, UNCITRAL Model Kanunu'ndan (Model Kanun m. 1/III) daha kolay ve *-belki de-* Fransız Usul Kanunu'ndan (NCPC Art. 1492) daha somut bir biçimde düzenlenmiştir¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Konfederasyon, maddi hukuk yanında, milletlerarası özel hukuka ilişkin meseleleri de düzenlemeye yetkilidir. Milletlerarası tahkim de bu anlamda, yoğun yabancılik unsuru içermekte olup milletlerarası ticaretin âdeta bir parçasıymış gibi *yargılamaya ilişkin de olsa* çoğu kez bir kanunlar ihtilafı meselesi olarak görülmektedir. Kaldı ki, yasalaşma evresinde, tahkimin teorik temellerine ilişkin özel bir yasama tercihinde de bulunulmuş değildir. Ne var ki, İsviçre özelinde, hâkim anlayış, hâlâ tahkimin bir yargılama-usul hukuku meselesi olduğu yönündedir (BLESSING, s. 164; BUCHER/TSCHANZ, s. 23, 24). Ayrıca bkz. BERGER, s. 28; BUCHER *İsviçre*, s. 14.

¹⁹⁶ SCHNEIDER/PATOCCHI, s. 270; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 76-77.

¹⁹⁷ *Lalive*, özellikle Hollanda (bunlar, İngiliz Kanunu için de geçerli olacaktır) kanunu ile yaptığı mukayese yanında, UNCITRAL Model Kanunu'nun kısmen dahi olsa adapte edilmesinin çalışmalar içerisinde neden *hiç* teklif edilmediğine değinmiştir. Meselenin iki yönü bulunmaktadır: Kronolojik olarak İsviçre kanun çalışmaları, Model Kanun'dan eskidir ve Model Kanun neredeyse çalışmaların olgunluk seviyesine yetişmiştir. İkinci neden ki, bu daha etkindir, Model Kanun'un İsviçre gibi derin ve köklü bir tahkim geleneği olan ülkeler için değil; gelişmekte olan, tahkim hukukuna ve pratiğine uzak ülkeler için ancak bir model teşkil edebilmesiydi. ***Belli bir tercihi içermektense, asgari müştereklerdeki uzlaşmanın sonucu olan bir Model, İsviçre için model olamazdı*** (LALIVE, s. 4, 5); BLESSING, s. 176-178; BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 15, 16; BUCHER/TSCHANZ, s. 22; BERGER, s. 26, 27. Ayrıca bkz. KALPSÜZ, *İsviçre*, s. 10-11.

¹⁹⁸ EHRAT, s. 309-312. Ayrıca bkz. JERMINI C., Die Anfechtung der Schiedssprüche im internationalen Privatrecht, Nach dem schweizerischen Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, mit rechtscergleichenden Ausblicken, Zürich, 1997, Rn. 7-16; KALPSÜZ, *İsviçre*, s. 12, 13.

Tahkim yeri ile tahkim anlaşmasının taraflarına ilişkin şartın birlikte sağlanması durumunda, kanun hükümleri (*lex loci arbitri*), bir *lex arbitri* olarak tahkim yargılamasını kavrayacak; *Concordat*'ı devre dışı bırakarak tahkime uygulanacaktır¹⁹⁹.

Tahkim yeri (*seat, siège, Sitz*), tartışmalara sebep olmuş bir kavramdır ve sıklıkla “*place of arbitration*” ile karıştırılır (PIL Art. 176/III). Oysa “*seat of arbitration*” anlamında tahkim yeri ki, İsviçre kanunu bunu tercih etmiştir, sadece fiziki veya coğrafi bir yeri değil; ama daha ziyade, bir hukuk sistemiyle olan bağı, rabıtaı, bağlanma noktasını ifade etmektedir. Şu hâlde, aranan *yer*, örneğin *hakem heyetinin* (*nerede bulunduğu*) değil; *tahkimin* yeridir²⁰⁰. Burasının, *ne* taraflarla *ne de* tahkime konu uyumsuzlukla herhangi bir bağlantı içinde olması gerekli değildir. Bizzat *tahkimin kendisinin*, İsviçre ile *tahkim yeri* dolayısıyla bir bağlantı kurması, milletlerarasılığa ilişkin unsur dışında, gerekir ve yetiştir²⁰¹.

Yargılama usulü konusunda (PIL Art. 182/III), hem taraflar hem de hakemler son derece serbesttirler. *Tahkim yeri hukuku olan İsviçre'nin tahkim yargılaması üzerinde bir etkisinin olması düşünülmemiştir* (karş. ZPO §1042); Model Kanun'un aksine, yargılamanın nasıl icra edileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir (PIL Art. 182/I, II)²⁰². Kanun, bu hâliyle milletlerarası tahkimin aktörlerince talep edilen, tahkimin *derogation*'a, ironik olmakla birlikte, bizzat millî tahkim kanunları düzeyinde verilecek en güzel örnektir²⁰³.

C- Milletlerarası Sözleşmeler- Çalışmalar

Tahkimin milletlerarası kaynakları arasında, milletlerarası sözleşmelerin, *tahkim kurallarının ve Model Kanun çalışmalarının* bulunduğu söylenebilir²⁰⁴. Uygulamada, özellikle

¹⁹⁹ SCHNEIDER/PATOCCHI, s. 271; FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 77; BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 19, 20; BRINER, *Switzerland*, s. 2. Ayrıca bkz. SAMUEL, *Swiss Law*, s. 31, 32; REYMOND C., *The New Swiss Law of International Arbitration*, The New Swiss Law of International Arbitration, ASA, 1990, s. 13. Mecliste gerçekleşen son dakika değişikliği ile tarafların milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerin aksini kararlaştırabilmeleri; tahkimlerini *Concordat*'a tabi kılmaları mümkündür (PIL Art. 176/II; ayrıca bkz. EHRAT, s. 313, 314). Esasen tarafların daha esnek, daha özgürlükçü bir hukuki yapıdan, daha sert, katı bir sisteme geçebilecek olmaları zararsız bulunmuştur (LALIVE, s. 6). Ayrıca bkz. KALPSÜZ, *İsviçre*, s. 14.

²⁰⁰ SCHNEIDER/PATOCCHI, s. 271. Böyle bir anlayışın doğal sonucu olarak, tahkim yeri İsviçre olan bir tahkim yargılaması bakımından anılan tahkim ve verilen hakem kararı, 1958 New York Sözleşmesine göre, bir İsviçre tahkimi ve hakem kararıdır (BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 21, 229; BRINER, *Switzerland*, s. 20). Ayrıca bkz. KARAYALÇIN, s. 144; BUCHER *İsviçre*, s. 15, 16.

²⁰¹ REYMOND, s. 13.

²⁰² LALIVE, *Swiss Law*, s. 12; BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 43, 44; REYMOND, s. 14, 15; KALPSÜZ, *İsviçre*, s. 11.

²⁰³ BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 18.

²⁰⁴ Tahkimin milletlerarası kaynakları arasında, devletlerce akdedilen iki taraflı (*ekonomik işbirliğine veya adli yardıma ilişkin*) anlaşmaların da bulunduğundan bahsetmek mümkünse de (*Ayrıntısı için bkz. NOMER/EKŞİ /ÖZTEKİN*, s. 87 vd), aynı konuya ilişkin çok taraflı anlaşmaların, gerek yaygınlığı gerekse etkisi nedeniyle üzerinde daha çok durmayı tercih etmekteyiz. Özellikle değinilecek olan 1958 New York ve 1961 Cenevre Sözleşmeleri, Türkiye'nin de taraf olduğu çok taraflı milletlerarası sözleşmelerdir. Bunlar dışında, milletlerarası

de milletlerarası tahkimin herhangi bir millî hukuka yani *lex arbitri*'ye göre tanımlanmasının yahut sorgulanmasının gerekmediğine; varlık ve geçerliliğinin tahkim yeri hukukuyla sınırlanamayacağına inanıldığından, millî hukuklardan ziyade, milletlerarası düzenleme ve *kurallara* daha büyük bir önem atfedilmektedir²⁰⁵. Aslında söz konusu kurallar, bu hâliyle millî tahkim kanunları dışında, *anational* yaşanacak bir tahkime duyulan özlemi karşılamak ve bu alanda yaşanacak bir boşluğu doldurmak amacındadır²⁰⁶. Kurallar, tahkimin başlamasından hükmün verilmesi aşamasına kadar geçecek dönemde, geçilmesi mümkün pek çok evreyi düzenlemekte; esnek ve pürüzsüz bir tahkimin gerçekleşebilmesi için gerekli rehber hükümleri içermektedir²⁰⁷.

Bu anlamda, örneğin UNCITRAL (Rules) Tahkim Kuralları, *ad hoc* tahkimler için biçimlendirilmiş ve 1976 yılında, Birleşmiş Milletler tarafından tavsiye edilmiş tahkim kurallarıdır²⁰⁸. UNCITRAL Rules'un uygulama alanı, herhangi bir ülke ve bölge ile sınırlandırılmamıştır. Söz konusu kurallar, hem kendinden önceki milletlerarası sözleşmeleri dikkate almış hem de tahkime ilişkin kimi kavram ve kabullerin yeknesaklaşmasında çok büyük bir rol oynamıştır. Asıl amaç, *kurumsal tahkim ve uygulaması değildir*; tam aksine taraflarca tercih edilecek *ad hoc* tahkim türünde, yine tarafların kendilerinin belirlemek istediği tahkim kuralları konusunda onlara yardımcı olmaktadır²⁰⁹.

1- UNCITRAL Model Kanunu

1958 New York Sözleşmesi ile başlayan dönemde, *gerek* milletlerarası sözleşmeler *gerekse* devletler üzerinde doğrudan herhangi bir bağlayıcılığı bulunmayan yeknesak tahkim kuralları ile milletlerarası tahkim alanında, önemli bir atılım ve gelişme sağlanmış ise de, ülke içi hukuklar arasında, hâlâ farklılıklar bulunmaktaydı. Milletlerarası tahkime hâkim olan genel ilkelerin *millî kanunlarca* da düzenlenmiş olmasına duyulan ihtiyaç, 1985 UNCITRAL Model

tahkim hukuku içinde değinilen *1962 Paris Anlaşması*; *1972 Moskova Sözleşmesi*; *Inter American ve Inter-Arab Konvansyonları*, *1993 tarihli OHADA Anlaşması* bulunmaktadır ki, Türkiye'nin söz konusu milletlerarası sözleşmelere taraf olmaması nedeniyle çalışmamızda ayrıca değinilmeyecektir (*Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN*, s. 143 vd; *REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES*, s. 62 vd; *LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 22 vd; *SCHLOSSER*, Rn. 105 vd; *GRANZOW*, s. 27 vd).

²⁰⁵ *FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN*, s. 7.

²⁰⁶ *CARBONNEAU*, *Arbitral Adjudication*, s. 94.

²⁰⁷ UNCITRAL Rules, uygulama içindeki değerini, özellikle *Iran-US Claims Tribunal* ile ispat etmiş, 800'ü aşkın hakem kararı ile ciddi bir içtihat oluşmasına sebebiyet vermiştir (*LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 26-27).

²⁰⁸ *BLESSING*, s. 128-129; *CARBONNEAU*, *Arbitral Adjudication*, s. 94; *SCHLOSSER*, Rn. 182-187. *Ayrıca bkz. ALANGOYA Y.*, UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında, Prof. Dr. İlhan E. Postacioğlu'na Armağan, İstanbul, 1990, s. 1 vd; *NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN*, s. 65 vd; *KAPLAN*, *Usul*, s. 75 vd.

²⁰⁹ Ne var ki, UNCITRAL Rules, kurumsal tahkime ilişkin hükümlerin de *harmonizasyonunda* son derece önemli bir işlevi yerine getirmiştir (*SANDERS P.*, Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules, II YBCA 1977, s. 173 vd; *ayrıca bkz. WAGONER E. D.*, Arbitration: Preparing for the 21st Century, The Mandate for Harmonization of International Arbitration Procedures, 65 Arbitration 1999, s. 19; *FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN*, s. 105; *BLESSING*, s. 128, 129).

Kanunu'nu doğurmuştur. Model Kanun, millî hukuklar için tam bir başlangıç noktası, referans alanı, sıçrama tahtası özelliğini haizdir²¹⁰.

Aslında, tahkim alanında bir Model Kanun yaratma fikri, yetmişli yılların başına kadar gitmekle beraber; çalışmalara ancak 1979 yılında başlanabilmiş; 1984 tarihli taslak, 1985 yılında kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda (*Resolution 40/172*, December 11, 1985) alınan karar ile tüm devletlere, gerek milletlerarası ticari tahkimin ihtiyaç duyduğu pratik gereksinimleri karşılamak ve gerekse bu alanda ülke hukukları arasındaki uyumu sağlamak amacıyla Milletlerarası Ticari Tahkime dair Model Kanun tavsiye edilmiştir²¹¹.

Model Kanun'un elde ettiğine inanılan büyük başarıya rağmen çalışmalara ara verilmemiş; tam aksine 2000 yılında, yine bir çalışma grubu oluşturularak, tahkimle ilgili, belli başlı 13 konu hakkında, yeni düzenlemelerin yapılmasına karar verilmiştir. Bunların üçüne, öncelik tanınmıştır: (conciliation) *uzlaşma*; *geçici hukuki koruma tedbirleri* ve *yazılı şekil şartı*. Özellikle *uzlaşma* konusundaki çalışmalar süratle tamamlanmış ve 2002 yılında, yine Birleşmiş Milletler tarafından tavsiye edilen bir metnin ortaya çıkması sağlanmıştır. Diğer iki konu, Model Kanun'un 7 ve 17. maddelerini ilgilendirmektedir; bu alanda henüz nihai bir sonuca varılabilmiş değildir²¹². Bütün bu çalışmaların tamamlanmasının ardından milletlerarası tahkim dünyası, 1985 Model Kanunu'nun yanında, ikinci bir Model Kanun daha kazanacaktır (*Model Law no. 2*)²¹³.

Model Kanun, ülke üzerinde icra edilecek tüm *milletlerarası ticari tahkim* faaliyetlerini düzenlemek amacındadır (Model Kanun m. 1/II)²¹⁴. Tahkimle ilgili hazırlanacak bir *modelin*, en azından başlangıçta, sadece *milletlerarası ticari* tahkimle sınırlandırılmasının, böyle bir modelin ülke hukuklarınınca daha kolay benimsenmesine sebep olacağı düşünülmüştü²¹⁵. Bu *temkinli* tutum, hiç olmazsa milletlerarası tahkim alanında, Model'in ciddi bir yaygınlık kazanmasına sebep olacaktı. İç-yerli tahkim, ülke hukukunun kendine özgü hassasiyetlerinin belirgin bir biçimde korunduğu alanlardandır; değişmesi ve gelişmesi, zaman alır.

²¹⁰ GAILLARD, *Comparative Law*, s. 283, 284; BERGER, s. 14. Ayrıca bkz. BÖCKSTIEGEL, *Modell-Gesetz*, s. 670, 671; GRANZOW, s. 16; CALAVROS, s. 6, 7.

²¹¹ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 6-8, 9 vd.; WAGONER, s. 18; BINDER, s. 5 vd; ROTH, s. 1159; BLESSING, s. 130 vd; BROCHES, *Model Law*, s. 79-80; HERRMANN, s. 3, 4; SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 53, 54. Ayrıca bkz. HERRMANN, *The Role*, s. 164 vd; BÖCKSTIEGEL, *Modell-Gesetz*, s. 671; SCHLOSSER, Rn. 122; HUSSLEIN-STICH, s. 1-2; BİRSEL/BUDAK, s. 201 vd.

²¹² SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 54; SANDERS P., UNCITRAL's Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future, 21(4) Arb. Int. 2005, s. 443; SORIEUL R., UNCITRAL's Current Work in the Field of International Commercial Arbitration, 22(6) J Int'l Arb 2005, s. 443.

²¹³ SANDERS, *Future*, s. 480. Geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, UNCITRAL Model Kanun'un 17. maddesiyle ilgili olarak önerilen değişikliğin son hâli ve gerekçesi için bkz. A/CN.9/WG.II/WP.141; A/CN.9/592.

²¹⁴ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 27; BROCHES, *Model Law*, s. 80.

²¹⁵ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 28; BERGER, s. 50.

Milletlerarası ticaret ve tahkim uygulaması ise, çok hızlı yaşanmaktadır ve gelişmelere daha açıktır. Yaygınlık kazanması istenen *Model*'in de, ülke hukuku içinde bir *lex specialis* olarak, milletlerarası tahkime hasredilmesi, son derece yerinde bulunmuştur²¹⁶.

Model Kanun, tümüyle bir uzlaşmanın sonucudur. Farklı hukuk sistemlerince de benimsenebilmesinin sağlanması, bazı eksiklik veya aksaklıkları beraberinde getirmekteyse de UNCITRAL Model Kanunu'nun asgari ve fakat en yaygın, tereddütsüz müşterekleri yansıttığına inanılmaktadır²¹⁷. Model hazırlanırken belli başlı tüm hukuk sistemleri temsil edilmiştir. Bu nedenle düzenlenen hususların, kabul edilen ilkelerin artık tek bir ülkeye, özellikle gelişmiş ülkelerin hukuklarına ait olmadığı; bu sayede tahkim hukukunun neredeyse *denationalize* edildiği ileri sürülmüştür (*unification*)²¹⁸. *Oysa bu tip bir oluşum, aynı zamanda, Model Kanunu'na yöneltilen eleştirilerin de kaynağını oluşturmaktadır. Zira asgari müştereklerde buluşma ve bunun hükme bağlanması kaygısı, Model Kanunu, pek çok konuda, en azından millî bir tahkim kanunu olamayacak kadar eksik bırakmaktadır*²¹⁹.

Model Kanun'un hazırlanmasının gerekçeleri tartışılırken, daha ziyade kimlere model olmasının istendiği de göz ardı edilmemelidir. Milletlerarası tahkimi benimseyip ona olabildiğince ileri düzeyde geçerlilik tanımış ülke hukuklarının Model Kanunu benimsemedikleri, takip etmedikleri, açıkça birer Model Kanun ülkesi olmadıkları dikkate

²¹⁶ **SZASZY**, *Model Law*, s. 36; **HERRMANN**, s. 5; **HERRMANN**, *The Role*, s. 167; **SANDERS P.**, *Harmonization of Arbitration Laws, A Model Law?*, FS für Arthur Bülow, *Herausgegeben von Karl-Heinz Böckstiegel und Ottoarndt Glossner*, s. 185-187; **PECHOTA**, s. 21; **HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 28; **BROCHES**, *Commentary*, s. 6, 7; **GRANZOW**, s. 68; **CALAVROS**, s. 31.

²¹⁷ **BROCHES**, *Model Law*, s. 80-81. Ancak asgari müşterekler, UNCITRAL Model Kanunu'nda düzenlenebilmiş; *tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının yapılması için aranacak ehliyet, ispat yükü, hak düşürücü süreler, çok taraflı tahkim, hakem kararları ve türleri, yargılama giderleri, geçici hukuki tedbirlerinin icrası, tahkim yargılaması için gerekli azami süre, hakem kararının yayımlanması, tarafların temsili* gibi konular, katılanlarca bir sonuca bağlanamadığı; üzerlerinde anlaşılmadığı için Modele dâhil edilmemişlerdir (**ROTH**, s. 1162, 1163).

²¹⁸ **HERRMANN**, s. 16; **REID**, s. 228; **LIONNET**, *Procedural Law*, s. 5.

²¹⁹ **BERGER**, s. 41. Pek çok yönden eksik bir Model Kanun'un örneğin İngiltere'yi, milletlerarası tahkim alanında tekrar bir cazibe merkezi hâline getirmesi zordur. Kaldı ki, bu tarz bir Modelin önceki dönem gelenek ve özellikle içtihatlarıyla çelişmesi de mümkündür (**HARRIS /PLANTEROSE/TECKS**, s. 1). Gerçi, Model Kanun'u takip etmeyen İngiltere gibi ülkelerin dahi Model Kanun'dan etkilenmediğini söylemek güçtür, yanıltıcıdır. Zira İngiltere, Model Kanun'un milletlerarası tahkim hukukunun *harmonizasyonunda* yarattığı etkinin ve oynadığı rolün farkına varmış; modele hâkim olan ilke ve prensipleri kabul etmiş ve fakat onu bir millî tahkim kanunu olacak kadar da tamamlamış, eksikliklerini doldurmuş ve geliştirerek detaylandırmıştır (**FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 109; **KERR**, s. 7; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 27; **SAVILLE**, s. 503, 505-506; **MERKIN**, s.4-6; **GRANZOW**, s. 49, 50). Türkiye'nin milletlerarası tahkimde, İsviçre gibi kendi ihtiyaçlarına ve özel şartlarına uygun bir düzenleme hazırlayamadığı; konfeksiyondan bir elbise satın alıp düzeltmek suretiyle giymeyi tercih ettiği şeklindeki eleştirisi için bkz. **KALPSÜZ T.**, *Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Millî Komitesi, Ankara, 5 Kasım 2001*, s. 115, 116; **KALPSÜZ T.**, *Milletlerarası Tahkim Kanununda ICC Tahkim Kuralları ile IPL'den Esinlenen Hükümler, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Millî Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003*, s. 16, 17.

alındığında; hedef kitlenin, aslında daha ziyade, milletlerarası tahkime egemen olduğu iddia edilen değerleri henüz paylaşmayan ülke hukukları olduğu fark edilecektir²²⁰.

Tahkimde tarafların irade serbestisine sahip olması ve ülke mahkemelerinin tahkim usulü üzerinde [ancak] destekleyici bir rol üstlenmeleri, Model Kanunu'na hâkim olan genel yaklaşımlardır²²¹. Model Kanun, değindiği konularda sağlamış olduğu *modernizasyon* ve *harmonizasyon*²²² ile gerek 1958 New York Sözleşmesi'nin gerekse UNCITRAL Rules'un âdeta bir adım önüne geçmiştir. Böylelikle sadece önceki tahkim uygulaması kanunlaştırılmakla kalınmamış; ayrıca yukarıda da sözü edilen reform hareketlerine hâkim olan temel üç gayenin Model Kanun'a da egemen olması sağlanmıştır²²³.

Model Kanun, milletlerarası bağlayıcılığı yönünden sadece bir tavsiyeden ibarettir. Model Kanun'un sahip olduğu esneklik, bir bütün hâlinde, tümüyle kabulüne mecbur bırakmadığı gibi, sadece milletlerarası tahkim için değil; kimi hâllerde ülke üzerinde icra edilecek tüm tahkim yargılamaları için geçerli **tek bir tahkim kanunu olarak** hizmet verebilmesini sağlamıştır²²⁴.

Model Kanun ile gündeme gelen, tarafların iradesine tanınan üstünlük ve mahkemeler ile tahkim arasında kurulan *minimalist ilişki*, bugün pek çok modern yasama faaliyetinde de genel kabul görmektedir²²⁵.

UNCITRAL Model Kanunu ile birlikte, milletlerarası tahkimin, stateless, floating, supranational olmadığı, tahkim yerine yapılan vurgu ile açıklık kazanmıştır²²⁶. **Ancak zaten yaygınlık kazanacak Model Kanun sayesinde, taraflarca tahkim yerinin seçimi, artık çok da büyük bir önem arz etmeyecektir. Bir başka anlatımla tahkim yeriyle ilgili büyük hayal kırıklıkları, geniş bir irade serbestisi anlayışının kabulüyle artık geçerli**

²²⁰ LEW, *Arbitration*, s. 190-191; BİRSEL/BUDAK, s. 203, 204; *Sempozyum*, s. 6-9.

²²¹ SZASZY, *Model Law*, s. 36, 37; HERRMANN, s. 6-8; HERRMANN, *The Role*, s. 166-167.

²²² HERRMANN, s. 17-19; BLESSING, s. 131; ROTH, s. 1161.

²²³ ROTH, s. 1161, 1162; HERRMANN, s. 6-7; HERRMANN, *The Role*, s. 166-167; FOUCHARD /GAILLARD/GOLDMAN, s. 108; Ayrıca bkz. KERR, s. 12 vd; Model Kanun, tahkimle ilgili asgari hususları düzenleyen bir metindir. Oysa her bir ülke, Model Kanunu kendi iç hukukuna adapte ederken kendi millî beklenti ve değer yargıları doğrultusunda başkalaştırmaktadır ki, bu da millî kanunlar arasında bugün için hâlâ geçerli olan farkları meydana getirmektedir. *Söz konusu farklılar karşısında, tahkim yerinin seçimi bugün için hâlâ önem arz etmektedir.* Model Kanun, inkâr edilmeyecek önemi ve etkisine karşın, kendinden beklenen faydayı, ancak içerdiği ilkeleri ve anlayışı paylaşan ülkelerin onu kabul edip yasalaştırması hâlinde gösterebilecektir (LIONNET, *Model Law*, s. 341). Millî değer yargıları, Model Kanun yasalaşırken dahi hâlâ etkin ve belirleyici olmaktadır. *Model Kanun, miyop yapısı nedeniyle tahkimin ancak üzerinde farklı hukuk sistemlerinin de uzlaşabildiği konuları düzenleyebilmiştir.* Dahası, söz konusu modelin millî hukuk sistemlerince iktibası sırasında, amacı da olan gerçek *globalizasyonu* sağlaması, her zaman mümkün olamamaktadır. *Ayrıntısı için bkz. GAILLARD E., The UNCITRAL Model Law and Recent Status on International Arbitration in Europe and North America*, 2 ICSID Rev-FILJ 1987, s. 425-427; REID, s. 237. Ayrıca bkz. GRANZOW, s. 5 vd.

²²⁴ KERR, s. 7. Ayrıca bkz. BÖCKSTIEGEL, *Modell-Gesetz*, s. 675; GRANZOW, s. 16, 17.

²²⁵ ROTH, s. 1162.

²²⁶ SZASZY, *Model Law*, s. 37.

olmayacaktır. Zira tüm ülke hukuklarının Model Kanun paydasında toplanması, birbirlerine bu yönüyle benzemeleri, *sanki aynı ülke içindeymiş gibi*, tahkim yerinin seçimi konusunda dikkate alınması gereken hukuki faktörlerin etkisini ortadan kaldıracaktır²²⁷.

İrade serbestisi kadar mahkemeler ile tahkim arasındaki ilişki de, Model Kanun'un özellikle üzerinde çalıştığı alanlardan olmuştur. Tahkim anlaşmasının, tarafların mahkemelerden geçici hukuki koruma talep etmesine mâni olmadığı düzenlenmesi (Model Kanun m. 9), o zamana kadar özellikle Amerikan uygulamasında çekişmeli kalmış bir sorunun çözümüne yöneliktir. Model Kanun'un 6. maddesinde, *özel görevli tek ve belli bir yer mahkemesinin-merciin* yine aynı maddede hükme bağlanmış meselelerin çözümüyle ilgileneceği düzenlenmiştir. Bu sayede, milletlerarası tahkimin tüketicilerine, ülke hukukunu araştırmaksızın, *kendileriyle ilgili kanunda* zaten ve özel olarak düzenlenmiş mahkemeyi-merci bulma ve ona kolaylıkla ulaşma imkânı sağlanmaktadır. Milletlerarası tahkimle ilgili konulardaki uzmanlık ve içtihatlar sağlanacak yeknesaklık, yine *hem* ülke hukukunun *hem de* milletlerarası tahkimin yararına olan hususlar olarak görülmüştür²²⁸.

UNCITRAL Model Kanunu'yla düzenlenen hususlarla ilgili olarak mahkemeler, düzenlendiğinin aksine ve dışında, hiçbir şekilde tahkime müdahale edemeyecektir (Model Kanun m. 5). Hüküm, geçmişte, tahkime özellikle milletlerarası tahkime, ülke iç hukuklar tarafından ve genel kabule aykırı olarak yapılan ölçsüz müdahalelere tepki niteliğindedir. Ne var ki, uygulamada yaşanacak en büyük sorun, milletlerarası tahkimle ilgili olmakla birlikte, bu kanunla düzenlenmeyen hususların yaşanması hâlinde gündeme gelmektedir. Çözümü gereken meselenin gerçekten kanunda düzenlenip düzenlenmediğinin tespiti; özellikle söz konusu meselenin *zımnen yahut dolaylı olarak* zaten kanunla çözüme kavuşturulup kavuşturulmadığı hakkında yapılacak yorumlar, milletlerarası tahkim uygulamasını yakından ilgilendiren çatışma konuları olmaktadır²²⁹.

Model Kanun, hakem kararlarının tanınması ve tenfiziyle ilgili hükümler de içermektedir. Bu durum, hazırlık çalışmaları sırasında, özellikle konunun zaten 1958 New York Sözleşmesi'yle düzenlenmiş olması nedeniyle eleştiri konusu olmuştur. **Oysa model, söz**

²²⁷ HERRMANN, s. 5-6; KERR, s. 7. Ayrıca bkz. BÖCKSTIEGEL, *Modell-Gesetz*, s. 674, 675. UNCITRAL Model Kanunu, millî hukuk içinde, milletlerarası ticari tahkimle ilgili özel hükümler içeren ve bu nedenle de *lex specialis* olma amacını güden bir düzenlemedir. Oysa *Almanya, Yunanistan, Mısır* vb. ülkeler, böyle bir ayrıma yer vermeksizin ülke üzerinde geçerli tek bir tahkim kanunu olarak Model Kanunu kabul ederken; *Hong-Kong, Singapur ve İskoçya* gibi ülkeler, iç-yerli tahkimin taraflarına, belli koşullarla tahkimlerini, Model Kanuna tabi tutma imkânı vermiş; yine *Singapur, Hong-Kong, Avustralya, Malta* gibi ülkeler ise milletlerarası tahkimin taraflarına, anlaşmaları hâlinde iç-yerli tahkime ilişkin hükümlere tabi olma imkânı getirmiştir (ROTH, s. 1166; GAILLARD, *UNCITRAL Model Law*, s. 428-435).

²²⁸ BROCHES, *Model Law*, s. 85; HERRMANN, *The Role*, s. 167-168. Ayrıca bkz. BÖCKSTIEGEL, *New German Arbitration Act*, s. 29; KREINDLER/MAHLICH, s. 85-86.

²²⁹ BROCHES, *Model Law*, s. 85; HERRMANN, *The Role*, s. 168.

*konusu sözleşmeye henüz taraf olmamış ülkeler için de geçerlidir*²³⁰. Üstelik model içindeki hakem kararlarının tanınması-tenfiziyle ilgili düzenlemeler, hem *domestic*-yerli hem de *foreign*-yabancı hakem kararları için ortak hükümler içermektedir. Böylelikle milletlerarası tahkimde, hakem kararlarıyla ilgili, tek ve yeknesak kanun dönemine de geçilmek istenmektedir (Model Kanun m. 35, 36)²³¹. Bununla birlikte, *milletlerarası tahkimle ilgili* ve bu kanun kapsamındaki (*tahkim yerinde verilen*) hakem kararlarına karşı, hüküm borçlularının iptal davası açabilmeleri de mümkündür²³².

2- 1958 New York Sözleşmesi

1958 tarihli New York Sözleşmesi, kendisinin de halefi olduğu 1923 Cenevre Protokolü'nden (*1923 Geneva Protocol on Arbitration Clauses in Commercial Matters*) ve 1927 Cenevre Sözleşmesi'nden (*1927 Geneva Convention on Execution of Foreign Arbitral Awards*) farklı olarak, Türkiye'nin de tarafı bulunduğu; oldukça büyük bir başarı kazanmış; tahkimin evrensel nitelikteki temel hukuk metnidir²³³. Sözleşme, âdeta milletlerarası tahkim hukukunun ve uygulamasının köşe taşıdır²³⁴.

Sözleşme, başlığı itibariyle *yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi* hakkındadır. Söz konusu başlık, Sözleşme'nin bir anlamda 1927 Cenevre Sözleşmesi'nin yerini almış olması nedeniyle doğrudur; fakat eksiktir. Zira son anda, 1923 tarihli Cenevre Protokolü de ilga edilmiş ve *tahkim anlaşmalarına* ilişkin hüküm, Sözleşme'nin II. maddesi olarak metne dâhil edilmiştir ki²³⁵, bu da, bizim çalışmamızı yakından ilgilendirmektedir. Sözleşme'nin II. maddesi *tahkim anlaşmalarının* tanınması ve icrası ile ilgili hükümler içermektedir.

Sözleşmenin uygulanması, tahkim anlaşmasının taraflarının tabiiyetine bağlı tutulmadığı gibi *milletlerarası tahkime* de özgü değildir. Sözleşme, milletlerarası tahkime ilişkin ve ona özgü herhangi bir hüküm de içermemektedir. Ana düzenleme konusu, yabancı hakem kararlarıdır (*foreign awards*) ve uygulama alanı, Sözleşme'nin I, 1. maddesinde

²³⁰ BÖCKSTIEGEL, *Modell-Gesetz*, s. 674, 677. *Karş. Sempozyum*, s. 35, 36.

²³¹ "Soft-delocalisation" şeklindeki vasıflandırması için bkz. HERRMANN, s. 15. *Karş. Sempozyum*, s. 21.

²³² BROCHES, *Model Law*, s. 92-95; HERRMANN, *The Role*, s. 169-170.

²³³ van den BERG J. A., *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 1981, s. 1-2; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 123; GRANZOW, s. 32, 33.

²³⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 19-22. Sözleşmenin kapsamı, tahkimin son derece önemli bir aşamasını düzenlemekle birlikte dardır ve uygulamada, her hâlükarda, örneğin, 1961 Cenevre Sözleşmesi'yle tamamlanmalıdır (CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 84-85). Ayrıca bkz. van den BERG J. A., *The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas*, *The New York Convention of 1958, ASA Special Series No. 9*, 1996, s. 25, 26; SCHLOSSER, Rn. 56 vd; NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN, s. 145 vd.

²³⁵ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 124; van den BERG, *Nondomestic*, s. 51.

belirtilmiştir²³⁶. Bu noktada, söz konusu hakem kararına esas olan yargılamanın, kabul edilen çeşitli kriterlere bağlı kalınarak bir milletlerarası ticari tahkim niteliğinde olması veya uyuşmazlığın milletlerarası ticari yaşamı ilgilendirmesi de gerekli değildir. Son derece mekanik bu tanım gereği, tanınması-tenfizi istenen ülkeden başka, kural olarak, *herhangi* (1958 New York Sözleşmesi m. I, 3) bir ülkede verilmiş hakem kararı, bir yabancı hakem kararı sayılmaktadır. Söz konusu hükme esas tahkim yargılaması, pekâlâ, yerli -hiçbir yabancılik unsuru içermeyen (*domestic*)- bir tahkim yargılaması da olabilir²³⁷. **Lakin Sözleşme'nin uygulama alanının genişletilmesi amacıyla ayrıca Sözleşme'nin, tenfizinin istendiği ülkede verilen ve fakat aynı ülke hukukunca yerli hakem kararı kabul edilmeyen hakem kararlarına da uygulanacağı hükme bağlanmıştır** (1958 New York Sözleşmesi m. I, 1, 2. cümle). Bu son hâlde önem arz eden husus, **hükmün mutlak surette, tenfizinin istendiği ülkede verilmiş olmasıdır**²³⁸.

Yukarıda sözü edilen hükmün düzenlenmesi esnasında, yapılan tartışmalara değinmekte yarar vardır. Tartışmalar, taslak metnin tahkim yerine büyük bir önem atfetmesinden kaynaklanmıştır. Özellikle Fransız ve Alman delegeler, kendi iç hukuklarını da esas alarak, bir hakem kararının tabi olduğu hukukun, eş deyişle milliyetinin, yargılama usulüne uygulanacak hukukla değerlendirilmesinin gerektiğini ifade etmişlerdir. Örneğin, tahkim yeri Paris olmakla birlikte, Alman hukukuna tabi bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hüküm, Fransız hukuku için yerli bir hakem kararı değildir. Aynı şekilde, tahkim yeri İngiltere olan bir

²³⁶ Yerli-yabancı-milletlerarası hakem kararları konusunda, Türk hukukunda yapılan değerlendirmeler için bkz. **KORAL**, *Otorite Kanunu*, s. 3 vd; **KALPSÜZ T.**, Hakem Kararlarının Milliyeti, IX BATİDER 1978/3, s. 601 vd; **BİRSEL M.**, Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, 1 EÜHFD 1980/1, s. 111 vd; **ÜSTÜNDAĞ S.**, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, s. 3 vd.; **KALPSÜZ T.**, Türk Hakem Kararı Kavramı, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, s. 35 vd; **AKINCI**, *Hakem Kararı*, s. 9 vd.; **ŞANLI C.**, Türkiye'de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, 17-18 MHB 1997-1998/1-2, s. 396 vd; **BİRSEL/BUDAK**, s. 185 vd; *Sempozyum*, s. 40-45; **NOMER/ŞANLI**, s. 464, 465; **ŞANLI**, s. 280 vd; **BİRSEL**, *Tahkim Yeri*, s. 69-72; **AKINCI Z.**, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003, s. 246 vd; **ÖZBAY İ.**, Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara, 2004, s. 51 vd; **ŞİT B.**, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2005, s. 101 vd.

²³⁷ **van den BERG**, s. 12-22; **van den BERG J. A.**, New York Convention of 1958 Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997)-XXVII (2002), XXVIII YBCA 2003, s. 569-570; **CARBONNEAU**, *Arbitral Adjudication*, s. 86. Sözleşmenin uygulama alanıyla ilgili bu kriter dahi kimi sorunların yaşanmasına neden olabilmıştır. Hakem kararının Sözleşme'de öngörülen kriterlerin dışında ve özellikle ona rağmen, ilgili ülke hukukunca millî bir hakem kararı sayılması hâlinde, söz konusu hakem kararının tanınması-tenfizi yerine iptalinin talep edilebilmesi mümkün hâlde gelmektedir. 1992 tarihli Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin *National Thermal Power Corp. v. The Singer Corp.* (XVIII YBCA 1993, 403) kararında, tahkim yeri Londra olan ve bir ICC Rules's göre verilen hakem kararı, uyuşmazlığın esasının ve *bu nedenle tahkim anlaşmasının* Hindistan hukukuna tabi olması nedeniyle iptal davası denetimine tabi tutulmuştur. *Ayrıca bkz. KERR*, *Arbitration*, s. 131, 132; **PATHAK**, s. 183; **NARIMAN F. S.**, Finality in India: the Impossible Dream, 10(4) Arb Int, 1994, s. 381; **DESHPANDE V. S.**, Jurisdiction Over "Foreign" and "Domestic" Awards in the New York Convention, 1958, 7(2) Arb Int, 1991, s. 129, 130; **DESHPANDE V. S.**, "Foreign Award" in the 1958 New York Convention, 9(4) J Int'l Arb, 1992, s. 51, 52.

²³⁸ **van den BERG**, *Nondomestic*, s. 33 vd. *Ayrıca bkz. SCHLOSSER*, Rn. 64 vd.

tahkimde de şayet, söz konusu tahkim yargılaması, Alman hukukuna tabi kılınmış ise, anılan yargılama sonucunda verilen hakem kararı, (*belki İngiliz hukuku için de yerli hakem kararı sayılacak olmasına karşın*), Alman hukuku bakımından yine yerli hakem kararı olarak kabul edilecektir. Tartışmalar ve özellikle değişiklik metinleri, tahkim yeri hukuku dışında, bir başka millî hukuka tabi olan tahkim yargılamalarının, yine tahkim yeri ülkesinde nasıl algılanacağı üzerinde yoğunlaşmıştır²³⁹. Bu düşünce şekli, Sözleşme'nin uygulama alanının tespitini, bir hayli zorlaştıracığı gerekçesiyle eleştirilmişse de, tahkim yerine dayalı *mülkilik ilkesi*, diğer kriterle birleştirilmek suretiyle yeniden kaleme alınmıştır. Aslında ikinci kriterin, tahkim yerine dayalı mülkilik ilkesine zarar veren, onu örseleyen yahut karmaşık hâle sokan hiçbir yönü yoktur. Zira Sözleşme'nin temel uygulama alanı, tahkim yerine göre belirlenecektir. Yani, tahkim yerinin tenfiz yeri ülkesinden başka bir yerde olması durumunda, Sözleşme'nin geçerli olduğunda tereddüt yoktur. *İkinci kriter* ise ancak ve sadece, tahkim yeri ile tenfiz yerinin aynı ülke olduğu ve fakat tenfiz yeri hukukunun söz konusu tahkimi, tahkim yerinin kendi ülkesinde olmasına rağmen, *tabi olduğu hukuk nedeniyle* yerli saymaması üzerine geçerlilik kazanacaktır²⁴⁰.

Bu noktada, önceki dönem Alman hukukunda geçerli ve Sözleşme'nin Alman hukukuna iktibas esnasında yürürlüğe giren bir hükmü, hatırlamakta fayda vardır²⁴¹: Buna göre, Sözleşme kapsamındaki bir hakem kararının, bir başka sözleşmecî devlette verilip de Alman Usul Kanunu'na tabi olması kaydıyla Almanya'da iptali istenebilir. Eş deyişle, anılan türdeki bir hakem kararı, tahkim yeri kriteri esas alındığında, aslında, bir yabancı hakem kararı olarak değerlendirilmesi gerekirken anılan hükmün varlığı nedeniyle Alman hukuku için yerli bir hakem kararı olarak kabul edilmektedir. Bu yolla sadece, bu tip hakem kararları bakımından da iptal davasının geçerli olduğu düzenlenmiştir. Ne var ki, bunun özlenen bir durum olup olmadığı tartışmalıdır. Sorun, tahkim yeri ülkesinin de anılan hakem kararını, tahkim yeri kriteri nedeniyle yerli hakem kararı olarak kabul etmesi hâlinde çıkacaktır. Zira tahkim yeri ülkesinin söz konusu hakem kararını, tahkim yargılaması Alman hukukuna da tabi olsa, yerli olmayan-*nondomestic* bir hakem kararı olarak görme zorunluluğu yoktur²⁴².

²³⁹ **van den BERG**, *Nondomestic*, s. 35-37.

²⁴⁰ **van den BERG**, *Nondomestic*, s. 39-40; **AKINCI**, *Hakem Kararı*, s. 36. İsviçre PIL Art. 192'nin bu hâlde, özel bir önemi vardır. Anılan hüküm sayesinde, tarafların, tahkim yeri hukukunca verilebilecek bir iptal kararına ve söz konusu kararın *erga omnes* niteliğine mâni olmaları mümkündür. Bu hak, taraflara, tahkim yeri hukuku tarafından, belli şartlarla tanınmıştır. Ancak bu durum, söz konusu türden bir kararı, İsviçre'de icra edilmek istenmesi hâlinde, denetimsiz de bırakmış değildir. Zira anılan karar, artık, *İsviçre hukuku için* 1958 New York Sözleşmesi kapsamında, *yabancı bir hakem kararıdır* ve tenfiz engellerine uygun olarak denetlenecektir (**LALIVE**, *Swiss Law*, s. 19; **GAILLARD**, *Swiss Law*, s. 30, 31).

²⁴¹ BGBl, II, 121, §2, 1961. Ayrıca bkz. **YILMAZ**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 164, 165.

²⁴² **van den BERG**, *Nondomestic*, s. 42-43; **LUZZATTO**, s. 73. Ayrıca bkz. **NARIMAN**, s. 380-381; **DESPANDE**, s.128, 129; **DESPANDE**, *Foreign Award*, s. 52, 53. 1961 tarihli Foreign Awards Act §9, b

Tenfiz yargılamaları ile iptal davaları arasındaki bir farka işaret etmek gerekir. Tenfiz kararının etkisi, sadece söz konusu ülke ile sınırlıyken, yani bir hakem kararının X ülkesinde tenfizi reddedilse dahi Y ülkesinde hâlâ tenfizi mümkünken; **kural olarak**, iptal kararı, *erga omnes* nitelik arz edecek ve bu, tüm Sözleşmecî devletleri bağlayacaktır²⁴³. Şu hâlde, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, her iki devletin de iptal davasını görmek bakımından kendisini yetkili sayması durumunda, birbirleriyle çelişen karar verilmesi, içten değildir. Tam tersi de söz konusudur; yani her iki ülkenin kendisini, iptal davası yönünden yetkili görmemesi de, gerçekleşmesi muhtemel bir durumdur. Ne var ki, Sözleşme kapsamında, iptal davasını görme yetkisi, münhasıran, söz konusu hakem kararını, yerli hakem kararı sayan ülkeye aittir. Bu da, *ya tahkim yeri kriterine göre ya da tabi olunan hukuka göre belirlenir*²⁴⁴.

Kısaca, Sözleşme'nin birinci maddesinin birinci bendindeki ikinci cümle, ilk cümleye yapılan bir **eklemedir**; amacı, sözleşmenin uygulama alanını genişletmekten ibarettir. **Bu nedenle, tenfizi istenen hüküm, zaten tenfiz yerinden başka bir yerde verilmiş ise artık söz konusu ikinci cümleye itibar etmek gerekli ve mümkün değildir.** İkinci cümle, ancak ve sadece tenfizin istendiği ülkede verilmiş ve fakat bu yer hukukunun da söz konusu hakem kararını, yerli-domestic hakem kararı saymadığı durumlarda²⁴⁵, uygulama alanı bulacaktır. *Dahası, bu ek cümlelerin uygulanması da takdiridir.* Yani, tenfizinin istendiği yerde verilmesine karşın söz konusu hakem kararının bir yerli hakem kararı olarak kabul edilmemesi ihtimalinde, ancak, anılan hüküm kendine uygulama alanı bulacaktır²⁴⁶.

maddesine göre, tahkim anlaşmasının Hindistan hukukuna tabi olduğu tahkimlerde, tahkim yeri, neresi olursa olsun ve tahkim yeri mahkemelerinin yargı yetkisi, nasıl anlaşılırsa anlaşılınsın, *Hindistan hukuku bağlamında ve mahkemeleri önünde*, söz konusu hakem kararının bir yerli hakem kararı olduğu düzenlemişti (*National Thermal Power Corporation v. The Singer Company*, XVIII YBCA, 1993, s. 403; *Oil & Natural Gas Commission v. western Co. Of North America*, XIII YBCA 1988, s. 473). Ayrıca bkz. **KERR**, *Arbitration*, s. 133, 134; **PATHAK**, s. 182-183; **KAPLAN**, *Usul*, s. 67.

²⁴³ Ayrıca bkz. **GOODE**, s. 22, 23.

²⁴⁴ **van den BERG**, *Nondomestic*, s. 43-44; **BERGER**, s. 92. Karş. **DESPANDE**, s. 136; **DESPANDE**, *Foreign Award*, s. 53-54.

²⁴⁵ Aslında, bir hakem kararının, ancak hangi hâllerde, *non-domestic* yerli olmayan hakem kararı sayılacağı konusunda, açıklıkla bulunmakla birlikte, *Bergesen v. Joseph Muller Corp.* (710 F.2d 929, 2d Cir. 1983) kararı ile bu durum, en azından Sözleşme ilkeleri kapsamında, olumlu yönde değişmiştir. İkinci kriterin, tahkim yeri ülkesinde; fakat tahkim yeri hukukundan başka bir hukuka tabi kılınarak verilen ve yine tahkim yeri ülkesinde tenfiz edilecek olan hakem kararları için geçerli olduğunda tereddüt yoktur. Yinelemek gerekirse, birinci kriter bakımından yegâne unsur, tahkim yerinin tenfiz yerinden başka bir ülke olmasıdır. Bu noktada, tarafların tabiiyeti yahut uyumsuzluğun esası, hiçbir şekilde etkili değildir. Yani, tenfiz yeri ülkesinin vatandaşları, tümüyle yerel bir ilişkiyi, bir başka ülkede tahkim yoluyla çözmüşlerse bu, tenfiz yeri ülkesi için yine de yabancı bir hakem kararı sayılacaktır. Böyle bir tahkimin, ülke hukukunun özellikle kimi emredici, kamu düzenine ait normlarından kaçınmak için kararlaştırılması hâlinde, söz konusu hakem kararının tenfizinin, kamu düzeni gerekçesiyle reddolunması da mümkündür. Ancak ikinci kriter yönünden, tabi olunan hukuk yanında, tarafların tabiiyeti ve uyumsuzluğun esası da, söz konusu davada ve Amerikan hukukunda etkili olmuş; ilgili hakem kararı, tahkim yeri New York ve tabi olunan hukuk da yine New York hukuku olmasına rağmen, yerli olmayan hakem kararı sayılarak, Amerikan mahkemelerince tenfiz usulüne tabi tutulmuştur (**van den BERG**, *Nondomestic*, s. 53-54).

²⁴⁶ **van den BERG**, s. 24-27; **van den BERG**, *Convention*, s. 569-570. Tarafların, tahkim yeri hukukundan ve özellikle mahkemelerinden kurtulmak istemesinin ne kadar anlamlı olduğu; böyle bir isteğin yahut ortak dileğin,

Çalışmamız bakımından bizleri yakından ilgilendiren bir başka mesele, Sözleşme'nin II. maddesiyle ve uygulama alanıyla ilgilidir. ***Bu maddenin uygulama alanıyla ilgili olarak, Sözleşme'de herhangi bir açıklık bulunmamaktadır***²⁴⁷. Bunun nedeni büyük ölçüde, söz konusu hükmün son anda Sözleşme'ye ilave edilmesidir²⁴⁸. Öğretide, bu hükmün uygulama alanının, yukarıda işaret edilen sınırlamalardan hiçbirine tabi olmadığı ileri sürülmüştür. Yani, söz konusu hüküm, *Sözleşme'nin I. maddesinden bağımsız olarak* tahkim anlaşmalarına uygulanacak bir hukuk normu niteliğindedir; tahkim anlaşmaları için getirilmiş herhangi bir ülkesel sınır yoktur; ileride verilmesi muhtemel hükmün tanınmasından-tenfizinden de bağımsızdır²⁴⁹. Buna karşın, söz konusu hükmün bu genişlikte anlaşılamayacağı; bu konuda ülke hukuklarında, kimi zaman *tahkim yerine*²⁵⁰ kimi zaman ise tarafların *tabiiyetine* veya *uyuşmazlığın esasına* göre çeşitli sınırlandırmaların kabul edildiği ileri sürülmüştür²⁵¹. Ne var ki, hükmün, tümüyle *yerli-domestic* tahkim anlaşmaları için de geçerli olması beklenmemelidir²⁵².

Sözleşmenin I. maddesi, Sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi yönünden iki tür çekinceyi düzenlemiştir (1958 New York Sözleşmesi m. I, 2). Bunlardan ilki, *karşılıklık*; diğeri ise *ticari iş* çekinceleridir²⁵³. Öğretideki bir görüşe göre, söz konusu çekincelerden *karşılıklığa* ilişkin olanı, münhasıran hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olup bunun Sözleşme'nin II. maddesinin uygulama sahasını menfi yönde etkileyen hiçbir yanı bulunmamaktadır²⁵⁴.

tahkim yeri hukuku üzerinde ne derecede bir etki yarattığı; onu bağlayıp bağlamadığı, hep değerlendirilmesi gereken konulardandır. Ancak, bunlar, tahkimin, *millî hukukların yardımıyla* daha da milletlerarası hâle getirilmesinden farklıdır. Tahkim yeri hukukunun emredici normlarından yahut kamu düzeninden, tahkim yeri hukuku istemedikçe kurtulmak-kaçmak mümkün değildir. ***Sözleşme de, her tahkimin bir millî hukuka tabi olacağı ön-kabulünden hareket etmiştir (van den BERG, Nondomestic, s. 63-65).*** Yine de, Sözleşme'nin I, 1. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan kriterin, *stateless, a-national, denationalized, floating* hakem kararlarını kapsayıp kapsamadığı, tartışmalıdır. *Anılan türdeki hükümlerin, gayesinin, tahkim yeri hukukunun taraf iradeleri ile çelişen tahkim usulünden kaçınmak, kurtulmak olduğu bilinmektedir.* Bu sayede, tahkim yeri mahkemelerinin artık iptal davası şeklinde bir yargılama yapamayacağı da düşünülmektedir (LANDO, s. 762, 763).

²⁴⁷ HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 307 vd.

²⁴⁸ van den BERG, s. 56; van den BERG, *Nondomestic*, s. 51; BERGER, s. 133; GRANZOW, s. 84-86. Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 76-80.

²⁴⁹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 132.

²⁵⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 112, dn. 41.

²⁵¹ van den BERG, *Salient problem*, s. 34. Ayrıca bkz. XVII YBCA 1992, s. 539-541.

²⁵² van den BERG, s. 71; van den BERG, *Convention*, s. 598-599, LUZZATTO, s. 39. Ayrıca bkz. OGH, I YBCA 1976, s. 183; Tribunal Fédéral, *Tradox Export SA v Amoco Iran Oil Company*, XI YBCA 1986, s. 532.

²⁵³ Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 73-75.

²⁵⁴ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 130, 131. Karş. van den BERG, s. 71. Aynı yorumun *ticari iş* çekincesi için de geçerli olması beklenmemelidir. Zira ticari iş çekincesi, "...that it will apply the Convention only to the *differences* arising out of legal relationships....., which are considered as commercial under the..." (1958 New York Sözleşmesi m. I (3), 2. cümle) şeklinde kaleme alınmış olup çekincenin uygulama alanı, *karşılıklık* çekincesinin aksine *hükümlere* yönelik olmayıp *uyuşmazlıklara* özgüdür (van den BERG, *Convention*, s. 607).

1958 New York Sözleşmesi'nin kendisinden söz ettiren bir diğer hükmü de VII. maddesidir. Hüküm, “*more-favourable-right (mfr) provision*” olarak da anılmakta olup tarafların diğer bir milletlerarası sözleşmeden veya ilgili millî kanundan daha fazla yarar sağlaması veya söz konusu hükümlerin tarafların daha lehine olması hâlinde, bu diğer milletlerarası anlaşmanın yahut ilgili millî kanunun söz konusu uyuşmazlıkta uygulanabilmesini, mümkün kılmaktadır²⁵⁵. Hükümün yabancı hakem kararlarının tanınmasından-tenfizinden bağımsız olan II. madde için de geçerli olduğu; en azından aksini gerektiren bir nedenin bulunmadığı, öğretide kabul edilmektedir²⁵⁶.

3- 1961 Cenevre Sözleşmesi

Doğrudan *milletlerarası ticari tahkimi* içermesi, tahkim yargılamasını hükmün verilmesinden önceye ilişkin olarak da düzenlemiş bulunması ve dahası Türkiye'nin de tarafı olması nedeniyle 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi (1961 Cenevre Sözleşmesi)²⁵⁷, tahkimin milletlerarası kaynakları arasında önemli bir yer işgal etmektedir. Sözleşme, milletlerarası ticari tahkimi, özellikle hüküm öncesi dönemiyle ve bir bütün hâlinde düzenlemeye çalışan ilk hukuk metni olduğu gibi, milletlerarası tahkimin *denationalisation*'u yönünde atılmış çok önemli adımlardan biridir²⁵⁸. Sözleşme, milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, akdedildiği esnada farklı Sözleşmecî devletlerde yerleşim yeri sahibi olan taraflar arasındaki *tahkim anlaşmalarına, tahkim*

²⁵⁵ **van den BERG**, *Convention*, s. 677 vd. Fransız hukuku yönünden özellikle NCPC Art. 1502'nin, 1958 New York Sözleşmesi'nin V. maddesinden daha özgürlükçü ve tenfiz isteyen lehine olması nedeniyle gerek 1993 tarihli *Polish Ocean Line* (XIX YBCA 1994, 662) gerekse *Hilmarton* (XX YBCA 1995, 663) davalarında *Cour de cassation*, Sözleşme'nin VII. maddesinin yardımıyla hakem kararlarının tenfizinde NCPC Art. 1502'yi uygulamıştır (**GOODE**, s. 23; **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 470). Sözleşme hükümleri ile tarafın daha lehine olan diğer hükümlerin bir arada, aynı anda uygulanmasının mümkün olduğuna; *all-or-nothing* şeklindeki bir yaklaşımın herhangi bir meşruluk payı içermediğine ilişkin bkz. OLG Hamm, XIV YBCA 1989, 609 vd. Diğer bir Hollanda kararı için ayrıca bkz. YBCA XXI 1996, 514; *Tribunal Fédéral*, XI YBCA 1986, 538.

²⁵⁶ **van den BERG J. A.** Should an international arbitrator apply the New York Arbitration Convention of 1958, *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg*, 1982, s. 44; **van den BERG**, s. 86-88; **van den BERG**, *Salient problem*, s. 44; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 137; **HERRMANN G.**, Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? The 1998 Freshfields Lecture, 15(3) *Arb Int* 1999, s. 217. *Karş. BERGER*, s. 134, 135.

²⁵⁷ *RG 23.9.1991, S. 21000.*

²⁵⁸ Sözleşme, siyasi açıdan Doğu-Batı şeklindeki bölünmenin yaşandığı dönemde, bloklar arasındaki ticarete yaşanan uyuşmazlıkların çözümünde, başvuru tahkim yolu için her iki tarafın da ortak olarak kabul ettiği, temel hukuk metni olma özelliğini göstermekteydi. *Ayrıntısı için bkz. HASCHER D.*, European Convention on International Commercial Arbitration of 1961, XX YBCA 1995, s. 1007 vd. *Ayrıca bkz. LUZZATTO*, s. 30; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 143; **BLESSING**, s. 123, 124; **CARBONNEAU**, *Arbitral Adjudication*, s. 87; **GRANZOW**, s. 37-39; **AKINCI**, *Hakem Kararı*, s. 110-112; **NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN**, s. 45 vd; **KAPLAN**, *Usul*, s. 71 vd.

yargılamalarına ve bu yargılamalar neticesinde verilen *hakem kararlarına* uygulanacaktır (1961 Cenevre Sözleşmesi m. I, 1, a, b).

Sözleşmenin uygulama alanı, gerek tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlığın türü **ve** gerekse tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yerleri birlikte dikkate alınmak suretiyle belirlenmiştir. Hükümde yer alan *milletlerarası ticaret* kavramı ise en geniş anlamıyla *ülkeler arası, sınır aşan her türlü para, mal ve hizmet geçişi-değişimini kapsayacak şekilde* düşünülmelidir²⁵⁹. Tarafların *farklı* Sözleşmecî devletlerde yerleşim yeri sahibi bulunması gerekmektedir ki (1961 Cenevre Sözleşmesi m. I, 2, c), yine tarafların tabiiyeti veya 1958 New York Sözleşmesi'nin aksine, *tahkim yeri* belirleyici bir kriter değildir²⁶⁰. ***Tahkimin hangi Sözleşmecî devlette icra edildiğinin; hükmün yine bunlardan hangisinde verildiğinin hiçbir önemi yoktur.*** Bu durum, sözleşmenin uygulama alanını oldukça genişletmektedir. Tahkime konu uyuşmazlığın *hem* milletlerarası *hem* de ticari bir niteliğe sahip olması gerekir (1961 Cenevre Sözleşmesi m. I, 2, a). Milletlerarası olma hususunda, geniş bir yorum kabul edilmiş; tümüyle her unsuru bakımından, yerel-*domestic* bir ilişki olmadığı sürece, milletlerarası olma niteliğinin gerçekleştiği kabul edilmiştir²⁶¹. ***Milletlerarası ticaretin olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından, otonom, millî hukuklarla sınırlı olmayan bir yorum tercih edilmelidir.*** Şu hâlde, millî hukuklara göre tarafların tacir olarak vasıflandırılması şart değildir. Uyuşmazlığa konu işin, ilişkinin milletlerarası ticarete bir yerinin, örneğinin bulunması yeterlidir²⁶².

Sözleşme'nin II, 1. maddesi, Sözleşmecî devletlerin ve kamu tüzel kişilerinin yapmış oldukları tahkim anlaşmalarının sıfatları nedeniyle geçersiz sayılmaları ihtimalini bertaraf etmektedir. Sözleşme'nin X(7). maddesi ile birlikte, diğer iki ve çok taraflı milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur. Buna göre ilgili devletin hem 1958 New York hem de

²⁵⁹ **HASCHER**, *Convention*, s. 1010; **BENJAMIN P.I.**, The European Convention on International Commercial Arbitration 37 BYIL 1961, s. 479; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 140; **PAULSSON J.**, May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration, 2(2) Arb Int 1986, s. 94, 95; **SCHLOSSER**, Rn. 89, 90.

²⁶⁰ **HASCHER**, *Convention*, s. 1010-1011; **BENJAMIN**, s. 480. Gerçi Sözleşme'nin mahkemelerce uygulanması esnasında, kimi zaman taraflardan sadece birinin Sözleşmecî devletlerde yerleşim yeri sahibi olması (*Tribunal Supremo*, VIII YBCA 1983, 406; XIV YBCA 1989, 708) veya tarafların her ikisinin de aynı Sözleşmecî devlette yerleşim yeri sahibi olması (*Corte di Cassazione, Società Atlas General Timbers S.P A v. Agenzia Concordia Line S.p A.*, V YBCA 1980, 267) ya da yine doğru olmayan bir biçimde taraflarının milliyetlerinin-tabiiyetlerinin dikkate alınması söz konusu olmuştur (**FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 141). Ayrıca bkz. **SCHLOSSER**, Rn. 90, 91.

²⁶¹ Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında, *sınır aşan mal, hizmet ve para hareketi* şeklinde bir tanımlama yapılmışsa da, bu tip belirlemenin sınırlandırıcı olabileceğine dikkat çekilerek, her hangi bir tanım yapmaktan kaçınılmıştır (**HASCHER**, *Convention*, s. 1011). Ayrıca bkz. **PAULSSON**, *State*, s. 94, 97.

²⁶² **HASCHER**, *Convention*, s. 1012.

1961 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olması hâlinde, her iki milletlerarası sözleşmenin de gereğinde, aynı anda uygulanması mümkündür²⁶³.

4- 1965 Washington (ICSID) Sözleşmesi

Tezimiz üzerinde doğrudan bir etki göstermemekle birlikte, tahkimin milletlerarası kaynakları arasında yer alan ve 1958 New York Sözleşmesi kadar da yaygın, bir diğer milletlerarası hukuk kaynağı, 1965 Washington (ICSID) Sözleşmesi'dir (*1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States*, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkındaki Konvansyon –ICSID)²⁶⁴. Bu bağlamda, böyle bir tahkim yargılamasının taraflarının (1965 Washington Sözleşmesi m. 25/II, a, b, III) kimler olduğuna veya yargılamaya konu uyuşmazlığın *yatırımlara* ilişkin olması ile neyin hedeflendiğine; bunun *ticari* uyuşmazlıklardan ne farkının olduğuna, ayrıca değinilmeyecektir²⁶⁵. Yine de üzerinde durulması gereken kimi hususlar bulunmaktadır: Örneğin, taraflar arasında, ICSID Merkezi'nin tahkime ilişkin yargı yetkisinin tesisi bakımından, klasik tahkim anlaşması yeterli olduğu gibi *ayrıca* ilgili ülke hukukunun yatırımlar hakkındaki yasal düzenlemeleri (*tek taraflı olarak*) veya iki ülke arasındaki örneğin yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin iki taraflı anlaşmaları (BIT's)²⁶⁶ veya pek çok ülkenin iştiraki ile meydana gelen çok taraflı anlaşmalar (*örneğin bkz. Energy Charter Treaty*²⁶⁷ Art. 26/V, a, i) da yeterli olabilmektedir. Bu hâlde, ilgili devletin gerek kendi mevzuatındaki gerekse söz konusu milletlerarası hukuk metinlerindeki tek taraflı iradesi *-icabı-* davacı tarafın Merkeze yapmış olduğu tahkim

²⁶³ **HASCHER**, *Convention*, s. 1038; **BENJAMIN**, s. 480; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 143; **PAULSSON**, *State*, s. 97.

²⁶⁴ *RG. 02.06.1988, S. 19830*; Sözleşme'nin yayımlandığı tarih, *RG. 06.12.1988, S. 200011*.

²⁶⁵ *Ayrıntısı için bkz. BOCHES A.*, *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States of 1965, Explanatory Notes and Survey of Its Application*, XVIII YBCA 1993, s. 642 vd); **VERVENIOTIS G.**, *Arbitral Settlement of Investment Disputes, General Consideration on ICSID Arbitration*, 50 RHDİ 1997, s. 153 vd; **YEŞİLİRMAK A.**, *Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes over Turkish Concession Agreements*, 14 ICSID Rev-FILJ 1999, s. 391 vd; **DELAUME G. R.**, *ICSID Arbitration, Contemporary problems in international arbitration*, ed. **Julian D M Lew**, 1986, s. 24 vd.; **SHIHATA F.I İ/PARRA R. A.**, *The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 14 ICSID Rev-FILJ 1999, s. 299 vd; **CREMADES M. B.**, *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties*, *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, 2001, s.149 vd; **SCHLOSSER**, Rn. 96 vd; **ERTEN R.**, *ICSID Tahkimi*, C. XIX, BATİDER 1998/4, s. 215 vd; **YEŞİLİRMAK A.**, *Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi*, C. XX BATİDER 1999/2, s. 151 vd; **NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN**, s. 73 vd; **KAPLAN**, *Usul*, s. 79 vd; **YILMAZ İ.**, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, İstanbul, 2004, s. 45 vd.

²⁶⁶ Türkiye'nin tarafı olduğu iki taraflı anlaşmalar ve tahkime ilişkin hükümleri ile değerlendirilmesi için bkz. **YEŞİLİRMAK**, s. 407-408.

²⁶⁷ Anlaşmaya taraf devletlerin ayrıntısı için bkz. www.encharter.org.

başvurusu (*request of arbitration*) ile tamamlanmakta ve tahkim anlaşması kurulmuş olmaktadır²⁶⁸.

Tahkim anlaşmalarının akdedilmesine yönelik milletlerarası ticari tahkimden oldukça farklı bu husus yanında, değinmek istediğimiz asıl konu, Sözleşme kapsamında yürütülmekte olan tahkim yargılamalarıyla ülke mahkemeleri arasındaki ilişkidir. Zira aynı Sözleşmenin 53. maddesine göre hakemlerce verilecek hükmün *Sözleşme’de öngörülen usuller ve esaslar dışında*, denetlenmesi mümkün değildir. Sözleşme’nin 54. maddesine göre ise Sözleşme’ye taraf *her bir devlet (sadece yargılamanın tarafı olan devlet değil)*, ilgili hakem kararını, kendi mahkemelerinden verilmiş kararlar gibi bağlayıcı kabul etmek ve nihai hakem kararları gibi icra etmekle (*exequatur simplifié*) mükelleftir. Şu hâlde, ***Sözleşme kapsamına giren hakem kararları yönünden, tahkim yeri mahkemelerince iptali veya diğer ülke hukuklarında tenfizi şeklindeki bir prosedür geçerli olmamaktadır***²⁶⁹. Sözleşmenin 26. ve 27. maddeleri ise Sözleşme kapsamındaki tahkim yargılamaları bakımından ülke mahkemelerinin –*geçici hukuki korumalar da dâhil olmak üzere*- hiçbir yargı yetkisinin bulunmadığı hakkındadır²⁷⁰.

1965 Washington Sözleşmesi’nin geçerli olduğu durumlarda, artık *tahkim yeri* kavramı (1965 Washington Sözleşmesi m. 62), *tezimizde de incelemeye çalışacağımız anlamını, değerini ve önemini yitirmektedir*. Bu tip tahkim yargılamaları bakımından, millî hukukların yahut ülke mahkemelerinin, gerek tahkim öncesinde gerek tahkim yargılaması sırasında ve gerekse hükmün verilmesinden sonraki evrede, hiçbir işlevi bulunmamaktadır. Kaynağını tümüyle bir milletlerarası sözleşmeden alan bu tahkimin aslında, kendi kendine yeter; tüm

²⁶⁸ YEŞİLIRMAK, s. 407; BROCHES, s. 643; DELAUME, s. 27-29; SHIHATA/PARRA, s. 303-306; YEŞİLIRMAK, *Yatırım Uyuşmazlıkları*, s. 167-169. Böylelikle, tahkim yargılamasının başlamasından önce, taraflar arasında bilinen anlamıyla bir tahkim anlaşması bulunmamakta ve sadece davalı devletin tek taraflı iradesi, bir –*icabı*- söz konusu olmaktadır. Tahkim anlaşması, aslında söz konusu icabın zımnen kabul edildiği esnada, yani tahkim davasının açılmasıyla kurulmaktadır. Tahkim yargılamasının konusu, bir anlamda tahkim anlaşmasının kapsamına giren uyuşmazlıklar, yine ve ancak söz konusu icabın kabul edildiği esnada, yani münhasıran davacının tahkim iradesine (*request of arbitration*) göre belirlenecektir. Şu hâlde, aynı tahkim yargılamasında, devletin karşılık dava şeklinde, davacı kimseyi davalı hale getirmesi mümkün değildir; zira bu konuda tahkim anlaşması bulunmamaktadır. *Görüleceği üzere tahkim mekanizması tek taraflı çalışmaktadır*. Ne var ki, bütün bu durumlar, taraflar arasında bilinen anlamıyla bir tahkim anlaşmasının olmaması hâlinde geçerlidir. Anılan özellikleri nedeniyle bu tip tahkimler için öğretilde, “*Arbitration without Privity*” ifadesi kullanılmaktadır (PAULSSON J., *Arbitration Without Privity*, 10 ICSID Rev-FILJ 1995, s. 232 vd; FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 30, 31; CREMADES, s. 156 vd). *Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 95.*

²⁶⁹ BROCHES, s. 699 vd.; SHIHATA/PARRA, s. 341-344; DELAUME, s. 34-35; van den BERG, *Enforcement*, s. 441; CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 96; SCHLOSSER, Rn. 102; ERTEN, s. 222, 223; YEŞİLIRMAK, *Yatırım Uyuşmazlıkları*, s. 166.

²⁷⁰ BROCHES, s. 647 vd; VERVENIOTIS, s. 159; DELAUME, s. 34; van den BERG, *Enforcement*, s. 454; SCHREUER C., *Commentary on the ICSID Convention*, 13 ICSID Rev-FILJ 1998, s. 534 vd.

yerel hukuklardan bağımsız; *delocalised* (**gayrimillî-vatansız**) tahkimin biricik örneği olduğu ileri sürülmektedir²⁷¹.

Bu konuda bazı şüphelerimiz vardır: Anılan türde bir tahkimin hiçbir millî hukukla ve mahkemelerle ilgisinin bulunmadığı; onlara ihtiyacı olmadığı bir gerçektir. Ancak, bu tür bir tahkim yargılamasının gerçekleşebilmesi için öncelikle devletlerin anılan sözleşmeye taraf olmaları ve onu, iç hukuklarının birer parçası hâline getirmeleri gerekir. Eş deyişle *millî hukukun parçası olmayan böyle bir sözleşme nedeniyle* ilgili tahkim yargılamasının gerçekleşmesi mümkün değildir. ICSID tahkiminin millî hukukların dışında, onlardan kopuk ve bağımsız olduğunu söylemek doğru değildir; *tam aksine*, söz konusu Sözleşme, millî hukukun bir parçasını oluşturmaktadır²⁷². Öte yandan, bu hâlde, artık *lex fori*'nin, *lex loci arbitri*'nin, tahkimle ilgili meselelerde bir öneminin ve anlamının kalmadığı konusunda, biz de hemfikiriz. Ancak salt bu sonuç, söz konusu tahkimi, *delocalised* bir tahkim hâline getirmemektedir. Zira bu tip tahkimler bakımından sözleşmecî devletler, âdeta tek bir ülkeymiş gibi, yeknesak bir hukuk düzeni altına toplanmaktadırlar. Türk hukuku bakımından, tahkim yerinin İzmir veya İstanbul olması arasında nasıl bir fark yoksa *lex arbitri*'si 1965 Washington Sözleşmesi olan bir tahkim yargılaması için de tahkimin nerede gerçekleştiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Zira artık, *lex arbitri* ile *lex loci arbitri* arasında bir fark kalmamaktadır; tüm değerler, Sözleşme'yi göstermek suretiyle birbirine eşit çıkmaktadır. Şayet "*delocalised*" tahkim nitelendirmesi üzerinde ısrar edilecekse, o zaman, böyle bir nitelendirmenin kaynağının da *lex fori* yani *lex loci arbitri*'nin bizzat kendisi olduğunu belirtmek gerekir.

²⁷¹ BROCHES, s. 629; DELAUME, s. 33-34; DELAUME G. R., Court Intervention in Arbitral Proceedings, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, s. 196; CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 96; SCHREUER C., Commentary on the ICSID Convention, 11 ICSID Rev-FILJ 1996, s. 318; van den BERG, *Enforcement*, s. 441, 447; SCHLOSSER, Rn. 206; BİRSEL, *Tahkim Yeri*, s. 72-74.

²⁷² CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 97.

Ş2 MAHKEMELERİN MİLLETLERARASI “TİCARİ” TAHKİMDEKİ ROLÜNE HÂKİM OLAN İLKELER

I- Genel Olarak Mahkemelerin Rolü ve Müdahalesi

Yıllar içinde, tarafların irade serbestîsi, yoğun bir biçimde ve artarak kabul edilirken; aynı hızda ve oranda, mahkemelerin tahkime ve özellikle milletlerarası tahkime olan müdahaleleri de azalmıştır. Artık egemen anlayış, sadece tahkimin desteklenmesi değil; ama aynı zamanda, mahkeme denetiminin, ancak kamu düzeni kaygılarının gerektirdiği yer ve ölçüde geçerli olmasıdır²⁷³. Öğretide, artık, “court *intervention*” şeklindeki bir kullanım tarzının yerinde olmadığı; *müdahale* tabirinden özenle kaçınılması (Model Kanun m. 5); bunun yerine “*tahkimin desteklenmesi*” veya ona “*yardım edilmesi*” ifadelerinin tercih edilmesi; böyle bir kullanımın tahkimin niteliğine daha uygun düştüğü, zira egemen anlayışın da “*court assistance*” ve yeri geldiğinde, “*supervision*” olması gerektiği ileri sürülmektedir²⁷⁴

Tahkim anlaşmasının devlet yargısınca tanınması, bir yönüyle tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlığın, *şayet* mahkemelerce de çözümü talep edilirse söz konusu uyuşmazlığın esası hakkında herhangi bir yargılama yapılmaması, anlamına gelir. Bunun yanında, öyle kimi durumlar vardır ki, mahkemelerin tahkime desteğini talep etmek, kaçınılmazdır. ***Hakemlerin sahip olduğu yargı yetkisi, mahkemelerinkiyle aynı olmadığı ölçüde, tahkim, devlet yargısına mecburdur. Özlenen dengenin devlet yargısı aleyhine bozulması, hem tahkimin ihtiyaç duyduğu desteğin kaybı hem de etkinliğinin azalması anlamına gelir***²⁷⁵. Mahkemelerden hakem veya hakemlerin atanması ile atanmış olanların reddi veya tahkim yargılamasında kullanılacak olan delillerin tespiti-toplanması, istenebilir. Özellikle hakemlerin henüz seçilmediği dönemde, mahkemelerden, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi de talep edilebilir. Nihayet, hakem kararının gereğinin rızaen yerine getirilmemesi hâlinde, söz konusu kararın tanınması-tenfizi, ancak mahkemeler yardımıyla mümkündür. Destekleyici işlevlerinin yanında mahkemeler, asgari düzeydeki usulü adalet-

²⁷³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 355; KERR, s. 4, 5; GOLDMAN B., The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Arbitration is Effective, International Arbitration, 60 Years of ICC Arbitration, A look at the Future, ICC Publication No 412, 1984, s. 258.

²⁷⁴ BUCHER, s. 29; CRAIG, s. 48 vd. MELIS, *Mandatory Rules*, s. 356; SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 65; SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 17-19; BROCHES, *Commentary*, s. 34; SCHÜTZE, s. 50; HARBST, s. 19-21. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na ilişkin hazırlanan I. Taslakta, mahkemelerin müdahalesinden bahsedilmiş olmasına karşın (I. Taslak m. 5; aynı yönde bkz. Model Kanun m. 5); II. Taslakta, açıkça mahkemelerin *yardımu öngörülmüştür* (II. Taslak m. 2). III. Taslak yönünden ilginçtir, mesele, mahkeme rolüne ilişkin herhangi bir betimlemeye gidilmeksizin, “**..mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işler..**” şeklinde düzenlenmiştir (III. Taslak, m. 2). Son olarak, Adalet Bakanlığı’nın Milletlerarası Tahkim Kanunu Tasarısı’nda, mahkemelerin yine *müdahalesi düzenlenmiştir* (Tahkim Tasarı m. 4). Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 103; KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1051.

²⁷⁵ BINDER, s. 42; KERR, s. 2; BLESSING, s. 282 vd. Ayrıca bkz. VARADY, s. 352; REDFERN/HUNTER /BLACKABY /PARTASIDES, s. 332.

hakkaniyetin gereğinin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek suretiyle de, tahkimde rol oynamaktadırlar. Bu hâlde mahkemeler, bir hakemi, tarafsız-bağımsız olmaması veya kalamaması nedeniyle hakemlik görevinden alabileceği gibi, yargısal temel hakların ihlali suretiyle elde edilen bir hükmü, bu gerekçeyle iptal de edebilir²⁷⁶.

Mahkemelerin tahkime müdahalesi veya daha genel bir ifadeyle mahkemelerin somut olayda, tahkimle ilgili olarak takındığı tavır, uyuşmazlığın taraflarından biri için tahkimin denetlendiği şeklinde algılanabilirken; diğeri bakımından aynı durum, tahkimin desteklendiği; ona yardım edildiği biçiminde de yorumlanabilir²⁷⁷.

II- Mahkeme Müdahalesine Hâkim Olan Eğilimler

A- Genel Olarak

Millî hukukların tahkime bakış açısı, son yüzyılda fark edilir ölçüde değişmiş ve gelişmiştir. Mahkemeler, tahkime *karşı*, yoğun usulî müdahalelere neden olan güçlü şüphecilikten; müdahaleden olabildiğince kaçınan ve irade özgürlüğüne daha fazla saygı duyan bir konuma, gelmiştir²⁷⁸.

Tahkimin *denetlenmesi* amacını güden mahkeme müdahaleleri, kimi zaman, tahkim yargısını sekteye uğratabilmekte, bir anlamda tarafların hızlı yargılama isteklerine mâni olabilmektedir. **Milletlerarası tahkime ilişkin günümüz yasama faaliyetlerinin genel özelliğinin mahkeme denetiminin sınırlandırılması, olduğu söylenebilir.** Hakemler, yargı yetkileriyle ilgili olarak sadece güçlendirilmemekte, ancak istenirse taraflarca daha da kuvvetlendirilebilmektedir. Buna karşın, mahkemelerin tahkim üzerindeki geleneksel otoritesi, kimi durumlarda ya kısıtlanmakta ya da tümüyle ortadan kaldırılmakta veya en azından tarafların aksi yöndeki anlaşmalarına bırakılmaktadır. Milletlerarası tahkime ilişkin millî tahkim kanunlarca takip edilen ilkeler şu şekilde özetlenebilir:

- a) Ülkenin milletlerarası ticaretin ve dolayısıyla tahkimin yabancı aktörleri tarafından tahkim yeri olarak seçilmesini sağlamak.
- b) *Tahkim yeri mahkemelerinin* tarafların iradesiyle çelişen; yerel değer yargılarının sonucu olan, milletlerarası tahkim uygulamasının genelinde de kabul görmeyen müdahalelerine mâni olmak.

²⁷⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 356. Ayrıca bkz. HARBST, s. 19-20.

²⁷⁷ KERR, s. 2; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 356.

²⁷⁸ Bu süreç için İngiliz hukuku güzel bir örnektir. Üç yüz yıldan daha uzun bir geçmişe sahip olan İngiliz tahkim hukuku ve kanunları, özellikle son yüzyıl içinde, 1950, 1979 ve 1996 tarihlerinde, sözü edildiği gibi bir değişim göstermiş; UNCITRAL Model Kanunu'na daha yakın bir çizgiye ulaşmıştır (KERR, s. 8 vd; ayrıca bkz. MERKIN, s. 17; 18). *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation*, [1981] 1 All ER 289, 324.

- c) Taraflara ve özellikle hakemlere, *gerek* uyuşmazlığın esası *gerekse* **bizzat tahkim yargılamasının kendisi ile ilgili meselelerde**, geniş yetkiler tanımak.
- d) Sorunların öncelikli çözüm yerinin tahkim olduğunu kabul etmek; *mahkemelere çok gerekli yerlerde; son derece sınırlı alanlarda, kapsamı da önceden belli olmak kaydıyla çoğu kez de tahkimin, tahkim anlaşmasının ve tahkim yargılamasının korunması, yaşatılması ve desteklenmesi yönünde müdahale imkânı tanımak*²⁷⁹.
- e) Tahkim yerinin seçiminde, tahkim yeri millî hukuku, seçimi belirleyen yegâne faktör değildir. Milletlerarası tahkimle ilgili meseleler yönünden, millî hukukun ve *yerel özelliklerinin* ancak taraflarca bilinçli bir şekilde-doğrudan seçilmiş olması hâlinde, uygulanması haklı görülebilirken; *mahkemelerin rolünün milletlerarası tahkim uygulamasıyla tarafların haklı beklenti ve ihtiyaçları ile çelişmemesi; onlar için de sürpriz ve bilinmedik olmaması, gerekir*²⁸⁰.

B- Sınırlı Müdahale- Kısıtlı Yargı Yetkisi Meselesi

Bu yaklaşım, UNCITRAL Model Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiş olup “*Bu kanuna tabi meseleler bakımından, [yine] kanunda aksinin öngörüldüğü durumlar dışında, hiç bir mahkeme [tahkime-tahkim sürecine] müdahale edemez.*” (ZPO § 1026; **karş. MTK m. 3/II; 17/I**). Mahkemenin rolünün açıkça düzenlenmediği; müdahaleye açıkça izin verilmediği hâllerde, söz konusu müdahaleyi geçerli kabul etmeyen bu genel kural, Model Kanun'u esas almayan millî tahkim kanunlarınca da, benzer şekilde kabul görmüştür (1996 AA §1, c)²⁸¹. Mahkemelerin milletlerarası tahkimle ilgili konularda, özellikle denetimlerini gerektiren hususlarda, tabi olduğu sınırlamalar yönünden söz konusu hükmün uygulama alanı, sadece tahkim yerinin ilgili ülkede bulunmasına hasredilmiştir (Model Kanun m. 1/II)²⁸².

Model Kanunu'nun anılan hükmüyle amaçlanan, milletlerarası tahkimle ilgili meseleler yönünden mahkemelerin yargı yetkilerinin kapsamının *kesin* ve *tam bir belirlilik* içinde düzenlenmesi; tahkim yeri olarak söz konusu ülkeyi seçen (yabancıların) tarafların bir sürprizle karşılaşmalarının önüne geçilmesidir. UNCITRAL Model Kanunu bağlamında, mahkemelerce, kendileri için tanımlanan rolün dışında, *amacı ve yaratacağı sonuç ne olursa olsun, özellikle yerel kimi kaygılardan hareketle* milletlerarası tahkime müdahale edilmemelidir. **Hukuki güvenlik, açıklık ve kesinlik, söz konusu ülkeyi tahkim yeri olarak**

²⁷⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 358. Bunlar aynı zamanda Model Kanun'un yerleştirmek istediği ilkelerdir (**KERR**, s. 5, 6).

²⁸⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 361.

²⁸¹ Ayrıca bkz. OGH, XXII YBCA 1997, s. 263; **HARRIS/PLANTEROS/TECKS**, s. 60.

²⁸² **BERAUDE J. P.**, Case Law on Articles 5, 8 and 16 of the UNCITRAL Model Arbitration Law, 23(1) J. Int'l Arb. 2006, s. 101.

seçecek yabancılar için azami önemi haizdir²⁸³. *Kanunda öngörülmeven, çoğu kez de içtihatlarla gelişecek müdahale tiplerinin milletlerarası tahkimde, yabancılarca, oranın ideal bir tahkim yeri olarak tercih edilmesine mâni olacağında, tereddüt duyulmamaktadır*²⁸⁴.

Sözü edilen hüküm, hazırlık çalışmaları sırasında, özellikle İngiliz delegelerce yoğun bir biçimde eleştirilmiştir. Tartışmaların özü, çoğu kez, Model Kanun'da kendisine yer verilenler dışında, mahkemenin müdahalesini gerektiren bir durumla karşılaşılması hâlinde, mahkemenin yargı yetkisine sahip olup olmadığına, nasıl karar verileceğiyle ilgilidir. Özellikle, yapılacak yorum bakımından, bunun kanunda bir boşluğa mı; yoksa bilinçli bir susma hâline mi işaret ettiği; bunların birbirlerinden nasıl ayrılması gerektiği gibi konular, tartışmalarda dile getirilen hususlar olmuştur²⁸⁵.

Hükmün lâfzen yorumu, hiçbir tereddüde yer vermeyecek kadar açık olup kanunda öngörülmeven hiçbir yetkinin mahkemelerce kullanılması, mümkün değildir (Model Kanun m. 5). Ne var ki, hükmün bu açık lafzına karşın, özellikle Model Kanun'a ilişkin hazırlanan karşılaştırmalı şerhte (*Analytical Commentary*) geçen, mahkemelerin yargı yetkisine "...Model Kanun'da kendisine açıkça veya *zımnen* yer verilen hususların dâhil olduğu..." yorumu, yukarıdaki tereddütlerin doğmasına neden olmuştur²⁸⁶. Şu hâlde, üç durumla karşılaşılabilir:

- a) Tahkimle ilgili bir meselede, mahkemenin nasıl bir rolünün olduğu *açıkça* düzenlenmiştir.
- b) Söz konusu meseleyle ilgili olarak mahkemelere hiçbir rol yüklenmemiş, bilakis bu konu, mahkemelerin yargı yetkisinin *açıkça* dışında bırakılmıştır.
- a) Anılan meselenin, her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmese de, mahkemelerin yargı yetkisine *zımnen ve zaten* dâhil olan, olması gereken bir konu olduğu düşünülebilir.

Şerhte açıkça, Model Kanun'un, mahkemelerin tahkim üzerindeki yargı yetkisini, **özellikle Model Kanun'da düzenlemeyen hususlarla ilgili olarak** tümüyle ortadan kaldırmadığı belirtilmiştir²⁸⁷. Aslında, böyle bir tartışma, *lex specialis* olan Model Kanun yönünden kaçınılmazdır. Ülke içindeki diğer mevzuatla milletlerarası tahkim düzenlemeleri arasındaki bağlantı, büyük ölçüde, Model Kanun'un 5. maddesinin yorumlanması yoluyla kurulacaktır²⁸⁸

²⁸³ MELIS, *Courts*, s. 86, 87; BINDER, s. 42-43; ROTH, s. 1161; 1182; BROCHES, *Commentary*, s. 32.

²⁸⁴ CHUKWUMERİJE O., *Judicial Supervision of Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1996*, 15(2) *Arb Int*, 1999, s. 171 vd.

²⁸⁵ BINDER, s. 44; ROTH, s. 1183. Ayrıca bkz. HERRMANN, *The Role*, s. 168; GRANZOW, s. 81; CALAVROS, s. 37; HUSSLEIN-STICH, s. 32, 33.

²⁸⁶ BINDER, s. 44; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 216, 217; BROCHES, *Commentary*, s. 33.

²⁸⁷ BINDER, s. 44; HERRMANN, s. 25; HERRMANN, *The Role*, s. 168.

²⁸⁸ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 216, 217.

Tahkimle ilgili meselelerde, mahkemenin olası bir müdahalesinin içeriği, kanunda *ayrıca ve açıkça* düzenlenmiş olabilir ki, zaten ***milletlerarası tahkim ile ilgili bir millî kanunun da, bu şekilde hazırlanmış olması umulur.*** Umulduğu gibi bir açıklık, her zaman kanunda olmayabilir. Özellikle bu son hâlde, gerek öğretinin geliştirdiği formül gerekse Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında varılan ortak sonuç, ***mahkeme müdahalesinin, ancak, tahkimin, tahkim anlaşmasının ve tahkim yargulamasının desteklenmesi (intervene=assistance) amacıyla mümkün olmasıdır***²⁸⁹. Model Kanun, geçici hukuki koruma tedbirlerinin cebren icrası hususunda, herhangi bir düzenleme yapmaksızın *hakemlerce de* geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebilmesini, mümkün kılmıştır (Model Kanun m. 17). Oysa hakemlerce karara bağlanan geçici hukuki koruma tedbirlerinin mahkemeler aracılığıyla cebren icrası mümkün olabilmelidir (ZPO §1041; **MTK m. 6**)²⁹⁰. Yine bu bağlamda, şüphe hâlinde, tahkim anlaşmasının geçerliliği yönünde yorum yapılması, asıdır. Bu özellikle Model Kanun'u benimseyen üye ülke mahkemeleri için geçerli, genel bir eğilimdir. ***Tahkim anlaşmasının prima facie geçerliliği, tarafların tahkime yönlendirilmesi yönünden yeterli olmalıdır.*** Zira tahkim anlaşmalarının başta geçerliliği olmak üzere, hakemlerin yargı yetkilerini ilgilendiren tüm konuların değerlendirilerek hükme bağlanması, *her hâlikârda*, hakemlerin işidir. Mahkemeler ise kural olarak ve ancak hakemlerce verilecek bu yöndeki kararları denetleyebilirler. Söz konusu alana ölçsüz müdahale, tahkimi işlevsiz kılacağı gibi tarafların aralarındaki anlaşmanın da hiçe sayılması demektir. ***Böyle bir sonuç yönünden Model Kanun'un 5. maddesi gereken açıklıktaki mesajı, üye ülke mahkemelerine verecek niteliktedir***²⁹¹.

Ülkelerin, kendi millî kanunlarını hazırlarken, Model Kanun'da yer almayan kimi özel müdahale tiplerine yer verdiği görülmektedir. Bunların, hiç olmazsa tahkime taraf yabancılar için geçerli, özel olarak onlara uygulanacak kanunda düzenlenmesinin, *hükme bağlanan hususların milletlerarası tahkim pratiği ile uyum içinde olup olmadığı meselesi bir yana*, en azından Model Kanun'un da amacı olan hukuki güvenliği ve açıklığı arttırıcı bir etkisi, olacaktır (ZPO §1032/III; **MTK m. 10/B**)²⁹².

İngiliz hukuku da, Model Kanun'u takip etmemekle beraber, mahkeme müdahalesine ilişkin yukarıda sözü edilen düzenlemeye (Model Kanun m. 5) benzer bir hükme sahiptir

²⁸⁹ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 216.

²⁹⁰ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 218; BINDER, s. 44; ROTH, s. 1183; BROCHES, *Commentary*, s. 33, 34.

²⁹¹ (BERAUDO, *Case Law*, s. 102). *Ayrıca bkz. RUTHERFORD/SIMS*, s. 22, 23. Böyle bir yorum karşısında, anılan hüküm, artık *sadece, hangi konularda* mahkemelerin milletlerarası tahkim yargulamalarında yardımının yahut denetiminin olabileceğini göstermemekte; *ama aynı zamanda*, mahkemelerin müdahalesinin gerektiği konularda, kendisinden uygulaması beklenen hükümlerin de *nasıl yorumlanması gerektiği konusunda*, belli kimi sınırlamalar da içermektedir.

²⁹² HERRMANN, s. 25.

(1996 AA §1, c). Buna göre, tahkim kanununda düzenlenen meselelerle ilgili olarak mahkeme, yine kanunda öngörülen kapsamın dışında, tahkime müdahale *etmemelidir*. Öncelikle burada, Model Kanunu'nun aksine “..shall..” biçiminde, mahkemeler yönünden açık ve kesin bir yasak getirilmemiş; tam aksine bundan özenle “...should not...” şeklinde, kaçınılmıştır. Gerçi, kanunun temel felsefesi, mahkemelerinin rolünün kısıtlanması; içeriğinin ise sadece kanunda öngörüldüğü biçimde olmasıdır. Ne var ki, nadiren de olsa mahkemelerin kanunda öngörülmemiş bir biçimde müdahalesi gerekebilir; bu yolun da millî kanunlarca kapanmaması gerekir²⁹³.

Model Kanun çizgisinde olmayan ve fakat kanunumuz yönünden mehzaz olma özelliğine sahip²⁹⁴ İsviçre hukukunda, mahkemelerin tahkimdeki rolünün kısıtlanmasına ilişkin, böyle açık bir hüküm, bulunmamaktadır. Tam aksine, *kanunda düzenlenenlerin yanında, tahkim yeri mahkemesinin tahkim yargısına yardımı olacak, onu destekleyecek konularda da yargı yetkisine sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir* (PIL Art. 185)²⁹⁵. Hüküm, geçici hukuki koruma tedbirleriyle veya delillerin toplanmasıyla değil (PIL Art. 183, 184); onların dışında, özellikle de kanunda öngörülmemiş alanlarla ilgilidir. Düzenleme, mahkemenin rolüne ilişkin bir açıklık, içermemektedir²⁹⁶. Ne var ki öğreti, bunun *tahkim usulüne uygun olması gerektiği* ve ancak tahkime (yargılamasına) yardım edilmesi amacıyla sınırlı olduğu görüşündedir²⁹⁷. Örneğin, tahkim süresinin uzatılması, bu kapsamda olup anılan hükmün, *mahkemelerce tahkim yargılamasının tedbiren durdurulması veya ertelenmesi amacıyla kullanılması mümkün değildir*. Hatta yapılacak yardım bakımından, PIL Art. 183/II ve 184/II'nin aksine, Kanton hukuklarının veya *Concordat*'in uygulanması mümkün değildir; zira bu yönde kanun, *açık bir yetkilendirmede* bulunmuş değildir²⁹⁸.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun da mehzazı sayılan²⁹⁹ UNCITRAL Model Kanunu'ndaki bu karmaşa dikkate alındığında, ülkemiz bakımından konunun değerlendirilmesine gelince: Yukarıda sözü edilene benzer bir hükme, Milletlerarası Tahkim

²⁹³ REID, s. 230. Ayrıca bkz. RUTHERFORD/SIMS, s. 41; CHUKWUMERİJE, s. 176.

²⁹⁴ YILMAZ E., Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizde Gelişim, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu, 2000, s. 284. Ayrıca bkz. Milletlerarası Tahkim Kanunu Tasarısı, Genel Gerekeçe, 8.6.2001, (www.tbmm.gov.tr) (Erişim tarihi, 24.11.2006).

²⁹⁵ Tahkimde süre uzatımı, şayet bu konuda yetkili bir başka makamın da bulunmaması hâlinde, anılan madde kapsamındaki en tipik meseledir (BRINER, *Switzerland*, s. 25; REYMOND, s. 16; BERTI V. S., Art. 185, *International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 456). Ayrıca bkz. KALPSÜZ, *İsviçre*, s. 25, 26.

²⁹⁶ Hatta böyle bir başvurunun kim tarafından yapılabileceği de açıklıkla düzenlenmemiştir (*karş.* PIL Art. 183/II). Ancak, kabul edildiği şekliyle taraflar yanında, hakemlerin de böyle bir başvuru yapabilecekleri kabul edilmektedir (BERTI, Art. 185, s. 457). Ayrıca bkz. WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 174.

²⁹⁷ SCHLOSSER P., *The Competence of Arbitrators and of Courts*, 8(2) *Arb Int* 1992, s. 198; BUCHER/TSCHANZ, s. 93-94; BERTI, Art. 185, s. 456.

²⁹⁸ BUCHER/TSCHANZ, s. 93, 94; Ayrıca bkz. BLESSING, s. 196.

²⁹⁹ YILMAZ, *Gelişim*, s. 284.

Kanunu da yer vermiştir. Mahkemeler, milletlerarası tahkimle ilgili meseleler bakımından sadece bu kanun hükümlerine göre müdahalede bulunabilecektir (**MTK m. 3/II**; ayrıca bkz. *Tasarı* m. 415). En az bu düzenleme kadar önemli bir diğer hükme göre, kanunda düzenlenen konularla ilgili olarak *yine bu kanun tarafından izin verilmediği, göndermede bulunulmadığı sürece*, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan **özellikle tahkime ilişkin düzenlemelerin** uygulanması mümkün değildir (**MTK m. 17/I**; HUMK m. 516 vd). Bu hükümler, milletlerarası tahkimin tarafı olan yabancıların, tahkim yeri ülkesinin *özellikle milletlerarası tahkime yabancı* diğer kanunlarına da tabi olmasını önlemesi yönünden, son derece yerindedir³⁰⁰.

Yukarıda sözü edilen ilk hüküm, Model Kanun'daki eşinin aksine, lâfzen olumlu bir biçimde kaleme alınmıştır. Milletlerarası tahkimle ilgili sorunlar yönünden, gerek müdahaleye konu alanlar gerekse içerikleri bellidir ve sınırlıdır. Tartışma, düzenlenen müdahale tiplerini gerekli kılan meselelerin dışında, kanunun öngör(e)mediği bir sorunun yaşanması hâlinde, başka bir anlatımla kanunda hiç düzenlenmemiş bir meseleye ilgili olarak mahkemenin rolüne ihtiyaç duyulduğunda, yaşanacaktır. Bu hâlde, böyle bir sorunun çözümü için, mahkemece, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerinin tüketilmesi mümkün müdür? Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 17/I. maddesine göre, *sadece, bu kanunla düzenlenen konularda*, aksi de öngörülmediği sürece, usul kanunu hükümleri, uygulanmayacaktır. Şu hâlde, mahkemenin öncelikle cevabını arayacağı husus, müdahalesini gerektiren meselenin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda düzenlenip düzenlenmediğidir; *gerçi, zaten düzenlenmiş olsaydı, bu tartışmanın yaşanmaması gerekirdi*. Bu durumda, en büyük sorun, özellikle kanunun, mahkeme müdahalesini gerektiren bir meseleyi düzenlemediği; aksini düzenlediği yahut bir başka şekilde düzenlediği durumlarda, mahkemelerin yapacağı yorumlarla ilgili olacaktır. Örneğin, mahkemelerin hâlâ, milletlerarası tahkimle ilgili meselelerde, HUMK'un 519. maddesinden kaynaklanan yetkileri (*böyle bir ihtimalin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda öngörülmediği de dikkate alındığında*) bulunmakta mıdır (*karş. ZPO §1032/II*)? **İstenirse sorunun şu şekilde ele alınması da mümkündür:** Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5/I. ve 7/H. maddeleri *birlikte* değerlendirildiğinde, HUMK'un 519. maddesinin milletlerarası tahkim için de geçerli olmasının istendiğinden

³⁰⁰ Tahkimin taraflarına sunulan *öngörülebilirlik, açıklık ve hukuki güvenlik*, milletlerarası tahkimde, söz konusu ülkenin tahkim yeri olarak seçilmesi yönünden son derece önemli hususlardır. Tahkimle ilgili bir meselenin iç hukukta, milletlerarası tahkim adı altında ayrıca ve özel olarak düzenlenmesi, yine bu özel kanunda, *düzenlendiğinin dışında, mahkemelerin tahkimde hiçbir rolünün ve müdahalesinin olmaması*, hep söz konusu ülkenin yabancılarca ideal bir tahkim yeri olarak kabul görmesi için aranan zorunlu unsurlardır. **Milletlerarası tahkime ilişkin millî kanunların da bu hedefleri yansıtır biçimde düzenlenmiş olması gerekir** (BLESSING, s. 206, 207).

bahsetmek mümkün müdür?³⁰¹ Görülüyor ki, mahkeme müdahalesinin talep edildiği meselenin kanun tarafından son derece bilinçli bir şekilde düzenlenmediği; tam aksine, farklı şekillerde yeniden ele alındığı; artık mahkemelere, bu konuda yargı yetkisinin tanınmadığı şeklindeki yorumlar, önümüzdeki günlerde, kanun koyucunun bilerek mi sustuğu yahut söz konusu meseleyi düzenlemeyi mi ihmal ettiğine ilişkin yapılacak tartışmalarda sıkça karşımıza çıkacaktır. Ancak yukarıda, öğretinin de formüle ettiği üzere, tahkimle ilgili, kanunda açıkça düzenlenmemiş bir meseleye denk gelinmesi hâlinde, örneğin *delil tespiti* gibi³⁰² (*karş.* PIL Art. 184; ZPO §1050; Model Kanun m. 27), ***tahkime, tahkim anlaşmasına ve tahkim yargılamasına yardımcı olmak; onların korunmasına, yaşatılmasına hizmet etmek amacıyla sınırlı olduğu ölçüde; milletlerarası tahkim uygulamasıyla ve mukayeseli hukukun yaygın kabulleriyle de çelişmemek şartıyla*** mahkemelerin söz konusu meseleyle ilgili yargı yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir³⁰³.

C- Yargı Yetkisine Sahip Görevli/Yetkili Mahkeme Meselesi

Milletlerarası tahkimde, mahkemelerin rolü ve müdahalesiyle ilgili diğer bir özellik de tahkimle ilgili uyumsuzlukların, *özellikle belli tiptekilerinin*, ilk derece mahkemelerinden ziyade o yargı sistemindeki yüksek mahkemeler tarafından görülmesidir (Model Kanun m. 6; ZPO § 1062; *ayrıca bkz.* NCPC m. 1486; PIL Art. 191; *karş.* **MTK m. 3/I**)³⁰⁴. Bu, *kimi zaman*, tahkim yerindeki ilk derece mahkemelerinin yardımının istenmeyeceği anlamına gelmemektedir. Örneğin İsviçre hukukunda, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi veya delillerinin temini/tespiti yönünden, işin de mahiyetine uygun olarak, iptal davalarındaki gibi İsviçre Federal Mahkemesi'nin değil (*karş.* PIL Art. 183/II; 184/II; *aynı yönde bkz.* ZPO 1062/IV); söz konusu yargısal işlemin icra edileceği yerdeki veya tahkim yerindeki ilk derece mahkemesinin görevli olması, hükme bağlanmıştır (*karş.* **MTK m. 6/III; 12/B**). Mesele, çoğu kez iptal davaları yönünden önem arz ettiği için, tahkimin (yabancı) taraflarına verilecek güven ve tahkimle ilgili meseleler yönünden gereken uzmanlık açısından, uyumsuzluğun ülkenin üst dereceli mahkemelerince görülmesine özen gösterilmektedir³⁰⁵.

³⁰¹ Lakin her hâlükârda, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler saklıdır (**MTK m. 1/VI**). Öyle ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu'yla aynı anda geçerli ve yürürlükte bulunan bir milletlerarası sözleşme, tahkimle ilgili meseleler hakkında, Türk mahkemelerine gerekli yargı yetkisini sağlıyorsa yahut zaten var olan yargı yetkisinin içeriğini daha özel bir biçimde belirliyorsa bu da, geçerli olacaktır. *Ayrıca bkz. Sempozyum*, s. 103.

³⁰² *Ayrıntısı için bkz. PEKCANITEZ H.*, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, ICC Türkiye Millî Komitesi, Ankara, s. 127.

³⁰³ **BROCHES**, *Commentary*, s. 35.

³⁰⁴ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 360; **ROTH**, s. 1185, 1186.

³⁰⁵ **ROTH**, s. 1184.

Model Kanun'un 6. maddesinde, tahkim ile ilgili, hükümde *sayılan* uyuşmazlıklar bakımından *belli yerdeki özel bir mahkemenin/merciin* görevli kılınması amaçlamıştır. **Buradaki temel gaye, tahkimle ilgili uyuşmazlıkların merkezileştirilerek milletlerarası tahkim yönünden bilgili ve tecrübeli yargı yerlerinin oluşmasına vesile olmaktır**³⁰⁶. Bu sayede, milletlerarası tahkimin (yabancı) taraflarına, *hem* tahkim yeri mahkemeleriyle ilgili üst düzeyde bir güven aşılınmamakta *hem de* aynı taraflara, ülkenin kendi iç (usul) hukukunu araştırmaksızın, yetkili ve görevli mahkemeyi/merci, kolayca bulmasında, yardımcı olunmaktadır³⁰⁷. Hükümde, her ne kadar *mahkemeden* bahsedilmişse de, bunun her hâlükârda, özellikle toplu mahkemelerde, tahkimle ilgili meselelerde, heyet hâlinde, yargılama yapılmasının gerektiği şeklinde anlaşılması gerekir. Özellikle tahkimle ilgili sorunların çözümünde aranan *sürat* ve *kesinlik*, bazen, toplu mahkemelerde, sadece bir hakemin uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilmesini gerektirebilmektedir. Bu usul de, Model Kanun ile uyum içindedir³⁰⁸.

Türk hukuku yönünden meselenin değerlendirilmesine gelince: Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından **yetkili mahkemeler**, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer; sayılanların Türkiye'de bulunmaması hâlinde ise İstanbul mahkemeleridir (**MTK m. 3/I; karş. Tasarı m. 414**)³⁰⁹. Görevli mahkeme ise **Asliye Hukuk Mahkemesi**'dir.

Davalının yerleşim yeri-işyeri şeklindeki düzenleme, genel yetki kuralını andırmaktadır (HUMK m. 9). Bu şartın sağlanamaması hâlinde ise İstanbul mahkemeleri yetkilidir. Yetkinin davalıya göre değil de *mülkilik ilkesine* de uygun olarak *tahkim yerine* göre belirlenmesi, daha isabetli olabilirdi (*I. Taslak m. 6; II. Taslak m. 3; III. Taslak m. 2*). Böyle bir ihtimalde, hem kanunun uygulama alanı hem de mahkemelerin yetkisi, paralellik arz ederdi (*karş. ZPO §1062/I*). Ne var ki Türkiye, mülkilik ilkesine tümüyle sadık kalmadığı için yetkili mahkemenin belirlenmesi de kendisine özgü olmaktadır (**MTK m. 1/II**). Bu durumda dahi yetkili mahkeme, önce tahkim yerine; tahkim yerinin Türkiye'de bulunmaması hâlinde ise İstanbul mahkemelerine göre belirlenebilirdi³¹⁰.

³⁰⁶ HERRMANN, s. 25.

³⁰⁷ HERRMANN, s. 14; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 346.

³⁰⁸ HERRMANN, s. 25; HERRMANN, *The Role*, s. 167.

³⁰⁹ *Ayrıca bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, Tasarı, s. 217.*

³¹⁰ Benzer bir sıralamayı içeren Alman hukukunda, yetkili (ve görevli) mahkemeler, kanunda düzenlenen meselelerle ilgili olarak öncelikle *tahkim anlaşmasında belirtilen yerdeki*; böyle bir belirleme yoksa tahkim yerindeki İstinaf mahkemesidir (ZPO §1062/I). Ancak, Alman hukukunda geçerli mülkilik ilkesine rağmen (ZPO §1025/I), söz konusu ilkenin katılığının giderilmesi sonucunu da doğuracak biçimde, *kimi hükümlerin*, tahkim yerinin Almanya'da olmamasına ya da henüz belirlenmemiş olmasına rağmen uygulanması mümkündür (ZPO §1025/II, III). Bu hâlde, yetkili mahkemelerin tespitinde, esas alınan kriterler *ya* davalının (veya kimi hâllerde davacının) olağan yerleşim veya işyeri *ya da* davalıya ait yahut uyuşmazlığa veya söz konusu yargısal işleme

Sadece davalıya göre yapılan bir belirleme, özellikle tahkim yargılaması sırasında, örneğin, geçici hukuki koruma tedbirleriyle veya delillerin temini/tespitiyle ilgili meseleler yönünden, özlenen biçimde değildir. Örneğin İsviçre hukukunda, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin mahkemelerce icrası sırasında, yetkili mahkeme, genel hükümlere tabi olup (*karş. MTK m. 6/III*); delillerin toplanması konusunda talep edilecek yardım yönünden yetkili mahkeme, tıpkı hakemin reddinde olduğu gibi (PIL Art. 180/III), tahkim yeri mahkemesidir (PIL Art. 184/II; *karş. MTK m. 12/B; 3/I; ZPO §1062/IV*)³¹¹. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6/III. ve 12/B. maddeleri arasında, böyle bir ayrıma gidilmemiş olup her ikisi için de, kanunun 3/I. maddesi, geçerlidir. Ne var ki, kanunun 6/III. maddesinde, bir başka mahkemenin istinabe edilebilmesi imkânı, HUMK'un 104/II. maddesinden farklı olarak, ayrıca hükme bağlanmıştır. Yine delillerin temini/tespiti yönünden, kanunun 3/I. maddesine göre yetkili olan mahkemenin, uygulayacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu dikkate alarak istinabeye imkân veren hükümleri kullanmak suretiyle yetkiden kaynaklanacak eksiklikleri gidermesi mümkündür (HUMK. m. 232; 257, 267; 323/III; 343; 599).

Yetkili mahkemenin belirlenmesinde, aranan yerleşim veya iş yeri kriteri, tahkim davasının davalısına değil; mahkeme önündeki yargılamanın davalısına ait olmalıdır; zira bu kimsenin her zaman tahkim yargılamasında davalı olması, zorunlu değildir. **Ancak bu da, aynı tahkim yargılamasıyla ilgili olarak farklı farklı mahkemelerin yetkili olması anlamına gelmektedir.** Oysa Model Kanun'un 6. maddesiyle güdülen gaye, *ülke içinde olabildiğince, tek bir yerdeki; belli bir makamın milletlerarası tahkimle ilgili meseleler yönünden yetkili ve görevli olmasıdır.* Kazanılacak uzmanlık ve içtihatlardaki istikrar yanında, özellikle tahkimin yabancı taraflarına sağlanacak kullanım kolaylığı ve verilen güven, yine Model Kanunu'nun ülke hukuklarına kazandırmak istediği özelliklerdendir³¹². Kaldı ki, milletlerarası tahkimde, mahkemelerin rolünün olduğu her durumda, zorunlu olarak bir davanın ve onun da *davalısının* olacağını düşünmek hatalıdır (**MTK m. 6/III**). Örneğin, yine kanunumuz bakımından, delillerin toplanmasıyla ilgili olarak, en azından lâfzen, “*sadece*” hakemlerce yapılabilecek bir başvurunun, teknik anlamda bir dava olduğunu düşünmemek gerekir (**MTK m. 12/B**). **Bu hâlde, yetkili mahkemenin (MTK m. 3/I) hangi davalıya göre**

konu mal varlığı değerlerinin bulunduğu yer İstinaf mahkemeleri; kimi zaman ise doğrudan, Berlin Kammergericht şeklindedir (ZPO §1062/II, III). Delillerin temini/toplanması ve sair yargısal işlemlerin icrasında (ZPO §1050; 1062/IV), bu sefer, söz konusu yargısal işlemin gerçekleştirileceği yer (*tahkim yeri değil*) ilk derece mahkemesi yetkilidir.

³¹¹ **BUCHER/TSCHANZ**, s. 88, 92; **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 166. *Ayrıca bkz. §14, II.*

³¹² **BÖCKSTIEGEL**, *New German Arbitration Act*, s. 29; **KREINDLER/MAHLICH**, s. 85-86. *Ayrıca bkz. KRÖL S.*, *Das neue deutsche Schiedsrecht vor staatlichen Gerichten: Entwicklungslinien und Tendenzen 1998-2000*, NJW 16/2001, s. 1174, 1175.

belirleneceği bir meseledir. Böyle bir durumda, hiç olmazsa, tarafların Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma veya işyerine sahip olmamasını ve zaten bir tek İstanbul mahkemelerinin yetkili olmasını ummaktan başka bir yol yoktur. Tahkimle ilgili meseleler yönünden genel yetki kuralına uygun, davalıyı esas alan bir yetki düzenlemesi yerine, ülke içinde, yetkili mahkemenin tesisi yönünden, tıpkı Alman hukukundaki gibi, tahkim yerinin esas alınması, daha tercihkâr olurdu. Bu, tahkim yargılamasının her iki tarafı için de **tahkim yerini bırakarak** birbirlerinin yerleşim yeri yahut iş yerlerine gitmesinden daha doğru gözükmektedir.

Mahkeme önündeki tahkimle ilgili yargılamada, davalıların birden fazla olması hâlinde, bunlardan birinin yerleşim yeri-olağan oturma yeri yahut işyerinin yetkili mahkemenin bulunması yönünden yeterli olup olmayacağı üzerinde, durmak gerekir. Sorun, kısaca, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 3/I. maddesinin özellikle aynı kanunun 17/I. maddesi nedeniyle HUMK’un 9/II. maddesini devre dışı bırakıp bırakmadığıyla ilgilidir. Tahkimle ilgili uyuşmazlıklarda, mahkemelerin yetkisi meselesinin, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda düzenlenmediğini söylemek mümkün değildir (**MTK m. 17/I**). Ancak, davalının birden fazla olması ihtimalinin düşünülmediği ve bu nedenle **açıkça** düzenlenmediği de ortadadır. Öte yandan tahkimin ne kadar tarafı varsa, hepsi için ortak olan tahkim yeri kriteri, bir kenara itilip yetkili mahkemenin belirlenmesinde, ağırlığın ve önemin davalıya kaydırıldığı bir düzenleme yönünden neden HUMK’un 9/II. maddesi geçerli olmasın? Burada bir kanun içi boşluk mu vardır? Yoksa kanun koyucu, bilerek mi susmuştur? **Davalının birden fazla olması durumunda, kanunun tekil ifade tarzı dikkate alındığında, yetkili mahkemenin belirlenemeyecek olmasını kabul etmek, olası değildir.** Bu nedenle kanımızca, HUMK’un 9/II. maddesini de Milletlerarası Tahkim Kanunu ile ilgili meseleler yönünden geçerli görmek, *aynı kanunun 17/I. maddesinin açık lafzına rağmen*, en pratik ve yerinde çözüm olacaktır.

Yetki kuralının *bir kesin yetkiyi* mi düzenlendiğine de değinmek, gerekir. Yetkili mahkemelerle ilgili yapılan alternatifli bu sayım, hükmün kesin yetki kuralı olmadığına ilişkin, dikkate alınabilecek ilk ipucudur. Kaldı ki, irade serbestisinin en geniş düzeyde geçerli olduğu bir meselede, mahkemelerin yetkisinin kesin yetki şeklinde düzenlenmesini gerekli kılan herhangi bir özel menfaat de bulunmamaktadır (ZPO §1062/I; Hollanda CCP Art. 1072; NCPC Art. 1457/III)³¹³. Tahkim anlaşmasının taraflarınca pekâlâ, **tahkimle ilgili meseleler yönünden** yetkili olacak mahkeme, sözleşmeyle belirlenebilmelidir (HUMK m. 22; *ayrıca*

³¹³ *Ayrıca bkz. ZÖLLER/GEIMER*, §1062, Rn. 2; *MUSIELAK/VOIT*, §1062, Rn. 3, 4; *van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS*, s. 171, 172.

bkz. MÖHUK m. 27)³¹⁴. Gerçi, karşımıza, yine kanunun 17/I maddesi ve onun lafzı çıkmaktadır. Yetki sözleşmesinin (*hatta sair yetki hâllerinin*) bu kanunla düzenlenmeyen bir mesele olması nedeniyle aynı kanunun 17. maddesindeki engelle karşılaşılmayacak olması, yapılması olası yorumlardan ilkidir³¹⁵. Oysa genel olarak yetki meselesinin düzenlediği; yapılan tercihin *sadece* davalıyı esas aldığı ve örneğin ZPO §1062/I'nin aksine (*aynı yönde bkz. NCPC 1457/III; 1493*), yetkili mahkemenin seçiminde, irade serbestisinin korunduğuna, yani kanunun aksinin öngörülebileceğine ilişkin bir kaydın hüküm içinde bulunmadığı da rahatlıkla söylenebilir. Bu, çözümü güç bir ikilemdir. Kanunun hem 3/I. hem de 17/I. maddelerinin açık lafzı karşısında, HUMK'un 22. (ve diğer özel yetkiye ilişkin hükümlerinin) ve MÖHUK'un 27. maddeleri arkasına sığınmak, *conta legem* bir sonuç doğurur gözükmektedir. Ne var ki, aksi yorum da, tahkime ilişkin modern düzenlemeler ve tarafların haklı menfaatleriyle beklentilerine uygun düşmeyecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu için kesin yetkiye yakın bir sonucun geçerli olmasını gerektirecek nasıl bir haklı menfaat bulunabilir?

Görevli mahkemenin bir ilk derece mahkemesi olan *Asliye Hukuk Mahkemesi* şeklinde belirlenmesi, özellikle geçici hukuki koruma tedbirleri veya delillerin toplanması ile tespiti konularında, uygun düşmekle birlikte (PIL Art. 183/II, 184/II; ZPO §1062/IV; **MTK m. 1/III, 6; karş. Tasarı m. 414**)³¹⁶ tahkimle ilgili diğer meseleler hakkında (*özellikle iptal davası bakımından, MTK m. 15*) karar verecek mahkemenin, özellikle istinaf mahkemesi bulunan ülkeler yönünden *istinaf mahkemesi veya diğer Yüksek Mahkemeler* şeklinde belirlenmesi, örneği görülen bir durumdur (ZPO §1062/I, IV; NCPC Art. 1503, 1505; *Tasarı m. 414; karş.*

³¹⁴ 19. HD. 19.12.2002, 1688/4438, www.yargitay.gov.tr (Erişim tarihi: 11.10.2006); 19. HD. 28.05.1996, 3252/5333, Man BD 2002/2, s. 144.

³¹⁵ Mahkemelerin yetkisinin kesin olmadığı kabulü, yetkisiz mahkemenin yetkisine ancak *ilk* itiraz ile karşı konulabilecek olması anlamına gelir (HUMK. m. 23; 187/I, b.2). Mahkemenin yetkisine yapılacak itirazın, bir ilk itiraz olmasının milletlerarası tahkim pratiğine uygun düşüp düşmediği, sorgulanabilir. Örneğin, taraflarından birinin yabancı olduğu bir tahkimde, Türk tarafın tahkimle ilgili mesele hakkında, İstanbul mahkemelerine başvurmakta kendi bulunduğu yer olan İzmir Asliye Hukuk Mahkemesi'ne müracaat etmesi hâlinde, yabancı tarafın böyle bir ilk itirazdan haberdar olup olmadığı, son derece tartışmalıdır. Türkiye'nin sadece tahkim yeri olarak tercih edildiği bir durumda, yabancı tarafın kendisini, *tahkim yargılaması sırasında*, bir Türk avukatla temsil ettirmesi de gerekli değildir (**MTK m. 8/B/II**). Bu durum karşısında, Model Kanun'la yerleştirilmeye çalışılan *tahkim yeri ülkesinin hangi yer ve görevli mahkemelerinin milletlerarası tahkimle ilgili meseleler bakımından yargı yetkisini haiz olduğunun önceden ve kesinkes bilinmesi ilkesi* de zedelenmektedir. Örneğimiz yönünden yabancı tarafın, aynı zamanda Türk usul hukukunu ve mevzuatını da bilmesi gerekecektir. Oysa yetkili mahkemenin tahkim yerine göre belirlenmesi, eleştirilebilecek pek çok hadisenin yaşanmasına da mânidir. Zira tabiiyeti ne olursa olsun tahkimin taraflarınca bilinebilecek en yakın mahkeme, tahkim yeri mahkemesidir. Davalıya göre yapılacak belirleme, örneğin tahkim yeri olan İzmir'in bırakılıp talep edenin ve karşısındakinin kim olduğuna göre değişecek şekilde, farklı yer mahkemelerine başvurulmasını gerektirecektir. Buna karşın, İzmir Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurulur ve yetki ilk itirazında da bulunulmazsa o hâlde, kanundaki hüküm, fiilen tahkim yeri lehine değiştirilmiş olur ki, bu hâlde de, yetki ilk itirazının ileri sürülmesinin tahkim yargılamasına ne gibi faydalarının olacağı, son derece tartışmalı hâle gelir.

³¹⁶ Ayrıca bkz. **ALANGOYA/YILDIRIM /YILDIRIM, Tasarı, s. 217.**

Hollanda CCP Art. 1071 vd)³¹⁷. Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kurulmasının ardından, ülkemiz için de tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, benzer bir düzenlemeye gidilmesi; bu tip durumlarda, söz konusu mahkemelerin birer ilk derece mahkemesi olarak görev ifa etmesi, temyiz yolu açık olan hâllerde, temyizcinin yine Yargıtay'a yapılması, üzerinde ciddiyetle durulabilecek bir öneridir (ZPO §1062/I, V; 1065; *Tasarı* m. 414).

Görevli mahkeme, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, hazırlık çalışmalarından farklı olarak, Asliye Hukuk Mahkemesi şeklinde belirlenmiştir (*karş. I. Taslak m. 6; II. Taslak m. 3; III. Taslak m. 2*). Yani Kanunda, ayrıca ve açıkça yapılacak bir belirleme ile görevli mahkemenin özel olarak *Asliye Ticaret Mahkemesi* olması şeklindeki tercihten imtina edilmiştir. Bu durumda, tahkimle ilgili meseleler bakımından açılacak davanın *mutlak ticari dava* şeklinde vasıflandırılması olası değildir (TTK m. 5/II). Kanımızca, söz konusu yargılama bir nispi ticari dava olarak da vasıflandırılmaz. Zira tarafların her ikisinin de tacir olabilmesine karşın, çekişme, tarafların ticari işletmesiyle ilgili değildir; mahkemeler önündeki tahkimle ilgili uyuşmazlık, tarafların ticari işletmeleriyle ilgili bir çekişmenin *nasıl* çözümleneceği konusunda yapmış oldukları bir başka-özel anlaşmanın (*tahkim anlaşmasının*) icrasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle örneğin, Asliye Ticaret Mahkemesi önünde görülmekte olan yargılamalarda, *işbölümü ilk itirazı* ile karşılaşılması mümkündür (TTK m. 5/III)³¹⁸.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi uyuşmazlıklar bakımından, görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi şeklinde belirlenmesinin, özellikle yapılacak yargılamalar bakımından, bir başka özelliği daha bulunmaktadır. Asliye Hukuk Mahkemelerinde, kural olarak, *yazılı yargılama usulü* uygulanır. Her ne kadar, HUMK'un 507/I, b. 1. ve 176/I, b. 8. maddelerinde düzenlenen hususlarla ilgili olarak basit yargılama usulünün uygulanacağı düzenlenmişse de, bunun milletlerarası tahkime ilişkin uyuşmazlıklarda geçerli olması, beklenmemelidir. Zira HUMK'un 176/I, b. 8. maddesi hükmü, doğrudan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun *tahkim babına* göndermede bulunmuştur. Öte yandan, HUMK'un 507/I, b.2 maddesi hükmü, mahkemenin, tarafları dinlemek veya dosya üzerinden karar vermek konusunda takdir hakkının bulunduğu durumlarda, ayrıca bir başka yargılama usulü öngörülmediği sürece, basit yargılama usulünün geçerli olacağını düzenlemiştir. Bu hükmün, mahkemelerce uygulanacak yargılama usulü konusunda, ayrıca bir düzenlemeye gidilmemesi nedeniyle (**MTK m. 17/I**) Milletlerarası Tahkim Kanunu için de geçerli olması gerekir. Şu

³¹⁷ ROTH, s. 1185, 1186; HENN, s. 176; ALANGOYA/YILDIRIM /YILDIRIM, *Tasarı*, s. 217. Ayrıca bkz. Giriş, II, B, 3, a, s. 42, dn. 168.

³¹⁸ Benzer şekilde, İcra ve İflas Hukuku'nda geçerli *tasarrufun iptali davalarıyla* ilgili olarak da aynı sonuca varılmaktadır (KURU B. İcra ve İflas Hukuku, C. IV, İstanbul 1997, s. 3542, 3543). *Karş. PEKCANITEZ, Geçici Hukuki Koruma*, s. 138; AKINCI, s. 69.

hâlde, örneğin, kanunun 7/B/III. maddesi gereği, hakem tayin edecek mahkemenin, *şayet tarafları dinleyecek olması durumunda*, basit usulde yargılama yapacağını söylemek mümkündür. Buna karşın, aynı kanunun 7/D/III; IV. 7/F/II veya 10/B/II. maddelerine göre mahkemenin müdahalesi gerektiğinde, *duruşma açıp açmama konusunda, herhangi bir takdir hakkına yer verilmediğinden*, yazılı yargılama usulünün uygulanması (*karş.* Tasarı m. 320/I, f); duruşma açılması ve bilinen dava usulünde yargılamanın sürdürülmesi gerekir. Aynı şekilde, Kanun'un 7/H/V. ve 15. maddelerinde geçerli olan iptal davaları bakımından; şayet duruşma açılacaksa, basit yargılama usulüne tabi olunması gerekir (*karş.* ZPO §1063/I, II). ***İptal davaları yönünden duruşma açmayabilecek olan mahkemenin, tahkimdeki sürenin uzatılması konusunda, duruşma açmak zorunda kalmasını anlamak ve gerekçelendirmek hayli güçtür.***

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 529. maddesine göre iç tahkimde, tahkim süresinin uzatımı, mahkeme reisi tarafından yapılacak olup söz konusu karar, bir mahkeme kararı niteliğinde görülmediğinden temyizi de mümkün değildir (*karş.* HUMK m. 536)³¹⁹. Böyle bir usul, Fransız hukukunda, hâlâ geçerlidir (NCPC Art. 1457; 1493); hakem heyetinin teşekkülünde, tahkimdeki sürenin uzatılmasında yahut hakemlerin reddinde, *en référé* usulü (*toplu mahkemelerde sadece bir hâkimin huzurunda, acele muhakeme*³²⁰ usulüne tabi olarak *derhâl icrası kabil ve şayet düzenlenmişse istinaf mahkemesince de denetlenmesi mümkün emir ve kararların verilmesi usulü*) uygulanacak olup *mahkeme başkanınca* verilecek karar kesindir (*karş.* NCPC Art. 1457/II)³²¹. Benzer bir örneğe, İsviçre hukukunda rastlanmaktadır. PIL Art. 179/III'de geçerli olduğu üzere, mahkeme, (*summarische Prüfung*) acele muhakeme sonunda, tahkim anlaşmasının geçersizliğini tespit etmedikçe, hakem tayin etmeye *meçburdur*; verilen karar kesindir. Alman kanununa göre, aksi kararlaştırılmamış ise tahkim yeri istinaf mahkemesi, tahkimle ilgili meselelerde duruşma açıp açmamakta serbesttir, *lakin diğer tarafa hukuki dinlenilme hakkı tanınır*. Karar, *Beschluß* şeklindedir. Ne var ki, hakem kararının iptali talep edildiğinde yahut ZPO §1059/II'deki sebeplerin tahkiki gerektiğinde, duruşma açılması

³¹⁹ İBK, 6.6.1956, 3/11, *RG. 16.8.1965, S. 9383*. Bu türden kararların, ancak esas hakkındaki hakem kararı ile birlikte temyiz edilebileceğine ilişkin bkz. **KURU**, s. 6066; **ÖZBAY**, s. 138; **DAYINLARLI K.**, HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim (m. 516-536), 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 109, 110.

³²⁰ Seçilen terminoloji için bkz. **ÜSTÜNDAĞ S.**, İhtiyati Tedbirler, Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri, İstanbul, 1981, s. 5, 45

³²¹ Bu hâlde verilen bir karar, aslında içerdiği benzerliklere rağmen bir *ordonnance de référé* yani geçici hukuki koruma yargılaması sonucunda verilmemektedir. Bu nedenle aciliyet, yapılacak yargılamanın bir unsuru olmadığı gibi aslında, hâkim de uyuşmazlığın esası hakkında bir karar vermektedir. Hâkimin verdiği karar, NCPC Art. 1444/III'de düzenlenen durum saklı kalmak kaydıyla denetime tabi değildir. NCPC Art. 1457 ile yapılmak istenen, sadece tahkimle ilgili öngörülen işlerin, mahkeme başkanı veya onun yetkilendirdiği hâkimlerden birinin *juge d'appui* sıfatıyla belli bazı farklılıklara karşın temelde *en référé* usulüne göre çekişmeyi süratle ve hızla çözüme kavuşturmasıdır (**DELVOLVÉ /ROUCHE/POINTON**, s. 88, 89).

zorunludur (*karş. MTK m. 15/A/VI*). ZPO §1032; 1040; 1059; 1060 vd hükümlerinde düzenlenenler dışında, verilen kararlar, kesindir. Görüldüğü kadarıyla mahkemeler önünde, tahkimle ilgili meseleler yönünden gerek yargılamadaki hız gerekse mahkeme müdahalesine yönelik sınır, şu üç şekilde sağlanmak istenmektedir:

Ya mahkemelere duruşmalı inceleme yapıp yapmama konusunda serbestî tanınmaktadır; evrak üzerinden de yargılama yapılmasına izin verilmektedir.

Ya acele muhakeme usulü tercih edilerek, ispatı gereken hususlarda, ispat ölçüsü düşürülmektedir; başvuru sahibinin işi kolaylaştırılmakta; mahkemece yapılacak tahkikatın kapsamı daraltılmaktadır.

Yahut sıklıkla da yapıldığı üzere mahkeme kararının kesin olduğu, bir kez daha denetlenmeyeceği, özellikle de temyiz yoluna tabi olmadığı, hüküm altına alınmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından ise, mahkeme müdahalesinin gerektiği her durumda, bilinen dava usulüne uygun olarak (*acele muhakeme şeklinde değil*) yargılama sürdürülmektedir. Ne var ki, bu esnada, *ya* kimi zaman duruşma açılmayabileceği (**MTK m. 7/B/III; 15/A/VI**), ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir *ya da* çoğu kez verilen kararların kesin olduğu vurgulanmıştır (**MTK m. 7/B/I, II; 7/D/III, IV; 7/F/II; 10/B/II; karş. MTK m. 15/AVII**). **Ancak, her hâlükârda verilen karar, kesin hüküm etkisine sahiptir.** Oysa bir görüşe göre, *ne* mahkemelerin tahkimle ilgili olarak yaptıkları her türden faaliyetin bir yargılama olduğunu söylemek doğrudur (**MTK m. 12/B; PIL Art. 179/III**) *ne de* mahkemelerce verilmesi beklenen kararların her şart altında, *kesin hüküm* etkisine sahip olmasının gerektiği, düşünülmektedir. Örneğin, mahkemece atanan hakemin daha sonra tarafların ortak kararı ile görevinden alınabildiği yahut mahkeme kararı ile uzatılan tahkim süresinin aksinin daha sonra taraflarca kararlaştırılabileceği; kısaltılıp yahut daha da uzatılabileceği dikkate alındığında, bu esnada verilen mahkeme kararının kesin hüküm etkisine sahip olmasının gerektiğinden bahsetmek mümkün müdür³²²? Madem ki, nihai karar öncesi dönemde mahkemelerin tahkim içerisindeki rolü, tahkimi desteklemek, ona yardımcı olmaktır; **denetim ise ikinci plandadır** ve dahası, tahkim anlaşması geçersiz dahi olsa buna karar verecek olan, **öncelikle** hakemlerin kendisidir (*özellikle bkz. MTK m. 4/II; 7/H*), o

³²² Bahsedilen hususların, mahkeme kararının ardından yaşananlara ilişkin olması nedeniyle kesin hüküm sonucuyla çatışmadığı ileri sürülebilirse de, özellikle hakem tayini sırasında, tarafın ileride atanacak hâkimi, reddetmesinin mümkün olup olmadığı noktasında, sorunun düğümlendiği görülecektir. Taraf, hakem tayini sırasında, bilmekte olduğu red nedenlerini ileri sürmek zorunda mıdır? Aksi durum, hak düşümü yaptırımı ile karşılaşacak mıdır? Bu hâlde, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin de ileri sürülmesi gerekli midir/mümkün müdür? Mahkemece verilen karar, atanan hakemin artık reddedilmeyeceği; tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği anlamına mı gelmektedir? Şayet öyle ise bu durumda, hakem tayininin başlı başına bir yargılamaya dönüştüğünden bahsetmek gerekir.

*hâlde, asıl olan, hakemlerin bir an evvel seçimi, tahkim yargılamasının gecikmeksizin başlatılması ve hızla sürdürülerek tamamlanmasıdır*³²³.

D- Mahkeme Müdahalesinin Derdest Tahkim Yargılamasına Etkisi Meselesi

Modern tahkim kanunları, genelde, örneğin tahkim itirazı veya hakemin reddi gibi tahkim ile ilgili bir çekişmenin mahkemeler önünde görülmesine karşın tahkim yargılamasının başlatılmasını, sürdürülmesini ve hatta teoride, hükümlerle sona erdirilmesini mümkün görmektedir (Model Kanun m. 8/II; 13/III; 16/III; ZPO §1032/III; §1037/III; 1040/III; *karş. MTK m. 7/D/III; 7/D/IV; 7/F/II*)³²⁴. Böylece, mahkeme müdahalesinin taraflarca, tahkimin geciktirilmesi veya oyalanması amacıyla bir taktik olarak kullanılmasının, önüne geçilmek istenmektedir³²⁵. **Benzer içerikte bir hükme, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer verilmiş değildir.** Örneğin:

- a) Tahkim itirazının yapılmış olmasının, tahkim yargılamasının başlatılmasına bir engel teşkil edip etmediği (**MTK m. 5/I**; *karş.* Model Kanun m. 8/II; ZPO §1032/III; *I. Taslak m. 8/II; Tasarı m 417/II*);
- b) Hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili bir karar vermeleri hâlinde ve bunun denetlenmesi sırasında, yargılamaya kalındığı yerden devam edip edilmeyeceği (**MTK m. 7/H**; Model Kanun m. 16/III; ZPO §1040/III; *I. Taslak m. 16/III; II. Taslak m. 13/III; III. Taslak m. 13/IV*);
- c) Hakemin reddine ilişkin talebin mahkemelerce görüldüğü esnada, reddi istenen hakemin yahut onun da dâhil olduğu bir heyetin yargılamayı sürdürüp sürdüremeyeceği (**MTK m. 7/D/II-V**; *karş.* Model Kanun m. 13/III; ZPO §1037/III; *I. Taslak m. 13/IV*),

düzenleme boşluğu da dikkate alındığında ülkemiz açısından, bir hayli önemli konular hâline gelmiştir. Uygulamada karşılaşılabilecek sorunlardan biri de, anılan türde bir çekişmenin görüldüğü esnada, aynı mahkemedен, derdest tahkim yargılamasının *tedbiren* durdurulmasının istenmesinin mümkün olup olmadığıdır³²⁶.

³²³ **BUCHER**, s. 30.

³²⁴ Model Kanun'un özellikle 8/II. maddesi, *lis alibi pendens* derdestlik meselesiyle ilgilenmekte olup mahkemeler önünde ve özellikle uyuşmazlığın esasıyla ilgili yargılamaya rağmen, tahkim yargılamasının başlatılıp devam ettirilebileceğini, düzenlemektedir. Hükümün uygulama alanı, evrenseldir (Model Kanun m. 1/II) (**BERAUDO**, *Case Law*, s. 101).

³²⁵ **BINDER**, s. 65, 66; 114; **KERR**, *Arbitration*, s. 135, 136. Ayrıca bkz. **HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 407.

³²⁶ İngiliz hukukunda, önceki dönemde geçerli olan, tahkimle ilgili bir çekişmenin mahkemelere taşınması durumunda, tahkim yargılamasının da kendiliğinden duracağına ilişkin anlayış ve içtihatlar, (1996 AA § 67/II) yeni kanunla birlikte, bertaraf edilmiştir (**KERR**, *Model Law*, s. 387). HUMK'un 519. maddesine göre açılan davalar (*karş. ZPO eski §1037*) devam ederken hakemlerin tahkim yargılamasına başlamalarının veya yargılamaya devam edip hüküm vermelerinin sakıncalı bir duruma yol açmadığına ilişkin bkz. **ALANGOYA**, s.

Yukarıda sözü edilen hâllerde, tahkim yargılamasına devam edilebileceği konusunda bir düzenleme getirilmemişse de, tahkim yargılamasının kendiliğinden duracağına yahut *tedbiren* durdurulabileceğine ilişkin bir hükme de yer verilmiş değildir (*karş.* Model Kanun m. 5). Çalışmaya esas aldığımız ülke hukukları, özellikle mehzamız sayılan UNCITRAL Model Kanunu ile İsviçre hukuku³²⁷ dikkate alındığında ve çoğunlukla tam aksi yöndeki düzenlemelerin varlığı karşısında, ülkemiz açısından da böyle bir usulün geçerli olmaması gerekir (*karş.* HUMK m. 519)³²⁸. Örneğin, Model Kanun'un 8/II. maddesine eklenmek istenen, mahkemelerin derdest tahkim yargılamasını *tedbiren* durdurabilme yetkisi, hem reddedilmiş hem de taslaktan çıkarılmıştır. Bu, mahkemelere, tahkim yargılamasıyla ilgili hiçbir *üstünlük* tanımamak yönündeki genel eğilimin bir sonucu olarak görülmüştür³²⁹.

E- Hakem Kararlarına Karşı Geçerli Kanun Yolları

Hukukumuzda, 5236 Sayılı Kanunla birlikte istinaf yolu düzenlenmiş; temyiz ise yeniden ele alınmıştır. Buna göre 5236 Sayılı Kanun ile değişik 427. madde uyarınca, *hakem kararlarına karşı, temyiz yoluna başvurulacaktır*. Hükümet gerekçesi dikkate alındığında, arzu edilenin, hakem kararlarının istinaf denetimine tabi tutulmasının önüne geçmek olduğu anlaşılmaktadır. Zira söz konusu Hükümet Gerekçesinde, hakem kararlarının niteliği gereği istinaf denetimine tabi tutulamayacak kararlardan olduğu; aksi düşüncenin kabulünün Bölge Adliye Mahkemelerince hakemlerin yerine geçilerek yeniden yargılama yapılması anlamına geleceği; hakem kararları yönünden uygun denetimin ise ancak temyizle sağlanabileceği belirtilmiştir. *Bunun bizimle olan ilgisine gelince*: Sonraki genel kanun niteliğinde olan 5236 Sayılı Kanun ile değişik HUMK'un 427. maddesinde, hakem kararları arasında, bir ayırım yapılmış değildir. Yani, kanunun uygulama alanına dâhil hakem kararları bakımından, bunların mutlaka, uyuşmazlığın esasına ilişkin olması şart değildir. Örneğin, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/D/III. maddesine göre hakemlerden birinin reddi, öncelikle hakem heyetinden talep edilecek; red talebinin reddi üzerine, ilgili kanuna göre, Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurulacaktır. Soru şu şekildedir: Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi bir tahkimde, örneğin verilen olayda, görevli mahkeme artık neresidir? Cevap iki şekilde olabilir:

128, 134; TAŞKIN A., Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, II Gazi ÜHFD 1998/1-2, s. 116, 117. Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 950; KURU, s. 5986; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 618; ŞANLI, s. 248; PEKCANITEZ/ATALAY /ÖZEKES, s. 650.

³²⁷ PIL Art. 190/III kapsamında yapılacak denetimin (PIL Art. 186/III), derdest tahkim yargılamasını sekteye uğratan herhangi bir yönü yoktur (SAMUEL, *Swiss Law*, s. 43).

³²⁸ BROCHES, *Commentary*, s. 50. Ayrıca bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, *Tasarı*, s. 226.

³²⁹ MELIS, *Courts*, s. 92.

- a) Önceki özel kanun gereği, asliye hukuk mahkemesi hâlâ görevli mahkemedir (**MTK m. 3/I; 7/D/III**). Yapılan başvuru, uyuşmazlığın esasına ilişkin olmayıp tahkim yargılamasına özgü, son derece teknik bir hadiseyle ilgilidir.
- b) 5236 Sayılı Kanun ile değişik HUMK'un 427. maddesi (*milletlerarası tahkim meselelerinde*), her ne kadar genel kanun niteliğinde ise de, aynı zamanda *sonraki* kanundur. Bu esnada, ilgili hükmün, *hakem kararlarının denetlenmesi konusunda sınırlı kalmak kaydıyla* milletlerarası tahkim meseleleri için de **özel kanun** olarak kabul edilmesi mümkündür.

Söz konusu değişiklik, hiçbir ayırım getirmeksizin, milletlerarası tahkimi de hariç tutmaksızın (*karş.* 5236 s.K ile değişik HUMK m. 428), sanki ülkede, tahkimle ilgili bir tek usul kanununun hükümleri varmışçasına, **hakem kararlarına karşı** (*karş.* **MTK m. 7/D/III**) geçerli olan denetim usulün sadece temyiz olduğunu hükme bağlamaktadır. **Sonraki genel kanunun sınırlayıcı niteliği dikkate alındığında, hâlâ önceki özel norma itibar etmek mümkün müdür?**

Sorunun çözümü, kanun koyucunun yeni tarihli genel yasayı çıkarırken hangi amacı taşıdığına tespitiyle ilgilidir. Yani, kanun koyucunun, eski özel yasada düzenlenen meseleyi, bu sefer genel bir yasa içerisinde ele alıp o hukuki mesele ya da kuruma karşı, yeni bir bakış açısı getirmek isteyip istemediğinin belirlenmesi gerekir. Şayet burada, kanun koyucuya atfen geliştirilmek istenen yeni bir bakış açısı tespit edilir, menfaatler dengesinin yeniden kurulmaya çalışıldığı anlaşılırsa o hâlde artık genel de olsa yeni kanuna; aksi hâlde eski de olsa özel kanuna itibar etmek gerekecektir³³⁰. Hükümet gerekçesinden, düzenlemenin aslında, tümüyle HUMK'un 533. maddesini dikkate aldığı anlaşılmaktadır. Zaten, usul kanunu içerisinde, hakemlerce verilen, mahkemelerce de denetlenebilen başkaca bir karar türü, yoktur. Hükümet gerekçesine göre hakemler, sadece uyuşmazlığın esasına ilişkin karar verebildiklerinden (*ki bu usul, kanuna tabi tahkimler için doğru bir tercihtir*); bunun da istinaf yoluna tabi tutulmaması gerekir. Görüldüğü üzere, kanun koyucunun, **milletlerarası tahkime ilişkin ne olumlu ne de olumsuz hiçbir iradesi yoktur**. Oysa Milletlerarası Tahkim Kanunu bağlamında hakemler, örneğin hem kanunun 7/D/III. maddesine hem de 15. maddesine (*ayrıca bkz. MTK m. 7/H/V*) uygun olarak karar verebilmektedirler. Hükümet gerekçesinde uyuşmazlığın esasıyla ilgili kararlar bakımından getirilmek istenen ayırım dikkate alındığında, *red talebinin reddine* ilişkin karara karşı, bir hakem kararı olmakla birlikte, asliye hukuk mahkemesine gidilmesi gerekirken; Hükümet gerekçesinde de arzu edildiği üzere

³³⁰ **AKİPEK J./AKINTÜRK T.**, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul, 2002, s. 108.

uyuşmazlığın esasına ilişkin hakem kararının, temyiz yoluna mı tabi tutulacağıın üzerinde, ayrıca durmak gerekecektir. Bir başka anlatımla soru, artık şu şekilde sorulmalıdır: Milletlerarası tahkimde, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlenen ve hakem kararlarına karşı *sadece* iptal davası açılabilmesine ilişkin hüküm, 5236 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından hâlâ geçerliliğini muhafaza etmekte midir?

Öğretide, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi hakem kararlarına karşı, geçerli olan yolun, hâlâ iptal davası olduğu ileri sürülmüştür³³¹. Oysa savunulabilecek karşı görüşe göre ise, artık bu yegâne yol, milletlerarası tahkim için bir ayırım getirilmediğinden ortadan kaldırılmış; iptal davası yoluna son verilerek özellikle uyuşmazlığın esasını ile ilgili nihai hakem kararları bakımından, tekrar *-doğrudan-* temyiz incelemesinin geçerli olduğu, hükme bağlanmıştır. Kanun koyucunun, iptal davaları yoluyla uyuşmazlığın zaten esasının denetlenmediğini; kaldı ki, hakem kararının iptali sebeplerinin usul kanunda düzenlenenlerden daha dar ve teknik olduğunu (*karş.* HUMK m. 538; MTK m. 15/II; İçBK 28.1.1994, 4/1³³²) düşünüp düşünmediğini, bilmiyoruz. Ancak, *ne* kanunun lafzı *ne de* gerekçesi, böyle bir hükmün milletlerarası tahkimde geçerli olmayacağına ilişkin bir açıklık içermemektedir. Üstelik kanunun lafzı da, hakem kararlarına karşı, "*sadece*" temyiz yolunun geçerli olduğuna yöneliktir. Lakin yukarıda, sonraki genel yasa ile önceki özel yasa arasında kurulacak ilişki bakımından, sonraki genel yasanın önceki özel yasa ile zaten düzenlenmiş olan hukuki ilişki hakkında yeni bir bakış açısı, menfaatler dengesi getirip getirmediğinin araştırılması gerektiği vurgulanmıştı. Şu hâlde, *kanımızca*, sorunun çözümünde geçerli olan yorum, *şayet HUMK'un yeni 427. maddesi, milletlerarası tahkim için de geçerli olsaydı, bunun hükümde ayrıca düzenlenmesi gerekirdi* şeklindedir. **Yani, önceki özel yasada, milletlerarası tahkim uygulaması ile taban tabana zıt; bu denli köklü bir değişiklik yapma iradesi, sonraki genelden anlaşılacağı sürece, eski özel yasa, geçerliliğini muhafaza edecektir.** Bu anlam bütünlüğü içinde, *ne* kanunun lafzının *ne* gerekçesinin milletlerarası tahkimi de içerdiği konusunda, hiçbir sonuca varılamamaktadır.

Bu bağlamda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 17/I. maddesinin hükmü de gözden uzak tutulmamalıdır. Burada, *önceki özel yasada düzenlenen konularla ilgili olarak*, ayrıca ve açıkça bir göndermede bulunulmadığı sürece, genel yasa niteliğinde olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun *ve doğal olarak sonraki değişikliklerinin* milletlerarası tahkim için geçerli olmadığı vurgulanmıştır. **Böylelikle önceki özel yasa, genel yasayla olan bağlantısını neredeyse koparmış; kendisi bir ilinti kurmadığı sürece, genel yasanın kendisiyle bir ilgi**

³³¹ YILMAZ E., İstinaf, Ankara, 2005, s. 74.

³³² RG. 13.4.1994, S. 21904, s. 5-20.

kurmasını istememiştir. Kaldı ki, kanunun ilgili hükmü (**MTK m. 17/I**), genel yasanın belli bir zamandaki durumu dikkate alınarak düzenlenmiş de değildir. *Kanımızca da* ve fakat açıkladığımız bu gerekçelerle Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesine tabi olan hakem kararları, 5236 Sayılı Kanun ile değişik HUMK'un 427. maddesiyle –*doğrudan-temyiz* yoluna tabi tutulmuş değildir.

F- Milletlerarası Tahkimde Müdahaleye İlişkin Mahkeme Kararların Kesin Olması

Millî tahkim kanunları, milletlerarası tahkimde, mahkeme müdahalesinin sınırlandırılması yanında, böyle bir müdahalenin olası engelleyici, bozucu, çok daha genel anlamda olumsuz bir takım yargısal sonuçlarının mümkünse ortadan kaldırılması, ancak her şekilde asgari düzeyde tutulması amacıyla söz konusu *yargısal müdahalelerle* ilgili bazı özellikler daha öngörmüştür. Modern kanunlar, tahkimle ilgili mahkemelerce hükmedilen kararlara karşı denetim (temyiz) yolunu *ya* tamamen kapatmışlar *ya* da önemli ölçüde kısıtlamışlardır (**MTK m. 7/B/III; 7/D/IV; 7/F/II; 10/B/II**). Örneğin, Model Kanun'un 11/V; 13/III; 14/I; 16/III. maddelerine göre hakemlerin atanması veya reddi ile yargı yetkileriyle alakalı (*Kompetence-Kompetence*) mahkeme kararları, temyiz edilemez (*ayrıca bkz.* 1996 AA §17/IV; 18/V; 24/VI; ZPO §1065/I). Bütün bunlar, ***bu ve benzeri tali yargılamaların, başlı başına bir çekişmeye dönüşmesini; asıl yargılamanın yerine geçmesini engellemeye yöneliktir***³³³.

Bu noktada, özellikle Model Kanun bakımından bir açıklık getirmek gerekir. Model Kanunu'nun 6. maddesi, özellikle aynı kanunun 11/III., 11/IV., 13/III., 14., 16/III ve 34/II. maddeleriyle ilgili meselelerin çözümünde, Model Kanunu'nu benimsemiş ülkelere, hangi mahkemelerin yahut bu konuda özel görevli hangi *organ* veya *makamın* (örneğin *ülkede kurulu bulunan tahkim kurumlarının*) yetkili olacağını belirleme imkânı, tanımaktadır³³⁴. Buradaki düzenlemeden iki temel sonuca varmak mümkündür: Bunlardan ilkinde göre, tahkimle ilgili uyuşmazlıkların belli ve mümkünse de özel görevli bir organ yahut mahkeme huzurunda çözümü sağlanmalıdır. Bu şekilde, milletlerarası tahkimle ilgili tüm uyuşmazlıklar

³³³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 359; CHUKWUMERİJE, s. 177.

³³⁴ SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 66; BROCHES, *Commentary*, s. 36, 37. Dikkat edileceği üzere Model Kanun'un 6. maddesi, mahkeme müdahalesini gerektiren tüm hâlleri kapsamamaktadır. Söz gelimi, aynı kanunun 27. maddesi yahut 35 ve 36. maddeleri, burada düzenlenmiş değildir. Model Kanun'un 6. maddesi, doğrudan tahkimle mahkemeler arasındaki ilişkiyi esas almaktadır ki, *yer* itibarıyla yetkili mahkemenin de örneğin *tahkim yeri* esas alınarak belirlenmesi, son derece doğaldır. Oysa Model Kanun'un 27. maddesi yönünden toplanmasına yardımcı olunacak delillerin bulunduğu yer mahkemesinin yahut hakem kararının tanınması/tenfizinde, hüküm borçlusunun mallarının bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması daha uygundur. Yine Kanunun 8. maddesi yönünden ülke içindeki tüm mahkemeler, doğal olarak yetkilidirler (HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 240, 241).

belli bir yerde toplanmış olacaktır³³⁵. İkincisi ise özellikle mahkemeler dışındaki *makam-organların* da tahkimle ilgili uyuşmazlıkların çözümünde yetkilendirilebilmeleri; mahkemeler teşkilatı içinde, özellikle toplu mahkemelerde, *başkan* yahut *üyelerden birinin* de anılan uyuşmazlıkların çözümünde görevlendirilebilmeleri mümkündür³³⁶. Bu sayede, hem tarafların, hakemlerin vermiş oldukları kararlara mecbur edilmesinin önüne geçilmekte hem de taraflar arasındaki çekişmenin, mutlaka *mahkemeler* önünden görülmesi şartı ortadan kaldırılmaktadır. Bu esnada örneğin, hakem tayini sırasında yahut hakemin reddine karar verilirken; söz konusu kararların bir kez daha denetlenmesinin önüne geçilmiş ancak denetlenemeyecek bu kararların tıpkı mahkeme kararları gibi kesin hüküm etkisine de sahip olup olmayacağı, düzenlenmemiştir. *Kanımızca*, Model Kanun'da düzenlendiği gibi “...shall be subject to no appeal..” gibi bir ifadeyle (Model Kanun m. 11/V, 13/III; 14/I; 16/III) örneğin kanunumuzda kullanıldığı şekliyle “....verdiği kararlar kesindir...” (MTK m. 7/B/IV; 7/D/IV; 10/B/II) gibi bir ibare, hukuken her zaman aynı anlama gelmemektedir³³⁷. Fark, özellikle bir *yardımin* (veya *denetimin*) gerektiği yerde, bu yardımı verecek olanın, mahkeme yahut herhangi bir makam olması arasında rahatlıkla görülebilir³³⁸. Kanunumuz yönünden, salt hakem tayinine ilişkin bir meselenin mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi ve verilecek kararın da kesin olduğunun düzenlenmesi nedeniyle söz konusu kararın, *aksi de öngörülmediği sürece* (karş. HUMK m. 529), bir yargı kararı olduğunda; üst mahkemelerce denetlenmeyeceğinde ve hatta kesin hüküm etkisine sahip olduğunda, tereddüt etmemek gerekir. Oysa aynı yardımın, mahkemeler dışındaki herhangi bir kurum yahut makam tarafından verilmesi hâlinde, tıpkı Model Kanun'da kullanıldığı şekliyle geçen bir ibare, ancak söz konusu kurum kararının bir kez de mahkemelerce denetlenmesinin mümkün olmadığı anlamına gelir; yoksa kesin hüküm etkisini de beraberinde getirmez. İlginçtir, hakem kararlarının iptaline ilişkin çekişmelerin, tahkim yeri mahkemelerinde görülmesi gerektiğinde tereddüt edilmez (Model Kanun m. 1/II); ancak anılan uyuşmazlığın mutlaka mahkemelerce çözüme kavuşturulması da gerekli görülmez (Model Kanun m. 6). Ne var ki, verilen bu yöndeki karar, denetimsiz bırakılmamış; bir kez de

³³⁵ Bununla tüm ülkede, sadece tek bir mahkemenin görevli olması anlaşılmalıdır (BROCHES, *Commentary*, s. 37).

³³⁶ Bu yöndeki bir hükmün kabulünde, Sovyet delegenin önerisi etkili olmuştur. *Ayrıntısı için bkz. BROCHES, Commentary*, s. 37; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 241, 242. *Ayrıca bkz. GRANZOW*, s. 82; CALAVROS, s. 39.

³³⁷ *Ayrıca bkz. CALAVROS*, s. 94; BİRSEL/BUDAK, s. 228, 229.

³³⁸ Temyize ve diğer kanun yollarına başvuru imkânının olmaması sayesinde, yargının hızlanacağı kabul edilir. Kararın kesin olması şeklindeki bir sonuç, öğretide, onun *idari niteliğiyle* de açıklanabilmektedir. Bu nedenle taraflar, aynı hakemi daha sonra reddetmekte veya söz konusu hakemin kararının iptalini isteyebilmektedirler (GRANZOW, s. 105-107). *Ayrıca bkz. DEREN-YILDIRIM*, s. 60.

mahkemelerce konu edilmesi mümkün görülmüş (Model Kanun m. 34/II); örneğin hakem tayininden farklı kurallara tabi kılınmıştır.

Mehazımız da olan Model Kanun'un anılan bu özelliğinin, başarıyla ülke hukukuna alındığını söylemek mümkün değildir. "...shall be subject to no appeal.." gibi ibarenin, "...verdiği kararlar kesindir." şeklinde çevrilmesi, Model Kanun'un öngörmediği bir sonucun, doğmasına neden olmuştur.

Milletlerarası Tahkim Kanunu bağlamında, mahkemelerin tahkimle ilgili bazı meseleler hakkında verecekleri kararların kesin olduğu düzenlenmiştir. Oysa ki, özellikle sonraki genel kanun niteliğinde olan HUMK'un 5236 Sayılı Kanun ile değişik 426/A maddesine göre, ilk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı gidilebilen istinaf yolunun Milletlerarası Tahkim Kanunu için de geçerli olup olmadığını; geçerli ise hangi türdeki kararlar için geçerli olduğunun belirlenmesi gerekecektir. Bu noktada, bir ayırım yapılabilir:

- a) i) Tahkim yargılamasıyla ilgili olarak doğrudan mahkemeye yapılan başvurular ile (**MTK m. 7/B/III; 7/D/IV; 7/F/II; 10/B/II**); ii) Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/D/III. maddesine göre önce hakeme, ardından mahkemeye yapılan başvurular. Bu ihtimalde kanun, mahkeme kararlarının kesin olduğunu ayrıca ve açıkça düzenlemiştir.
- b) Hakem kararına karşı gidilen iptal davası üzerine (**MTK m. 15/A/VII**), mahkemenin vereceği karara karşı gidilecek kanun yolu.

İlkinde (a), Milletlerarası Tahkim Kanunu, çok açık bir biçimde, mahkemelerce verilecek kararların *kesin* olduğunu, hükme bağlamıştır. Şayet, sonraki genel kanuna itibar edilecekse, o hâlde, önce bu hüküm ortadan kaldırılacak, ardından söz konusu mahkeme kararları için hem istinaf hem de temyiz yolu açılmış olacaktır (5236 s.K ile değişik HUMK m. 426/A; 427). Gerçi, hangi kararların istinaf yoluna tabi olduğu belirtilmiş; hatta diğer kanunlarda yer alan "temyize gidileceği" veya "Yargıtay'a başvurulacağı" şeklindeki ibarelerin, artık istinaf yoluna başvurulması gerektiği şeklinde kabul edileceği düzenlenmişse de hükmün içeriğine, milletlerarası tahkimin dâhil olup olmadığı, belli değildir. Mesele yine, sonraki genel kanun ile önceki özel kanun arasındaki çatışmayla ilgilidir. Bu hâlde, kabul edilecek ilkeye yukarıda değinmiştik. Yeni kanunun, verildiği anda kesin olan bu tip kararları, önce istinafa, ardından bir de temyize tabi tutmak istediği şeklinde bir amacı içerdiği, tarafımızca tespit edilememiştir. Gerçi, sonraki kanunun lafzı, istisna kabul etmeyecek açıklıkta, ilk derece mahkemelerinin her türlü uyuşmazlıkla ilgili nihai kararlarını içermekteyse de, özel kanunla düzenlenen milletlerarası tahkimde, bu denli, köklü bir değişiklik yapmak istendiği tespit edilmediği sürece, *önceki özel* kanuna itibar etmek, doğru

olur. Mahkemelerin milletlerarası tahkimle ilgili kararlarının kesin olduğuna ilişkin hükümler, *milletlerarası tahkimde geçerli olan, özel bir menfaatler dengesinin ürünüdür. Kanunun bîzatihî amacı, milletlerarası tahkimle ilgili meseleleri, ülkenin genel yasalardan ayrı, farklı, özel bir rejime tabî tutmaktır.* Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 17/I. maddesi, örneğin, bu iradeyi yansıtmaktadır. Bu nedenle kanımızca, ilk grupta yer alan kararlar, sonraki yeni kanuna rağmen, verildikleri anda kesindir; ne istinaf ne de temyiz yoluna tabidirler.

İptal davalarına ilişkin ikinci gruptaki mahkeme kararları bakımından, maalesef aynı kolaylık geçerli gözükmemektedir. Özellikle 5236 Sayılı Kanun ile değişik HUMK'un 426/A maddesinin 5. fıkrası dikkate alındığında, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinin 7. fıkrasının artık hiçbir geçerliliği kalmadığı, düşünülebilir. Bu hâlde, iptal davaları sonucunda verilecek mahkeme kararları, önce istinaf, sonra da temyiz yoluna tabî tutulmuş olmaktadır³³⁹. Özellikle ilgili hükmün "...diğer kanunlarda temyiz edilebileceği..." şeklindeki ibaresi ve anılan ibarenin Hükümet gerekçesinde de belirtilen, *bu yolla duraksamaların önlenmesi şeklindeki* gayesi dikkate alındığında, artık diğer "özel" kanunlarda yer alan temyiz yolunun istinaftan başka bir şekilde yorumlanması, mümkün gözükmemektedir. Ne var ki, *kanımızca*, 5236 Sayılı Kanun ile değişik Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin ve özellikle 426/A maddesinin milletlerarası tahkimde de geçerli olup olmadığı konusunda, geliştirdiğimiz yorumdan ayrılmayı gerektiren hiçbir neden yoktur. Özellikle Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 17/I. maddesinin açık hükmü dikkate alındığında, HUMK'un 426/A/V. maddesinin milletlerarası tahkim rejiminde bir değişikliğe sebebiyet vermesi mümkün gözükmemektedir. Özel kanunun kendisi, hem HUMK hem de bu kanunda yapılacak sonraki her türlü değişiklikle olan hukuki bağlarını, *-kendisi ayrıca ve açıkça kurmadığı sürece-* koparmış; zaman içinde, iç hukukta meydana gelecek değişikliklerinden kendini soyutlamıştır. Böylelikle millî tahkim kanununun sahibi olan devlet, milletlerarası tahkimin ve ticaretin aktörlerine, kendisi için milletlerarası tahkim meselelerinde, geçerli yegâne düzenlemenin bu kanun şeklinde olduğunu beyan etmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, yapılacak sonraki değişiklikler bir yana, iç hukuktaki başka kanunlarda yapılacak değişiklikler yoluyla milletlerarası tahkim rejimini de etkileyecek kimi sonuçlara sebebiyet vermek, ülkenin milletlerarası tahkime olan bakışının yeniden sorgulanmasını gerekli kılar. Yukarıda değinilen meseleyle ilgili olarak sonraki genel kanunun açık lafzı, diğer özel kanunları da etkileyecek genişlikteyse de *milletlerarası tahkimin* de bu kapsamda olduğu, tartışmaya açıktır. *Zira milletlerarası tahkim, yabancı unsurlu*

³³⁹ YILMAZ, s. 74.

meselelerin, iç hukuktan daha farklı ve daha özel bir rejime tabi tutulduğu alanlara örnektir; iç hukuktaki kanunların uygulama alanına dâhil olup olmadığı noktasında, ayrıca ve açıkça bahsedilmeyi gerektirmektedir; iç hukukun herhangi bir meselesiyle kendiliğinden aynı statüde değerlendirilmesi beklenmemelidir. Önceki özel yasanın, genel yasalar ve bu yasalardaki sonraki tarihlerde meydana gelecek her türdeki değişiklikten kendini soyutlamış olduğu gerçeği karşısında (MTK m. 17/I), iptal davaları için de kanımızca yegâne geçerli kanun yolu, hâlâ temyiz olmaktadır (MTK m. 15/VII). Aksi yöndeki bir değişikliğin yapılması gereken yer, *bunun milletlerarası tahkim hukuku ve uygulamasına uygun düşüp düşmeyeceği meselesi bir yana*, ancak bir özel kanun olan Milletlerarası Tahkim Kanunu'dur.

G- Mahkeme Müdahalesi-Tahkim Yeri İlişkisi

Milletlerarası tahkimde, mahkeme müdahalesi, çoğunlukla söz konusu meselenin belli ölçüde o ülkeyle olan bağlantısını, ilgisini gerektirir. Model Kanun ve onu izleyenler yönünden söz konusu bağlantı, öncelikle ve kural olarak, *tahkim yerinin* o ülkede bulunması yoluyla sağlanmaktadır (Model Kanun m. 1/II; ZPO§ 1025/I; ayrıca bkz. PIL m. 176/I; 1996 AA § 2; Hollanda CCP m. 1073/I)³⁴⁰. Mahkeme müdahalesini mümkün kılan diğer bağlanma noktaları, tarafların milliyeti, tahkime uygulanan hukuk, tarafların mutlak yerleşim yerleri veya iş yerlerinin bulunduğu yer şeklinde olabilmektedir ki, bunlar, özellikle tahkim yerinin henüz taraflarca belirlenmediği durumlarda, geçerlilik kazanmaktadır (*özellikle bkz. ZPO § 1025/III; Hollanda CCP m. 1073/II; 1996 AA §2; 3; NCPC Art. 1492/II*)³⁴¹.

Tahkim anlaşmasının yapıldığı esnada, taraflarca henüz tahkim yeri seçilmemiş, belirlenmemiş olabilir. Söz konusu tahkim, türü itibariyle bir kurumsal tahkim de değilse tahkimle ilgili meselelerin *-hakem tayini, geçici hukuki himaye tedbirlerine hükmedilmesi vb.-* nerede çözüleceği; daha açık bir ifadeyle hangi ülkede, hangi mahkemeler önünde görüleceği, önemli ve başlı başına büyük sorunlara neden olmaktadır³⁴².

Salt *mülklik prensibinin* esas alındığı bir durumda ve tahkim anlaşmasında da tahkim yerine ilişkin bir açıklığın bulunmaması ihtimalinde, söz konusu millî tahkim kanununun ve ülke mahkemelerinin anılan tahkimle ilgili meseleler yönünden yetkili sayılması, mümkün olmamaktadır. Oysa tahkimin yaşatılması ve korunması için tahkim kanunlarında yer alan ve

³⁴⁰ Tahkim yeri mahkemelerinin yargı yetkisine sahip olmaları bakımından çok farklı nedenler geliştirilmiştir. Bunlar, çoğu kez, tahkimin hukuki niteliğine göre şekillenmektedir: Tahkim yeri çoğu hâlde, söz konusu tahkime tabiiyetini kazandırmakta; onu millî bir tahkim hâline getirmekte ve yargısal işlev ön plana çıkarılarak ülke içindeki her eylem ve işlemin yargısal düzene tabi olmasından hareketle tahkimin de tahkim yeri mahkemelerinin yargı yetkisine dâhil edilmesi kabul edilmektedir (LY, s. 20).

³⁴¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 361. Ayrıca bkz. DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 82, 83; LY, s. 21.

³⁴² HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 37; BERGER, s. 110.

tahkimin lehinde olan hükümlerin, tahkim yerine ilişkin bir kayıt içermeyen veya tahkim yerinin söz konusu ülke dışında bir başka yer olarak belirlendiği tahkim anlaşmalarının tarafları için de geçerli olması, gerekebilir. Bu liberal ihtiyacı dikkate alan millî tahkim kanunları, *mülkiyet ilkesini* esneterek böyle hükümlere de yer verebilmektedirler (Model Kanun m. 1/II; ZPO §1032/III; **MTK m. 1/III**)³⁴³.

Alman hukuku yönünden esas olan, tahkim yerinin Almanya'da bulunmasıdır (ZPO §1025/I; ayrıca bkz. PIL Art. 176/I³⁴⁴). Ne var ki, kanunun §1032, 1033 ve 1050. paragraflarına ilişkin olarak, yani *tahkim itirazı; geçici hukuki koruma kararına hükmedilmesi* ve son olarak, *delillerin temini ile sair yargısal faaliyetler icrası konularında, tahkim yerinin henüz belli olmadığı yahut Almanya dışında bulunduğu hâllerde de*, mahkeme müdahalesi talep edilebilmektedir (ZPO §1025/II). Ayrıca, *tahkim yeri henüz belirlenmemekle birlikte, davacı veya davalının olağan yerleşim veya iş yerinin Almanya içinde bulunması hâlinde*, kanunun §1034, 1035 ve 1037 ile 1038. paragraflarında düzenlenen hükümlerin taraflarca tüketilmesi mümkündür; yani taraflar, hakem heyetinin teşekkülü ile hakemin reddi veya görevinden alınması ile ilgili olarak tahkim yeri henüz belirlenmemişse de Alman mahkemelerine başvurabilecektir (ZPO §1025/III). Yetkili mahkemeler, özellikle istisnai nitelikteki bu son iki ihtimal dikkate alınarak, şu şekilde, belirlenmiştir:

- a) Tahkim anlaşmasında yetkili kılınan, yoksa tahkim yerindeki İstinaf Mahkemesi, hükümde sayılan ve tahkimle ilgili meselelerde yetkilidir (ZPO §1062/I).
- b) Kanunun §1032. (tahkim itirazı, özellikle bkz. ZPO §1032/III), 1041. (hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma kararlarının mahkemelerce icrası) ve 1059 ile 1060 vd. (hakem kararlarının tenfizi) maddelerinde düzenlenen konularla ilgili olarak, *tahkim yerinin Almanya'da bulunmaması hâlinde*, davalının yerleşim veya iş yeri yahut çekişme konusu veya yargısal işlemde etkilenen mal varlığının bulunduğu yer İstinaf Mahkemesi, bunların da olmaması hâlinde, Berlin *Kammergericht* yetkilidir.
- c) Kanunun §1025/III. paragrafında sayılan hâllerle ilgili olarak, davacı veya davalının yerleşim veya iş yerinin bulunduğu yer İstinaf Mahkemesi yetkili olup (ZPO §1062/III)

³⁴³ BERGER, s. 108-110. Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 215.

³⁴⁴ İsviçre'nin, Fransız örneğinden daha farklı bir mülkiyet anlayışına sahip olduğu, sadece mahkemeleri yönünden değil; *hukuku yönünden* de tüm dünya için geçerli bir model kabul edilmek iddiasında olmadığı söylenebilir (PAULSSON, *Arbitration in Belgium*, s. 73 vd; LY, s. 22; DEMEULENAERE B., *The Place of Arbitration and the applicable law: The Case of Belgium*, *The Place of Arbitration*, ed. Marcel STORME and Filip De LY, 1992, s. 68 vd; PARK, *Commercial justice*, s. 695).

d) Kanunun §1050. paragrafında düzenlenen meseleyle ilgili olarak söz konusu yargısal işlem nerede icra edilecekse o yer ilk derece mahkemesi (*Amtsgericht*) yetkilidir (ZPO §1062/IV; *karş.* PIL Art. 183, 184)³⁴⁵.

Mülkilik ilkesine sadık kalan İngiliz hukukunda da, benzer içerikte hükümlere yer verilmiştir (1996 AA §2/II, III, IV; 105). Ne var ki, tahkim yerinin henüz belli olmadığı veya İngiltere’de olmadığı durumlarda, mahkemelerin tahkimle ilgili *hangi* meseleler yönünden yargı yetkisine sahip olacakları, Alman hukukunun aksine, mahkemeye çok daha geniş bir takdir hakkı sağlayacak şekilde düzenlemiştir. Burada, tahkime yönelik müdahale yönünden *içeriğe ilişkin* kural olarak bir sınırlama olmadığı gibi (1996 AA §2/IV), mahkeme, böyle bir müdahalenin icrasının uygun olup olmadığını, “...*the court is satisfied that it is appropriate to do so.*”, takdir etmek durumundadır. Söz konusu takdir hakkının değerlendirilmesi, mahkemelerce geliştirilecek geniş bir içtihat arşivinin de dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır³⁴⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından da kimi hükümlerin, tahkim yerinin yurt dışında bulunduğu, yani bir tahkim yerinin belli (*belirlendiği*) ve fakat bunun ülke dışında olduğu durumlarda, uygulanması mümkündür (MTK m. 1/III). Hükümün lafzı, başarılı değildir. Düzenlemeden, *sanki* tahkim yerinin belirlenmesi *faaliyetinin* Türkiye dışında gerçekleştirilmesi gibi bir anlam çıkmaktaysa da, kastedilenin bu olmadığı, açıktır. Söz konusu hüküm, ancak *belirlenmiş olan* tahkim yerinin Türkiye dışında bulunduğu **ve tahkime uygulanacak hukukun da Türk hukuku olmadığı, eş deyişle** tahkim yargılamasının Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi olmadığı tahkimler için uygulanabilir. Bu hâlde dahi hükümün uygulama alanı, emsallerine göre dardır (ZPO §1025/II, III; 1996 AA §2/II, III, IV; Hollanda CCP Art. 1073/II; NCPC Art. 1493/II). **Tahkim yerinin henüz belli edil(e)mediği hâllerde de Türk mahkemelerinin söz konusu tahkim ile ilgili kimi meseleler yönünden, milletlerarası yetkisinin bulunması yerinde olurdu** (*karş.* ZPO §1025/III). Hükümün içeriğiyle ilgili olarak sadece, aynı kanunun 5 ve 6. maddeleriyle yetinilmesi, belki Model Kanun’a (Model Kanun m. 1/II) uygundur ama özellikle millî kanunlar arasında, ideal-örnek bir milletlerarası tahkim kanunu olabilmek bakımından, emsallere uygun kimi diğer hükümlere de (*karş.* ZPO §1025/II, III; NCPC Art. 1493/II; 1996 AA §2/II, III, *belki de* IV) yer verilebilirdi. Gerçi, kanunun genel uygulama alanı dikkate alındığında, mülkilik ilkesi yanında, irade serbestisi kriterine de yer verilmiş olması nedeniyle tahkim yeri esasan

³⁴⁵ WAGNER, s. 777.

³⁴⁶ HARRIS/PLANTEROS/TECKS, s. 63, 64. Ülke ile herhangi bir ilginin olmaması, tahkime mahkemelerce müdahale edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmakta, an azından büyük oranda azaltmaktadır. Mahkemelerce kullanılacak takdir hakkına ilişkin bkz. *Bank Mellat v Helliniki Techniki SA* [1984] QB 291. Ayrıca bkz. Belçika Yargılama Usulü Kanunu [eski] m. 1717; *karş.* PIL Art. 192/I; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 72.

bağımsız olarak, tahkimin, taraflarca bu kanuna tabi tutulmuş olması hâlinde, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun *tüm hükümleri* zaten, söz konusu tahkim yargılaması bakımından geçerli olacaktır (**MTK m. 1/II**). Hassasiyet, büyük ölçüde, tahkim yerinin Türkiye'de olmadığı (*veya henüz belli edilmediği*) ve taraflarca da tahkimin bu kanuna tabi kılınmadığı bir durumda, gündeme gelmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMİN ANAYASA VE YARGISAL TEMEL HAKLARLA OLAN İLİŞKİSİ

§3 İNSAN HAKLARINA– YARGISAL TEMEL HAKLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN (İHTİYARİ) TAHKİME UYGULANABİLİRLİĞİ

I- Genel Olarak

Sözleşmesel temeli olmayan bir ihtiyari tahkim, düşünülemez. Yine bir diğer özelliği gereği tahkim, *hem* tarafları için *bağlayıcıdır (binding)* *hem de* –kendisine tanınan- *kesin hüküm* etkisinin ardından, tahkime konu uyuşmazlık, nihai (*final*) bir biçimde sona erdirilir (NCPC 1476; PIL Art. 190/I; ZPO §1055). Buna karşın, bilinen bir diğer gerçek, hakemlerin, yargısal bir faaliyeti icra etmelerine karşın, *hâkim* olmadıklarıdır. Böyle bir yargısal faaliyetin hangi gerekçeyle devlet organizasyonu dışında, özel olarak icra edildiğine gelince: Savunulan bir görüşe göre devletin, adalet hizmetlerinin icrasında *zaten* tekeli bir konumu olmadığından, tahkimin de anayasaya aykırı bir yönünün olmadığı kabul edilir³⁴⁷.

Tahkimin sözleşmesel niteliği, müessesenin hem en zayıf noktası hem de tabii sınırlandır. Örneğin tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri, yani bir anlamda sözleşme özgürlüklerinin olmadığı sahalarda, diğer bazı istisnalar bir yana (MTK m. 1/IV; ZPO §1030/II; *karş.* HUMK m. 518; PIL Art. 177/I), çoğu kez tahkime de elverişli olmadığı kabul edilir. Yine tahkim yargılamasının tarafları, kural ve doğal olarak tahkim anlaşmasının da taraflarıdır. Şu hâlde tarafların, sözleşmesel ilişkiye yabancı kimselerin, böyle bir yargılama faaliyetine katılmalarına katılmaları gerekmediği gibi; sözleşmenin taraflarına göre üçüncü kişi sayılanların da bu tip bir yargılamaya mecbur edilmeleri, kural olarak mümkün değildir³⁴⁸.

Aşağıda, yargısal temel haklarla³⁴⁹ tahkim arasındaki ilişki ve çoğu zaman da çatışma, incelenecektir. Yargısal temel hak ihlallerinin tahkim içerisinde, muhtemelen yaşanacağı alanlardan biri, kronolojik olarak da öncelikle gerçekleşecek olanı, *tahkim anlaşmasının*

³⁴⁷ DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 1; SONNAUER, s. 21, 22; GEIMER R., Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (*aus deutscher Sicht*), Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.v, Band 7, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, Bielefeld, 1994, s. 118-120. Ayrıca bkz. HABSCHEID J. W., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Privatautonomie, FS für Ulrich Walder, Zurich, 1994, s. 327; JAKSIC A., Arbitration and Human Rights, Band 59, Berlin, Bern, 2002, s. 129.

³⁴⁸ JAKUBOWSKI, s. 82.

³⁴⁹ *Yargısal temel hakların*, başlı başına dokunulmaz nitelikte bir yaşam alanı oluşturmayan, fakat maddi nitelikteki temel hakların ve insan haklarının yargılama faaliyeti içinde gerçekleştirilmesine hizmet eden, şekli nitelikteki haklar olarak tanımlanmasına ilişkin bkz. ATALAY E., Yargısal Temel Haklar, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, 1997, s. 437; 442.

*geçerliliği, kapsamı (gerek kişi gerek konu yönünden) ve yorumu konusudur*³⁵⁰. Özellikle milletlerarası tahkim uygulamasında hâkim eğilim, tahkim anlaşmasının olabildiğince, yapılması mümkün en geniş yorumla da olsa ayakta kalmasını sağlamaktır. Uygulamada, *patalojik* olarak adlandırılan tahkim anlaşmalarının yorumu, önemli bir meseledir. **Burada sorun, tahkim anlaşmasının geçerliliği korunduğu sürece, tarafın, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak artık bir daha mahkemeye başvurmasının mümkün olamamasındadır**³⁵¹.

Ayakta tutulan tahkim anlaşmaları yönünden, yargısal temel haklar bağlamında, karşımıza çıkacak diğer iki alt sorun, tahkim anlaşmasının kapsamına ve taraflarına ilişkindir. Özellikle milletlerarası ticaretin karmaşıklığı; çoğu kez bir sözleşmeler yumağını içermesi, en basit bir ticari ilişkinin dahi birden fazla sözleşme ve ikiden fazla tarafın bir arada bulunmasını ve çalışmasını gerekli kılmaktadır. Çıkacak uyuşmazlık, bu sözleşmeler bütünüün herhangi biriyle ilgili olabilmekte; tahkim anlaşması ise muhtemelen uyuşmazlığın çıktığında değil; bir diğerinde veya söz konusu ilişkiyi kuran ana sözleşmede yer alabilmektedir. Bunun dışında, şeklen sözleşmeye imza koymamakla birlikte, temel borç ilişkisinin icrasında, aktif ve egemen rol alan tarafların da, değişik görüşler yardımıyla tahkim anlaşmasına dâhil edildiği ve böylece tahkimin/tahkim anlaşmasının, şeklen tarafı olarak görülenlerin dışına taşarak kimi zaman *şahıs* kimi zaman da *konu* bakımından genişlediği, görülecektir. **Böylelikle bu kimseler ve konular için de artık mahkeme yolu kapanmıştır**³⁵².

Yargısal temel hakların muhtemelen en sık ihlale maruz kaldıkları yer, tahkim yargılamasıdır. Hakemlerin seçiminden hükmün verildiği ana kadar, tarafların sahip olduğu düşünülen yargısal temel haklar, teorik olarak ihlale açıktırlar. *Çok taraflı tahkim*, günümüzde, özellikle hakemlerin seçimi ve yargılamanın yürütülmesine ilişkin olası problemlerin çıkış noktasıdır (Hollanda CCP 1045, 1046; ICC Rules Art. 10/II; ZPO §1034/II): *Yanlardan birinde, birden fazla tarafın* olması hâlinde, bu kimselerden tek bir hakem üzerinde uzlaşmaları beklenirken, diğer yanda bulunan taraf, hakemini, **tek başına** seçebilmektedir³⁵³. Yine bağlantılı sözleşmesel ilişkilerde, özellikle iki taraf arasındaki tahkim yargılamasının, söz konusu sözleşmeyle bağlantılı diğer bir sözleşmenin taraf veya taraflarını yakından ilgilendirmesi, kuvvetle muhtemeldir. Mevcut yargılama sonunda, verilecek hükmün üçüncü kişiler üzerindeki etkisi; üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdahale edip

³⁵⁰ JAKSIC, s. 133 vd.

³⁵¹ HABSCHEID, s. 329; JAKSIC, s. 141.

³⁵² BERGER, s. 164; JAKSIC, s. 145 vd; Ayrıca bkz. HANOTIAU B., Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues- An Analysis, 18(3) J Int'l Arb, 2001, s. 256 vd. Ayrıca bkz. §6, III, C.

³⁵³ Siemens AG & BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Construction Company Ltd., XVIII YBCA 1993, s. 140 vd.

edemeyecekleri; tahkimin taraflarının daha sonra kendilerine rücu edilecek kimseleri, yargılamaya dâhil edip edemeyecekleri; tahkim yeri mahkemelerinin bu esnadaki rolünün ne olması gerektiği (Hollanda CCP Art. 1045, 1046), karşımıza çıkan sorunlardandır³⁵⁴.

Hakemlerin yargılamayı yürütürken izleyecekleri usul; bu esnada, taraflar arasındaki eşitliğin korunması ve taraflara hukuki dinlenilme hakkının tanınması (**MTK m. 8/B**); yeni tartışılmaya başlanan, tahkim yargılamasının da makul sürede tamamlanmasının gerekip gerekmediği meseleleri, özellikle ileride verilecek hükmün iptalinin önüne geçmek bakımından dikkat edilmesi gereken, son derece önemli noktalar (karş. Model Kanun m. 4; 18; ZPO §1027; 1042/I, II; 1996 AA §1;33/I, a, b; **MTK m. 10/B/I, II; 11/A/I, II**)³⁵⁵.

II- İnsan Haklarına İlişkin Düzenlemelerin (İhtiyari) Tahkime Olan Etkisi

A- Genel Olarak

İnsan haklarıyla ilgili düzenlemelerle özellikle ihtiyari tahkim arasında bir ilişki kurulmak istendiğinde, karşımıza şu üç soru çıkacaktır:

- a) Hangi insan hakkı veya hakları, tahkim ile ilgili ya da onunla bağlantılıdır?
- b) İnsan haklarına ilişkin özellikle milletlerarası düzeyde geçerli düzenlemeler dikkate alındığında, söz konusu milletlerarası düzenlemeler, acaba tarafları olan devletleri, özellikle *milletlerarası tahkimde*, tahkim yargılamasına yardım etmesi veya verilen hükmü denetlemesi konusunda, bir yükümlülük altına sokmakta mıdır?
- c) İnsan haklarına ilişkin düzenlemeler, doğrudan veya dolaylı olarak tahkim yargılamasını yürüten hakemler için de geçerli ve bağlayıcı mıdır³⁵⁶?

Çalışmamızın içeriği ve sınırları dikkate alınarak özellikle ilk iki soru üzerinde yoğunlaşmaya çalışılacaktır. Bunun yanında, insan hakları ve özellikle yargısal temel haklar bakımından *ağırlıklı* olarak üzerinde durulacak milletlerarası düzenleme, tarafı da olduğumuz İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi olacaktır³⁵⁷.

³⁵⁴ **GRAVEL S.**, Multiparty Arbitration and Multiple Arbitrations, 7 ICC Bulletin 1996, s. 45 vd; **SEPPALA C.**, French Supreme Court Nullifies ICC Practice for Appointment of Arbitrators in Multi-Party Arbitration Cases, ICLR 1993, s. 223 vd.; ayrıca bkz. **JAKSIC**, s. 153 vd.

³⁵⁵ **MOITRY J. H.**, Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights, 6(2) J Int'l Arb 1989, s. 115.

³⁵⁶ **PETROCHILOS**, s. 109.

³⁵⁷ İnsan hakları, bireyin salt insan olmasına bağlı olduğundan, nitelikleri gereği evrenseldirler; korunmalarının da evrensel düzeyde olması beklenir. İnsan haklarının ve özellikle çalışmamızla da ilgisi bakımından, *yargısal kimi temel hakların* milletlerarası düzeyde korunmasına ilişkin başlıca, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 55-56; 1948 tarihli *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi* madde 10; 1966 tarihli *Milletlerarası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (International Covenant on Civil and Political Rights)* madde 14 ve 26 ve tabii ki, 1950 tarihli *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi* madde 1 ve 6 bulunmakla birlikte; biz, özellikle uygulamadaki etkisini dikkate alarak son ikisi üzerinde durmayı tercih ettik (Ayrıca bkz. **JAKSIC**, s. 23 vd).

Genel olarak adil yargılanma hakkı³⁵⁸ (*fair hearing*) içinde toplanabilecek, yargılamayla ilgili pek çok insan hakkı, gerek millî gerekse milletlerarası düzenlemelerde, neredeyse birbirleriyle de aynı içerikte, hem düzenlenmektedir hem de bunların önemli bir kısmının artık örfi milletlerarası hukukun bir parçası hâline geldiği, düşünülmektedir. Dahası, yargılamayla ilgili kimi insan haklarının, millî farklılıklardan arınmış, herkes için aynı ve geçerli bir kamu düzeni anlayışı olan “*truly international public policy*”nin, *gerçek milletlerarası kamu düzeninin* bir parçası olduğu kabul edilmektedir³⁵⁹. Bu hâlde, temel tartışma, devletlerin *tahkim yargılaması özelinde*, adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından gerekli yasal ve yargısal tedbirleri almakla yükümlü olup olmadıkları ve buna rağmen tarafların insan haklarına ilişkin normlarda öngörüldüğünden de aşağıda, kendileri bakımından daha aleyhte sonuç doğuracak bir biçimde anlaşmalarının mümkün bulunup bulunmadığı, biçiminde şekillenmektedir³⁶⁰.

B- Yargılamaya İlişkin İnsan Haklarının Uygulama Alanı ve İhtiyari Tahkim

1- Genel Olarak

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 1. maddesi, “The High Contracting Parties shall secure to *everyone* within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention.” şeklindeyken 6/I. maddesi, “In the determination of his civil rights and obligations (...), *everyone* is entitled to a *fair* and *public hearing* within a reasonable time by an *independent* and *impartial tribunal established by law*. Judgement shall be pronounced publicly...” biçimindedir³⁶¹. Benzer içerikteki Milletlerarası Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme'nin (Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi) 14/I. maddesi ise “All persons shall be *equal* before the *courts* and *tribunals*. In the determination (...), or of his rights and obligations in a suit at law, *everyone* shall be entitled to a *fair* and public hearing by a *competent, independent* and *impartial tribunal established by law*” şeklindedir³⁶².

³⁵⁸ *Ayrıntısı için bkz. PEKCANITEZ H.*, Medeni Yargıda Adil Yargılanma, İzBD 1997/2, s. 35 vd; **ÖZEKES M.**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, 2003, s. 55 vd.; **TANRIVER S.**, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD 2004/53, s. 191 vd; **PEKCANITEZ/ATALAY /ÖZEKES**, s. 232 vd.

³⁵⁹ İnsan haklarına ilişkin milletlerarası düzenlemelere hâkim *kamu düzeni* anlayışı, özelliği gereği, aksi yöndeki bir anlaşmaya yahut sözleşme özgürlüğüne imkân vermez (**MOITRY**, s. 120; **PETROCHILOS**, s. 110). Söz konusu kamu düzeni anlayışına ilişkin bkz. *Corte di appello* Milan, XXII YBCA 1997, s. 725. *Transnational* veya *truly international public policy* terimleri ve ayrıntısı için bkz. **JARVIN**, *The source*, s. 66-67; **EMBERLAND M.**, The Usefulness of Applying Human Rights Arguments in International Commercial Arbitration, *A Comment on Arbitration and Human Rights by Aleksandar Jaksic*, 20(4) J Int'l Arb 2003, s. 357; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, London Conference 2000, Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, s. 6-7.

³⁶⁰ **PETROCHILOS**, s. 110.

³⁶¹ Sözleşme hükümlerinin Türkçe tercümesi için bkz. **GÖZÜBÜYÜK Ş/GÖLCÜKLÜ F.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Bası, Ankara, 2004, s. 447, 449, 450.

³⁶² *RG. 18.06.2003, S. 25142. Sözleşme metni için bkz. RG. 21.07.2003, S. 25175.*

Bu hükümler, sözleşmecî devletler yönünden iki tür ödevî düzenlemektedir. İlkine göre devletler, herhangi bir ayrıma gitmeksizin yargı yetkileri içinde kalan **herkese** “*right of access to a court*” mahkemeye başvuru, ulaşma hakkını³⁶³ temin etmeli ve bu yönde yargı teşkilatını oluşturmalıdır. İkincisine göre ise, bireyin de sahip olduğu adaletin gerçekleşmesine yönelik hak (*right to justice*) bakımından, kimi kalite standartları bulunmaktadır ki, söz konusu standartları içeren bir adalet anlayışının ülkede geçerli olması sağlanmalıdır³⁶⁴. Gerçi anılan hedefe varılırken devletlerin, hiç şüphesiz ki, takdir hakları olmakla birlikte, burada, ***belli bir sonucun elde edilmesine yönelik***, devletler tarafından yükümlenilmiş bir taahhüt; pozitif yükümlülük de bulunmaktadır³⁶⁵.

Devletlerin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğu bir yana ayrıca, bireylerin eylem ve işlemlerinin de devletlerin milletlerarası düzeydeki sorumluluğuna sebebiyet verip vermediği meselesi, tahkim uygulaması yönünden özel bir önem arz etmektedir. Örneğin iki kişi, kendi akrabalarından oluşan bir heyet önünde, aralarındaki uyuşmazlıkla ilgili olarak haklarında verilecek kararın, yazı-tura atılmak suretiyle belirlenmesi konusunda anlaşmışlarsa, salt böyle anlaşmadan yahut böyle bir anlaşmanın icrasından ötürü devletin herhangi bir sorumluluğu gündeme gelecek midir? Bir görüşe göre, yargısal bir faaliyet icra etsin veya etmesin, böyle özel bir oluşumun faaliyetlerinden ötürü devletlerin, özellikle ne tahkim yeri devletinin ne de (tahkim) hukuku seçilen devletin milletlerarası hukuk bağlamında, sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira yukarıda sözü edilen türdeki bir faaliyeti yerine getiren heyet, ne devletin bir organıdır ne de kamu gücünü icra etmektedir³⁶⁶.

Kanımızca yukarıdaki örnek, varılan sonuç için yetersizdir; dahası, doğru da kurgulanmamıştır. Öncelikle, örneğe konu heyetin bir tahkim heyeti olarak vasıflandırılıp vasıflandırılmayacağı şüphelidir. Üstelik yapılanın da bir yargılama olarak kabulü, mümkün gözükmemektedir. İleride de değinileceği üzere, İHAS bağlamındaki içtihatlarda, mahkeme

³⁶³ **JACOT-GUILLARMOND O.**, Rights Related to Good Administration of Justice, The European System for the Protection of Human Rights, *eds.* R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993, s. 384. “*Access to Court*” tabiri için bkz. **van DIJK P.**, Access to Court, The European System for the Protection of Human Rights, *eds.* R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993, s. 345. Ayrıca bkz. **HELLER**, s. 33; **İNCEOĞLU S.**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul, 2002, s. 105 vd.

³⁶⁴ **JACOT-GUILLARMOND**, s. 391; **GIUNIO M.**, Arbitration and The Right to a Fair Trial, 7 Croat Arbit. 2000, s. 35; **PETROCHILLOS**, s. 111. Ayrıca bkz. **PEKCANİTEZ**, *Adil Yargılanma*, s. 36-38; **ATALAY**, s. 449; **TEZCAN D/ERDEM R. M/SANCAKDAR O.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan hakları Sorunu, Ankara, 2004, s. 68-70.

³⁶⁵ Bu hâliyle söz konusu hükümlerin, eş deyişle anılan *sonuç taahhüdünün* doğrudan muhatabının devletler olduğu yönünde kuşku yoktur (**PETROCHILLOS**, s. 112). Ayrıca bkz. **ALANGOYA Y.**, Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi, MHB 1981/1, s. 4; **İNCEOĞLU**, s. 116; 118 vd.

³⁶⁶ **LIEBSCHER C.**, The Healthy Award, Challenge in International Commercial Arbitration, 2003, s. 66-67; **PETROCHILLOS**, s. 112; **HABSCHEID**, s. 328. Ayrıca bkz. *KR v Switzerland*, Application No. 10881/84, 51 DR 1987, s. 83.

kararlarıyla aynı güç ve etkinlikte kabul edilen hakem kararlarının da *asgari kimi özellikler* yönünden denetlenmesinin gerektiği kabul edilmiştir. Sözü edilen örneğin, şu şekilde değerlendirilmesi gerekir: *Böyle bir faaliyet sonucunda verilen kararın, mahkeme kararlarıyla aynı güç ve etkinliğe sahip olması, mümkün müdür? Şayet, yanıt olumlu olacak ise bu sonucun doğumunda, devletin hiç mi sorumluluğu olmayacaktır? Aksi bir düşüncenin kabulü, devletin, özellikle tahkim alanında, belli kalitedeki adaletin sağlanması gayesine, tümüyle sırtını çevirmesi sonucunu doğurur. Mahkemelerin, tahkim itirazı üzerine, tahkim lehine yargılama yapmaktan kaçınması ve özellikle hakemlerce verilecek kararların cebren icrasına vereceği destek, söz konusu yargılamayı ve neticesinde verilen kararı, âdeta devlet mahkemelerinden verilmişçesine geçerli, kuvvetli ve sıhhatli bir hâle getireceğine; devletin otoritesi ile pekiştireceğine göre, adaletin gerçekleşmesi yönünden mahkemeler için aranan kalite standartlarının bu sefer, hakemler ve tahkim yargılaması için aramasından daha doğal bir şey yoktur³⁶⁷. Böyle bir kabullenme ve benimsemeye rağmen sergilenecek aksi yöndeki tutum da, devletin milletlerarası sorumluluğunu gündeme getirecektir³⁶⁸. Bir görüşe göre sorulması gereken soru, **artık şöyle olmalıdır: İhtiyari tahkim, insan haklarına ilişkin milletlerarası düzenlemelerin bir parçası ve onların uygulama alanına dâhil ise, düzenlenen yargısal temel haklardan hangileri, hangi düzeyde/içerikte tahkim için de geçerlidir³⁶⁹?***

2- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında İhtiyari Tahkim

İhtiyari tahkimin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) uygulama alanına dâhil olup olmadığı sorununa gelince: *Görüşlerden ilki*, ihtiyari tahkimin, İHAS'tan tamamen bağımsız bir olgu olduğu yönündedir. Sözleşmenin, ihtiyari tahkim üzerinde bir uygulanabilirliği olmadığı gibi böyle bir anlayışın faydası da bulunmamaktadır: Sözleşmenin hiçbir yerinde tahkimden bahsedilmemektedir. *Ratione materiae* bakımından ihtiyari tahkim, Sözleşme'nin uygulama sahası dışındadır. Kaldı ki, insan haklarının rolü ve özellikle adil yargılanma hakkının (*bu manada, proper administration of justice*) korunmasındaki temel gaye dikkate alındığında, asıl olan, bireyin özel alanına devlet tarafından yapılması muhtemel haksız müdahalelerin önlenmesidir. Bütün bunların dışında, bir hakem heyetinin, Sözleşme'nin 6/I. maddesinde düzenlendiği üzere, "*the tribunal established by law*" şeklinde,

³⁶⁷ Ayrıntısı için bkz. EMBERLAND, s. 361.

³⁶⁸ Ayrıca bkz. UN, International Law Commissions (ILC) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, Art. 11, UN Doc A/56/10, Chapter IV.E.1, 43

³⁶⁹ İHAS özelinde, gerek Komisyon gerekse Mahkeme kararlarının bu soruya kesin ve açık bir cevap vermediği gözden uzak tutulmamalıdır. Verilen her içtihat, sadece somut olayın özelliği dikkate alınarak değerlendirilmemeli; ama aynı zamanda, söz konusu içtihadın zaman içinde değiştiği veya değişebileceği de dikkate alınmalıdır (PETROCHILOS, s. 113; JAKSIC, s. 197, 198).

“..kanunen kurulmuş mahkeme...” olarak kabulü de mümkün gözükmemektedir³⁷⁰. Zaten, başta Sözleşme hükümleri olmak üzere, insan hakları hukukuna ilişkin kimi değer ve anlayışların, ihtiyari tahkimde uygulanması, uygun da düşmeyebilir. Zira bir yandan tahkim, son derece bilinçli bir şekilde “*delocalised*” hâle getirilmek istenirken; diğer yandan tahkimin ve Sözleşmenin, özellikle Sözleşmenin 6/I. maddesindeki kimi hakların gözetilmesi yönünden, birlikte nasıl yorumlanacağı konusunda kimi güçlükler ve açmazlar bulunmaktadır³⁷¹.

Kısacası, tahkimin Sözleşme kapsamında olamayacağına ilişkin temel üç argüman, ön plana çıkmaktadır:

- a) İHAS’ın 6/I. maddesi, tahkim için öngörülmemiştir. **Bu, hükmün içeriğinin yorumuyla ilgilidir**³⁷²;
- b) Böyle bir hükmün tahkim için de uygulanması beklenmemelidir; zira bireyin kendisi, tahkim anlaşması yaparak bu haklardan vazgeçmiş; bu hakların eksiksiz uygulandığı devlet yargısından kaçınmıştır. **Bir anlamda, Sözleşme ile güvence altına haklardan birey, kendisi feragat etmiştir; tahkim anlaşması, Sözleşme’nin 6/I. maddesinde geçerli olan hakların tamamından, baştan feragat edilmesi sonucunu doğurmaktadır;**
- c) Düzenlenen yargısal temel haklar, tahkim içinde de geçerli olsa bile, bunların ihlali hâlinde devlet, ancak kendi hukuku bağlamında, kendisinden yerine getirmesi beklenen gözetim ödevini ihlal ettiği ölçüde, sorumludur. Bu görüş, şu andaki genel eğilimdir³⁷³.

Sözleşme hükümleri içerisinde doğrudan tahkime yer verilmemiş olmasına karşın; Sözleşme’yi hazırlayanların, son derece bilinçli bir şekilde, tahkimi Sözleşmeye dâhil etmek istemediklerini söylemek güçtür. Salt bu durum, ihtiyari tahkimin Sözleşme dışında kaldığı sonucuna varabilmek için yeterli olmasa gerek³⁷⁴.

³⁷⁰ Söz konusu görüşün ayrıntısı için bkz. JAKSIC, s. 183 vd. Ayrıca bkz. PETROCHILLOS, s. 153. Öte yandan, İHAS’ın 6. maddesinin *mecburi-kanuni tahkim* olarak da kabul edilen tahkim türü için geçerli ve uygulanabilir olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır (*Bramelid and Malmström v. Sweden*, Application No. 8588-8589/79, 29 DR 1982, s. 64, 5 EHRR 1982, s. 249; *Lithgow and Others v. UK*, Application No. 9006/80, A 102 §197; ayrıca bkz. BRINER R./von SCLSBRENDORFF F., Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration, *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, 2001, s. 89; GIUNIO, s. 36 vd.

³⁷¹ JAKSIC, s. 184-185.

³⁷² Sözleşme’nin 6/I. maddesinin tahkim yönünden herhangi bir uygulama alanı kazanıp kazanmadığı hususu, hayli tartışmalı olmakla birlikte, İsviçre hukuku yönünden, Federal Anayasa’nın 9. maddesinin ve bu madde altındaki kazai içtihatların, milletlerarası tahkim yönünden geçerli ve bağlayıcı olduğuna ilişkin bkz. RONEY/MULLER, s. 57. Ayrıca bkz. BGE 119 II 386, 388; BGE 130 III 35, 38.

³⁷³ GIUNIO, s. 38.

³⁷⁴ Adil yargılama gibi Sözleşme’nin kamu düzeniyle de yakından ilgili haklarının konu edildiği durumlarda, söz konusu insan hakkına ilişkin hükmün amacının temininde, hükmün genişletici yoruma tabi tutularak uygulanması esastır (JAKSIC, s. 184). Ayrıca bkz. LIEBSCHER, s. 64; BRINER/von SCLABRENDORFF, s.

Sözleşme ile güvence altına alınmış yargısal temel hakların tahkimde, bizzat Sözleşme nedeniyle değil ama özellikle tahkim ile ilgili gerek milletlerarası gerekse millî düzenlemeler yoluyla ve özellikle *kamu düzeni* anlayışıyla zaten korunmakta olduğu; bu nedenle de Sözleşme'nin tahkim üzerinde herhangi bir uygulanabilirliğine gerek bulunmadığı da düşünülmektedir³⁷⁵. Her hâlde, bu aşamada sorulması gereken soru, kamu düzeni müdahalesinin yargısal temel hakların tahkim içerisinde de korunabilmesi bakımından yeterli olup olmayacağı; böyle bir korumanın, kamu düzeni kavramının içinde bulunduğu belirsizlik nedeniyle ne dereceye kadar etkin bir şekilde sağlanabileceğidir³⁷⁶. Kamu düzeni anlayışı, kendi içinde farklılıklara uğrayabilmektedir. Öncelikle yapılmakta olan ayırım, “*domestic public policy, ordre public*” ve “*international public policy- ordre public international*”dir³⁷⁷. Kamu düzeni anlayışlarından hangisinin geçerli olacağı ise *forumun*, taraflar arasındaki ilişkiyle kendisi arasında, ne derecede bir yakınlık veya bağlantı kuracağıyla ilgilidir. Bütün bunların yanında, bir de “*transnational public policy- universal public policy*” şeklinde³⁷⁸ bir başka anlayış daha vardır ki, kamu düzeni türlerinden hangisinin tercih edildiği; tercih edilen anlayışın etkinlik derecesi; yorumlanış biçimi ve kapsamı, her ülke hukuku için farklı olabilmektedir³⁷⁹. Gerçi öğretilerde, benimsenen kamu düzeni anlayışı, her ne olursa olsun, içeriğinde mutlaka, *adil yargılanma hakkının* bulunacağı da ifade edilmiştir³⁸⁰.

Kısacası, yapılması gereken, Sözleşme'nin 6/I. maddesinde düzenlenen yargısal temel haklardan hangilerinin, milletlerarası tahkimde geçerli olan ve *usulî kamu düzeni* olarak da ifade edilen anlayışa dâhil olduğunu tespit etmektir³⁸¹. Örneğin, önyargılı ve tarafgir bir hakemin vermiş olduğu karar, *kural olarak*, kamu düzeni anlayışı içerisinde de, iptal

89; **WEDAM-LUKIC D.**, Arbitration and Article 6 of the European Convention on Human Rights, 64 Arbitration 1998, s. 16 vd; **HABSCHEID J. W.**, Schiedsgerichtsbarkeit und Europäische Menschenrechtskonvention, FS für Wolfram Henckel, Berlin, New York, 1995, s. 348.

³⁷⁵ **BRINER/von SCLSBRENDORFF**, s. 92. Ayrıca bkz. **HABSCHEID**, *EMRK*, s. 348, 349; **EMBERLAND**, s. 358, 359; **DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON**, s. 12; *Corte di appello Milan, Allsop Automatic Inc v. Tecnoski snc.*, XXII YBCA 1997, s. 725 vd.

³⁷⁶ **JAKSIC**, s. 191. **HABSCHEID**, *EMRK*, s. 348, 349. Karş. **MATSCHER F.**, Schiedsgerichtsbarkeit und EMRK, FS für Heinrich Nagel, Münster, 1987, s. 243. Kamu düzeni anlayışının ülkelerin kendi iç ihtiyaçlarına ve zamana göre değişen bir kavram olduğu, bu nedenle de âdeta sarkaç gibi bir yandan diğer yana gelip giden bir anlayış olduğuna ilişkin bkz. **van den BERG**, s. 381.

³⁷⁷ **LALIVE**, s. 260 vd.; *ILA Report*, s. 4-7. Ayrıca bkz. **DAYINLARLI K.**, Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s. 64 vd; **TANRIVER S.**, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizî Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, 17-18 MHB 1997-1998/1-2, s. 478.

³⁷⁸ Ayrıca bkz. **DAYINLARLI**, *Kamu Düzeni*, s. 74 vd.

³⁷⁹ **JAKSIC**, s. 193. *ILA Report*, s. 11 vd.

³⁸⁰ **SANDERS**, *Quo Vadis Arbitration*, s. 335; **SCHWEBEL M. S/LAHNE G. S.**, Public Policy and Arbitral Procedure, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, 1987, s. 216 vd. *ILA Report*, 25-26. Ancak bu, hiçbir zaman, Sözleşme'nin 6/I. maddesine yatay bir etki kazandırmak amacıyla değildir (**BRINER/von SCLSBRENDORFF**, s. 93). Ayrıca bkz. **PLANTEY A.**, Milletlerarası Ticari Tahkim ve İnsan Hakları, Prof. Dr. S. S. Tekinay’a Armağan, İstanbul 1999, s. 540.

³⁸¹ **BRINER/von SCLSBRENDORFF**, s. 92; **SANDERS**, *Quo Vadis Arbitration*, s. 335, 336; **PETROCHILLOS**, s. 97-99. Usulî kamu düzeni hakkında bkz. *ILA Report*, s. 24 vd.

edilmelidir. Lakin hakemler için geçerli tarafsızlık ve ön yargısızlıktan ne anlaşılması gerektiği, ülkeden ülkeye değişebilmektedir³⁸². Üstelik Sözleşme bağlamında, geçerli tarafsızlık ile ülke hukuklarında geçerli tarafsızlık anlayışlarının çatışması da, pekâlâ mümkündür³⁸³.

Sözleşmenin 6/I. maddesinden yorum yoluyla çıkarılan “*right to a court*”, ***mahkemeye ulaşma/başvuru hakkı biçiminde tanımlayabileceğimiz hak, mutlak olmayıp kendi içinde sınırlamalar da içermektedir***³⁸⁴. Esasen İHAS m. 6/I, bireye sadece, mahkemelerce dinlenilmeye ilişkin ***etkin bir imkân*** sağlamakta; **ancak bireyin de mutlaka mahkemeye müracaat etmesi gerektiği yönünde bir zorunluluk ya da yükümlülük getirmektedir. Bu da beraberinde, mahkemeye ulaşma hakkından vazgeçilebilmesini; aksinin kararlaştırılabilmesini mümkün hâle getirmektedir**³⁸⁵. Oysa sorun, büyük ölçüde, mahkemeye başvuru hakkından feragat edilmesi üzerine, aynı esnada, Sözleşmenin 6/I. maddesinde düzenlenen ve mahkemeye ulaşma hakkı dışında kalan diğer haklardan da feragat edilmiş sayılıp sayılmadığıyla ilgilidir. Şayet, böyle bir feragat, açıkça ve her şekilde taraflar arasındaki eşitlik korunarak; hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde; sair önemli bir kamu menfaatinin de ihlal edilmemesine özen gösterilerek yapılırsa, bütün bunlar, hükme konu diğer haklardan da feragat etmiş sayılmak için yeterli olacak mıdır³⁸⁶?

Anılan sorun, özellikle tarafların, ülke mahkemelerine müracaat etmektense, onun yerine, tahkim anlaşması yapmaları hâlinde gündeme gelmektedir³⁸⁷. Sözleşmenin tahkim üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmadığı konusunda, geliştirilen görüşe göre, iddia edilen

³⁸² GOTTWALD, s. 66-67; ILA Report, s. 25-27.

³⁸³ Esasen kamu düzeni, ilgili ülkenin yani *forumun* temel hukuki değer yargılarının korunması amacına hizmet etmektedir. Oysa *kimi kez savunulduğu üzere*, tahkimin ne üzerinde yargı yetkisini kullandığı bir forumu ve ne de *lex fori*'si bulunmaktadır. Yine ileri sürüldüğü üzere, hakemler, millî hukuklarla bağlı olmayabildikleri gibi milletlerarası düzenlemeleri uygulamakla yükümlü de değildirler (Oysa milletlerarası kamu düzeninin, hakemler için de bağlayıcı olduğuna ilişkin bkz. BRINER/von SCLSBRENDORFF, s. 92). Yargısal temel hakların, milletlerarası kamu düzeni veya kimi zaman kullanıldığı biçimiyle “*europaen public policy*” altında uygulanabilirliğini kabul etmek, bir anlamda meselenin hakemlerin takdirlerine bırakması anlamına gelecektir ki, bu da, başta Sözleşme ile garanti altına alınan hakların korunması ve insan haklarına ilişkin düzenlemelerle hedeflenen genel amacın elde edilmesiyle uyum içinde olmayacaktır (JAKSIC, s. 195-197).

³⁸⁴ LIEBSCHER, s. 64, 65. Ayrıca bkz. PETROCHILOS, s. 113, 114.

³⁸⁵ Deweer v. Belgium, A, 35 2 EHRR 1980, s. 439, § 49; PETROCHILOS, s. 113-114; SAMUEL A., Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Right, 21(5) J Int'l Arb 2004, s. 417, 422; LIEBSCHER, s. 63; İNCEOĞLU, s. 149-153.

³⁸⁶ Tahkimde de insan onuru korunacak, taraflar arasındaki eşitlik ilkesi ve bunun sonucu olan hukuki dinlenilme hakkı uygulama alanı bulacaktır. Tahkimde, devletin yargı organı yerine hakemler önünde bir yargılama yapılsa da, hukuki dinlenilme hakkı, temel bir hak ve yargılama ilkesi olması, sadece tarafları değil; topluma da ilgilendirmesi nedenleriyle kamusal karakteri haizdir. Hukuk düzeni taraflara, mahkemeler dışında, kendi seçtikleri yargı organı önünde, uyuşmazlıklarını çözmek konusunda serbesti tanımıştır. Buradan, temel anayasal ilkelerden, eşitlik ve adalet düşüncesinden, insan onurunun korunmasından da vazgeçildiği anlamı çıkarılmamalıdır. (ÖZEKES, s. 220, 221). Ayrıca bkz. ALANGOYA, s. 162.

³⁸⁷ Tahkim anlaşmasının, sadece mahkemeye müracaat hakkından değil; ama Sözleşme'nin 6/I. maddesinde yer alan diğer haklardan kısmen de olsa feragat edildiği anlamına geleceğine ilişkin bkz. X v FR Germany, Application No. 1197/61, 5 YB 1962, s. 88 vd. özellikle s. 96.

ihlalden zarar görenin bizzat kendisi, devlet mahkemelerine müracaat etmektense tahkime gitmeyi arzu etmiş ve bu konuda sözleşmesel bir yükümlülük altına girmiştir. Gerçi, tahkim anlaşmasının yapıldığı esnada, tarafların iradelerinin sakatlanmamış olması asıldır³⁸⁸. Aksi hâlde, böyle bir tahkim anlaşması icra edilemez ve bu durumda, devlet mahkemelerinin söz konusu uyuşmazlığın çözümü yönünden yargı yetkileri vardır ve tamdır³⁸⁹.

İhtiyari tahkimin Sözleşme'nin uygulama alanı içinde kalıp kalmadığı meselesi, değerlendirilirken şu iki durum gözden uzak tutulmamalıdır: Her ne kadar Sözleşmenin 1 ve 34. maddeleri ile sadece Sözleşmede düzenlenmiş insan haklarına ilişkin ihlaller, Sözleşme'ye göre dava edilebilmekteyse de, ihlale uğraması muhtemel insan haklarına ilişkin *numerus clausus* bir sayım yahut sınırlama, bulunmamaktadır. Tam aksine, Sözleşme'de düzenlenen her hak, özüyle yakından ilgili bir diğer hakkı, yapılacak yorum sonucunda, doğuracak niteliktedir. İkinci olarak, yine Sözleşme'nin 1. maddesi çerçevesinde, (ayrıca bkz. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 2/I) *ratione personae* bakımından insan haklarına ilişkin hükümler, *herkes*, bir başka ifadeyle *her birey* içindir. Bir görüşe göre, insan haklarına ilişkin hükümlerin sadece devletler yönünden geçerli olduğunun düşünülmesi, insan haklarına ilişkin ihlallerin gerçekleşmesi durumunda, usulî bir mesele olan sorumluluk davasının kabul edilebilirliği (*admissibility*) ile insan haklarına ilişkin düzenlemelerin kişi bakımından uygulama alanının birbirine karıştırılması anlamına, gelmektedir³⁹⁰.

³⁸⁸ *X v FR Germany*, Application No. 1197/61, 5 YB 1962, s. 97; SAMUEL, *Human Righst*, s. 418.

³⁸⁹ *Deweer v. Belgium*, A, 35 2 EHRR 1980, s. 439, § 49. Feragat sonucunun doğması bakımından ayrıca, söz konusu feragatin belli bir şeklinin de bulunmasının gerekip gerekmediği konusunda, tahkim anlaşmaları özelinde, İHAS bakımından bir açıklık yoktur. Gerçi özellikle *Deweer* davasında, şekle ilişkin bir açıklık bulunmamaktaysa da, tahkim anlaşmalarının yazılı olması gerektiği yönünde neredeyse istikrar bulmuş bir anlayış hâkimdir (örnek olarak bkz. New York Sözleşmesi m. II, 1-2). Bu durum, tümüyle İHAS'ın dışında olmakla birlikte onunla çatışma içinde de değildir; tam aksine, önemine uygun olarak asgari güvencelerin feragat rağmen yine de bulunması gerektiği yönündeki anlayış ile uyum içindedir (LIEBSCHER, s.103, 104). Tahkim anlaşmalarının İHAS özelinde, geçerli kabul edilebilmeleri bakımından ayrıca, uyuşmazlığın da tahkime elverişli olmasının gerekip gerekmediği, değerlendirilmesi gereken bir başka konudur. Gerçi, oldukça düz bir yorum sonucu, madem ki, tüm medeni hak ve yükümlülükler mahkemeler önünde dava konusu edilebilecektir, o hâlde, bunların tahkime de elverişli olması beklenir. ***Aslında, İHAS yönünden, belli tipteki konuların tahkime elverişli olmadığı şeklinde bir sınırlamaya, değinilmemektedir.*** Ne var ki bu, İHAS'ın düzenlemeye çalıştığı bir konu da değildir. Mesele, tümüyle millî hukukların tasarrufu altındadır. İHAS'ın 6. maddesinin "*civil rights and obligations*" medeni hak ve yükümlülükler şeklindeki uygulama alanı dikkate alındığında, maddenin kapsamına, yapılacak yargılamanın özel hak ve yükümlülükler yönünden kesin ve bağlayıcı olduğu her uyuşmazlık girmektedir. Öte yandan İHAS madde 6/I bakımından belli tipteki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı şeklinde, herhangi bir tavır da sergilenmiş değildir. Örneğin *X. v. FR Germany* davasının konusu, bir tarafı devlet olan hizmet akdiyle ilgilidir (*X v FR Germany* Application No. 1197/61, 5 YB 1962, s. 95). Öğretide, kamu menfaatinin bulunduğu uyuşmazlıkların çözümünde, tahkimin elverişli bir araç olup olmadığı sorusunun cevabının, İHAS m. 6/I'de ***aranmaması*** gerektiği, belirtilmektedir. Cezai veya kamusal yükümlülüklerle sebebiyet verecek konular dışında, Sözleşme'nin 6/I. maddesinin tahkime elverişli uyuşmazlıkların tespitinde bir engel olarak görülmemesi gerekir (PETROCHILOS, s. 116). ***Karş. PLANTEY***, s. 541.

³⁹⁰ *Sözleşme, sözleşmecî devlette yer alan ve ilgili devletin yargı yetkisine dâhil her bireye uygulanır.* Sözleşmenin uygulama alanının tespiti ile ilgili eylemin söz konusu devletin de sorumluluğuna neden olan bir ihlali oluşturup oluşturmadığı, iki farklı konudur (JAKSIC, s. 185; 95-98).

İHAS rejiminin, özellikle 6/I. maddenin, tahkim için de geçerli ve uygulanabilir olduğu meselesi, şu üç durumdan hiç olmazsa birinin sağlanması hâlinde, büyük ölçüde, çözüme kavuşturulmuş olacak; en azından, olumlu yöndeki görüşler, sağlam bir argüman kazanacaktır³⁹¹:

- a) Hakem heyetlerinin (hakemlerin), İHAS madde 6/I'de düzenlendiği şekilde, “*tribunal*” olarak kabulü mümkündür.
- b) Sözleşme'nin 6/I. maddesinin *yatay uygulanabilirliği* vardır; özel kişiler arasında da geçerlidir.
- c) İHAS'ın 6/I. maddesinin tahkim yargılamaları yönünden hiç olmazsa *dolaylı* olarak, mahkeme denetiminin gerektiği durumlarda ve bu nedenle devletin sorumluluğunun gündeme gelmesi hâlinde uygulanması mümkündür.

Cevaplanması gereken sorulardan ilki, hakem heyetlerinin Sözleşme'nin de aradığı anlamda, “*the tribunal established by law*” olup olmadığıdır. Esasen, hakemlerin güçlerini – *daha yerinde bir ifadeyle yargı yetkilerini*- hukuktan (ki bu, *lex arbitri* olacaktır) mı yoksa taraflar arasındaki sözleşmeden mi aldığı konusundaki tartışmalar bir yana, öğretilerde de kabul edilen bir görüşe göre, (hakemin) hakem heyetinin, “*delocalised*” olduğu kabul edilecek bile olsa, Sözleşmenin 6/I. maddesinin aradığı anlamda (*ayrıca bkz. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/I*) “*tribunal established by law*” olarak kabulü mümkündür³⁹².

“*Tribunal*” şeklinde ifade edilen, geniş içerikli ve millî hukuklardan bağımsız olduğu kabul edilen bu kavramın, kurumsal, usulî ve işlevsel yönleri bulunmaktadır³⁹³. “*Tribunal*” ile sadece, bir ülkenin yargı sistemi içerisinde, bilinen anlamıyla örgütlenmiş mahkemeler anlaşılmalıdır³⁹⁴; ***aksine***, *yargısal işlev gören; tam bir yargı yetkisine sahip; taraflar için bağlayıcı karar veren; vermiş olduğu kararın da yargı-dışı bir organca değiştirilmediği bir kurum ifade edilmektedir*. Söz konusu oluşum, sadece yürütmeye değil; ama aynı zamanda uyuşmazlığın taraflarına karşı da bağımsızdır³⁹⁵. ***Böyle bir yapının mutlaka yasama organının faaliyetine dayalı olarak kurulmuş olması da aranmamalıdır***. Sözü edilen kavram, geniş anlamda yargı yetkisini karşılayacak şekilde de yorumlanabilmelidir. Bu nedenle “*established*

³⁹¹ LIEBSCHER, s. 67.

³⁹² JAKSIC, s. 185; HABSCHIED, *EMRK*, s. 349; WEDAM-LUKIC, s. 19. *Karş. LIEBSCHER*, s. 73.

³⁹³ van DIJK P/van HOOFF G. J H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, s. s. 451; JAKSIC, s. 185, 93.

³⁹⁴ PETROCHILOS, s. 110; JAKSIC, s. 186; JACOT-GUILLARMOND, s. 397; İNCEOĞLU, s. 154.

³⁹⁵ JAKSIC, s. 93-94; LIEBSCHER, s. 73; GIUNIO, s. 35; BRINER/von SCLABRENDORFF, s. 104; JACOT-GUILLARMOND, s. 386, 396. *Ayrıca bkz. İNCEOĞLU*, s. 133, 155; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 280.

by law”, kanun tarafından kurulmuş olmak şeklindeki anlayışın “...in conformity with law...” yani “*hukuka uygun olarak kurulma*” biçiminde düşünülmesinde de bir engel yoktur³⁹⁶.

Esasen hakem heyetinin “...is constituted according to law...” hukuka (kanuna) uygun olduğunu; ancak “...not established by law.” **kanun tarafından kurulmadığını belirtmek**, kanımızca da tatminkâr bir argüman değildir³⁹⁷. **Zira yukarıda sözü edilen hükmün gayesinin kişinin yürütmenin tek taraflı iradesi sonucunda, tabii hâkiminden koparılmasının önüne geçmek olduğunda, tereddüt duyulmamaktadır**³⁹⁸. Oysa burada, yani tahkim anlaşmasının yapılması hâlinde, birey, bir üçüncü kişinin tek yanlı iradesiyle değil; kendi *sağlıklı* iradesi sonucunda, tabii yargıcından ayrılmakta, onun yerine hakemleri ikame etmektedir. Bu yetkinin, *lex fori (lex arbitri)* tarafından da benimsendiği ve oluşan **makamın** da tıpkı kanun tarafından kurulan mahkemeler gibi yargılama yapacak olması gerçeği karşısında, **hakem heyetlerinin de hükme konu “tribunal” olduğunda tereddüt edilmemelidir**³⁹⁹. Kaldı ki, bugün pek çok ülke hukukunda tahkim, uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal bir işlev icra eden müessese olarak kabul edilmektedir ki, artık bu noktada, tahkimin ne hukuka uygun olmadığını ne de hukuk dışı olduğunu söylemek, mümkündür⁴⁰⁰.

³⁹⁶ **JAKSIC**, s. 186, 318. Burada özellikle “*established by law*” şeklindeki ifadeyle yürütmeye ve onun tek yanlı işlemlerine karşı olan bağımsızlık, ifade edilmektedir (**GIUNIO**, s. 35; **van DIJK/van HOOFF**, s. 457). Ayrıca bkz. **PEKCANITEZ H.**, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, Anayasa Yargısı 12, 27-28 Nisan 1995, s. 268; **PEKCANITEZ, Adil Yargılama**, s. 40; **ATALAY**, s. 450; **İNCEOĞLU**, s. 155, 157, 158; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, s. 343. Hükme göre geçerli olan “*tribunal*”, kuruluşu olduğu kadar, işleyişi ve takip edeceği usuller yönünden de “*legal*” (kanuni) bir temele sahip olmalıdır. Oysa hakem heyetleri, öngörülen bu kalıpların dışında kalmaktadır; zira belli bir hukuki temele (*lex arbitri*) oturmaktaysa da kuruluşu ve işleyişi tümüyle *tarafların iradesinin* hükümranlığı altındadır. Bu nedenlerle de öğretilde, hakemlerin, İHAS rejimi içerisinde, bir “*tribunal*” olarak görülmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir (**LIEBSCHER**, s. 71, 72; *karş.* **MOITRY**, s. 121; **MATSCHER**, s. 242).

³⁹⁷ *Karş.* **GIUNIO**, s. 36.

³⁹⁸ **TANRIVER, Adil Yargılanma**, s. 194, 195; **GÖZLÜGÖL V. S.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, 2. Baskı, 2002, Ankara, s. 178. Ayrıca bkz. **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, s. 280.

³⁹⁹ Ayrıca bkz. **van DIJK/van HOOFF**, s. 458. “...Hakem mahkemesi de hâkim gibi bir hukukî uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi kazanır; kararını bir hâkim gibi, en azından tarafları bağlayıcı olarak beyan eder. Bu çerçevede, hakem mahkemesi, bir devlet mahkemesi olmamakla beraber, devlet mahkemesinin yerine geçmiş olur... Şu hâlde, bir hakem mahkemesi de kamu otoritesi formunda olmasa dahi, bir hukukî karar verdiğine göre, usul hukukuna ait temel prensiplere riayet etmek durumundadır...” (**NOMER E.**, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 19-20 MHB 1999-2000/1-2, s. 566).

⁴⁰⁰ **JAKSIC**, s. 186; **MOITRY**, s. 121. İngiliz Hukuku, 1998 *Humans Right Act* ile birlikte son derece ilginç konuyu tartışmaya başlamıştır. Buna göre, 1998 *Humans Right Act* §6/I, **kamu otoriteleri** yönünden Sözleşme ile güvence altına alınmış haklara uygun davranma yükümlülüğü getirirken; kamu otoritelerinin nelerden ibaret olduğu konusunda, §6/III’de “...a court and *tribunal*” şeklinde bir hükme yer vermiş; hükümde geçen “*tribunal*” ibaresi ise yine 21/I’de “...any *tribunal* in which legal proceedings may be brought” biçiminde, tanımlanmıştır. Artık tartışma, hakemlerin de yasa kapsamında, Sözleşmeyi gözetmekle yükümlü bir *tribunal*, dahası bir **kamu otoritesi** olup olmadığı noktasında yoğunlaşmıştır ki, bu anlayış, tahkime ilişkin *geleneksel-klasik* değer yargılarıyla çatışır gözükmemektedir. Oysa öğretilde, özellikle tahkime has, aleniyetten uzak ve irade özgürlüğüne dayalı hukuki yapının *zannedildiğinin aksine*, hakemlerin yeni yasa ile birlikte içinde buldukları yeni konumla çatışmayacağı da ileri sürülmektedir (**AMBROSE C.**, Arbitration and the Human Rights Act, LMCLQ 2000, s. 473 vd, 494). Özellikle hakemlerin sonuç olarak birer kamu otoritesi sayılmasına ve bu anlamda mahkemelerle bir tutulmasına yönelik yorumlar, hayli eleştiri almıştır. Örneğin, EC Treaty Art. 234 gereği, hakemlerin anılan maddede geçen “*tribunal*” kapsamına sokulmadığı gerçeği hatırlatılmış (Case 102/81, *Nordsee*, [1982] ECR

Devletler, gerek Sözleşme'nin 1. gerekse Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2/I. maddesine göre söz konusu milletlerarası düzenlemelerle iç hukuklarını uyumlu hale getirmek ödevi altındadırlar⁴⁰¹. Yani, bir devlet, özellikle Sözleşme'nin 6/I. maddesinde yer alan (Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/I) hakların iç hukuk kapsamında da teminini ve tesisini sağlamakla yükümlüdür⁴⁰².

Bugün üzerinde sıkça durulan; oldukça geniş bir tartışma alanı bulan; insan haklarının iç hukukta *doğrudan yatay uygulanabilirliği* (*direct horizontal applicability*); milletlerarası alanda ise *en azından dolaylı yatay uygulanabilirliği* (*indirect Drittwirkung-horizontal applicability*) anlayışları sayesinde, bireyin, sahip olduğu insan haklarının, muhatabı olduğu devletten etkin bir şekilde teminini talep edebilmesinin mümkün olduğu, öğretide ileri sürülmektedir⁴⁰³.

İnsan haklarının yatay uygulanabilirliği; üçüncü kişilere olan etkisi; yani bireylerin kendi aralarında da geçerli olup olmadığı meselelerine burada ayrıntısı ile değinilecek değildir⁴⁰⁴. Ne var ki, konunun özü, güvence altına alınan insan haklarının, devlet ve diğer kamu otoriteleri dışında, özel kişilerce de ihlal edilmesi hâlinde (*örneğin, hakemlerce veya tahkim anlaşmasının diğer tarafınca*), ihlale maruz kalan bireyin, söz konusu ihlalin giderilmesini, izalesini, *doğrudan diğer bireyden isteyip isteyemeyeceği* (*direct-unmittelbar Drittwirkung*); şayet isteyemeyecekse (İHAS m. 34, 35) bu hâlde yasama, yürütme veya yargı fonksiyonlarının icrasında bir eksiklik yahut kusur bulunduğundan dolayı devletin sorumluluğu yoluna gitmesinin mümkün olup olmadığı, (*indirect-mittelbar Drittwirkung*) sorunlarına

1095; VIII YBCA 1983, s. 183); hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hakemlerin yapmış oldukları yargılamadan ötürü, devletin sorumlu olmayacağı içtihadı ileri sürülmüştür (*KR v. Switzerland*, Application No. 10881/84, 51 DR 1987, s. 83). Hakemlerin gerçek anlamıyla bir yargılama yapıp yapmadıkları dahi sorgulanmıştır (**ROBINSON W./KASOLOWSKY B.**, Will the United Kingdom's Human Rights Act Further Protect Parties to Arbitration Proceedings? 18(4) Arb Int 2002, 456-457). *Kanımızca*, özellikle anılan kanunun §21/I. maddesi ve tahkimin *işlevi* dikkate alındığında, hakemlerin de anılan yasanın kapsamına girdiğinde tereddüt etmemek gerekir. En azından İngiliz hukuku bakımından, aksi kararlaştırılabilecek de olsa, hukukilik denetimine dahi tabi tutulan (1996 AA §69) ve kesin hüküm etkisine (1996 AA §58) sahip hakem kararlarının varlığı dikkate alındığında, hakemlerce sürdürülen işlevin bir yargılama faaliyeti olduğunda tereddüt etmemek gerekir.

⁴⁰¹ Böyle bir milletlerarası düzenlemenin tarafı olan devlet, güvence altına alınmış insan hakkını ihlal etmemek; güvence altına alınan haklardan *herkesin* istifade etmesini sağlamak ve nihayetinde iç hukukunu söz konusu milletlerarası düzenlemeyle uyumlu hâle getirmekle yükümlüdür (**JAKSIC**, s. 105). *Ayrıca bkz. GÖZLÜGÖL*, s. 141, 148.

⁴⁰² **JAKSIC**, s. 107.

⁴⁰³ **JAKSIC**, s. 187. *Ayrıca bkz. HENN*, s. 132. *Karş. LIEBSCHER*, s. 74.

⁴⁰⁴ Yatay etki, "*Drittwirkung*", kısaca, özellikle İHAS rejimi dikkate alındığında, *Sözleşme'nin* devlet dışındaki sair kişilerin eylem, işlem ve tutumları için de geçerli olması; onları da kapsayacak kadar genişletilerek uygulanmasıdır. Yatay etki tartışmalarında bahsedilen üçüncü kişi, klasik temel hak ihlallerinde görülen mağdur ve devlet dışındaki, ancak tıpkı devletin yapabileceği gibi mağdurun temel hakkını ihlal eden *bireyi* ifade eder (**CLAPHAM A.**, The "*Drittwirkung*" of the Convention, The European System for the Protection of Human Rights, *eds.* R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993, s. 163, 165).

dayanmaktadır (*karş.* AY m. 11)⁴⁰⁵. Bu anlayışın, milletlerarası alanda, özellikle insan haklarının milletlerarası düzeyde korunması durumunda da geçerli olduğu bilinmektedir⁴⁰⁶.

İnsan haklarına ilişkin ihlallerin kaynağının, belki de çoğu zaman devlet olduğu, doğru ve fakat aynı zamanda, eksik bir yargıdır. *Zira devlete ait kimi işlevler, bazen özel kişiler tarafından da görülebilmekte, yerine getirilebilmektedir.* İnsan haklarına ilişkin düzenlemelerin uygulama alanının belirlenmesi esnasında yapılacak sınırlandırmanın vahameti de buradadır⁴⁰⁷. Gerçi, insan haklarına ilişkin düzenlemelerin yapıları nedeniyle ve yaratıkları asimetrik ilişkinin bir gereği olarak, hakkı ihlal edildiğinde, talepte bulunacak olan, ihlal edilen insan hakkını konu edinen milletlerarası düzenlemenin tarafı olmayan *bireyken*; karşısında, anlaşmanın da tarafı olan, hiçbir karşı hakkın da sahibi olmayan ve düzenlenen haklardan bireylerin yararlanmasını sağlamakla yükümlü *devlet*, bulunmaktadır. Buna rağmen,

⁴⁰⁵ Bu kapsamda, üçüncü kişilere karşı doğrudan (*direct-unmittelbar*) ve dolaylı (*indirect-mittelbar*) etki şeklindeki ikili ayırım ve ayrıntılı açıklama için bkz. **ALKEMA A. E.**, The Third-Party Applicability or “*Drittwirkung*” of the European Convention on Human Rights, Protecting Human Rights, The European Dimension, Studies in Honour Gérard J. Wiarda, *ed.* **MATSCHER F./PETZOLD H.**, 1998, s. 33 vd, 38. **LEWAN M. K.**, The Significance of Constitutional Rights for Private Law: theory and Practice in West Germany, 17 ICLQ 1968, s. 571 vd.; **HORAN J. M.**, Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships Between Individuals, 25 ICLQ 1976, s. 848 vd; **CLAPHAM**, s. 165; **van DIJK/van HOOF**, s. 23; **GÖREN Z.**, Temel Hakların Yatay Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Mayıs 2001, Ankara 2001, s. 8. İngiliz 1998 *Human Rights Act* §3/I, ülke üzerinde geçerli tüm pozitif hukukun, İHAS’a uygun bir biçimde yorumlanması gerektiği şeklindedir; §6/I göre ise bir kamu otoritesinin (*ki buna mahkemeler ve bir görüşe göre hakemler de dâhildir, kamusal karakterde işlev gören herkes*, hükmün uygulama alanına dâhildir, *HRA* §6/III, b), Sözleşme ile güvence altına alınan haklarla çelişen tutum, eylem ve yorumları, açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır. Şu hâlde, İngiliz hukuku yönünden gündemdeki tartışma, güvence altına insan hakkına ilişkin ihlalin kaynağının diğer bir birey, özel kişi olması hâlinde de söz konusu yasanın geçerli olup olmayacağıdır. Öğretide, hükmün açık ve yalın ifadesi karşısında, uyumsuzluğun niteliği ve taraflarının kim olduğu önemli olmaksızın, söz konusu yasanın etkin ve geçerli olduğu görüşü ileri sürülmektedir (**SANDY D.**, Independence, Impartiality, Arbitration and the Human Rights Act in England, 20(3) Arb Int. 2004, s. 313). Ayrıca bkz. **BUXTON R.**, The Human Rights Act and Private Law, 116 LQR 2000, s. 48 vd; **AMBROSE**, s. 470; **ROBINSON/KASOLOWSKY**, s. 458, 461). Uyuşmazlığın taraflarının kimliği önemli olmaksızın, *tüm düzenlemelerin* insan haklarına ilişkin hükümlere uygun yorumlanması asıldır. Kanun, bireye, diğer bireye yönelik, garanti edilen insan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bağımsız bir dava hakkı ve nedeni vermemektedir. Lakin devlet, bireyler arasındaki ilişkilerin, garanti edilen insan haklarına uygun bir biçimde işlerlik kazanması sağlama ve gözetme yükümlülüğü altındadır. Aynı şekilde bireyin “*court or tribunal*”ın anılan haklarının gereğini kendisine sağlamadığından bahisle de yakınması mümkündür. Bu kapsamda, bağımsız bir dava hakkı yahut nedeni yaratılmamışsa da, bireyler arasında, en azından maddi düzeyde, insan haklarının yatay etkisinin geçerli kılındığından söz etmek gerekir (**MCGOLDRICK D.**, The United Kingdom’s Human Rights Act 1998 in Theory and Practice, 50 ICLQ, 2001, s. 935-937). *Karş.* Türk hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin özel hukuka doğrudan etkisi, Anayasa madde 11 ile açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durum, sadece temel hak ve özgürlükler için değil; diğer Anayasa normları için de geçerlidir. Kısacası, Anayasa normları, sadece devlet ve vatandaş arasındaki ilişkilerde değil; ama aynı zamanda, özel kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerde de geçerlidir (**GÖREN Z.**, Temel Hak Genel Teorisi, 3. Baskı, Ankara 1995, s. 71).

⁴⁰⁶ **van DIJK/van HOOF**, s. 23, 24; **ALKEMA**, s. 38; **LEIGH I.**, Horizontal Rights, The Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?, 48 ICLQ 1999, s. 58; *karş.* **LIEBSCHER**, s. 74.

⁴⁰⁷ **ALKEMA**, s. 34. Tahkim de özellikle adil yargılanma başlığı altında güvence altına alınan hakların ihlalin gündeme gelebileceği bir alandır (**SAMUEL**, *Human Righthst*, s. 414). İnsan haklarına ilişkin hiçbir düzenleme, açıkça veya zımnen, söz konusu insan hakkının *sadece* devlet müdahalelerine karşı korunacağına ilişkin bir sınırlama içermemektedir. Esasen, insan haklarının bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde de uygulanabilmesi, insan hakkı kavramına zaten mündemiç bir husustur (**van DIJK/van HOOF**, s. 24; **JAKSIC**, s. 110). Ayrıca bkz. **LEWAN**, s. 578; **HORAN**, s. 850, 851; **CLAPHAM**, s. 164.

kabul edilen anlayış, özel kişilerin de İHAS'la bağlı ve sözleşme hükümlerini dikkate almakla yükümlü olduklarıdır (İHAS m. 13, 17)⁴⁰⁸. Ancak zaten devlet de, iç hukukunu, milletlerarası alanda yükümlendiği ödevlerine uygun hâle getirmek zorundadır. Bu kapsamda birey, haklardan etkin bir biçimde yararlandırılmalı ve gereğinde, *özel kişilerden gelecek ihlallere karşı da kendisine etkin bir hukuki koruma sağlanmalıdır* (İHAS m. 1; Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 2/I)⁴⁰⁹.

Öğretide, yatay etki-uygulanabilirlik konusunda, görüş birliğinin bulunduğu söylemek güçtür. Çoğu kez mesele, örneğin İHAS bakımından, Sözleşme organları önünde geçerli sorumluluk yönünden, aranan *locus standi* ile karıştırılmaktadır⁴¹⁰. Kaldı ki, başta İHAS olmak üzere insan haklarına ilişkin düzenlemeler, çoğu hâlde, yatay etkiyi ne açıkça emretmektedir ne de yasaklamaktadır; konu, bu nedenle öğretilerde son derece tartışmalıdır⁴¹¹. İnsan hakları hukukunda, yatay etkinin bulunduğunu kabul eden görüşün de kendi içinde ikiye ayrıldığını söylemek mümkündür. Bunlardan ilkinde göre, yatay etki, aslında bağımsız bir olgu olmayıp söz konusu milletlerarası düzenleme içinde var olan, devletin düzenlemeye konu insan haklarını koruma; düzenleme; etkin bir biçimde kullanılmasını temin etme şeklindeki ödevinin bir uzantısıdır. Burada da esasen, devletin sorumluluğuna ilişkin usulî meselenin izleri bulunmaktadır. Diğerine göre ise devletin, söz konusu ihlalden sorumluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin usulî *-locus standi-* meseleden bağımsız olarak insan haklarının yatay etkisi bulunmaktadır⁴¹².

Milletlerarası düzeyde, yatay etki-uygulanabilirlik, iç hukuktan farklıdır. Örneğin milletlerarası düzeyde, hukuki çareler (*remedial horizontality*) bakımından bir yatay etkinin bulunmadığını belirtmek gerekir (İHAS m. 34, 35)⁴¹³. Ancak bu, örneğin İHAS'ın (*direct*

⁴⁰⁸ ALKEMA, s. 36, 37; JAKSIC, s. 110. Özellikle bkz. BUXTON, s. 52. Devletlerin *ekolojik sorumluluğunun olduğuna ilişkin* bkz. CLAPHAM, s. 166, 201.

⁴⁰⁹ LIEBSCHER, s. 74. Bu anlayış, aslında, düzenlemeye konu insan haklarının bireyler için ve bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde de geçerli olduğunu kabul etmek yönünden yeterlidir. Zira söz konusu milletlerarası düzenlemenin taraflarına, düzenlemeye konu hakların herkes tarafından etkin bir biçimde kullanımını, tüketimini sağlama ödevi yüklenmiştir (JAKSIC, s. 112; BUXTON, s. 52; CLAPHAM, s. 171).

⁴¹⁰ İnsan haklarının yatay uygulanabilirliği meselesi, söz konusu insan hakkına ilişkin düzenlemenin kapsamı ile ilgili olup maddi bir meseledir; bu nedenle de usulî bir mesele olan *locus standi*'den ve dolayısıyla devletlerin sorumluluğundan ayrılması gerekir (ALKEMA, s. 38; CLAPHAM, s. 166).

⁴¹¹ *Düzenleme konusu insan hakkının, özel kişiler yönünden de bir yükümlülük ya da yetkiyi içerip içermediği, belki de her bir hükmün amacı, içeriği ve lafzı yönlerinden ayrı ve yatay etkinin gerek millî gerekse milletlerarası düzeyde farklı anlamlara da geldiği dikkate alınarak incelenmelidir* (van DIJK/van HOOFF, s. 25, 26; ALKEMA, s. 37; JAKSIC, s. 113; 187). Ayrıca bkz. CLAPHAM, s. 164.

⁴¹² *Ayrıntısı için* bkz. ALKEMA, s. 38; BUXTON, s. 54; GIUNIO, s. 39; JAKSIC, s. 112-113; GÖREN, *Yatay Etki*, s. 17, 18.

⁴¹³ LIEBSCHER, s. 74; CLAPHAM, s. 164.

statutory horizontality) esasa ilişkin olarak doğrudan; hukuki çareler bakımından ise dolaylı (*intermediate horizontality*) bir yatay etkiyi yok saydığı, anlamına gelmemektedir⁴¹⁴.

Yatay etkinin-doğrudan uygulanabilirliğin sıklıkla karıştırıldığı mesele olan devletin sorumluluğuna gelince: Devletin sorumluluğu, ya yükümlü olduğu sonucun gerçekleşmemesi hâlinde veya üzerine aldığı sorumluluğun gereğini yerine getirmemesi hâlinde gündeme gelir. Özellikle sonuç taahhüdüne ilişkin ihlalin, devletin kendi eylemine dayanması mümkün olduğu gibi ihmalden de kaynaklanabilir. Burada özellikle geliştirilen bir diğer anlayışa göre, devlet, yerine getirmekte olduğu kimi işlevlerin özel kişilerce de görülmesine izin vermekle sorumluluktan kurtulamaz⁴¹⁵. Oysa devlet, bireylerin diğer kimselerin insan haklarının ihlali sonucunu doğuracak eylem ve ihmallerinden de *ancak böyle bir ihlalin doğmasını engelleyecek gerekli yasal ve idari tedbirleri almamış/alamamış olduğu ölçüde* sorumludur (*karş. İHAS m. 13*)⁴¹⁶. Yani kişilerin eylemleriyle ilgili hak ihlallerinden ötürü devletin sorumluluğu konusunda, öğretide geliştirilen formül şu şekildedir: ***İhlale sebebiyet veren eylemin bir özel kişiden veya özel hukuk işleminden kaynaklanmış olmasına bakılmaksızın devlet, yasal eksikliklerinden ve hatta söz konusu ihlale göz yumulması sonucunu doğuran yargısal faaliyetleri yüzünden, sorumludur***⁴¹⁷.

İHAS'ın özel hukuk ilişkileri üzerinde bir etkisinin olup olmadığı sorusu, öğreti tarafından genelde olumlu cevaplanmaktadır. Özellikle bireyin özgür iradesinin sakatlandığı yahut diğerleri üzerindeki egemen konumunu kullanmak suretiyle onları, bu tip özel hukuk ilişkilerine mecbur bıraktığı hâllerde, Sözleşme'nin duyarsız kalamayacağı söylenmektedir⁴¹⁸. Geçersiz bir tahkim anlaşmasıyla "*right to a court*" mahkemeye başvuru hakkı elinden alınmış birey, *böyle bir haktan feragat, tarafların açık, özgür ve sağlıklı iradesiyle gerçekleşmediğinden*, İHAS'ın korumasından yararlanmaya devam edecektir⁴¹⁹. Yatay etki

⁴¹⁴ LEIGH, s. 75; CLAPHAM, s. 171. Sadece, devlet veya kamu otoriteleri tarafından ihlal edilebilecek olanlar bir yana, *Sözleşme* bünyesinde, esasa ilişkin doğrudan -yatay- uygulanabilirliğin geçerliliği konusunda bir tereddüt, çoğu kez yaşanmamaktadır. *Mahkeme*, bir içtihadında, devletin özel kişilere ödevlerini devretmiş olmasının, kendisini sorumluluktan kurtarmaya yetmediğine hükmetmiştir (ECHR, *Costello-Roberts case v. UK*, Series A, No. 247-C, 19 EHRR 1995, s. 112). Sözleşmenin 6/I. maddesiyle bireyin, yargısal temel hakları konusunda, *devlet mahkemeleri* önünde, yaşayabileceği ihlallere karşı korunmasının amaçlandığı söylenebilir. Lakin *yargısal temel hakların, yargı faaliyetinin özel kişilerce görülmesi durumunda da ihlali gündeme gelebilir. Üstelik "right to a court" mahkemeye başvuru hakkının özel kişilerce ihlali de pekâlâ mümkündür* (JAKSIC, s. 190, 119-121; ayrıca bkz. ALKEMA, s. 37; GIUNIO, s. 39; GÖZLÜGÖL, s. 150, 151).

⁴¹⁵ JAKSIC, s. 125; AMBROSE, s. 470; GALIC, s. 12.

⁴¹⁶ JAKSIC, s. 125; AMBROSE, s. 470.

⁴¹⁷ JAKSIC, s. 127. Bu hâlde, özellikle İHAS bağlamında, başvuru hukuki çare, *pro futuro* nitelikte olup mağdurun doğrudan uğradığı zararın etkilerinin bertaraf edilmesine, eski hâle iadenin temin edilmesine yönelik değildir (İHAS m. 41). Olası etki kendini, devletin pozitif hukukunu yeniden gözden geçirmesinde gösterecektir (ALKEMA, s. 38); BUXTON, s. 54.

⁴¹⁸ ALKEMA, s. 40; GALIC, s. 12, 13.

⁴¹⁹ ALKEMA, s. 41; PETROCHILOS, s. 113, 114. Ayrıca bkz. *Deweere v. Belgium*, Series A, 35, 2 EHRR, s. 439, § 49.

anlayışının, güvence altına alınan hakkın etkin, efektif bir biçimde, korunmasını sağlamak yönünden son derece önemli bir işlevi olduğu düşünülmektedir⁴²⁰.

Bir görüşe göre⁴²¹ ise, hiçbir millî hukuk, adaletin gereği gibi- usulünce gerçekleşmesine yönelik haktan (*proper administartion of justice-Justizgewährungsanspruch*)⁴²² *ex ante* ve *tümüyle* feragate izin veremez. Oysa aynı görüş bağlamında, tahkim anlaşmasının yapılmasıyla mahkemelerin yargı yetkisinin aksi kararlaştırıldığından, *kismen de olsa* yukarıda sözü edilen haktan vazgeçilmiştir⁴²³. Böyle bir olasılık, iradi ve hiçbir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta olduğu; taraflar arasındaki eşitlik muhafaza edildiği sürece Sözleşmenin 6/I. maddesinde yer alan diğer haklar için de geçerlidir⁴²⁴. Tahkim anlaşması yönünden, salt iradenin sakatlanmasıyla *ya da* tahkim yargılaması içinde, Sözleşmenin 6/I. maddesinde yer alan insan haklarıyla ilgili güvencelerin ihlal edilmesiyle *anulan maddenin ihlali nedeniyle* devletin herhangi bir sorumluluğu, gündeme gelmemektedir⁴²⁵. Ne var ki, tahkim yargılaması içinde gerçekleşen ihlaller bakımından devletin *indirect Drittwirkung* şeklindeki sorumluluğu, hâlâ saklıdır⁴²⁶. Devletin buradaki sorumluluğunun kaynağı, tahkim yargısı içerisinde gerçekleştiği iddia edilen ihlale karşı, gerek yasama faaliyetleri kapsamında gerekse yargı organları nezdinde, söz konusu ihlalin izalesine gidilmemiş ve gerekli duyarlılığın

⁴²⁰ ALKEMA, s. 44.

⁴²¹ MATSCHER, s. 229-232.

⁴²² Jaksic, *Justizgewährungsanspruch* şeklindeki ifade tarzını, *proper administartion of justice* biçimde tanımlamıştır (JAKSIC, s. 187). Söz konusu İngilizce kavram, Türkçeye *adaletin usulünce gerçekleşmesine ilişkin hak* biçiminde çevrilebilmekteyse de, kavramın Almanca aslından yapılacak tercüme, tam böyle olmayacaktır. Almanca aslından yapılacak çeviri esas alındığında, *Justizgewährungsanspruch*, *hukuki korunma talebi* *Rechtsschutzanspruch* veya *Rechtsschutzgarantie* anlamlarına gelecek şekilde ve hatta onların yerine kullanılabilirlikteyse de kimi zaman, daha farklı bir manaya gelecek biçimde de kullanılmaktadır. *Justizgewährungsanspruch*, terminolojik açıdan *Rechtsschutzanspruch*'dan daha farklı bir anlamı ifade ettiğinde; ilki, haktan ayrı şekilde, genel ve soyut olan, mahkemeye başvurudan da önce bulunan yargı organlarına yönelik bir hukuki korunma talebi anlamına gelmekteyken; diğeri, herkesin yargı organlarına başvuru hakkının bulunması ve bu başvuru ile doğan yargılama yapılmasına ilişkin somut bir talebi ifade etmektedir (*Ayrıntısı için bkz. ÖZEKES*, s. 50, dn. 115). Oysa Matscher'in *Justizgewährungsanspruch*'a yüklediği anlam, soyut da olsa salt bir *hukuki korunma talebi* olmayıp bunun da ötesinde, böyle bir talebin gerçekleşmesi durumunda, mahkemelerce yapılması gereken yargılamanın içerdiği asgari standartları da kapsayacak genişliktedir. **Zira tahkim anlaşması ile mahkemelerin yargı yetkisinin aksinin kararlaştırıldığıının kabulüyle taraf, tahkim anlaşmasıyla bu bütünlükten *kismen de olsa* feragat etmiş sayılmakta; artık burada tarafın, sadece "right to acces to a court"dan değil; mahkemeye ulaşıldığında, yapılacak bir yargılamada bulunması gereken zorunlu unsurlardan da bir anlamda vazgeçmiş olduğu sonucuna ulaşılmaktadır** (MATSCHER, s. 229, 234. Ayrıca bkz. WEDAM-LUKIC, s. 16; HELLER, s. 35). *Mahkeme de Delcourt* kararında, Sözleşmenin 6/I. maddesini, bir bütün olarak, "*right to a good administration of justice*"ın somut bir düzenlemesi olduğunu kabul etmiştir (*Delcourt case*, Judgement of 17.01.1970, Series A, No. 11, §25).

⁴²³ MATSCHER, s. 234; SAMUEL, *Human Righst*, s. 416; JAKSIC, s. 188.

⁴²⁴ MATSCHER, s. 235; PETROCHILLOS, s. 114. Tahkim anlaşmasının İHAS'ın 6/I. maddesinin tümünden; Alman hukuku bakımından ise *Justizgewährungsanspruch* bağlamında geçerli olan tüm haklardan feragat anlamına gelip gelmediği tartışması için GEIMER, s. 149, 158-159. Karş. SONNAUER, s. 26-28.

⁴²⁵ MATSCHER, s. 237; BUXTON, s. 65; LIEBSCHER, s. 75, 76. Karş. JAKSIC, s. 188.

⁴²⁶ MATSCHER, s. 237; JAKSIC, s. 188; LIEBSCHER, s. 76. Bu hâlde muhatap, İHAS'ın 1. maddesine göre devletin kendisi olup ihlale konu hakkın kim tarafından ihlal edildiği yahut onun yönünden bir bağlayıcılığının olup olmadığı tartışılmaksızın zaten devletin, *bu konuda, olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğünü ihlal etmiş olması nedeniyle* sorumluluğu, gündeme gelecektir (BUXTON, s. 54).

gösterilmemiş olmasıdır. Bu hâlde devlet, sahip olduğu hukuk düzeninin tahkim yargılaması içinde gerçekleşen ihlale karşı herhangi bir hüküm, düzenleme yahut hukuki çare *içermemesi* nedeniyle de sorumlu kalmaya devam edecektir. Zira devletin sorumluluğunu doğuran husus, yasama faaliyetindeki noksanıdır⁴²⁷.

Tahkim yargılamasındaki yargısal temel hak ihlallerinin ülke mahkemelerince denetimine ilişkin devletlerin sorumluluğu konusunda, Sözleşme'ye dayalı içtihatların istikrar kazandığından bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir. Örneğin, önceleri *Komisyon*, Sözleşmenin ihtiyari tahkim üzerinde hiçbir uygulama alanının bulunmadığı, sonucuna ulaşmıştır⁴²⁸. Sonraları ise yine *Komisyon*, bir olayda, **açıkça**, ülke mahkemelerinin hakem kararının icrası safhasında (*exequatur proceedings*), tahkim yargılamasının doğruluğu ve adilliği üzerinde bir denetim görevi olduğuna; söz konusu denetimin ihlal edilmiş olmasının İHAS bakımından devletin de sorumluluğunu gerektirdiğine karar vermiş⁴²⁹; ne var ki bundan da sonra, mahkemelerin, tahkimin Sözleşmenin 6/I. maddesi ile uyum içinde olmasını temin etmek yönünden hiçbir yükümlülüğünün bulunmadığı; *söz gelimi, 6. maddede öngörülen güvencelerin sağlanmamış olması nedeniyle bir hakem kararının mutlaka iptalinin gerekmediği* sonucuna ulaşmıştır⁴³⁰. Varılan sonuç ile sadece *yatay etki* görüşü reddedilmekle kalınmamakta; ama aynı zamanda, tahkim yargılaması içinde yaşanan yargısal temel hak ihlallerinden ötürü devletin sorumluluğu yoluna gidilmesinin önü neredeyse kapatılmaktadır⁴³¹. Oysa Sözleşme'nin 6/I. maddesinin esasa ilişkin olarak doğrudan; sorumluluk-hukuki çareler bakımından ise dolaylı bir *yatay etkiyi* kabul ettiği savunulmaktadır⁴³². ***Sonuç olarak, Sözleşmede güvence altına alınan hakların ihlale uğraması hâlinde devletin sorumluluğu, sadece söz konusu ihlalin engellenememiş olması hâlinde değil; anılan yöndeki ihlalin salt bir özel kişiden kaynaklanması durumunda da gündeme gelecektir***⁴³³.

⁴²⁷ MATSCHER, s. 237; JAKSIC, s. 188, 190. Burada, sürekli olarak bir devletin tahkimle ilgili sorumluluğundan bahsedilmekteyse de bunun *hangi* devlet olduğu, cevabı son derece zor, bir diğer sorudur ve devletin sorumluluğunun kaynağı kadar önemlidir (SAMUEL, *Human Right*, s. 416).

⁴²⁸ Bu görüşün destekçisi için bkz. GEIMER, s. 159. Karş. HABSCHEID, EMRK, s. 349 vd. Kararların ayrıntılı analizi için bkz. WEDAM-LUKIC, s. 17 vd. Ayrıca bkz. JAKSIC, s. 197.

⁴²⁹ *Jakob Boss Söhne AG v FR Germany*, (Decision of 2 December 1991) Application No. 18479/91, aynı yönde bkz. *Heinz Schieber KG v FR Germany*, (Decision of 2.12.1991) Application No. 18805/91.

⁴³⁰ *Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. Netherlands*, Application No. 28101/95, 87 A DR 1996, s. 112. Aynı yöndeki *Mahkeme'nin* kararı için bkz. *Suovanemi and others v. Finland*, (Decision of 23.02.1999), Application No. 31737/1999. Ayrıca bkz. JAKSIC, s. 190.

⁴³¹ JAKSIC, s. 95 vd.

⁴³² JAKSIC, s. 190

⁴³³ JAKSIC, s. 125, 191. ***Devlet yargısında anlaşıldığı biçimiyle hukuki dinlenilme hakkının günümüz tahkim yargılamaları için de geçerli olduğuna ilişkin*** bkz. BGH, NJW 1992, 2299.

III- Yargısal Temel Haklardan Feragat Edilebilmesi Sorunu

A- Genel Olarak

Sözleşmenin ihtiyari tahkim için de *tıpkı mahkemeler önünde görülmekte olan yargılamalar gibi* geçerli olup olmadığı konusundaki içtihatların yeknesak olduğunu söylemenin güç olduğu belirtilmiştir⁴³⁴. Oysa Sözleşme’de geçen “tribunal” kavramı yönünden geliştirilen bağımsız içerik, uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal sayılabilecek bir faaliyet icra eden her kurum, yapı ya da oluşumu karşılayan, âdeta evrensel bir anlam içermektedir⁴³⁵. Kaldı ki, insan haklarına ilişkin kimi normların bireyler arasındaki ilişkiler için de geçerli olduğu, bugün için kabul edilmektedir⁴³⁶.

Başta Sözleşme olmak üzere, düzenlenen yargısal temel hakların teorik olarak, ihtiyari tahkim için de geçerli olduğu kabul edilse dahi⁴³⁷ bu durumda, incelenmesi gereken bir diğer sorun, (ihtiyari) tahkimin taraflar arasında kararlaştırılması hâlinde, söz konusu yargısal temel haklardan da aynı zamanda feragat edilip edilmediğidir.

Tahkim anlaşmasının yapılmış olmasının, özellikle içtihatlar bağlamında, tarafların, Sözleşmenin 6/I. maddesinde düzenlenmekte olan, “*proper administration of justice*” şeklindeki bir üst başlık altında toplanabilecek haklardan da tümüyle feragat ettikleri anlamını taşıdığı, yaygın bir düşüncedir⁴³⁸. Gerçi, tahkim anlaşmasının varlığı ile birlikte artık Sözleşme’nin 6/I. maddesinin hiçbir uygulama alanının kalmadığı hususunun bir **dogma** hâline gelip gelmediği, yine bizzat Sözleşme’yle ilgili içtihatlarda, henüz kesinkes çözüme kavuşturulmuş da değildir. Zira *Souvaniemi* davasında *Mahkeme*, ihtiyari tahkim içerisinde hakemlerin tarafsızlığı hususunu, Sözleşme’nin 6/I. maddesiyle ilişkilendirerek

⁴³⁴ JAKSIC, s. 201.

⁴³⁵ JAKSIC, s. 93.

⁴³⁶ ALKEMA, s. 40. *Costello-Roberts case*, Judgement of 25.03.1993, A, 247-C. Sözleşmenin 6/I. maddesinin uygulanması yönünden, esasa uygulanacak hukuk; tarafların hukuki durumları yahut hakemlerin yargı yetkilerinin kaynağı ne olursa olsun icra edilecek faaliyetin sonunda, bireylerin hak ve yükümlülükleri üzerinde kesin bir biçimde etki edilecek olması yeterlidir (*Stan Grek Refineries et al v. Greece*, A, 301-B, 19 EHRR 293, §39). Tahkim de bu türden bir faaliyettir (*Bramelid and Malmström v. Sweden*, Application No. 8588-8589/79, 29 DR 1982, s. 64, 5 EHRR 1982, s. 249). Bu sonucun, *sadece* uyuşmazlığın esası üzerinde nihai ve bağlayıcı karar alınmasını temin eden yargısal ve yargı benzeri usuller için değil; *ama aynı zamanda*, örneğin Sözleşme ile güvence altına alınmış diğer hakları da etkileyebilen “*quality arbitration*”, “*valuation*” ya da “*certification*” gibi usuller için de geçerli olması gerektiğine ilişkin bkz. JAKSIC, s. 120; 203 vd. dn. 736. Ayrıca bkz. SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 2, Rn. 11-12; ÖZEKES, s. 227.

⁴³⁷ HABSCHEID, EMRK, s. 348; WEDAM-LUKIC, s. 16; MOITRY, s. 118; karşı. SAMUEL, *Human Righst*, s. 426.

⁴³⁸ *KR v. Switzerland*, Application No. 10881/84, 51 DR 1987, s. 83 vd.; *Jakob Boss Söhne AG v FR Germany*, (Decision of 2 December 1991) Application No. 18479/91; *Heinz Schieber KG v FR Germany*, (Decision of 2.12.1991) Application No. 18805/91. Ayrıca bkz. LIEBSCHER, s. 69, 70; SAMUEL, *Human Righst*, s. 419. Oysa hukukun **zorunlu kıldığı durumlarda** geçerli olan *mevcuri tahkim*, her yönüyle Sözleşme’nin uygulama alanına dâhildir (*Bramelid and Malmström v. Sweden*, Application No. 8588-8589/79, 29 DR 1982, s. 64, 5 EHRR 1982, s. 249; ayrıca bkz. JAKSIC, s. 199; SAMUEL, *Human Righst*, s.419, 420).

değerlendirmiştir. Gerçi başvuru, Sözleşme'nin 6/I. maddesinin ihlal edildiğine dair herhangi bir hususun tespit edilememiş olması nedeniyle reddedilmiş ve kararda, *yine* tahkim anlaşmasının varlığı karşısında, *mahkemelerce icra edilen yargılama usulünden* açıkça feragat edildiği hususuna yer verilmişse de, ilk defa *Mahkeme*, tarafsız hâkim (hakem) önünde yargılanmaya ilişkin Sözleşmenin 6/I. maddesinde garanti edilen haktan *önceden* (*örneğin tahkim anlaşmasıyla*) feragat etmenin mümkün olmadığı ve bununla bağlantılı olarak, hakemin tarafsız bulunmaması nedeniyle hakem kararının iptaline yönelik talebin reddinin 6. maddeyle örtüşüp örtüşmediğinin incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁴³⁹.

B- İrade Serbestisi ve “Justizgewährungsanspruch; Proper-fair administration of justice-”Adaletin Usulünce Gerçekleşmesine İlişkin Haktan Feragat

İrade serbestisi, *sadece* gerek millî gerekse milletlerarası düzeyde, tahkim hukukunun kabul ederek kendisine sonuç bağladığı bir prensip olmamakta; *ama aynı zamanda*, bireyin özgürlüğünün temininde araç olan insan hakkına kalite katmakta ve ona niteliğini vermektedir. Ne var ki, tarafların gerek tahkim usulünü gerekse uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlerken sahip oldukları irade serbestisi, sınırsız değildir; olmamalıdır⁴⁴⁰. Her şeyden önce, tahkim anlaşmasının kendisine tanınan işlevleri yerine getirebilmesi, yine ilgili hukukça geçerli ve icra edilebilir olduğunun kabul edilmesine bağlıdır. Üstelik irade serbestisi, her hâlde kamu düzeniyle –“*delocalised*” tahkim için dahi “*international public policy*” ile sınırlıdır; aksi hâlde hiçbir geçerliliği bulunmamaktadır⁴⁴¹. Ne var ki taraflar, acaba, geçerli bir tahkim anlaşması ile daha baştan ve zımnen İHAS'ın 6/I. maddesiyle (Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/I) güvence altına alınan, “*proper (fair) administration of justice-*

⁴³⁹ *Suovanemi and others v. Finland*, (Decision of 23.02.1999), Application No. 31737/1999. Karar, özellikle, tahkim anlaşmasıyla mahkemelere başvuru hakkından da feragat edildiği, ancak bunun her hâlükârda, Sözleşme'nin 6/I. maddesinde yer alan diğer haklardan da feragat edilmiş olduğu anlamına gelmediği, görüşünü teyit etmiştir. Özellikle, ilgili hükümde yer alan *bazı* haklardan *baştan* feragat, zaten mümkün değildir. Gerçi bu konuda kararda açık bir katalog sunulmamış; sadece tarafsız ve bağımsız hâkim (hakem) önünde yargılanmaya ilişkin hak üzerinde durulmuştur. Bunun yanında özellikle, üzerinden tasarruf edilebilecek bir hak olarak görülen *aleni surette yargılanma* hakkından tarafların devlet yargısında dahi her zaman vazgeçebileceği hatırlatılmıştır. Kararda, tarafların özellikle tarafsızlığa ve bağımsızlığa ilişkin haklarından vazgeçmiş sayıldıkları sonucuna ulaşılmış ise de *bu, tarafların yargılamanın devamı esnasında, anılan yöndeki haklarının ihlal edilmiş olduğunu, süresinde veya gecikmeksizin ileri sürmeyip hükmün verilmesinden sonra hakem kararının iptalini istemleri nedeniyle* (LIEBSCHER, s. 72). Aynı yönde bkz. KAPLAN, *Usul*, s. 1112, 113.

⁴⁴⁰ REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 77.

⁴⁴¹ İHAS, kamu düzeniyle yakından ilgili ve bu nitelikte bir düzenlemelerdir ki, Sözleşme'nin 6/I. maddesine dâhil olanlar da *Avrupa kamu düzeninin* yapı taşlarıdır (JAKSIC, s. 205).

Justizgewährungsanspruch” şeklindeki adaletin usulünce gerçekleşmesine yönelik haklarından ve onu oluşturan diğer yargısal temel haklardan feragat mi etmişlerdir?⁴⁴²

Soruya verilen yanıtlar, tartışmalı ve karmaşık olmakla birlikte eğilimlerden ilki, tahkim anlaşmasıyla tarafların *sadece* devlet yargısına başvurma haklarından değil; *ama aynı zamanda*, insan haklarına dâhil sair, yargısal temel haklardan da feragat etmiş sayıldıkları yönündedir⁴⁴³. Ne var ki, *söz konusu feragatin dahi yine de Sözleşme'nin 6/I. maddesiyle uyum içinde olması aranmaktadır*. Aslında bunun bir çelişki olduğu düşünülmektedir. Güvence altına alınan hakların *tümünden* feragatin yarattığı vahim durum, görülmektedir ki, bir ölçüde de olsa, feragate rağmen *asgari hukuki güvenliğin* sağlanması yahut *feragatte tarafların özgür ve sağlıklı iradelerinin aranması* ile yumuşatılmaya çalışılmaktadır⁴⁴⁴. Tahkim anlaşmasının böyle bir feragati de içerdiği yönündeki içtihatlar⁴⁴⁵, özellikle tahkim anlaşmasının ve devamındaki tahkim yargılamasının devlet yargısından farklı olarak kimi riskleri içermekte olduğu; tahkim anlaşmasının taraflarının da zaten bunları göze aldıkları ve artık katlanmakla yükümlü oldukları şeklindeki görüşün⁴⁴⁶ izlerini bulmak mümkündür⁴⁴⁷.

Gerçi, böyle bir anlayışın yine bu alanda geçerli olduğu düşünülen bir diğer prensiple *insan hakkının özünden feragat edilemezlik* kuralı ile örtüşüp örtüşmediği, tartışmalıdır⁴⁴⁸. Herhangi bir insan hakkının kullanılabilmesi, bireysel bir çıkarın çok ötesindedir; bu nedenle

⁴⁴² *Mahkeme*, Sözleşme'nin 6. maddesiyle getirilen hükmü, kimi zaman “*a right to a good administration of justice*” veya kimi hâlde de “*a right to a fair trial*” olarak vasıflandırmaktadır (JAKSIC, s. 205, dn. 754). Ayrıca bkz. SONNAUER, s. 25, 26.

⁴⁴³ JAKSIC, s. 206. Ayrıca bkz. SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 1, Rn. 1.

⁴⁴⁴ LIEBSCHER, s. 77. Ayrıca bkz. STÖBER R., Staatsgerichtbarkeit und Schiedsgerichtbarkeit, NJW 40/1979, s. 2004-2005; SONNAUER, s. 25, 26. Ayrıca bkz. GÖREN, *Temel Hak*, s. 56; İNCEOĞLU, s. 150-152.

⁴⁴⁵ *KR v Switzerland*, Application No. 10881/84, 51 DR 1987, s. 83 vd.; YB 1987, s. 35 vd. Burada Komisyon, kararını iki gerekçe üzerine oturtmuştur: Bunlardan ilki, şu anda bizi de ilgilendirdiği üzere, tahkim anlaşmasıyla tarafların, sadece *mahkemeye ulaşma-başvurma haklarından* değil; ama, Sözleşme'nin 6/I. maddesinde düzenlenen sair haklardan da feragat etmiş oldukları varsayımdır. ***Bu hâlde, tahkim anlaşmasının özellikle irade sakatlıklarından ötürü yahut sair nedenlerle geçersiz kılınmamış olması da şarttır.*** Bununla da yetinmeyen Komisyon, yapılan başvurunun reddi yönünden bir başka gerekçeye daha sığınmıştır. Bu da tahkime uygulanacak hukukun içinde bulunduğu durumdur. Başvuru, tahkim yargılamasının makul sürede bitirilmemiş olması nedeniyle Sözleşme'nin 6/I. maddesindeki makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkindir. Oysa Komisyon, tahkimin tabi olduğu İsviçre hukukunda, mahkemelerin, iddia edilen ihlalin oluşumunun engellenmesi konusunda, herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığını tespit etmiş; ***hakemlerin eylemlerinden ötürü devletin sorumluluğunun, ancak yasal düzeyde mahkemelerden istenebilecek müdahalelerle sınırlı olduğu sonucuna ulaşmıştır.*** Aynı yönde bkz. *X v FR Germany* Application No. 1197/61, 5 YB 1962, özellikle s. 96. Bu son karar da, tümüyle ***tahkim anlaşmasının akdedilmesiyle tarafın Sözleşme'nin 6/I. maddesinde yer alan haklardan peşinen feragat ettiği varsayımı üzerine kuruludur.*** Yapılan tahkim anlaşması, irade sakatlıkları nedeniyle geçersiz kılınmadığı sürece, hakemlerin tahkim yargılaması boyunca sebebiyet verdikleri hak ihlalleri nedeniyle ilgili tarafın başvuruda bulunması mümkün değildir. Zira bu hâlde, tarafın sahip olup da ihlale uğrayabilecek, Sözleşme kapsamında herhangi bir hakkı, yoktur. Ayrıca bkz. LIEBSCHER, s. 67-69.

⁴⁴⁶ *Parsons & Whitmore Overseas v. RAKTA*, II YBCA 1976, s. 205.

⁴⁴⁷ JAKSIC, s. 206; SAMUEL, *Human Righthst*, s. 427, 428.

⁴⁴⁸ JAKSIC, s. 62 vd. Devletleri de aşan üst bir norm, doğal hukuk kuralı olarak Anayasa'da dayanağını bulan hukuki dinlenilme hakkına (*tıpkı adil yargılanma hakkı gibi*), temel bir hukuk prensibi olarak, Anayasa'da yahut kanunlarda bir temeli olmasa da, gerek kanun koyucu gerekse mahkemeler uygun davranmalıdır. *Ayrıntısı için bkz. ÖZEKES*, s. 63, 64.

de bireyin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir alan değildir. İnsan hakkından feragat edilemezlik kuralı, “*right to a proper administration of justice*” şeklinde ifade edilen ve Sözleşme’nin 6/I. maddesiyle güvence altına hak için de geçerlidir⁴⁴⁹.

Tahkim anlaşması ile tarafların, gerçekte neyi amaçladıklarının ve bu nedenle de neyi arzu etmediklerinin ya da neyden vazgeçtiklerinin özenle tespiti gerekir. Tahkim anlaşmasına taraf olanların, aralarındaki uyuşmazlıklarının çözümünde, devletin yargısını arzu etmedikleri; onun aksini kurguladıkları; **uyuşmazlığın esasıyla ilgili olarak** mahkemeye başvurma/ulaşma şeklindeki haklarından bir anlamda feragat ettikleri sonucuna ulaşmak, mümkündür⁴⁵⁰. Ancak bu sonuç, ilgilinin, aynı zamanda sahip olduğu tüm yargısal temel hakların özünden de mi feragat ettiğinin cevabını vermeye, yetmemektedir⁴⁵¹. Daha açık bir anlatımla her ne kadar, tahkim anlaşmasıyla mahkemeye ulaşma hakkından feragat edilebilirse de bu, aynı zamanda, *diğer* yargısal temel haklardan da feragat anlamına gelmekte midir⁴⁵²? Hukukun üstünlüğünün (*rule of law*), adaletin, insanlık onurunun ve bireysel özgürlüğün olmazsa olmazları arasında yer alan tarafsız ve bağımsız makamlar önünden yargılanma; adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının tanınması şeklindeki yargısal temel hakların özünden vazgeçilmesi, mümkün değildir⁴⁵³.

Mahkeme, Sözleşme’nin 6/I. maddesinde yer alan kimi yargısal temel hakların üzerinde tasarruf edilebilmesini mümkün görmüşken; diğer bir kısım hakların ise bu türden olmadığına hükmetmiştir. Örneğin, mahkemeye başvuru/ulaşma hakkından yahut aleni surette yargılanma hakkından *ex ante* feragat mümkün olduğu hâlde; bu durum, tarafsız ve bağımsız hakemlerce yargılanma yahut hukuki dinlenilme hakkı için geçerli değildir⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ *Société Siemens A.G, Sociéété BKMI Industiean Lagen GmbH c. Sociéété Dutco* (XVIII YBCA 1993, s. 140 vd) davasında, kamu düzeniyle de ilgili yargısal temel haklardan ancak söz konusu hak ile ilgili bir uyuşmazlık çıktıktan sonra feragat edilebilmesi mümkün görülmüş; baştan yapılacak bir feragatin ise geçersiz kalacağı içtihat edilmiştir. Ayrıca bkz. JAKSIC, s. 207; GÖREN, *Temel Hak*, s. 55, 56; KAPLAN, *Usul*, s. 125.

⁴⁵⁰ GEIMER, s. 161 vd; SCHÜTZE, s. 1.

⁴⁵¹ LIEBSCHER, s. 64, 65.

⁴⁵² ROBINSON/KASOLOWSKY, s. 463, 464; İNCEOĞLU, s. 152.

⁴⁵³ HABSCHIED, *EMRK*, s. 349; MATSCHER, s. 229; BRINER/von SCLSBRENDORFF, s. 92. Ayrıca bkz. AMBROSE, s. 485; ROBINSON/KASOLOWSKY, s. 464; SONNAUER, s. 25, 29. Hukuki dinlenilme hakkının ihlali, insan onurunun da çiğnenmesi anlamına gelecektir (ÖZEKES, s. 46, 47).

⁴⁵⁴ LIEBSCHER, s. 78; BRINER/von SCLSBRENDORFF, s. 91; ROBINSON/KASOLOWSKY, s. 463, 464. *Jakob Boss Söhne AG v FR Germany*, (Decision of 2 December 1991), Application No. 18479/91. Bu kararın gelişimi ilginçtir: *Komisyon*, tahkim anlaşmasıyla karşılaştığında, önceleri göstermiş olduğu tepkinin bir benzerini burada da sergilemiş; farklı bir ifade tarzıyla da olsa, tahkim anlaşmasının taraflarının, Sözleşme’ye taraf devletlerin sorumlu olduğu mahkeme yargılamalarıyla ilgili hakları üzerinde de tasarruf ettikleri sonucuna ulaşmıştır. Ne var ki bu durum, Sözleşmeye taraf bir devletin sorumluluğunu tümüyle de ortadan kaldırmamaktadır. ***Zira Alman mahkemelerince tanınıp tenfiz edilecek hakem kararının, tıpkı mahkeme kararları için aranan asgari standartları yerine getirmiş olması beklenir ki, devletin denetim görevi, burada hâlâ devam etmektedir.*** Bu denetim görevinin asli konusunu da hukuki dinlenilme hakkına riayet edilip edilmediği oluşturmaktadır. *Karardan, açıkça, mahkemeler önünde görülmekte olan yargılamadan vazgeçilse de hukuki dinlenilme hakkından tarafın kendisinin dahi vazgeçemeyeceği sonucu çıkmaktadır* (LIEBSCHER, s. 69,

Her ne kadar, hakkın özünden feragat etmek, mümkün değilse de bu, hak sahibinin yargılama içerisinde, hakkın icrası için gereken hukuki çareleri tüketme şeklindeki hakkından da feragat edemeyeceği anlamına gelmemektedir⁴⁵⁵. “*Ordre public*” karakterini haiz insan hakları –*adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, tarafsız ve bağımsız makamlar önünde yargılanma, silahların eşitliği ilkesi- sadece tarafın üzerinde ex ante tasarruf edememesi yönünden değil; ama aynı zamanda demokrasinin, hukukun üstünlüğünün ve adaletin korunması, temini ve tesisi için de son derece önemli haklardandır*⁴⁵⁶.

IV- Tahkimi Denetleme (veya Ona Yardım Etme) Konusunda Devletlerin Sorumluluğu

Sözleşmenin 6/I. maddesi, tarafı olan devletlere, Sözleşme ile düzenlenen hakların güvence altına alınabilmesi için gerekli, usulî yöntem ve mekanizmaların da kurulması ödevini, yüklemektedir. Bu, bir anlamda, Sözleşme’nin 6/I. maddesinin kurumsal yahut örgütsel boyutudur. Ne var ki, sözleşmeye taraf devletin, böyle bir sonucun elde edilmesine yönelik, seçilecek yöntemin nelerden ibaret olacağı konusunda, belli bir takdir hakkı da vardır. Sorun bir anlamda, bu takdir hakkının kullanılıp kullanılmadığı yahut nasıl kullanıldığı ile ilgilidir⁴⁵⁷. Tahkim ile ilgili problem, millî hukukun Sözleşme’nin 6/I. maddesinde, öngörülen hakların tahkim yargılaması içerisinde de güvence altına alınması konusunda, gerekli usulî çareleri içerip içermediği ve belki de, her şeyden önce, içermesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Yani, *sözleşmeye taraf devlet, acaba, özel bir yargılama makamına “tribunal established by law” şeklinde bir işlev ve özellik tanınmasına karşın yine de, söz konusu yargılama makamının Sözleşme’nin 6/I. maddesinde öngörülen kriterleri*

70). Ayrıca bkz. HELLER, s. 20, 21. Tarafsız ve bağımsız makamlar önünde yargılanabilmeye ilişkin hakkın üzerinde tasarruf edilebilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmış; kesin ve açık bir yanıt verilmemiştir (*Suovanemi and others v. Finland*, (Decision of 23.02.1999), Application No. 31737/1999; LIEBSCHER, s. 71, 72). *Ne var ki, kararın genel içeriğinden, bu haktan da baştan feragatin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür*. Zira kararın sonunda, ilgilinin başvurusu reddedilmekle birlikte, gerekçe, tarafın tahkim anlaşmasıyla zaten bu hakkından da feragat etmiş olduğu değil; tam aksine yargılamanın devamı esnasında böyle bir hak ihlalinin süresinde ve zamanında, gecikmeksizin ileri sürülmeyip hakem kararının iptali yoluyla ilk defa gündeme getirilmiş olmasıdır. Ayrıca bkz. YEĞENGİL, s. 262.

⁴⁵⁵ JAKSIC, s. 209). Aynı yönde bkz. ILA Report, s. 34.

⁴⁵⁶ Yargısal temel hakların uygulanması bakımından onların kabul edilen “*loi d’application immédiate*” niteliği, söz konusu hakların gerek yatay gerekse dikey uygulanabilirliği için uygun bir özelliktir (JAKSIC, s. 210, dn. 783-785). Ayrıca bkz. HABSCHIED, EMRK, s. 348; SONNAUER, s. 30; ATALAY, s. 447-447. Günümüzde insan hakları, çıkış noktasından oldukça uzaklaşmıştır. İki yüz yıl önce kendisinden kaçınılan devlet müdahalesi, artık bir çok yerde, insan için zorunlu bir hâle gelmiştir. Bu zorunluluğun kaynağı da günümüzde insan hakları anlayışına temel olan *insan onurudur*. İnsan haklarının en önemli amacı, insan onurunu yaşatmak, geliştirmek, insanın onurlu bir yaşam sürmesini sağlamaktır. *Ayrıntısı için bkz. ALDABAK E., İnsan Haklarının Düşünsel ve Tarihsel Kökleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan C. III, İstanbul 2003, s. 217-220.*

⁴⁵⁷ PETROCHILOS, s. 111; JAKSIC, s. 211.

sağlayıp sağlamadığını gözetmek hususunda, belli ölçüde de olsa, yargı yetkisini hâlâ muhafaza etmekle yükümlü müdür⁴⁵⁸?

Tahkimle de ilgili olarak, öncelikle Sözleşme'nin 1/I. maddesi anlamında, *devletin yargı yetkisine dâhil olmaktan* ne anlaşılması gerektiğinin tespiti gerekir. Devletin, üzerinde, bir şekilde veya düzenli olarak otoritesini kullandığı ve bu nedenle gündeme gelen hak ihlâlinin muhatabı olan kimse, ilgili devletin yargı yetkisi içinde kabul edilir. (*karş.*: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 2/I)⁴⁵⁹.

Milletlerarası tahkim yönünden sorun, şu şekilde yaşanacaktır: Tahkimin tarafları, tahkimle ilgili meselelerde, hukuku uygulanmakta olan, yani tahkimin tabi olduğu hukukun ait olduğu devletin yargı yetkisi içinde kabul edilecekler midir? ***Gerçi bu hâlde, öncelikle tahkim üzerinde otoritesini kullanacak olan devletin neye göre tespit edileceğinin belirlenmesi gerekir ki, bu da, lex arbitri konulu tartışmaları, bir daha gündeme getirmektedir.*** Egemenlik yetkisini, hukuku aracılığıyla kullanacak devletin mahkemeleri, anılan tahkim yargılamasına yol göstermekte, onu gereğinde denetlemekte, bir anlamda üzerinde yargı yetkisini kullanmaktadır. Sözleşme, tarafı olan devletin, *millî hukukuna da uygun olarak*, egemenlik yetkisini, yargı yetkisine dâhil kimselerle ilgili sorunların çözümünde kullanmasını beklemektedir⁴⁶⁰.

Milletlerarası tahkim ile özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi düzeni arasında, çok ciddi bir ayrışmanın, daha yerinde bir ifadeyle sorunlar yumağının bulunduğunu kabul etmek gerekir:

- a) Millî hukukun *lex arbitri*'yi tespit ederken hangi kriteri dikkate aldığıнын, bir başka ifadeyle hangi bağlanma noktasını tercih ettiğinin son derece önemli sonuçları bulunmaktadır.
- b) *Mülkilik ilkesini* benimsemiş bir millî hukuk ve onun sahibi olan devlet, *yine kendisi tarafından öngörülmediği sürece* (örneğin bkz. Model Kanun m. 1/II, 9; ZPO

⁴⁵⁸ PETROCHILOS, s. 159. Ayrıca bkz. SAMUEL, *Human Right*, s. 427; STOBER, s. 2007-2008. Yargısal temel haklar, kişisel haklardan sayıldığı gibi *pozitif statü hakları* olarak da kabul edilmektedir. Pozitif statü hakları, bireyin özgür varlığının oluşturulması ve korunması yönünde, devlete gerekli *tedbirleri* alma görevi yükleyen haklardır (ATALAY, s. 443, 444); GÖREN, *Temel Hak*, s. 26.

⁴⁵⁹ İHAS'ın 1. maddesiyle ilgili olarak, "yargı yetkisine dâhil olmak" bakımından *mülkilik ilkesi*, göz önünde tutulması gereken ilk prensiptir. Bunun dışında, sorumluluğuna gidilen devletin yargı yetkisine tabi olma durumunun, ülkenin sınırlarının da dışına çıkılarak genişletilmesi, bunun için geçerli, son derece haklı nedenlerin varlığını gerekli kılmaktadır. Sorumluluk, kategorik olarak, sadece ülke üzerinde gerçekleşen hak ihlalleri ile sınırlı değildir. Kimi zaman, sorumluluğu yoluna gidilen devletin yargı yetkisine dâhil olup olunmadığı, o devletin ülkesinde bulunmaktan daha geniş bir anlam ifade edebilmektedir (JAKSIC, s. 95 vd; PETROCHILOS, s. 159). Ayrıca bkz. GÖREN, *Temel Hak*, s. 19; GÖZLÜGÖL, s. 154-158; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 77-80. Bu yaygın kabul, özellikle milletlerarası tahkim için son derece ilginç sonuçların doğmasına sebebiyet verecek niteliktedir.

⁴⁶⁰ PETROCHILOS, s. 160.

§1025/II, III; 1996 AA §2/II, III, IV) tahkim yeri kendi ülkesi dışında olan bir tahkim yargılamasına yardım etmekle yükümlü müdür?

- c) **Tahkimin**, yardımı istenen ülkenin hukukuna tabi olduğunun kararlaştırılması; **tahkim yargılamasına** söz konusu ülkenin hukukunun uygulanacağını öngörülmesi bir önceki soruya vereceğimiz cevabı değiştirecek midir?
- d) Ülke hukukunun kendisinin *mülkiyet ilkesi* yanında, millî tahkim kanununun gereğinde ülke dışında, taraflarca seçilmiş olması hâlinde de uygulanacağını kabul etmiş olması hâlinde (*örneğin bkz. MTK m. 1/II; 1994 Mısır Tahkim Kanunu m. 1; 9; NCPC Art. 1493/II*), böyle bir tahkimin taraflarının, *kararlaştırılan millî tahkim kanununun sahibi olan devletin yargı yetkisine dâhil olduğu sonucuna varılabilir mi?*
- e) Tahkimin tabiiyeti belirlenirken örneğin *1998 Reformu* öncesi Almanya’da ya da *1981 Reformu* öncesi Fransa’da olduğu gibi, taraflarca, tahkimin, tahkim yeri hukuku dışında, bir başka millî hukuka tabi kılınması nedeniyle tahkim yeri hukukunca millî sayılmayan bir tahkimden ötürü, anılan tahkimin taraflarının İHAS madde 1 kapsamında, *tahkim yeri ülkesinin yargı yetkisine dâhil olmadığı kabulü mümkün müdür?*
- f) Tahkim yerinin bulunduğu *A* ülkesi mahkemelerinin, görülmekte olan bir tahkim yargılamasında, dinlenmesi gerekli ve fakat *B* ülkesinde bulunan bir tanığı, böyle bir yargılamaya katılmak konusunda mecbur edemeyeceğinden, bu yöndeki bir talebi reddetmiş olur ve şayet *B* ülkesi mahkemeleri de, benzer yöndeki talebi, bir başka ülkede cereyan etmekte olan ve kendisine de tabi kılınmayan (*karş. MTK m. 1/II*) tahkim yargılamasıyla ilgili, herhangi bir yargı yetkilerinin bulunmaması nedeniyle reddederse, *A* ülkesinde gerçekleşen bir tahkim yargılamasındaki adil yargılanma hakkının korunamamış olması nedeniyle *B* devletinin sorumlu tutulması mümkün müdür?

Henüz yeni yeni sorulmaya başlanan bu soruların cevapları, en azından Sözleşme nezdinde, daha verilmiş değildir⁴⁶¹.

Devletin tahkim ile olarak, özellikle denetim şeklindeki yükümlülüğü yönünden, söz konusu tahkimin ihtiyari veya mecburi olması arasında bir fark *bulunmamalıdır*. Ne var ki, Sözleşme’nin uygulanmasıyla ilgili olarak, özellikle (*ihtiyari*) tahkim konusunda, mecburi tahkimdeki kadar berrak ve istikrar bulmuş sonuçlara henüz ulaşamamıştır⁴⁶².

⁴⁶¹ PETROCHILOS, s. 160.

⁴⁶² PETROCHILOS, s. 162; SAMUEL, *Human Rights*, s. 419, 420.

Sözleşmenin 6/I. maddesiyle devletin, hükümde sözü edilen yargısal temel hakların ihtiyari tahkim yargılaması içinde de temini ve gözetilmesi hususunda, **hiç olmazsa** hakem kararının iptali ya da yabancı hakem kararının tenfizi esnasında, gerekli usulî çareleri düzenlemesi gerektiği sonucunda, artık birleşilmektedir. En azından, kategorik olarak, böyle bir sonuç, ne *Mahkeme* ne de *Komisyon* tarafından reddedilmiştir⁴⁶³. Ancak bu hâlde dahi devletin, Sözleşme'nin 6/I. maddesinden kaynaklanan olası bir sorumluluğu, **ancak hukukunun da elverdiği ve mümkün gördüğü ölçüde**, mahkemelerinin tahkim ile ilgili konularda, 6/I. maddeye etkinlik kazandırması sırasındaki eksikliklerinden kaynaklanacaktır⁴⁶⁴ ki, **bu sayede, devletin milletlerarası yükümlülüğünden kendi iç hukukuna dayanarak kaçınması, âdeta mümkün hâle gelmektedir**⁴⁶⁵.

Bir olayda, tahkim yargılaması sırasında, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmiş olmasına karşın (*neredeyse 8 yıllık bir tahkim yargılaması*) söz konusu hak ihlaline İsviçre mahkemelerince müdahale edilmediği, engel olunmadığı ileri sürülmüştür. İsviçre hukukunda, tahkimde gerçekleşen böyle bir gecikmenin varlığı hâlinde, herhangi bir hukuki çare veya yaptırım bulunmamaktadır. Hakemlerin reddi yoluyla görevlerine son verilerek değiştirilmesi talebi de (*Concordat*, Art. 17; 3, b), yine İsviçre mahkemelerince *gecilmeksizin* reddedilmiştir. *Komisyon*, kararında: Öncelikle, irade sakatlıklarıyla geçersiz kılınmamış bir tahkim anlaşmasının, zaten Sözleşme'nin 6/I. maddesinde düzenlenen haklardan bir vazgeçiş simgelediği; *buna rağmen*, devletin hakemlerin eylemleri nedeniyle bir sorumluluğunun, tahkim anlaşması yanında, *tahkimin tabi olduğu yasal düzenle de sınırlı olduğu*; devletin söz konusu ihlalle ilgili olarak müdahalesi talep edildiğinde, sorumluluğun ancak, millî hukukun da böyle bir hâlde öngördüğü-hükme bağladığı tedbirler bağlamında mümkün olabileceği, sonucuna varmıştır⁴⁶⁶. Kararda ayrıca, hakemler önünde gerçekleşen böyle bir gecikmeye rağmen mahkemenin, hakemlerin reddine ilişkin (*Concordat* Art. 17) talebi, haklı olarak reddedip reddetmedikleri hususunda bir açıklamada bulunulmamıştır. Oysa çözümü gereken asıl sorun olan, *sorumluluğu iddia edilen devletin hukukunda, böyle bir gecikmeye mâni olunmasını mümkün kılan herhangi bir hukuki çarenin bulunup bulunmadığı ve var ise kullanılıp kullanılmadığı; şayet yok ise bundan ötürü devletin herhangi bir sorumluluğunun doğup doğmadığı* meselesi, cevapsız bırakılmıştır⁴⁶⁷.

⁴⁶³ **BRINER/von SCLABRENDORFF**, s. 99, 100; *Jakob Boss Söhne AG v FR Germany*, (Decision of 2 December 1991) Application No. 18479/91. Ayrıca bkz. **LIEBSCHER**, s. 70.

⁴⁶⁴ **BRINER/von SCLABRENDORFF**, s. 99.

⁴⁶⁵ **PETROCHILOS**, s. 162; **JAKSIC**, s. 210.

⁴⁶⁶ *KR v Switzerland*, Application No. 10881/84, 51 DR 1987, s. 83. Ayrıca bkz. **LIEBSCHER**, s. 68, 69.

⁴⁶⁷ Bir başka olayda taraf, dayanmış olduğu kimi delillerin hakemlerce toplanmadığını, toplanmasına gerek görülmediğini, bu nedenle de adil yargılanma hakkından mahrum bırakıldığını, hukukunun hakemlerce verilen

Bir başka olayda taraf, Hollanda mahkemelerince, hakem kararının kamu düzeninin ihlali nedeniyle iptali konusunda, hakemin tarafsız olmadığı konusundaki bir görünüm yeterli sayılmayarak (*appearance of bias*) tarafgirlik için *fiilî ve gerçekçi olguların* ispatının aranması (*actual bias*) nedeniyle Sözleşmenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. *Komisyon*, iptal davası esnasında Hollanda mahkemelerinin Sözleşme'nin 6/I. maddesiyle çatışmadığı sonucuna varmıştır. Kararda, tahkimi denetleyecek hukukun böyle bir denetim nedenini ve gereken usulî çareyi içerip içermediği; şayet varsa bunun yerinde bir biçimde kullanılıp kullanılmadığı üzerinde durulmuştur: Hakem kararlarının iptaliyle ilgili olarak Sözleşmeye taraf devletlerin, yeknesak bir düzenleme içinde olduğu tespit edilemediği gibi, *tahkim usulünün 6/I. maddeyle uyum içinde olmasını sağlamak şeklinde bir zorunluluğun da bulunmadığı belirtilmiştir*. Hatta kimi zaman, alenilik gibi kimi konularda, tahkimin *bizzat taraflarca*, 6/I. maddeyle örtüşmesinin istenmediği vurgulanmıştır. Hakem kararının, tarafın 6/I. maddedeki hakların **tümünden ve tam olarak** istifade edememiş olması nedeniyle iptalinin gerekeceği, şeklinde bir sonuca ulaşmak, olası değildir. Kaldı ki, Hollanda hukukunun, *hakem kararının verilmesinin ardından*, kararın iptaline ilişkin, *yargılamanın önceki evrelerine nazaran*, çok daha sağlam ve güçlü nedenlerin varlığını aramasının makul olduğu, aksi yöndeki bir beklentinin ise pahalı ve nispeten uzun süren tahkim yargılamasını amaçsız, işlevsiz ve faydasız bırakabileceği belirtilmiştir⁴⁶⁸.

Öğretideki bir görüşe göre, anılan kararlarda varılan sonuçlara katılmak mümkün değildir: Bir devlet, *kural olarak* ülkesinde, yasama, yürütme ve yargı organlarının eylemlerinden ötürü, yargı yetkisine dâhil olan kimselere karşı sorumludur. Aynı devlet, söz konusu organların işlevlerini icra ederken, güvence altına alınmış insan haklarına saygı gösterileceği ve korunacağı konusunda da yükümlük altındadır; bu son yükümlülüğüne uygun

böyle bir karara karşı herhangi bir hukuki çare içermemesi nedeniyle İsviçre'nin Sözleşme'nin 6/I. maddesini çiğnemiş olduğunu, iddia etmiştir. *Komisyon* bir kez daha anılan talebi reddetmiş ve bu sefer *açıkça, mahkemelerin, hukukunun kendisine tanıdığı imkânlar ve sınırlar dâhilinde davranabileceğini; şu hâlde, mahkemelerin, böyle bir eyleme karşı, herhangi bir hukuki çarenin zaten öngörülmemiş olması nedeniyle kayıtsız kaldığından bahsetmenin mümkün olamayacağı, sonucuna ulaşmıştır* (*Rychetsky v. Switzerland*, (Decision of 11 July 1989) Application No. 12759/87). *Ayrıca bkz. PETROCHILOS*, s. 163; *LIEBSCHER*, s. 70.

⁴⁶⁸ Tahkim yargılamasında taraflar, *artık* mahkemeler önünde olduklarından daha farklı bir durumdadırlar. *Komisyon*a göre, Sözleşme'nin, tahkim yargılamalarının da yine Sözleşme'nin 6/I. maddesiyle uyum içinde olmasını sağlamak şeklinde bir ödevi bulunmamaktadır. Dahası, *aleni surette yargılanma* hakkında olduğu gibi tahkimin tarafları, bu durumun tam aksini, son derece bilinçli bir şekilde kararlaştırmışlardır. Şu hâlde, Sözleşme'nin 6/I. maddesinin bir bütün hâlinde, *tıpkı devlet yargısı için geçerli olduğu gibi*, uygulanması beklenmemelidir; bunun gerçekleşmemesi de hakem kararının iptalini gerektirmez. Sözleşmenin 6/I. maddesindeki tarafsızlığa ilişkin kriterlerin, mahkemelerce tahkimde de uygulanması gerekmez; ***üstelik hakem kararının ardından bu konuda daha katı bir standardın belirlenmesi ise son derece makuldür*** (*Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. Netherlands*, Application No. 28101/95, 87 A DR 1996, s. 112 vd.; *LIEBSCHER*, s. 70, 71).

davranmaması yani, taahhüt edilen sonucun gerçekleşmemesi hâlinde sorumludur⁴⁶⁹. Şu hâlde, bireylerin eylemlerine dayalı devletin sorumluluğu, *-doğrudan yatay etkiye ilişkin görüşler bir yana bırakılacak olsa dahi-, yasama ve yargı faaliyetlerindeki noksanlıklardan ötürü her hâlükârda gündeme gelebilmelidir*⁴⁷⁰.

Hakemlerin eylem ve işlemlerinin devlet ile ilişkilendirilmesi; hakemlerin yargı yetkilerinin nereden kaynaklandığı sorusu ile ilgili olup bir o kadar da tartışmalıdır⁴⁷¹. Ne var ki, böyle tartışmalı bir konuya girmektense bizzat *Mahkemenin*, Sözleşme ile ilgili içtihatlarından hareketle devletin, Sözleşme ile temini ve tesisi bakımından yükümlülük altına girmiş olduğu bir hakla ilgili sorumluluktan, söz konusu ödevini bir özel kişiye devretmekle kurtulamayacağı; yargı düzenini, hakkın amacını temini edecek ve yargısal olarak da koruyabilecek şekilde oluşturması gerektiği şeklindeki değerlendirmeleri, dikkatte alınabilir⁴⁷².

Devlet, yargısal bir faaliyetin özel kişilerce de icrasını mümkün görmekle (**MTK m. 5/I**) “*administration of justice*”la -adaletin dağıtımıyla- ilgili olarak sistemdeki bir noksandan ötürü sorumluktan kurtulamaz⁴⁷³. Bunun, esasen, tahkimin kaynağının devlet otoritesi olduğuna *ya da* tahkimle ilgili meselelerde, devletin aslında, egemenlik yetkisini devrettiğine *veya* hakemlerin esasen devlet yargısı içinde yer aldığına ilişkin görüşlerle de bir ilgisi yoktur. **Burada anlatılmak istenen, en geniş anlamıyla devletin müsaadesi ya da oluru ile icra edilen; gerçekleşmesi tolere edilen, açıkça geçersizlik yaptırımına tabi tutulmayan tüm yargısal ve yargı benzeri (*para-judicial adjudicative bodies*) faaliyetlerdir.** Devlet, güvencesi altındaki hakkın sahibi tarafından (*bireyler arasında kalacak dahi olsa*) kullanılabilmesi için gerekli her türlü olumlu tedbiri almakla yükümlüdür ki, bu, gereğinde

⁴⁶⁹ JAKSIC, s. 122 vd.

⁴⁷⁰ JAKSIC, s. 125 vd, 211. Yargısal temel hakların milletlerarası tahkim içinde de etkin ve geçerli kılınması bakımından çözümün İHAS rejiminden ziyade, millî tahkim kanunlarında, milletlerarası tahkim düzenlemelerinde ve özellikle bu yönde geliştirilecek *kamu düzeni* anlayışında aranmasının çok daha etkin ve gerçekçi olacağına ilişkin bkz. PETROCHILOS, s. 164, 165.

⁴⁷¹ Tahkimin yargısallığını savunan ve hakemlerin yargı yetkilerinin kaynağını, devletin bu konudaki yetkisini devrinde (*delegation*) gören görüş bakımından, *hakemlerin eylemlerinden ötürü devletin sorumluluğu* üzerinde daha kolay değerlendirme yapılan bir mesele olmaktadır (WEDAM-LUKIC, s. 19; JAKSIC, s. 211; ayrıca bkz. SAMUEL, s. 50 vd).

⁴⁷² Uygulamada ise Sözleşmenin 6/I. maddesiyle uyum içinde olmak adına, forumun, *kendi millî tahkim hukuku içinde olmayan* bir müdahale tipini, söz konusu tahkim için geçerli kılması, bugün neredeyse ittifakla beklenmemektedir (*karş.* Model Kanun m. 5; **MTK m. 3/II**). Bu durumda, yargısal temel haklar ile tahkim arasında, diğer insan haklarında olduğu gibi benzer bir ilişkinin kurularak devletin sorumluluğu yoluna gidilmesi özellikle İHAS bağlamında, zor ve bir o kadar da gayri pratik görülmektedir (PETROCHILOS, s. 165).

⁴⁷³ WADDEM-LUKIC, s. 17, HABSCHEID, *EMRK*, s. 349; GEIMER, s. 121; JAKSIC, s. 212. Devlet, özel bir kurum ya da kuruluş tarafından kabul edilerek uygulanmakta olan herhangi bir kuralın Sözleşme ile garanti altına alınmış haklar ile çelişmesi durumunda da, *söz konusu çelişkinin giderilmesini temin etmesi gerektiği ölçüde*, sorumluluk taşımaktadır. Bu, tahkim kurumlarınca hazırlanan tahkim kuralları ve tahkim kurumlarının vermiş olduğu kararlar için de geçerlidir (BERGER, s. 488. *Karş.* BRINER/von SCLABRENDORFF, s. 101 vd).

aynı devletin, hak ihlallerinin önüne geçebilmek için denetimsel işlevler yükümlenmesi anlamına da gelmektedir⁴⁷⁴. Yargısal temel hakların *doğrudan doğruya uygulanan kurallar* yani *müdahaleci kurallardan (lois d'application immédiate, mandatory rules)* olmaları nedeniyle doğrudan maddi-esasa yönelik yatay etki (*direct statutory horizontal effect*), onlar için de geçerlidir (AY m. 11). Şu hâlde bu kurallar, tahkim yargılamasında da uygulanmalı ve hakemlerce dikkate alınmalı; tarafların varsa aksi yöndeki iradelerine rağmen hak ihlallerinin önüne geçilmelidir⁴⁷⁵. Ne var ki, böyle bir yaklaşım, hiç şüphesiz ki, kendi içinde birçok tartışma ve sorunu da beraberinde getirmektedir. Sorunların başında, sorumluluk sahibi devletin kim olduğunun tespiti gelmektedir. Dünyanın çok farklı yerlerinden gelen üç hakemin, İsviçre'de bir otel odasında *lex mercatoria*'ya göre icra etmekte oldukları tahkim yargılaması nedeniyle İsviçre'nin nasıl ve ne derecede bir sorumluluğunun olabileceğinin iyice belirlenmesi gerekir (*karş. PIL Art. 176/I; 182/I, II; ZPO §1042/IV*). Bu durumda, sorumluluk, tahkim yargılamasının cereyan ettiği ülkenin tahkim hukuku ve tahkimle ilgili anlayış ve kabulleri ile yakından ilgili ve bir o kadar da değişken hâle gelmektedir. ***Madem ki, söz konusu tahkim yargılamasından veya hakemlerin eylemlerinden ötürü bir devlet, sorumlu olacaktır, o hâlde, böyle bir tahkim yargılamasıyla en çok hangi devletin ilgili bulunduğu da tespiti gerekir.*** *Maalesef*, burada esas alınacak kriterin belirlenmesi dahi tartışmalıdır. Bunun için bir ölçüde, tahkimin (*legal situs*) hukuken nerede icra edildiğinin tespiti gerekir ki, yine *lex arbitri- lex loci arbitri* tartışmalarına dönmek, kaçınılmazdır⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ GEIMER, s. 147; JAKSIC, s. 213.

⁴⁷⁵ JAKSIC, s. 214.

⁴⁷⁶ WADEM-LUKIC, s. 21; HABSCHEID, *EMRK*, s. 345; JAKSIC, s. 214, 215.

§4 TAHKİM YARGILAMASINDA YARGISAL TEMEL HAKLARIN KORUNMASI

I- Genel Olarak

İnsan hakları içerisinde yer alan yargısal temel hakların genel olarak, “*right to a proper administration of justice*” adaletin usulünce gerçekleşmesine ilişkin hak başlığı altında toplanması mümkündür ki, bu durum, çoğu kez, yine benzer biçimde, en geniş anlamıyla adil yargılanma hakkı “*right to a fair trial*” olarak da ifade edilebilmektedir⁴⁷⁷. Özellikle İHAS madde 6/I’da düzenlenerek güvence altına alınan (Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/I) ve tahkim için de geçerli, uygulanabilir olduğunu kabul ettiğimiz -yargısal temel- hakların, konumuzla da ilgisi yönünden üç ana grup altında, değerlendirilmesi mümkündür:

- a) Hakemlerle ilgili -yargısal temel- haklar;
- b) Tahkim yargılamasıyla ilgili -yargısal temel- haklar;
- c) Hakem kararıyla ilgili -yargısal temel- haklar⁴⁷⁸.

Çalışmamızda, bizleri özellikle ilgilendiren, hakemlere ilişkin yargısal temel hakların da (a), kendi içinde, ayrıca şu şekilde sınıflandırılması mümkündür⁴⁷⁹:

- a) Hakem heyetine başvuru hakkı (*the right of access to a tribunal*);
- b) Hukuken geçerli bir hakem heyetinin oluşmasını sağlama, bunu talep etme hakkı (*the right to a tribunal established by law*);
- c) Yargı yetkisini haiz –görevli- hakem heyetinin bulunmasını talep hakkı (*the right to a competent tribunal*);
- d) Hakem heyetinin tarafsız ve bağımsız olmasını talep hakkı (*the right to an independent and impartial tribunal*).

Yine tahkim yargılamasıyla ilgili (b) yargısal temel haklar da şu şekilde alt başlıklara ayrılabilir⁴⁸⁰:

- a) Adil yargılanma hakkı (*the right to a fair trial*);
- b) Delillerin ibrazı ve ispat hakkı (*the right to evidence*);
- c) Makul sürede yargılanma hakkı (*the right to expediting proceedings*).

İHAS madde 6/I’de, yargılama makamları önünde (...*before courts and tribunals*) eşit muamele görme hakkı ile yargılama yetkisini haiz, görevli (...*competent*..) makamlarca

⁴⁷⁷ *Delcourt case*, Judgement of 17.01.1970, A, 11, §25; *Golder case*, Judgement of 21.02.1975, A, 18, §33. Ayrıca bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 265, 266.

⁴⁷⁸ JAKSIC, s. 221.

⁴⁷⁹ JAKSIC, s. 221. Ayrıca bkz. GOTTWALD, s. 57; HELLER, s. 18.

⁴⁸⁰ Adil yargılanma hakkının da kendi içinde, özellikle tahkimle de ilgili olarak, hukuki dinlenilme hakkı (*the right to be heard-due process*-) ve silahların eşitliği (*the principle of equality of arms*) ilkeleri şeklinde, alt bir ayrıma tabi tutulabilir (JAKSIC, s. 221).

yargılanma hakkı, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/I. maddesinin aksine⁴⁸¹, düzenlenmiş değildir. **Özellikle yargılama makamları önündeki eşitlik, bireylerin ayrımcı gerekçelerle ilgili yargılama makamına başvuru hakkının kısıtlanmasına engel olan; hukuk önünde eşitlik, ilkesinden de geniş bir anlamı ifade etmektedir** (Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 2/I, 26). Böyle bir hakkın, İHAS'da, lâfzen düzenlenmemesine karşın; *right to a fair administration of justice* ilkesine zaten ve zımnen dâhil olduğu kabul edilmektedir. Kaldı ki, yargılama makamları önündeki eşitlik, adil yargılanma hakkının bir parçası olan silahların eşitliği ilkesi ile de somut olarak karşılanabilmektedir⁴⁸².

II- İhtiyari Tahkim Yönünden Geçerli Yargısal Temel Haklar

A- Genel Olarak

İnsan haklarına ilişkin düzenlemelerin, uyuşmazlıkların çözümünde tahkimi *yasaklamadıkları*, tespiti öncelikle gerekli bir husustur. Devletler, bir hak olan, adaletin usulünce gerçekleşmesi ilkesine "*right to fair administartion of justice*"⁴⁸³ sadık kalmak kaydıyla yargı sistemleri içerisinde, geçerli hukuki çareleri ve başvuru yollarını, uygun buldukları ve öngördükleri şekilde düzenleme konusunda, geniş bir takdir hakkına sahiptirler⁴⁸⁴. Buradan hareketle varılan tartışmalı bir diğer noktada da tahkimin uyuşmazlıkların çözümü yönünden, devletlerce mutlaka düzenlenmesinin gerekip gerekmediğidir⁴⁸⁵. Eş deyişle, *sözleşme özgürlüğü kapsamında, bireylerin uyuşmazlıklarını çözebilmek yönünden hakemlere başvurmak konusunda bir temel hakka sahip olup olmadığı tartışmalıdır*⁴⁸⁶. Gerçi, irade serbestisi, bireysel özgürlüğün sağlanmasında, insan haklarına

⁴⁸¹ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/I. maddesi, ilgili yargılama makamının *sadece* hukuka uygun bir biçimde kurulmuş olmasını değil; *ama aynı zamanda* yargı yetkisini haiz ve görevli olmasını da şart koşmaktadır. Böylelikle, söz konusu yargı merciinin, *sadece* yargılama süresince keyfî tutumlarda bulunamayacağı değil; *ama, ratiōne loci, ratiōne temporis, ratiōne materiae ve ratiōne personae* yönlerinde de yargı yetkisini haiz ve görevli olmasının şart olduğu, hüküm altına alınmıştır (JAKSIC, s. 223).

⁴⁸² Sözleşmeyi uygulamakla yükümlü organların, yorum yoluyla yeni kimi haklara ulaşabileceği, kabul edilmektedir. Açıkça düzenlenmemekle birlikte, zımnen de olsa ilgili hükümlere dâhil olduğu kabul edilen, mahkemeye ulaşma/başvuru hakkı "*the right of access to a court*", yorum yoluyla türetilmiş bir yargısal temel haktır (JAKSIC, s. 222). Böyle bir hakkın varlığı için ilgili millî hukukun söz konusu uyuşmazlık yönünden herhangi bir başvuru imkânını düzenlenmiş olması da şart değildir (van DIJK, s. 352).

⁴⁸³ JACOT-GUILLARMOND, s. 381, 382.

⁴⁸⁴ JACOT-GUILLARMOND, s. 384.

⁴⁸⁵ Devletlerin böyle bir yükümlülük altında olmadığına ilişkin bkz. GEIMER, s. 148. Ayrıca bkz. JAKSIC, s. 225. Karş. SONNAUER, s. 22, 23.

⁴⁸⁶ JAKSIC, s. 225. Ayrıca bkz. DELVOLVÉ J. L., The Fundamental Right to Arbitration, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, eds Hunter M/Marriot A/Veeder V.V., 1995, s. 149. Ticari iş veya yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için Türkiye dışındaki bir tahkim yerinde icra edilecek milletlerarası tahkimin, mahkemelerden bağımsız bir yargı yolu olarak kabul görmesinin ve güvence altına alınmasının temelini, Anayasa'nın 48. maddesinde gören görüş için bkz. BİRSEL M. T., Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları –

gerekli fikri desteği vermekte ve âdeta ona kalite kazandırmaktaysa da insan haklarına ilişkin metinlerde tahkime başvuru hakkı “*right to arbitration*” şeklinde bir hakka, rastlamak da güçtür⁴⁸⁷.

Bir görüşe göre, *mahkemeye başvuru hakkı*, üzerinde tasarruf edilemeyecek haklardan olmasa da; *bireyler*, mahkemelerle aynı işlevi haiz; yargısal bir faaliyeti içeren; uyuşmazlıkların nihai olarak çözümünde kullanılan *tahkimden*, ancak ilgili devletin tahkimi benimsemesi ve yasama organı aracılığıyla düzenlenmesi hâlinde, yararlanabilmektedirler⁴⁸⁸. Ne var ki, bu hâlde dahi, tahkimi mümkün kılan devletin, *sadece right to a court-mahkemeye başvuru* yolunu açık tutmak şeklinde değil; *ama aynı zamanda*, tahkimin yargısal bir işlevi de içermesi nedeniyle ilgili milletlerarası düzenlemelerde (İHAS m. 6/I; Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/I) öngörülen zorunluluklara uymasını sağlamak ve bunu güvence altına almak biçiminde bir yükümlülüğü de bulunmaktadır. Aksi hâlde devlet, yasama faaliyetindeki noksandan ötürü sorumludur⁴⁸⁹.

Tahkimin hukuki niteliği, yargısal temel hakların korunmasına yönelik ve fakat devlet yargısı için geliştirilen yorum ve içtihatların, tahkim için de *birebir* uygulanmasına veya geçerli olmasına, çoğu zaman mânidir. Tahkim, irade serbestisine dayalı ve tüm yargılamanın bu ilke ışığında yürütüldüğü bir kurumdur. Böyle bir kurumun, ilgili yargısal temel hak ile çelişmekte olup olmadığı sorusunun cevabı aranırken irade serbestisi ilkesi ve örneğin adil yargılanma hakkının tabii sınırları, gözden uzak tutulmamalıdır⁴⁹⁰.

B- Tahkim Yargılaması ve Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, en genel hâliyle bireyin, diğer tarafa nazaran daha aleyhte olmayacak bir biçimde, iddia ve talepleriyle savunmalarını, dava edebilmek; ileri sürebilmek yönünden makul ve uygun usulî çarelerle donatılmasıdır. Adil yargılanma hakkından türemiş,

“*Uygulanacak Usul Hukuku Belirsizlikleri*”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul 2001, s. 90. **Karş. §5, IV.**

⁴⁸⁷ Tahkim anlaşması yapabilmeyenin, Sözleşmenin 6/I. maddesi ile güvence altına alınmış bir hak olarak görülmediğine ilişkin bkz. **PETROCHILOS**, s. 115.

⁴⁸⁸ **JAKSIC**, s. 225.

⁴⁸⁹ Tahkim, İHAS madde 6/I’de öngörülen yargısal temel haklara uygun düştüğü ölçüde caizdir (*X v FR Germany* Application No. 1197/61, 5 YB 1962, özellikle s. 96; **LIEBSCHER**, s. 67, 68; **JAKSIC**, s. 226). Hakem kararı, bir mahkeme hükmünün etkisine sahip olabiliyorsa; tahkim de, *bütünü* ile normal adli usulün tabi olduğu usulî prensiplerin ve adaletin gerçekleşmesi için konulmuş usulî garantilerin dışında kalmaz. Bir başka anlatımla hakem kararı, tıpkı mahkemelerin ki gibi, hukuki bir karar sayıldığından, hukuk devletinde etkinlik kazanabilmesi yönünden, ülkede mahkeme kararlarının icrası için gerekli usulî prensip ve garantilere tabi olmak zorundadır (**NOMER E.**, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesi’nin Bağımsızlığı, 4 MHB 1984/1, s. 29). Ayrıca bkz. **TANRIVER**, *Kamu Düzeni*, s. 483; **PLANTEY**, s. 539; **PEKCANITEZ /ATALAY/ÖZEKES**, s. 657, 658.

⁴⁹⁰ **JAKSIC**, s. 227. Ayrıca bkz. **PLANTEY**, s. 540, 541.

önemli diğer iki ilke ise silahların eşitliği –*the principle of equality of arms*- ve hukuki dinlenilme hakkıdır –*the requirement of adversarial proceedings*-⁴⁹¹.

Temelde, usulî bir mesele olan adil yargılanma hakkı “*fair hearing*”, tahkim yargılamaları bakımından özellikle hakemlerin seçiminde ve yargılamanın icrasında anlam kazanmaktadır. *Temel yaklaşım, ancak adil bir yargılamanın adaletli ve hakkaniyete uygun bir sonuç verecek olmasıdır*. Gerçi, varılan sonucun veya verilen hükmün adil olup olmadığı; hakkaniyete uygun düşüp düşmediği her zaman tartışılabilir; oysa bugün, yürütülen bir yargılamanın adil olup olmadığı, rahatlıkla tespit edilebilmektedir⁴⁹². Taraflarca tahkim anlaşmasının yapılmış olması, devlet yargısı yanında, ilgili *makamın* yürüteceği yargılamanın (*Sözleşmenin 6/I. maddesi anlamında*) adil bir yargılama olmasından da tümüyle feragat edildiği anlamına gelmemelidir⁴⁹³.

Silahların eşitliği ilkesi ile birey, *sadece* iddia ve taleplerini ileri sürmek yönünden çekişmenin diğer yanına göre daha aleyhte bir durumda bulunmayacak ***ama aynı zamanda***, diğer yanın iddia, talep ve savunmalarına karşı beyan ve açıklamada bulunma hakkına da sahip olacaktır. Bu durumda bireyin, talep ve iddialarının ispatına yarayan delilleri sunarak bunları tahkikata konu etme ve kendisi aleyhine sunulan delilleri de çürütme hakkı bulunmaktadır⁴⁹⁴. ***Taraflar arasındaki eşitliğin sağlanmasında gaye, tarafların, birbirlerine nazaran, oldukları gibi muhafaza edilmesi yahut mevcut oransızlığın olduğu gibi sürdürülmesi değil; mevcut eşitsizliklerin de giderilmesi pahasına, gerçekçi ve esaslı bir eşitlik anlayışının sağlanmasıdır***. Yani hakemler, taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması için taraflara farklı, eşit olmayan bir biçimde, davranabileceklerdir. Bu nedenle İngiliz hukukunda olduğu gibi, hakemlerin eşit davranmasından ziyade, adil davranması “...*act fairly*..”; yargılamayı adilane surette yürütmesi şeklindeki bir gerekliliğin vurgulanmış olması, çok daha gerçekçidir (1996 AA §33/I; *karş. MTK m. 8/B/I*). Benzer şekilde, UNCITRAL Rules bakımından da (UNCITRAL Rules Art. 14/I) taraflara eşit ve adilane bir biçimde muamele edilmelidir (...*parties are to be treated with equality and fairness*...). Mesele, her iki tarafa

⁴⁹¹ *Ayrıntısı için bkz. PEKCANITEZ, Adil Yargılama, s. 39 vd; PEKCANITEZ, Anayasa Şikâyeti, s. 278, 279; PEKCANITEZ H., Hukuki Dinlenilme Hakkı, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000, s. 754 vd; ÖZEKES, s. 555 vd; TANRIVER, Adil Yargılanma, s. 193 vd; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 291; PEKCANITEZ /ATALAY/ÖZEKES, s. 235 vd.*

⁴⁹² **LIEBSCHER C.**, Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration, 6 Croat Arbit. Yearb. 1999, 84, 85; **GALIC A.**, Arbitration and The Right to a Fair Trial, 7 Croat Arbit 2000, s. 11; **BRINER/von SCLSBRENDORFF**, s. 96.

⁴⁹³ **PETROCHILOS**, s. 130. Zaten *Komisyon* da böyle toptan bir feragati yerinde görmemiş olacak ki, gereğinde bizzat tahkim yargılamasının kendisinin Sözleşme’yle ve özellikle 6/I. maddeyle uyum içinde olup olmadığını denetleme hakkını, kendinde saklı tutmuştur (*X v FR Germany Application No. 1197/61, 5 YB 1962, özellikle s. 97*). Ayrıca bkz. **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 221.

⁴⁹⁴ *Ayrıntısı için bkz. PEKCANITEZ, Adil Yargılama, s. 45-48.*

salt eşit muamele edilmesi yahut şeklen de olsa aynı kuralların uygulanması değildir; önemli olan, *taraflar arasındaki, şayet varsa eşitsizliğin, adil yargulamayı engellemesine mâni olunmasıdır*⁴⁹⁵.

Adil yargılanma hakkı kapsamında, kaçınılmaz olarak gündeme gelen, bir diğer ilke ise savunma hakkı ile de özdeşleşen ve fakat ondan da genel olan, *hukuki dinlenilme hakkıdır*⁴⁹⁶. Adil yargılanma hakkının, sadece taraflar arasındaki eşitliğin muhafaza edilmesi olarak görülmesi, hem eksik; hem de bir o kadar hatalıdır. Zira yargılamanın her iki tarafı için hukuki dinlenilme hakkının tanınmaması durumunda da, belki, eşitlik ilkesi sağlanmış gözükmektedir. Oysa hukuki dinlenilme hakkı, tarafları, yargılamanın ve karar verme sürecinin etkin bir unsuru hâline getirmektedir ki, bu, adil yargılanma hakkının mahkeme (*hakemler*) ile taraflar arasındaki ilişkide geçerli olan yüzüdür⁴⁹⁷. Şunu kabul etmek gerekir ki eşitliğin, taraflara *hukuki dinlenilme hakkı* tanınmaksızın tesisi, ya mümkün değildir ya da anlamsız veya faydasızdır⁴⁹⁸: Yargılamanın taraflarına, öncelikle söz konusu yargılamanın başladığının usulünce bildirilmesi gerekir. Ardından da yargılama makamının, yargılamaya dâhil edilen talep, iddia, beyan ve açıklamalardan ve bunların ispatına yarayan delillerden tarafları, onlarca da incelenebilmesi, cevaplanabilmesi yahut çürütülebilmesi için haberdar etmesi beklenir⁴⁹⁹.

Hukuki dinlenilme hakkı, *mutlak değildir*; lakin hakkın özüne de zarar verilmemelidir. Bir başka anlatımla söz konusu hak, taraflar yönünden bir yükümlülük değildir; tarafın hakkını kullanmaya zorlanması yahut hakkını kullanmaması hâlinde doğrudan aleyhine karar verilmesi söz konusu değildir⁵⁰⁰. Hakkın kullanımı, kimi süre ve şekil şartlarının da yerine getirilmesine bağlanabilir. Diğer tarafın yargılamadan usulünce haberdar edilmiş olması ve düzenlenen süre/şekil şartının da yerine getirilmemesi hâlinde, yargılamanın ve hatta kararın,

⁴⁹⁵ PETROCHILOS, s. 145; dn. 167; LIEBSCHER, s. 109; LIEBSCHER, *Fair Trial*, s. 96; GALIC, s. 22, 26; RONEY/MULLER, s. 58; JACOT-GUILLARMOND, s. 392; ALANGOYA, *Anayasa*, s. 3; PEKCANITEZ, *Adil Yargılama*, s. 47, 48; KAPLAN, *Usul*, s. 127; ÖZEKES, s. 49, 50; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 627, 628; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 236.

⁴⁹⁶ van DIJK/van HOOFF, s. 430-432; LIEBSCHER, s. 107, 108. Hukuki dinlenilme hakkı, kaynağını, insan onurunda bulduğundan, kanunla yahut mahkeme uygulamasıyla kaldırılması olası değildir; gerçek bir istisnası da yoktur. Devletin bu hâlde, pasif kalması, herhangi bir müdahalesinin olmaması, her zaman hakkın korunduğu anlamına gelmez; özellikle yargı organlarının olumlu bir takım etki ve eylemler içinde bulunması gerekebilir (PEKCANITEZ, *Hukuki Dinlenilme*, s. 756, 757; ÖZEKES, s. 45, 46).

⁴⁹⁷ GALIC, s. 11; ATALAY, s. 453; PEKCANITEZ, *Anayasa Şikâyeti*, s. 49; PEKCANITEZ, *Hukuki Dinlenilme*, s. 769-774; ÖZEKES, s. 49; İNCEOĞLU, s. 241; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 239.

⁴⁹⁸ PETROCHILOS, s. 145.

⁴⁹⁹ LIEBSCHER, s. 107; GALIC, s. 18, 19; TRAPPE J., *The Arbitration Proceedings: Fundamental Principles and Rights of the Parties*, 15(3) J Int'l Arb, 1998, s. 98, 99; SCHUTZE, s. 69. Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, *Anayasa Şikâyeti*, s. 270-272; PEKCANITEZ, *Hukuki Dinlenilme*, s. 774; ÖZEKES, s. 92, 93; TANRIVER, *Adil Yargılanma*, s. 207; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 240-244.

⁵⁰⁰ Bu durum, hukuki dinlenilme hakkının tarafların kullanımına bırakılan unsurları içindir. Yargı organları ise kendi üzerine düşenleri, yerine getirmek yönünden herhangi bir serbestiye sahip değildir. Zira söz konusu hakkın varlığı, yargı organları bakımından, yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük şeklinde ortaya çıkmaktadır; sadece tanınması değil, tam olarak gerçekleşmesi de sağlanmalıdır (ÖZEKES, s. 64, 65).

söz konusu tarafın yokluğunda sürdürülmesi veya verilmesi mümkündür⁵⁰¹. Böyle bir durumda tarafın, yargılamaya yahut tahkikata dair işlemin icrasına katılma konusundaki imkânından yararlanmak istemediği; hakkından feragat ettiği kabul edilir⁵⁰².

Yargılamanın adil olması gerektiğine işaret edilirken, farklı kavramlar da kullanılsa bunlar, her zaman, hukuki dinlenilme hakkını veya taraflar arasındaki eşitlik prensibini içermektedir. Neredeyse, adil yargılanma hakkı, eşitliği; eşitlik ise hukuki dinlenilme hakkını beraberinde getirmektedir⁵⁰³.

Adil yargılanma hakkı içerisinde, bağımsız bir hak olan hukuki dinlenilme hakkı, sadece yargılama süresince değil; ama hem yargılamanın başlamasından önce ve hem de yargılamanın sona ermesinden sonra, taraflar arasındaki eşitliğin sağlanmasına/korunmasına yardım etmektedir⁵⁰⁴. Buna göre her bir taraf:

- a) Önceden kararlaştırılmamış ise hakemlerin seçiminde ve tahkim yargılamasına ilişkin usulün belirlenmesinde, etkin bir hukuki dinlenilme hakkına sahip olmalıdır⁵⁰⁵.
- b) Gerek diğer tarafın gerekse hakemlerin rey ve mütalaaları üzerine görüş bildirebilmeli; cevap verebilmeli (*principle de contradiction; audi alteram partem*); iddialarının ispatına yarayan delilleri ibraz edebilmeli; deliller, hakemlerin kural olarak *tümü tarafından* incelenmelidir; örneğin tanıkların oturumlarda taraflar huzurunda dinlenmesi sağlanmalıdır⁵⁰⁶.
- c) *Yargılamanın hiçbir evresinde*, -öncesinde ve sonrasında-, bir taraf diğerine nazaran, her nasıl kararlaştırılırsa kararlaştırılsın, ayrıcalıklı yahut üstün konumda bulunmamalıdır⁵⁰⁷. Taraflar, örneğin hakemlerin seçiminde, eşit hukuki konumda olup aynı hak ve yetkilere sahiptirler (ZPO 1034/II; Hollanda CCP Art. 1028; Belçika

⁵⁰¹ PEKCANITEZ, *Hukuki Dinlenilme*, s. 780; KAPLAN, *Usul*, s. 129, 130; ÖZEKES, s. 241 vd; TANRIVER, *Adil Yargılanma*, s. 208.

⁵⁰² GALIC, s. 25; KAPLAN, *Usul*, s. 184 vd.

⁵⁰³ PETROCHILOS, s. 145. Ayrıca bkz. LIEBSCHER, *Fair Trial*, s. 85.

⁵⁰⁴ LIEBSCHER, *Fair Trial*, s. 86; GEIMER, s. 131; JAKSIC, s. 231; PETROCHILOS, s. 145; TRAPPE, s. 99.

⁵⁰⁵ Ayrıca bkz. MERCANGÖZ E., Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Savunma Haklarına Uyma Şartı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002/1, s. 829-831; DAYINLARLI, s. 45.

⁵⁰⁶ JAKSIC, s. 241; GALIC, s. 21, 28. Hakem heyetinin uyuşmazlık konusuyla ilgili görüş ve değerlendirmelerini, taraflarla paylaşmasını gerekli kılan bir zorunluluk yoktur; ne var ki, bu, taraflar üzerinde sürpriz bir etki de yaratmamalıdır. Bilinen-yaygın ilmi ve kazaî içtihattan ayrılanacak ise tarafların hukuki dinlenilme hakkı korunmalıdır (*Tribunal Fédéral*, 14 November 1991, XVII YBCA 1992, s. 279-282; BGE 126 I 19, 22; LIEBSCHER, s. 108; LIEBSCHER, *Fair Trial*, s. 94; JERMINI, Rn. 460; TRAPPE, s. 99; SCHUTZE, s. 70; BERGER, s. 250). Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, *Hukuki Dinlenilme*, s. 777, 787-788; KAPLAN, *Usul*, s. 142, 144; ÖZEKES, s. 87 vd, 186 vd; İNCEOĞLU, s. 212 vd; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 293.

⁵⁰⁷ LIEBSCHER, *Fair Trial*, s. 92; GALIC, s. 20, 21; PETROCHILOS, s. 145; TRAPPE, s. 96. Ayrıca bkz. SCHUTZE, s. 52; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 550-551; HUSSLEIN-STICH, s. 105.

Yargılama Usulü Kanunu m. 1678/I)⁵⁰⁸. Anılan hükümler, *sadece*, taraflar arasındaki eşitliğin hangi durumlarda da gerekli ve geçerli olduğunu işaret etmekle kalmamakta, *ama aynı zamanda*, söz konusu hakkın insan hakları hukukunda da öngörüldüğü biçimiyle güvence altına alınabilmesi için mahkemelerin, tahkim yargılamasındaki rolünün ne yönde olması gerektiği konusuna, örnek teşkil etmektedirler⁵⁰⁹. Yargılamanın nasıl icra edileceği konusunda, tarafların sahip olduğu irade serbestisi, yine taraflar arasında bulunması gereken eşitlik ilkesi ile çatışabilir. Tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar arasında yer alan, *yargılama dili, tahkim yeri, ibraz edilecek delillerin türü, değeri vb. konularda*, taraflardan biri diğerine nazaran, daha aleyhte bir konum içindeyse, taraflara eşit davranma yükümlülüğü, ihlal edilmiş demektir⁵¹⁰.

d) Hukuki dinlenilme hakkı, tarafların, diğer tarafça hakemlere sunulan her türlü bilgi ve belgenin bir örneğinin kendisine de iletilmesini isteyebilmesi; hakemlerce hükme esas alınacak deliller üzerinde, tam ve eşit bir inceleme ile değerlendirme imkânına sahip olması ve fakat hakemlerce üzerinde hüküm kurulacak vakıaların yargılamaya dâhil edilmesinin kendi sorumluluklarında bulunması, anlamına gelir⁵¹¹. Lakin özellikle bu son durum, adaletin gerçekleşmesini engelleyecek şekilde de yorumlanmamalı, uygulanmamalıdır. Hakemin de müphem, muğlak yahut çelişkili durumları-vakıaları aydınlatması gerekir (HUMK m. 75/II)⁵¹². Bu hâlde, kimi zaman hakemlerin kendiliğinden, bazı *delillerin* ibrazını istemesi yahut keşif veya bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermesi de gündeme gelebilir. Taraflara, yapılan bu

⁵⁰⁸ **JAKSIC**, s. 213; 226. *Siemens AG and BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Construction Company Ltd.* XVIII YBCA 1993, s. 140 vd. Bu, tarafın tahkim anlaşmasına uygun olarak hakemini seçmekten imtina etmesi hâlinde ve söz konusu hakemin tahkime yardımcı makam-mahkeme marifetiyle atanması durumunda dahi böyledir (**SEPPALA**, *Multi-Party Arbitration*, s. 225).

⁵⁰⁹ Bu sorun, kanunun (ZPO §1034/II) bugünkü hâlden önce de gündeme gelmiş ve Alman Federal Mahkemesi, *Almanya'da* tek hakem tarafından verilen bir kararı, hakemin seçiminde taraflardan bir tanesinin diğerine nazaran çok daha fazla etkisinin bulunması nedeniyle iptal etmiştir (BGH, BGHZ, 54, 392). Oysa bir başka kararda, *İngiltere'de* verilen bir hakem kararının tenfizi esnasında, *ordre public interne* ve *ordre public international* ayrımı yapılarak tahkim yargılamasına da uygulanan İngiliz usul kurallarına uygun bir biçimde atanan (*Aynı hüküm için bkz.* 1996 AA §17) tek (İngiliz) hakemin verdiği kararın (*taraflardan bir tanesi İngiliz'dir*) Almanya'nın *ordre public international* kavramını, rencide etmediği sonucuna ulaşılmıştır (BGH, BGHZ, 98, 70). Zira *hem* anılan hüküm ve uygulaması, tahkim yeri ülkesi olan İngiltere'de kamu düzenine aykırılık teşkil etmemektedir *hem de* tarafın, böyle bir uygulamaya karşı, yine de itiraz hakkı bulunmaktadır (**SCHWEBEL/LAHNE**, s. 214). *Ayrıca bkz.* **TRAPPE**, s. 96, 97; **GEIMER**, s. 130; IX YBCA 1984, s. 423; XI YBCA 1986, 527; XII YBCA 1987, s. 489. *Ayrıca bkz.* §12, III.

⁵¹⁰ **LIEBSCHER**, *Fair Trial*, s.100; **TRAPPE**, s. 96.

⁵¹¹ **PETROCHILLOS**, s. 146-148; **TRAPPE**, s. 98, 99; **JAKSIC**, s. 243; **PEKCANITEZ**, *Adil Yargılama*, s. 46; **PEKCANITEZ**, *Hukuki Dinlenilme*, s. 775, **KAPLAN**, *Usul*, s. 144, **TANRIVER**, *Adil Yargılama*, s. 208; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 228; 240-244.

⁵¹² *Ayrıca bkz.* **ALANGOYA**, *Anayasa*, s. 4; **PEKCANITEZ**, *Hukuki Dinlenilme*, s. 779.

gibi *ex officio* yargısal işlemler bakımından da beyan ve açıklamalarda bulunma imkânı tanınmalıdır⁵¹³.

- e) Tahkim yargılamalarında, hukuki dinlenilme hakkının önem arz ettiği bir başka durum da, hakemlerin tahkim yargılamasına uygulanacak kuralları, kendilerinin uygun gördüğü şekilde belirleyebilmeleridir (Model Kanun m. 18/II; PIL Art. 182/I, II; NCPC Art. 1460, 1495; ICC Rules Art. 11; *karş. MTK m. 8/A; HUMK m. 525; ZPO §1042/IV*). Milletlerarası tahkim uygulamasında, sıklıkla görüldüğü üzere, farklı hukuk sistemlerinden gelen tarafların, hakemlerce uygulanacak kurallara yakın veya aşına olması mümkün olmayabileceği gibi, bilinen kurallar da bilindiği şekliyle ve anlamıyla uygulanmayabilir. Yargılama usulüne uygulanacak kuralların nelerden ibaret olduğu; bunların nerede ve ne şekilde uygulanacağı ile olası sonuçlarının, taraflara, bildirilmesi gerektiği açıktır. ***Tarafların, yargılamaya ilişkin konular bakımından bilinmezlik içinde bırakılması; yargılama usulü hakkında her an bir sürprizle karşılaşacak olması, düşünülemez.*** Örneğin tanıkların⁵¹⁴, hakemlerce atanan bilirkişilerin⁵¹⁵ yahut kimi zaman, yargılamayı yürütecek hakemlerin isimleri

⁵¹³ Bütün bu durumların değerlendirilmesi için bkz. *Tribunal Fédéral, Chrome Resources S.A v. Léopold Lazarus*, XI YBCA 1986, s. 538 vd. Ayrıca bkz. **ÖZEKES**, s. 78, 79. Adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi hâlinde, söz konusu ihlalin kararın geçerliliğini nasıl ve ne şekilde etkileyeceği, çok başka bir tartışmadır ki, bu, konumuzun sınırlarını, aşmaktadır. Salt bir ihlalin varlığının, verilmiş olan kararın iptalini gerektirip gerektirmeyeceği (**JERMINI**, Rn. 469); bunun dışında ayrıca söz konusu ihlalin hükümde varılan sonucu da etkilemesinin gerekip gerekmediği, örneğin ibraz edilen delilin hakemlerce dikkate alınmaması yahut reddedilmesi hâlinde, ihlal edilen hukuki dinlenilme hakkının yaptırıma tabi tutulması bakımından, söz konusu delilin değeri ve hükmü etkileyecek nitelikte olup olmadığı konularında, yapılacak *esasa* yönelik araştırmanın bir kez de mahkemelerce yapılmasının mümkün olup olmadığı, yanıt bekleyen sorular arasındadır (**JAKSIC**, s. 243; ayrıca bkz. *ILA Report*, s. 31-34). Alman hukukunda, (*aynı yönde bkz.* 1996 AA §68/II, i) Fransız hukukunun aksine (**FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 951, 952) ancak hüküm sonucunu etkileyecek nitelikteki adil yargılanma hakkına ilişkin ihlallerin söz konusu hakem kararının iptalini gerektireceğine (ZPO §1059, 2, d; *karş. MTK m. 15/A/II, b. 1, f, ve özellikle g*) ilişkin bkz. **LIEBSCHER**, *Fair Trial*, s. 98; **PETROCHILLOS**, s. 149. Ayrıca bkz. **AMBROSE**, *Arbitration law*, s. 479. Böyle bir denetimin âdeta hükmün esası hakkında yeniden bir yargılama yapmak anlamına gelmesi nedeniyle söz konusu hak ihlallerine ilişkin yaptırımın, en nihayetinde, geçerli *kamu düzeni* anlayışının ihlal edilmesi hâlinde uygulanacak yaptırım düzeyine ineceğine ilişkin bkz. **JERMINI**, Rn. 477.

⁵¹⁴ *Karş. International Standard Electric Corporation v. Bridas Sociedad Anonima Petrplera, Industrial y Commercial*, XVII YBCA, 1992, s. 639 vd. Bu davada tarafın, tanıkların isimlerinin açıklanmamış olması nedeniyle yapmış olduğu itiraz; itirazın, yargılama süresince ileri sürülmemiş olması nedeniyle reddedilmiştir. Böyle bir itirazın yargılama süresince ileri sürülmemiş olması nedeniyle daha sonra ve özellikle hakem kararının denetlenmesi aşamasında ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışması bir yana; kural olarak *yargılama içerisinde tanığın kimliğinden habersiz olması nedeniyle tarafın, tanığın beyan ve açıklamalarını çürütme imkânından yoksun bırakılmış olmasının hukuki dinlenilme ve her hâlde, adil yargılanma hakkı ile bağdaştırılması mümkün gözükmemektedir* (**JAKSIC**, s. 241). Kanımızca, *sorulması gereken soru, tarafın, olayda gerçekleştiği şekliyle hukuki dinlenilme hakkından da feragat etmiş olup olmadığıdır*. Karar, bu soruya olumlu bir yanıt vermektedir.

⁵¹⁵ Bilirkişilerin kimliklerinden haberdar edilmeyen tarafların hukuki dinlenilme hakkından da mahrum bırakılacaklarına; haber verilmeksizin gerçekleştirilen incelemeyle tarafların, söz konusu tahkikat işlemine karşı beyan ve açıklamada bulunma imkânından da yoksun bırakılmış olacaklarına ilişkin bkz. **JAKSIC**, s. 241. Ayrıca bkz. **MERCANGÖZ**, s. 833.

ve kimlerden ibaret olduğu⁵¹⁶ taraflarca bilinmelidir. Aksi hâl, ne adil yargılanma hakkı ile ne de hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşır⁵¹⁷.

Taraflar arasında eşit davranma yükümlülüğünden yahut taraflar arasındaki eşitlik prensibinden feragat etmenin mümkün olup olmadığı, tartışmalı olmakla birlikte; özellikle *Dutco* içtihadı, gözden uzak tutulmamalıdır. Buna göre, hâkim anlayış, eşitlik prensibinin emredici karakteri nedeniyle tarafın, böyle bir hakkından *baştan ve tümüyle* feragat etmesini mümkün görmemektedir⁵¹⁸. Ne var ki, taraflar arasında eşit davranılması yükümlülüğü ve tarafların bunu talep hakları, (*estoppel rule*) hakkın kötüye kullanılmaması yahut usulî dürüstlük prensibi ile de kendiliğinden (Model Kanun m. 4; ZPO §1027) sınırlanmaktadır⁵¹⁹. Diğer tarafa nazaran daha aleyhte bir durumda bırakılmak suretiyle eşit davranılma hakkının ihlal edildiği iddiasını taşıyan tarafın, söz konusu itirazını yargılama içerisinde, zamanında ileri sürmemesi; geç ileri sürmesi yahut hiç ileri sürmemesi hâllerinde, sonradan, örneğin hakem heyetinin usulünce oluşmadığından yahut tahkim yargılamasına ilişkin kurallara uyulmadığından bahisle itiraz etmesi mümkün olmayacak (ZPO §1034/II); aksi yöndeki tutum, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir (Model Kanun m. 4; ZPO §1027; 1996 AA §73; Hollanda CCP Art. 1065/IV)⁵²⁰.

Milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, hükmün verilmesinden önce, hakemlerce izlenen yargılama usulü hakkında, tarafların mutabakatı ya da olası itirazları alınır. Böylece, *hem* taraf, varsa herhangi bir usulî eksiklikten haberdar edilmekte *hem de* hükmün verilmesinden önce taraflarca işaret edilecek eksikliğin gereğinde ikmaline gidilmektedir. Tarafın bu aşamada, talep ve şikâyetlerini ileri sürmemesi hâlinde, artık, aynı nedenle hakem kararına karşı koyması, mümkün değildir (Model Kanun m. 4; ZPO §1027; 1996 AA §73; Hollanda CCP Art. 1065/IV; *karş.* Hollanda CCP Art. 1065/III; *ayrıca bkz. Tasarı m. 413*)⁵²¹.

⁵¹⁶ **JAKSIC**, s. 241; **SCHLOSSER**, Rn. 830 vd.; **SCHWEBEL/LAHNE**, s. 212, 213; OLG Köln, IV YBCA 1979, s. 258.

⁵¹⁷ **LIEBSCHER**, s. 108; **TRAPPE**, s. 98; **JAKSIC**, s. 239; **JERMINI**, Rn. 460; **BRINER/von SCLSBRENDORFF**, s. 96, 97; **ALANGOYA**, *Anayasa*, s. 3.

⁵¹⁸ **JERMINI**, Rn. 446; **JAKSIC**, s. 233.

⁵¹⁹ **JERMINI**, Rn. 446, 447; **JAKSIC**, s. 223. *Ayrıca bkz. LIEBSCHER*, s. 109; **HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 200; **BROCHES**, *Commentary*, s. 30, 31. *Ayrıca bkz. Sempozyum*, s. 100.

⁵²⁰ **LIEBSCHER**, *Fair Trial*, s. 93; **JAKSIC**, s. 234; BGE 126 III, 254. *Ayrıca bkz. van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS*, s. 40, 41, 112; **MERKIN**, s. 156, 157; **HARRIS/PLANTERÖSE/TECKS**, s. 355; **NOMER**, *Kamu Düzeni*, s. 572.

⁵²¹ İtirazların derhâl, yahut mümkün olur olmaz ileri sürülmesi, yargılama usulüne uygulanan kurallar kapsamında, öngörülen usulî aşamaların tüketilerek gereken başvuruların, ilgili makama süresinde yapılması anlamındadır. Söz konusu ihlalin henüz farkında olmayan kimse yönünden böyle bir beklenti içine girilemez. Ancak, aynı kimsenin, böyle bir ihlale karşı nelerin yapılması; hangi usulî aşamaların tüketilmesi gerektiği konusunda herhangi bir bilgisinin olmadığı; bir anlamda hukuku bilmediğini ileri sürmesi de mümkün değildir. Bu hâlde, ihlalin muhatabı olan tarafça ileri sürülebilecek yegâne geçerli savunma, ancak, tahkime uygulanacak hukuka göre *emredici* bir hükmün yargılama içerisinde ihlal edilmiş olması nedeniyle itirazda bulunmak/karşı koymak bakımından her hangibir süre sınırlamasının bulunmadığıdır (Model Kanun m. 4, 34,2, b, *ayrıca bkz.*

Hukuki dinlenilme hakkı, tahkim yargılaması süresince, sadece *hakemlerce* değil; ama aynı zamanda *tarafılarda* gözetilmesi ve özenle korunması gereken bir ilkedir. Tarafların yargılama usulü üzerinde serbestçe tasarruf edebilecek olmaları (**MTK m. 8/A**; Model Kanun m. 18, 19/I), aynı zamanda, *kamu düzenine* ait böyle bir haktan da önceden feragat edebilecekleri anlamına gelmemektedir⁵²². Gerçi bu durumda da, hukuki dinlenilme hakkı ihlal edildiği iddiasında olan tarafın, böyle bir ihlale ilişkin beyan ve itirazlarını, derhâl veya en azında süresinde, ileri sürmesi beklenir. Böyle bir itirazın, yargılamanın sonraki evrelerinde, hükmün verilmesinden sonra ve özellikle yargılamanın ilgilinin aleyhine gelişmesi hâlinde, ileri sürülmesinin, hukukça korunur hiçbir yönü yoktur⁵²³.

İlkeye getirilen istisnalar, *sanki* tarafların söz konusu ihlale konu haklar üzerinde de tasarruf edebilmelerinin mümkün olduğu faraziyesine, işaret etmektedir ki, artık, sorulması gereken soru, tarafların iradeleri, niyet veya temennileri ne yönde olursa olsun yargılamaya dair, usulî kamu düzenine⁵²⁴ ait kurallarla çatışılması durumunda, söz konusu ilke ve prensiplerin tarafların eylem, tutum yahut iradelerine karşı ve onlara rağmen de korunmasının gerekip gerekmediğidir. Problemin çözümünde, aleni surette yargılanma yahut duruşma yapılıp yapılmaması gibi Sözleşmenin 6/I. maddesinde düzenlenen ve tarafların zaten üzerinde tasarruf edebileceklerinin kabul edildiği haklar *ile* bunlara göre çok daha özenle korunması gereken, taraflar arasındaki eşitlik yahut hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları şeklindeki yargısal temel hakların, kendileriyle ilgili yapılacak tasarruflar bakımından birbirinden ayrılması gerekir. Öğretide, özellikle bu ikinci gruba giren haklar üzerinde yapılacak tasarruflar bakımından, ancak somut olayın özelliği de dikkate alındığında, hiçbir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta yapılan; kabul edilemeyecek kimi sonuçlara da neden olmayan; sağlıklı taraf iradelerine dayalı tasarrufların, geçerli kılınabileceği, ileri sürülmüştür⁵²⁵.

*Tasarı m. 413). Tarafların uygulamada kabul ettiklerinin, önceki yazılı anlaşmalarını tadil ettiği; değiştirdiği kabul edilir. Ancak tarafların neler hakkında, her zaman itirazda bulunabileceği konusunda da çoğu zaman bir açıklık olmamaktadır. Örneğin, yargılamaya itirazsız katılarak uyumsuzluğun esası hakkında savunmada bulunan tarafın, tahkim anlaşmasının altında kendisini de bağlayan herhangi bir imzanın olmadığını yani uyumsuzluğun esasıyla ilgili mahkemeye ulaşma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmesinin artık mümkün olmamasına karşın (karş. **MTK m. 4/II**; **7/H/I**; ZPO §1031/VI); aynı tarafın uyumsuzluğun tahkime elverişli olmadığını, özellikle iptal davası sırasında ileri sürmesi (**MTK m. 1/III**; **15/A/II, 2, a**) pekâlâ mümkündür (**PETROCHILOS**, s. 117-121; **HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 197-200; **SCHLOSSER**, Rn. 848). Ayrıca bkz. **KAPLAN**, *Usul*, s. 184, 192.*

⁵²² **JERMINI**, Rn. 446; **BRINER/von SCLSBRENDORFF**, s. 96, 97; **JAKSIC**, s. 237.

⁵²³ Tipik örnek, hakemlerin seçiminde, hakem heyetinin oluşumunda, tarafın süresi içinde yahut zamanında varsa bir ihlali ileri sürmeyerek suskun kalması, âdetâ böyle bir oluşumu benimsercesine yargılamaya devam etmesidir (**JERMINI**, Rn. 446; **JAKSIC**, s. 238; **LIEBSCHER**, *Fair Trial*, s. 92, 93); *Stran Greek Refineries et al v Greece*, A 301-B, 19 EHRR 293, §35-6. Bu son kararla ilgili olarak ayrıca bkz. **HELLER**, s. 21.

⁵²⁴ **ILA**, *Rep*, s. 352; **BRINER/von SCLSBRENDORFF**, s. 93.

⁵²⁵ **PETROCHILOS**, s. 123; **BRINER/von SCHLABRENDORFF**, s. 97.

C- Tarafsız ve Bağımsız Hakemler Önünde Yargılanma Hakkı

Tarafsızlık ve bağımsızlık kavramları, anlamları konusundaki tartışmalara da uygun olarak çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılmakta veya en azından hep birlikte değerlendirilmektedir. Oysa tümüyle bağımsız iki olguya işaret eden bu kavramlar, özellikle adil yargılanma hakkının temini yönünden birbirlerinden ayrı ve farklıdır⁵²⁶.

İHAS bakımından *bağımsızlık*, temelde, söz konusu yargılama makamının gerek tarafların gerekse devletin denetiminden uzak olması ya da onlara bağımlı olmamasıdır⁵²⁷. Yargılama makamının bağımsızlığı, uyuşmazlığın çözümünde, vakıalar ve hukuki görüşler hakkındaki kararını, münhasıran kendi özgür düşüncesine dayandırabilmesidir. Ne var ki, bunun dahi güvence altına alınması gerekir. Örneğin hakemler, sadece taraflardan birinin yahut üçüncü bir kişinin tek taraflı etkisi ve kararı ile görevinden alıkonulamamalıdır (**MTK m. 7/F/I**). Şu hâlde *tarafsızlık*, daha ziyade uyuşmazlık konusuyla hakem arasındaki ilişkiyi esas alırken; *bağımsızlık* yapısal bir meseledir; özellikle taraflar ile hakem arasındaki ilişkiyi temel alır ve hakem heyetinin oluşumu, görevini sürdürmesi veya görevinin sonlandırılması sırasında, içinde bulunduğu, tabi olduğu yapıyı ilgilendirir⁵²⁸. Bağımsızlığın kimlere karşı olduğu konusunda kabul edilen yaklaşım, hakemin sadece taraflara değil; ama örneğin, tahkim faaliyetinin himayesinde yürütüldüğü ilgili tahkim kurumuna karşı da bağımsız olması gerektiği, şeklindedir. Hakemlerin kararlarını, maddi vakıalara ve hukuki gerçeklere dayalı olarak; tarafların veya özel ya da kamusal otoritelerin etki ve müdahalelerinden uzak bir biçimde, özgür iradelerine göre vermeleri gerekir⁵²⁹.

Tarafsızlık ise söz konusu yargılama makamının ön yargı, peşin hüküm ve tarafgirlikten uzak ve arı olmasıdır. İnsan zihninin içinde bulunduğu bir durumdur ki, somutlaşması, ancak, yargılamanın taraflarından birinin lehine yahut aleyhine belirgin bir tavır veya tutum

⁵²⁶ **LIEBSCHER**, s. 81. Her iki kavram da bugün için milletlerarası hukukun âdeta birer genel ilkesi niteliğindedir. Milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemelerde de bu yönde hükümler bulmak, rahatlıkla mümkündür. Gerçi, söz konusu kavramlardan sadece birine göndermede bulunmuş olması, kimi zaman, bilinçli bir seçimin ürünü olmakla birlikte, çoğu zaman bu, bir vurgulamadan ibaret olup birini diğerine göre daha ön plana çıkarmak kaygısını taşır. Örneğin ICC Rules Art. 7, sadece bağımsızlıktan söz etmekteyken; Art 11, hakemin bağımsız olmadığı veya sair nedenlerle de “...*lack of independence or otherwise...*” reddini mümkün görmüştür (**PETROCHILOS**, s. 130-131) (*karş.* PIL Art. 180/I, b; 1996 AA § 24/I, a; *özellikle karş.* **MTK m. 7/C/I, II**).

⁵²⁷ Bağımsızlık yönünden aranan unsurlar, yargılama makamının üyelerinin atanma biçimi, üyelerin çalışma koşulları ve süresi, harici baskılara karşı geliştirilmiş güvenceler ve söz konusu makamın bağımsızlığı yönünden geçerli ve hâkim olan genel görünümüdür. Söz konusu yargılama makamının üyelerinden birinin bağımsızlığına ilişkin makul ve meşru bir şüphe, yargılama makamının bütünü için de bir bağımsızlık sorunu yaratacaktır. (**JAKSIC**, s. 245, 246). *Ayrıca bkz.* **JACOT-GUILLARMOND**, s. 397; **TANRIVER**, *Adil Yargılanma*, s. 196; **İNCEOĞLU**, s. 162-163. *Ayrıca bkz* § 12, V, B.

⁵²⁸ **LIEBSCHER**, s. 104, 105; **ALVAREZ G. A.**, *The Challenge of Arbitrators*, 6(3) *Arb Int*, 1990, s. 214.

⁵²⁹ **BERGER**, s. 243; **DONAHEY M. S.**, *The Independence and Neutrality of Arbitrators*, 9(4) *J Int'l Arb*, 1992, s. 31; **ALVAREZ**, *The Challenge*, s. 214-215; **JAKSIC**, s. 253, 254.

takınılması ile olur⁵³⁰. Böyle bir durumda, her iki taraf yönünden de eşit ve adil bir yargılama yapılması, mümkün değildir. **Tarafsız olunmadığının veya kalınmadığının tespiti bakımından esas alınan kriter, gerçekten de tarafsız olunması değil; bu yönde oluşacak görünüm veya izlenimin kendisidir**⁵³¹. Zira *tarafsızlık*, öznel ve daha ziyade zihnin içinde bulunduğu bir durum şeklinde, karşımıza çıkar. Oysa *bağımsızlık*, önemli ölçüde nesnel ve bir yandan hakem ile taraflar öte yandan da *hakem ile söz konusu tahkim kurumu ya da diğer müesseseler ile olan arasındaki bağlantıyı, ilişkiyi dikkate alır*⁵³².

Hakemin, çevresine ve dış dünyasına duyarsız olması; ilgisiz kalması beklenmemelidir. Milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, bir hakem, çoğu zaman, sahip olduğu dünya görüşü, üyesi olduğu hukuk ekolü, önceki ilmî görüşleri ve geçmiş pratik tecrübesi nedeniyle seçilir⁵³³. Yargılamanın sürdüğü dönemde, gerekmediği hâlde, reyin beyan edilmesi, taraflardan birine yönelik şahsi ön yargı, duygu veya düşüncelerin açıklanmış olması; tarafsızlık hususunda, istisna olsa da gündeme gelen önemli engellerdir. Ancak, anılan unsurun temini için çoğu zaman daha somut kriterlere ihtiyaç duyulur. *Örneğin, uyuşmazlığın çözümünde yahut uyuşmazlık konusu olayda, kişisel çıkarı bulunan kimsenin tarafsız olamayacağı, kalamayacağı kabul edilir*. Burada sözü edilen kişisel çıkar, sadece mali/maddi değil; ama aynı zamanda manevidir ki bu, yargılama makamının her bir üyesi için de geçerlidir⁵³⁴. Uyuşmazlık konusuyla değil ama söz konusu uyuşmazlığın tarafları ile olan yakınlık, ilişki ya da kimi zaman sadece bir iletişim de tarafsızlığı gölgeleyebilecektir⁵³⁵.

Hakem, âdeta taraflarca seçilmiş bir *hâkim* olarak, tarafsız ve bağımsız olmayı, yargılama boyunca da böyle kalmayı, hakem olarak görev yapmayı kabul etmekle zaten taahhüt etmiş, yükümlenmiştir. Gerçi, tarafsızlık ve bağımsızlık ile gerçekte neyin kastedildiği, tam olarak ve ittifakla tespit edilemeyebilirse de, hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, tahkim yargılamasına ilişkin sürecin asli unsurlarındadır⁵³⁶.

⁵³⁰ DONAHEY, s. 32; TUPMAN W. M., Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration, 38 ICLQ 1989, s. 29. *Ayrıca bkz §12, V, B.*

⁵³¹ PETROCHILLOS, s. 132-133. Objektif ve sübjektif tarafsızlık şeklinde yapılan ayrımların yanında, önemli olan, *ilgili yargı merciinin demokratik bir toplumda, kamuoyu önünde, bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda yarattığı izlenim ve verdiği güvendir* (LIEBSCHER, s. 82; JACOT-GUILLARMOND, s. 398). *Ayrıca bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 282-283; İNCEOĞLU, s. 173, 183; TEZCAN/ ERDEM/SANCAKDAR, s. 336.*

⁵³² BERGER, s. 243; SMITH L. M., Impartiality of the Part-Appointed Arbitrator, 6(4) Arb Int 1990, s. 323; LIEBSCHER, s. 105.

⁵³³ XXII YBCA 1997, s. 227, §20-21.

⁵³⁴ PETROCHILLOS, s. 132-133. *Ayrıca bkz. van DIJK/van HOOFF, s. 454.*

⁵³⁵ LIEBSCHER, s. 81, 82; BRINER/von SCLSBRENDORFF, s. 94, 95.

⁵³⁶ DONAHEY, s. 31; ALVAREZ, *The Challenge*, s. 214; BERGER, s. 243; TUPMAN, s. 29; CALVO M. A., *The Challenge of ICC Arbitrators, Theory and Practice*, 15(4) J Int'l Arb 1998, s. 65, 66.

Tarafsızlık ve bağımsızlık unsurlarının yargılama içerisinde, gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken, sanki bu iki kavramın âdeta aynı olduğu veya en azından çakiştiği sonucuna varılabilir. Ancak bu, hiçbir zaman onları, aynı iki kavram hâline getirmemektedir. Bir an için, bağımsız olmadığı hâlde, hakemin yargılamayı, adil ve tarafsız bir biçimde, yürütebileceği düşünülebilirse de ve gerçekten somut olay, böyle gerçekleşmişse de sorun, taraflardan, böyle bir karar verilirken, hakemin bağımlılığında sıyrılarak gerçekten de tarafsız bir yargılama yürüttüğüne güvenmelerini istemenin, mümkün olup olmadığıdır. Verilecek cevap, olumsuz olduğu için her iki kavram, birbirinden ayrıdır ve aynı derecede önemlidir⁵³⁷.

Milletlerarası tahkimin kendisine has özellikleri ve kimi pratik kaygılar, milletlerarası tahkim yargılamaları bakımından, bu her iki kavramın da aynı anda aranması gerektiği fikrini, oldukça zorlamaktadır. Milletlerarası tahkim camiasında hakemlerin, son derece sınırlı sayıdaki kişilerden oluşması; bunların da çoğu zaman zaten tarafların geçmişte veya hâlen vekilliklerini yürütmesi; aynı kişinin aynı tarafın birden fazla kez hakemi olması yahut diğer taraf aleyhine geçmişte yürütülen bir yargılamada bulunması ve hüküm vermesi; söz konusu hakemin taraflarla aynı kültürden, dünya görüşünden yahut milliyetten gelmesi; taraf veya vekili ile hakem arasındaki yakınlık veya tanışıklık gibi durumlar, çoğu kez tarafsızlık ve bağımsızlık kavramlarının milletlerarası tahkimde neredeyse her somut olayın özelliği de göz önüne alınarak yeniden gözden geçirilmesini, tanımlanmasını ve anlamlandırılmasını, zorunlu kılmaktadır⁵³⁸.

Bu noktada öğretilde, özellikle milletlerarası tahkim uygulaması ile uyum sağlamak adına, tahkim anlaşmasının taraflarının, tarafsız ve bağımsız hakemler önünden yargılanmaya ilişkin haktan, baştan *ex ante* veya hiç olmazsa sonradan, *posteriori* feragat edebilmelerinin mümkün olması gerektiği; böyle bir ilkenin, ancak taraflarca aksinin kararlaştırılmadığı sürece geçerli olduğu; yargısal kimi değerlerin katı bir biçimde, tahkimde uygulanması hâlinde, yetkin hakem sayısının ciddi ölçüde azalacağı, ileri sürülmüştür⁵³⁹.

Tarafsız ve bağımsız makamlar önünde yargılanmaya ilişkin haktan feragat edebilmenin mümkün olup olmadığı konusundaki görüşler çeşitlidir: Bunlardan ilkinde göre, insan haklarına ilişkin kuralların tahkim için uygulanması zaten söz konusu olmadığına göre böyle bir haktan, daha baştan feragat edebilmek de mümkündür. Diğer bir görüşe göre ise söz konusu insan

⁵³⁷ PETROCHILLOS, s. 134; LIEBSCHER, s. 86 DAC Report, §102.

⁵³⁸ PETROCHILLOS, s. 134; BRINER/von SCLSBRENDORFF, s. 95; ALVAREZ, *The Challenge*, s. 216; De FINA A. A., *The Party Appointed Arbitrator in International Arbitrations-Role and Selection*, 15(4) Arb Int, 1999, s. 382; KAPLAN Y., *Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi*, MHB 2001/1-2, s. 53, 54; KAPLAN, *Usul*, s. 100.

⁵³⁹ BERNINI, s. 34; ALVAREZ, *The Challenge*, s. 216; GEIMER, s. 142, 143.

hakkının yargısal bir temel hak niteliğinde olması nedeniyle üzerinde, tasarruf imkânı bulunmamaktadır. Son görüşe göre ise olası bir feragat, ilgili yargısal temel hakkın icrası ya da tüketilmesine ilişkin olmayıp bunun yerel mahkemelerce denetimin gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğine yöneliktir⁵⁴⁰. İHAS bağlamında, en azından bugün için yerleşik bir görüşün bulunduğu, söylenememektedir⁵⁴¹. Kural olarak ve şayet mümkünse, güvence altına alınmış bir haktan feragat, ancak herhangi bir kamu çıkarı ile çatışılmaması hâlinde ve hiçbir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta söz konusu olabilir. Örneğin, tarafsız ve bağımsız makamlarca yargılanmaya ilişkin yargısal bir temel haktan, daha baştan (*ex ante*), zımnen feragat etmek ya da feragat etmiş sayılmak mümkün değildir⁵⁴².

Taraflar arasında bir *tahkim anlaşmasının* bulunması, bu konudaki belirsizliğin ana kaynağıdır. *Komisyon* dönemindeki geçmiş uygulama, her ne kadar tahkim anlaşması ile birlikte tarafların İHAS madde 6/I'nin de *tam olarak* uygulanmasından feragat ettikleri yönündeysede⁵⁴³, sonraki kararlarda bu durum, tahkim anlaşması ile birlikte gerçekleştiği kabul edilen açık feragatin, *sadece*, Sözleşme'nin 6. maddesinin tümüyle gözetilmesinin gerektiği, devletin de doğrudan sorumluluğu altında bulunan devlet yargısındaki yargılama usulüne yönelik olduğu; yoksa bizzat 6. maddenin kendisinden ve orada düzenlenmekte olan haklardan da feragat anlamına gelmediği, şeklinde değişmiş ve gelişmiştir⁵⁴⁴.

Mahkeme, Souvaniemi davasında,

“...Tahkim anlaşması, taraflar arasında, rızaen yapılmakla mahkemeler önünde gerçekleştirilen yargılamadan açık bir feragati içerir...Sözleşme ile güvence altına alınan bir haktan şayet mümkünse feragat, ancak açıkça ve hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde olmalıdır...Üstelik *yargısal temel haklardan feragat hâlinde dahi önemine uygun asgari güvencelerin yine de temin edilmesi gerekir*... Tahkim lehine mahkemeler önündeki yargılamadan feragat, 6. madde anlamında mümkün ve caizdir... *Böyle bile olsa, bu feragat, 6. maddede düzenlenmekte olan tüm haklardan da feragat anlamına gelmemektedir*... Kimi haklardan feragat mümkündür; kimilerinden ise değil... 6. maddede düzenlenmekte olan haklar arasında da bir ayırım yapmak gerekir... Aleni surette yargılanma hakkından, mahkemeler önünde görülmekte olan yargılamalar içinde de vazgeçmek mümkündür... Bu, amacı zaten alenilikten kaçınmak olan tahkim için evleviyetle geçerlidir... Öte yandan, tarafsız bir hâkim

⁵⁴⁰ WEDAM-LUKIC, s. 17; JERMINI, Rn. 265; HABSCHEID, EMRK, s. 352; MOITRY, s. 118, 119; ALVAREZ, *The Challenge*, s. 203; JAKSIC, s. 251.

⁵⁴¹ JAKSIC, s. 250.

⁵⁴² JAKSIC, s. 249, 250; LIEBSCHER, s. 79; LIEBSCHER C/SCHMID A., *Austria*, Practitioner's Handbook on International Arbitration, ed Frank-Bernd Weigand, München, 2002, s. 552; KAPLAN, *Hakemin Reddi*, s. 61; TANRIVER, *Kamu Düzeni*, s. 484; DAYINLARLI, s. 55.

⁵⁴³ *KR v Switzerland*, Application No. 10881/84, 51 DR 1987, s. 83 vd.; *Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. Netherlands*, Application No. 28101/95, 87 A DR 1996, s. 112 vd.

⁵⁴⁴ *Suovaneimi and others v. Finland*, (Decision of 23.02.1999), Application No. 31737/1999; *Jakob Boss Söhne AG v FR Germany*, (Decision of 2 December 1991) Application No. 18479/91; *Heinz Schieber KG v FR Germany*, (Decision of 2.12.1991) Application No. 18805/91. Ayrıca bkz. LIEBSCHER, s. 69, 70.

(hakem) önünde yargılanmaya ilişkin haktan da feragat edebilmenin mümkün olup olmadığı,... tartışmalıdır. Somut olayda ve hakem M.'ye yönelik olarak, *tahkim yargılaması süresince* yapılan feragat, hiçbir duraksamaya yer vermeyecek açıklıktadır. Sadece tahkim anlaşması, tarafların rızasına dayanmakla kalmamış; ama aynı zamanda, *talep sahipleri, yargılama süresince, açıkça hakem M.'nin reddine yönelik herhangi bir talepte bulunmaktan da kaçınmışlardır*. Mahkeme, taraf olan devletlerin bir hakem kararının hangi nedenler yüzünden iptalinin gerekeceğini, serbestçe belirleme hakkına sahip olduğu, görüşündedir. *Esasen hakem kararının iptali ile birlikte uzun ve masraflı bir tahkim süreci, tümüyle manasız kalacak; yeniden aynı miktardaki masrafın ve zamanın bu sefer yeni yargılama için harcanması-kullanılması gerekecektir....* Finlandiya mahkemesinin Finlandiya hukuku bağlamında, hakem M.'nin tarafsızlığına ilişkin olarak başvuru sahibinin, önceden de bilgisi bulunan kimi durumlara rağmen hakemliğini tasvip ettiğine ilişkin kararı, keyfi olmadığı gibi temelsiz de değildir. Üstelik başvuru sahibinin tüm tahkim yargılaması boyunca bir vekil aracılığıyla temsil edildiği de dikkate alındığında, gerçekleşen feragat işleminin sair asgari yargısal güvencelerle desteklendiği de görülecektir. *Mahkeme, ayrıca, başvuru sahibinin iddia ve taleplerini, mahkemeler önünde ileri sürebilmek konusunda, oldukça geniş bir imkânının bulunduğunu da tespit etmiştir....* Benzer bir durumun mahkemeler önünde yaşanması hâlinde de bunun bir feragat olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusuna girmeksizin, somut olayın özelliği dikkate alındığında, tahkim yargılamasıyla ilgili olarak başvuru sahibinin tarafsız hâkime (hakem) ilişkin hakkından feragat ettiği sonucuna varılmıştır...”

şeklindeki içtihadı ile tarafsızlık unsuru üzerindeki bir tasarrufu, feragati mümkün görmüş gözükmektedir⁵⁴⁵. Olayda, taraf, tahkime uygulanacak hukuk (*lex arbitri*) kapsamında, tarafsız kalamayan hakemin reddi yolunu kullanmamış olması nedeniyle yine böyle bir nedene dayalı olarak hükmün iptali imkânından da mahrum kalmaktadır⁵⁴⁶. Söz konusu hakkın düşüp

⁵⁴⁵ *Suovaniemi and others v. Finland*, (Decision of 23.02.1999), Application No. 31737/1999; **LIEBSCHER**, s. 71, 72. Karar, şu şekilde özetlenebilir: İçtihat, tümüyle *tahkime yöneliktir*. Bu sonucun, aynı zamanda mahkemeler için de geçerli olup olmadığı, *belki de* son derece bilinçli bir şekilde cevapsız bırakılmıştır. Bir an için tarafın süresinde, gereken hukuki çareleri tüketmiş olduğunun kabulü hâlinde dahi *Mahkeme* hakemin reddini belirleyecek olanın, Sözleşme'nin 6/I. maddesine egemen olan anlayışın değil; yine Finlandiya hukukunun (*lex arbitri*'nin) bizzat kendisi olduğuna karar vermiştir. Hükmün iptaline ilişkin tarafsızlık konusunda yeter nedenin bulunup bulunmadığı, tümüyle tahkimin tabi olduğu hukukun işidir; anlaşmaya taraf devletlerin bu yönde takdir hakları bulunmaktadır. **Kararda özellikle, hakem kararının iptali ile yaşanacaklara ilişkin görüş ve değerlendirmeler, tarafsızlığa ilişkin yorumun ve varılan sonucun tümüyle tahkime özgü olduğu izlenimini vermektedir.** Kanımızca karar, her nasıl olursa olsun gerçekleşecek bir feragate rağmen, tarafın asgari hukuki güvencelerden ve bunu yine mahkemeler önünde ileri sürmekten mahrum bırakılmayacağını, açıkça ortaya koymaktadır. Örneğin bizzat tahkim anlaşmasıyla taraflar, *uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak* mahkemeye başvuru haklarından vazgeçmişlerse de aslında Sözleşme'nin 6/I. maddesine konu, *soyut* nitelikteki mahkemeye başvuru haklarının özünde de feragat etmiş değildirlir. Zira tahkim yargılaması süresince ihlale uğradığını düşündükleri yargısal temel hakların korunması için ilgilinin hâlâ mahkemeye başvuru hakkı bulunmaktadır. Bu, Sözleşme'nin 6/I. maddesinde yer alan diğer yargısal temel haklar için de geçerlidir. Şu hâlde, tahkim anlaşması, tarafın başta mahkemeye başvuru hakkı olmak üzere Sözleşme'nin 6/I. maddesinde yer alan sair yargısal temel haklardan da tümüyle ve daha baştan bir feragatini içermemektedir. *Ayrıca bkz. JAKSIC*, s. 252. Varılan sonuç, *içeriksel kimi eleştiriler saklı kalmak kaydıyla* temelde, *Schiebler KG v. Germany* kararıyla örtüşmekte ve *KR. v. Switzerland* içtihadıyla oluşan sonucu bertaraf etmektedir (**ROBINSON/KASOLOWSKY**, s. 460). *Ayrıca bkz. İNCEOĞLU*, s. 204.

⁵⁴⁶ **JAKSIC**, s. 273; **PETROCHILOS**, s. 124; 142; **BRINER/von SCLSBRENDORFF**, s. 95.

düşmediği yahut somut olayda, geçerli ve tereddüt uyandırmayacak kadar açık bir feragatin bulunup bulunmadığı tespit edilirken *lex arbitri*'ye göre mümkün olan usulün zamanında tüketilmemiş olması hadisesi, yeterli görülmüştür. *Zira kararda, tarafın gereken hukuki imkânları tüketmeyişiyle söz konusu yargısal temel haktan da açıkça ve kesin bir biçimde feragat etmiş sayıldığı sonucuna varılmıştır.* Bu nedenle öğretilde, burada, aslında, *zımnen de olsa sonradan yapılmış bir feragatin* geçerli kabul edildiği sonucuna varılması gerektiği; buna karşın, hâlen, tahkim anlaşması ile birlikte söz konusu yargısal temel haktan, daha baştan, peşinen *ex ante* feragat etmenin veya etmiş sayılmanın mümkün olup olmadığına yanıt verilmediği ileri sürülmüştür (*karş. HUMK m. 30; 34/I*)⁵⁴⁷.

Nordström-Janzon davasında ise konu, tarafsız ve bağımsız olmayan hakemin de dâhil olduğu heyet tarafından verilen ve Hollanda mahkemelerince de onaylanan hakem kararının Sözleşmenin adil yargılanmaya ilişkin hükmünü ihlal edip etmediği idi⁵⁴⁸. Söz konusu hakeme, şikâyetçi tarafça, reddi gerektiren sebeplerin hakemin atanması esnasında bilinmemesi nedeniyle karşı çıkılmamıştır. Taraf, hükmün iptalini Hollanda mahkemeleri önünde, kamu düzenine aykırılık esasına dayalı olarak talep ve dava etmiştir (Hollanda CCP Art. 1065/I). Hollanda mahkemesi, davayı, hükmün herhangi bir kamu düzenine aykırılık içermemesi nedeniyle reddetmiştir. *Komisyon,*

“...Tahkim olayında taraflar, uyuşmazlıklarının çözümünü, *rızaen*, yaptıkları tahkim anlaşmasıyla *özel bir rejime* tabi tutarlar. Sonuçta, *6. maddenin bir bütün hâlinde uygulanacağı mahkemeler önündeki yargılamadan feragat edilir.* Komisyon, hakem kararlarının iptali için gereken nedenler konusunda, üye ülke hukuklarının çok farklı olduğunu tespit etmiş; Sözleşme bağlamında, *üye ülke mahkemelerine tahkimi 6. maddeyle uyum içinde tutmak şeklinde bir zorunluluğun getirilemeyeceği sonucuna varmıştır.* Kimi yönlerden, özellikle alenilik konusunda, tahkimin 6. maddeyle uyum içinde olması istenmemektedir, *zaten tahkim anlaşması da hükmün tümüyle uygulanmasından bir feragati/kaçışı içermektedir...* Bu nedenle bir hakem kararının 6. maddeyle uyum içinde olmadığından bahisle iptali zorunlu değildir; her ülke, kural olarak kendisi hakem kararının iptali için gereken nedenleri belirleyecektir. ...*İç hukukta, tarafsızlığın ve bağımsızlığın bulunamadığına ilişkin salt bir görünüm, hükmün iptali için yeterli görülmemiştir. Komisyon'a göre 6. madde, üye ülkelere hakem kararının iptali için kendi iç hukuklarından daha farklı bir kriteri kabul etmeleri yönünden yükümlülük yüklememektedir...* Kaldı ki, *hakem kararının verilmesinin ardından hükmün iptali için iç hukukta daha ağır şartların aranması, makuldür...*”

şeklindeki kararıyla Hollanda mahkemesinin, tarafın Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen tüm hakları kullanamamış olması nedeniyle hakem kararını iptal etmekle yükümlü

⁵⁴⁷ JAKSIC, s. 252. Ayrıca bkz. BRINER/von SCLSBRENDORFF, s. 95.

⁵⁴⁸ *Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. Netherlands*, Application No. 28101/95, 87 A DR 1996, s. 112 vd; LIEBSCHER, s. 70, 71.

olmadığına, hükmetmiştir. *Komisyon* içtihadına göre, hakem kararının hangi gerekçelerle iptal edileceğine karar vermek, her bir devletin kendi takdirindedir. Kaldı ki, tahkime uygulanacak hukukta, en azından kamu düzenine aykırılık gerekçesine dayanılarak hakem kararının iptali şeklinde, belli bir hukuki çarenin bulunduğu da kuşkusuzdur. Böyle bir durumda, yerel mahkemenin, hakem kararını, anılan sebebe dayanarak iptal etmek şeklinde bir yükümlülüğü olmadığı gibi; güvence altına alınmış hakkın ihlal edilmesine müdahalede bulunmak konusunda, herhangi bir ihmali de bulunmadığına göre, devletin herhangi bir sorumluluğu doğmamaktadır⁵⁴⁹.

Pek çok millî hukuk bakımından hakemler, tarafsızlık ve bağımsızlık konusunda hâkimler için geliştirilen kriter ve ölçülere tabi olup *taraf-hakemi* için de farklı bir anlayış kabul edilmiş değildir⁵⁵⁰. Gerçi, hakemin tarafça seçildiği; seçimin hakeme olan güvene dayandığı; hakemin dünya görüşünün veya sahip olduğu hukuki düşüncenin seçimde etkin olduğu; hakemle taraf arasında salt bu iş için bir sözleşme bulunduğu; sadece tahkim üzerinde değil; ama özellikle hakem heyetinin oluşumu konusunda da üstün ve belirleyici nitelik arz eden irade serbestisi dikkate alındığında, bir taraf-hakemin hâlâ bilinen anlamıyla tarafsız veya bağımsız olduğundan bahsetmenin mümkün bulunup bulunmadığı, son derece tartışmalıdır⁵⁵¹. Hatta salt anılan bu pratik kaygılardan hareketle *taraf-hakeminin* nötr kalamayacağı ve

⁵⁴⁹ **JAKSIC**, s. 253; **PETROCHILLOS**, s. 140. *Nordström-Janzon* kararı, *Souvaniemi* kararından daha önceki bir tarihte verilmiştir. Bu nedenle kararın içeriğinin en azından *Souvaniemi* kararına göre daha eski bir görüşü yansıttığı kabul edilebilir. Gerçi, özellikle her iki karar bakımından, tahkimde de uygulanacak olan yargısal temel hakların içeriği konusunda, düzenlendiği yer olan Sözleşme hükmü yerine, ülkenin kendi iç hukukuna göndermede bulunulması, ortak noktalarını teşkil etmektedir. Ne var ki, *Nordström-Janzon* kararına egemen anlayış, Sözleşme'nin 6/I. maddesinin tahkimde, tıpkı mahkemelerde uygulandığı gibi uygulanmayacağıdır. Buna gerekçe olarak da zaten tarafların bunu istemiş olmaları, gösterilmektedir. Tarafların tahkim anlaşması ile mahkemeye başvurmak istemedikleri, onun aksini kararlaştırdıkları bir gerçektir. Ancak buradan, tarafların tahkim anlaşmasıyla Sözleşme'nin 6/I. maddesinin kendileri için uygulanmasını istemedikleri sonuca varmak, mümkün olmamalıdır. *Bireyin bunu yapabilmemesinin mümkün olup olmadığı hususu bir yana, tahkim anlaşmasıyla bunun istenip istenmediği de tereddütlüdür. Tahkim anlaşmasıyla ilgili olarak bilinen ve tereddüt duyulmayan yegâne husus, uyumsuzluğun esası hakkında artık mahkemelerce yargılama yapılmayacağıdır.* Ancak bunun aynı zamanda, tarafların yargısal temel haklarından da feragat ettiği şeklinde yorumlanması, son derece yanıltıcıdır. Kararda, tahkim anlaşmasıyla Sözleşme'nin 6/I. maddesinden de açıkça ve baştan feragat edildiği söylenmemekle birlikte (*karş. KR v Switzerland*, Application No. 10881/84, 51 DR 1987, s. 83 vd.), sözleşme hükmünün tahkim yargılamalarında, tıpkı mahkemelerde olduğu gibi uygulanmaması, neredeyse bu sonucu doğurmaktadır. Böyle bir sonuç, özellikle üzerinde baştan tasarruf edilemeyeceği kabul edilen kimi yargısal temel haklar bakımından, son derece eleştiriye açıktır. Dahası, Sözleşme ile güvence altına alınmış yargısal temel hakkın kaderi, neredeyse iç hukukun elindedir. Şayet Sözleşme hükmü, tahkimde de geçerliyse içeriği de yine Sözleşme bağlamında değerlendirilmeliydi; söz konusu yargısal temel hakkın kaynağını, Sözleşme'den almakla birlikte, içeriğiyle ilgili meseleleri iç hukuka bırakmak, daha çelişkili bir durumdur. *Karş. BRINER/von SCLSBRENDORFF*, s. 92.

⁵⁵⁰ **JAKSIC**, s. 256; **TUPMAN**, s. 29; **SMITH**, s. 332. Ayrıca bkz. **LIEBSCHER**, s. 106, 107.

⁵⁵¹ **MOITRY**, s. 118; **LIEBSCHER**, s. 107; **SCHLOSSER**, Rn. 521; **TUPMAN**, s. 29; **BERGER**, s. 253. *Non-neutral* kabul edilen taraf-hakeminin *neutral* olduğu düşünülen baş hakemle tarafsızlık konusunda, aynı ölçülere tabi olmaması gerektiği, bir zamanlar ileri sürülmüşse de, artık bu görüşün de geçerli olduğundan bahsetmek mümkün değildir (**De FINA**, s. 385; **BISHOP D./REED L.**, Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, 14(4) Arb Int, 1998, s. 405-406). Ayrıca bkz. **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 199, 200.

olmasının da gerekmediği ileri sürülmektedir. Özellikle *tarafsızlık* şeklindeki terminolojiden farklı olarak “*neutrality*”, politik, sosyal ve kültürel bir olgu olup taraflardan farklı bir tabiiyeti haiz hakemin nötr olduğuna inanılır. Bu nedenlerle de tarafla arasındaki, devlet yargısında görülmeyen türdeki ilişkisi, *taraf-hakeminin*, nötr kalmasının; böyle bir özelliği de taşımasının gerekmediği görüşlerinin savunulmasına neden olmuştur⁵⁵².

Milletlerarası tahkim uygulaması yönünden yukarıda anılan sorun, bir ölçüde daha da çözümsüz durmaktadır. Zira bu hâlde, tarafın kendi hakemini atayabilmesi, âdeta temel bir hak olarak görülmektedir⁵⁵³. Bunun sonucu olarak geliştirilen “*dengeli hakem heyeti*” kavramı, taraflarca eşit sayıda hakem atamasının gerekliliği şeklinde bir sonucu da beraberinde getirmektedir. Özellikle *Dutco* davasıyla *Cour de cassation*, hakemlerin seçilmesi esnasında geçerli olan taraflar arasındaki eşitlik anlayışının, bir kamu düzeni meselesi olduğuna işaret ederek *ancak bu yönde* herhangi bir uyuşmazlığın çıkmasının ardından, taraflarca söz konusu hak üzerinde tasarruf edilebileceği, sonucuna varmıştır. Şu hâlde, *âdeta*, tarafların kendi hakemlerini atayabilmek imkânına sahip olmaları şeklinde bir *zorunluluk* bulunmaktadır⁵⁵⁴. Bu nedenle karşımızda, taraf-hakemi olsun veya olmasın, hem tarafsız hem de bağımsız olması gerektiğine inanılan bir hakem kimliği ile tarafın mutlaka sahip olması gerektiğine inanılan, kendi hakemini seçebilme hakkı arasında bir ikilem, durmaktadır⁵⁵⁵. Bu son hakkın icrası, yani tarafın hakemini seçmesi, tarafın hakem ile olan samimiyetine; yine paylaştıkları dünya görüşünün, kültürün ya da hukuki eğilimin ortaklığına/yakınlığına dayanmaktadır ki, bu hâlde, artık, *olan* ile *olması gereken* arasında bir çelişki yoksa da bir uçurumun olduğu açıktır⁵⁵⁶.

Kendisiyle ortak sosyal-siyasal veya hukuki kültürü paylaştığı için veya geçmişte bir veya birden çok kez ortak bir mesai paylaşmış, bu sebeple de tarafça tanınıyor/biliniyor olması nedeniyle *seçilen*; kendisinden, yine kendisini seçen tarafın iddialarının ve taleplerinin

⁵⁵² DONAHEY, s. 32, 41. *Karş.* GRANZOW, s. 107; CALAVROS, s. 68. Ne var ki, tarafın kendi milliyetinden birini (*kararlaştırılan kurallara göre*) atayamayacak olması da herhangi bir kamu düzeni değerinin ihlali anlamına gelmemektedir (II YBCA 1977, s. 235); SCHWEBEL/LAHNE, s. 213.

⁵⁵³ SCHLOSSER, Rn. 565; JAKSIC, s. 256.

⁵⁵⁴ PETROCHILOS, s. 143; HOLTZMANN, *Arbitration*, s. 76.

⁵⁵⁵ Kimi özel hükümlerin varlığı hâlinde ve taraflarca da aksinin kararlaştırılmamış olması durumunda, davalı, kendi hakemini süresi içinde belirlememişse, davacının kendi hakeminin tek hakem olarak yargılamayı yürütebilecek olması, bir görüşe göre, Sözleşme'nin 6/I. maddesi anlamında bir sorun yaratmayacaktır (1996 AA §17 veya 18/III, b) (PETROCHILOS, s. 144). Özellikle bu durumda, tarafın mahkemelere yapılabileceği hâlâ bir başvuru hakkının bulunmasının, söz konusu hükümlere göre yapılacak bir atamada, tarafsızlık yahut bağımsızlık konusunda sorun yaşanmasının önüne geçeceği, kabul edilmektedir (TUPMAN, s. 46; *Corte di Appello, Efxinos Shipping Co. Ltd v. Rawi Shipping Lines Ltd.*, VIII YBCA 1983, s. 381; BGH, BGHZ 98, 70, aynı karar için ayrıca bkz. XII YBCA 1987, s. 489). Hakem mahkemesinin oluşumunda, taraflardan birinin *soyut* üstünlüğünün değil; tarafsız yargılama emrine *somut* bir itaatsizliğin kamu düzenini ihlal ettiğine ilişkin bkz. NOMER, *Kamu Düzeni*, s. 562.

⁵⁵⁶ SCHLOSSER, Rn. 565.

hakem heyetince sağlıklı, tam olarak ve doğru bir biçimde değerlendirilmesini temin etmesi *beklenen* bir hakemden, yargısal nitelikteki işlevinin gerektirdiği standartların tamamını karşılamasını beklemek, ne kadar gerçekçidir? Özellikle taraf hakeminden beklenen bu son işlevin, yani kendisini seçen tarafın iddialarının ve taleplerinin heyetçe tam ve doğru olarak anlaşılmasının/değerlendirilmesinin temininin Sözleşme'nin 6/I. maddesiyle örtüşüp örtüşmediği, bir başka meseledir⁵⁵⁷.

Bramelid davasında, *bağımsızlığın* göreceli bir kavram olduğuna işaret edilmiş; bununla hakemlerin taraflardan tümüyle kopuk olması; onlarla herhangi bir tanışıklığının dahi bulunmaması gibi bir özelliğin değil; *sadece* tarafların *dengeli bir heyetin* “*balanced tribunal*” oluşturulması yönünde seçim yapabilmelerine olanak tanınmasının da yeterli olduğu, belirtilmiştir⁵⁵⁸. *Mahkeme*, yargılamayı yürüten makamın, menfaat gruplarının temsilcilerinden oluşmasında⁵⁵⁹, *menfaatler dengesi korunduğu sürece*, bir sakınca görmemiştir⁵⁶⁰.

Gerçekçi olmak adına, *taraf-hakeminden beklenenin, kendisini seçen tarafın safında, onunla aynı fikirde olmasına karşın, yargılamayı da adilane bir biçimde, doğruluk, eşitlik ve dürüstlük ilkelerine uygun olarak yürütmek olduğu, ileri sürülmüştür*⁵⁶¹. **Ne var ki, hâkim eğilim, taraf-hakemi olsun-olmasın hakemlerin her biri, eşit ölçüler altında tarafsız ve bağımsız olmak zorundadırlar ve bu husus, kamu düzeni karakterini haizdir**⁵⁶². Gerçi pratik kaygıların göz önünde tutulduğu düzenlemelerden biri olan İsviçre PIL Art. 180/I dikkate alındığında, hakemin reddi, *sadece* bağımsızlığı konusunda haklı-meşru şüphelerin

⁵⁵⁷ Böyle bir işlevin Sözleşme'nin 6/I. maddesiyle çelişmediğine ilişkin bkz. **PETROCHILOS**, s. 141; **LIEBSCHER**, s. 107.

⁵⁵⁸ Karar, *mecburi tahkime* ilişkin olup *Komisyon*, Sözleşme'nin 6/I. maddesinin bir bütün hâlinde, tıpkı mahkemelerde geçerli olduğu gibi mecburi tahkimde de geçerli olması gerektiği, sonucuna varmıştır (*Bramelid and Malmström v. Sweden*, Application No. 8588-8589/79, 29 DR 1982, s. 64, 5 EHRR 1982, s. 249). Ayrıca bkz. **İNCEOĞLU**, s. 169.

⁵⁵⁹ “*Mahkeme*” üyelerinin tamamının veya bir kısmının profesyonel “*yargıçlardan*” oluşmasında, bağımsızlık ve tarafsızlık şartı yerine getirildiği ölçüde, bir sorun bulunmamaktadır. *Ayrıntısı için bkz. İNCEOĞLU*, s. 155.

⁵⁶⁰ **PETROCHILOS**, s. 141; **TRAPPE**, s. 97, 98. Ayrıca bkz. **SCHUTZE**, s. 52. *Bramelid* kararında, sonradan *Dutco* kararında da işaret edilecek olan, hakem heyetinin oluşumunda, taraflardan birinin diğerine göre, daha fazla bir etkinliğinin olduğu; özellikle taraflardan birinin hakemini dilediği gibi belirleme imkânı varken; diğer yandan bulunan *pek çok* kişinin tek bir hakem üzerinde uzlaşmak zorunda bırakılmasının, hakem heyetinin oluşumunda *eşit ve etkin* katılımı engellediği sonucuna ulaşılmıştır. Bu *dengesizlik*, Sözleşme'nin 6/I. maddesiyle vurgulanan tarafsız ve bağımsız olma şartını zedelemektedir (**LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 381). Ayrıca bkz. **İNCEOĞLU**, s. 196.

⁵⁶¹ **BERGER**, s. 253-256; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 572 vd; **SMITH**, s. 340; **TUPMAN**, s. 29; **PETROCHILOS**, s. 142; **SCHLOSSER**, Rn. 521; **JERMINI**, Rn. 299. Bu hâlde dahi hakem heyeti başkanının tıpkı hâkimler gibi tarafsız ve bağımsız olması şarttır (**JERMINI**, Rn. 303 vd; **PETROCHILOS**, s. 142).

⁵⁶² **TUPMAN**, s. 49; **SMITH**, s. 321, **BERGER**, s. 254, **BERNINI**, s. 37; **DONAHEY**, s. 40-41; **PETROCHILOS**, s. 142; **BISHOP/REED**, s. 403; **JERMINI**, Rn. 301. Ayrıca bkz. **NOMER**, *Kamu Düzeni*, s. 560.

bulunması hâlinde mümkündür⁵⁶³. Bir görüşe göre hükümde, tarafsızlığa yer verilmemesi, bilinçli bir tercihin sonucu olup milletlerarası ticari tahkim uygulaması da dikkate alınarak daha nesnel bir ölçü olan bağımsızlık, hakemin reddi için yeterli görülmüştür⁵⁶⁴.

*Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda, hâkimlerle arasında kurulmak istenen denklik*⁵⁶⁵; bu arada İHAS'ın 6/I. maddesinin bu konuya olası etkileri, özellikle İngiliz hukukunda, oldukça ilginç tartışmalara sebebiyet vermiştir⁵⁶⁶. Zira 1996 AA §24/I, a, hakemlerin reddi konusunda, sadece “...*justifiable doubts as to his impartiality.*” tarafsızlıklarına ilişkin makul/akla yatkın bir şüphenin bulunması gerektiği hükmüne yer vermiştir. Buna göre, *lex loci arbitri*'nin emredici kabul edilen bu hükmü, doğal olarak *lex arbitri*'nin de bir parçası hâline gelmiş; hakemlerin reddine ilişkin olarak, *sadece tarafsızlık* konusunda ve makul şüphelerin bulunması yeterli görülmüştür⁵⁶⁷. Gerçi birazdan, bu hükmün dahi nasıl yorumlandığı üzerinde durulacaktır. Ne var ki, 1998 yılında İngiltere’de *Human Rights Act* kabul edilmiş ve böylece İHAS, iç hukukun bir parçası hâline gelmiştir. Kanununun 3. paragrafı, çok açık bir biçimde, İngiltere’de geçerli olan tüm hukuk kurallarının Sözleşme’ye etkinlik kazandıracak biçimde, ona uygun olarak yorumlanması yükümlülüğünü getirmiştir (*karş.* 5170 s. K ile değişik AY m. 90/V). Kanun, geçmişe etkili olarak da uygulanacak olup önceden yürürlüğe girmiş kanunlar yahut kurallar dahi herhangi bir şüphenin, tereddüdün, boşluğun yahut muğlaklığın bulunması gerekmesizin, açık kanun hükmü ne şekilde olursa olsun, Sözleşme’ye uygun bir biçimde yorumlanıp uygulanacaktır⁵⁶⁸.

Şu hâlde, eldeki problem, 1996 AA §24/I, a'nın (*karş.* **MTK m. 7/C/II**) *Human Rights Act* §3'e ve dolayısıyla İHAS madde 6/I'ya (AY m. 90/V) göre yeniden yorumlanması hâlinde doğacak sonuçlardır. Bu konuda, önce, kısa bir tarihi gelişimin aktarılması yararlı olur:

Yüzyılın başından bu yana İngiliz hukukunda, tartışmalara ve farklı içtihatların geçerli olmasına neden olan soru, hâkimlerin (*ve dolayısıyla hakemlerin*) tarafsız olmadıkları ya da

⁵⁶³ JERMINI, Rn. 301 vd; JAKSIC, s. 258.

⁵⁶⁴ Taraf-hakemlerinin, uygulamada yaratmış oldukları bu şüpheli, muğlak durum karşısında, özellikle Amerikan tahkim uygulaması, tarafsız ve bağımsız olmakla yükümlü baş-hakemin aksine taraf-hakeminde bulunması muhtemel ön yargıya karşı daha toleranslıdır. Avrupa, tercihini, taraf-hakeminin dahi tarafsız ve bağımsız olmakla ve böyle de kalmakla yükümlü olduğu, yönünde kullanmıştır (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 575). Hakem heyeti başkanının hukukun objektif olarak uygulanmasının garantisi konumunda olduğu (*karş.* PIL Art. 189/II); bu nedenle de çok daha katı bir tarafsızlık anlayışına tabi bulunduğu ilişkin bkz. BGE 114 V 296. *Karş.* *Taraf-hakemi ile baş-hakemin aynı ölçüde bağımsız olmaları gerektiğine ilişkin bkz.* BGE 118 II 361 vd. *Ayrıca bkz.* NOMER, *Kamu Düzeni*, s. 568; KAPLAN, *Usul*, s. 103.

⁵⁶⁵ LIEBSCHER/SCHMID, s. 552. *Ayrıca bkz.* TAŞKIN A., *Hakem Sözleşmesi*, Ankara, 2000, s.69; KURU, s. 6026; KAPLAN, *Usul*, s. 99, 100; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 626; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 656.

⁵⁶⁶ EASTWOOD, G., *A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrator*, 17(3) *Arb Int*, 2001. s. 290-291.

⁵⁶⁷ LIEBSCHER, *Fair Trial*, s.87.

⁵⁶⁸ SANDY, s. 305, 313.

kalamadıkları konusundaki *görünümün* yeterli olup olmadığıdır; bir başka ifadeyle hâkimin (*hakemin*) reddi yahut çekilmesi yönünden *gerçekten de* tarafsız olmadıklarının ya da kalamadıklarının ispatının mı gerektiğidir. Gerçi dikkat edileceği üzere, İHAS madde 6/I yönünden sadece tarafsızlık değil; *bağımsızlık* da, varlığı gerekli bir şart olarak düzenlenmiş olup özellikle İngiliz tahkim hukuku yönünden *hakemlerin* ayrıca, *bağımsız* da olmalarının gerekip gerekmeyeceği, yine bu tartışmanın içerisindeki bir başka sorun olmaktadır. Bugün özellikle İHAS'a dayalı içtihatlarda da sıklıkla vurgulandığı gibi, *R v. Sussex Justices, ex parte McCarthy* kararıyla yüzyılın başında, ***tarafsız olunmadığı izleniminin, gerçekten tarafsız olunmadığı meselesi kadar önemli olduğu***, “*justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*” şeklindeki, veciz ifadeyle aktartılmıştır (karş. HUMK m. 34/VI)⁵⁶⁹. Oysa 1954 yılında, bu içtihattan dönülmüş, tarafın hâkimin tarafsız olmadığı iddiasıyla reddini isteyebilmesi bakımından “*a real likelihood of bias, actual lack of impartiality*” gerçekten, güncel, geçerli bir tarafgir tutum yahut davranışın varlığının ispatlanması gerektiği kriteri, kabul edilmiştir⁵⁷⁰. Artık *makul, akla yatkın bir şüphenin yahut izlenimin bulunmasının yeterli olduğu* şeklindeki kriter terk edilmiş; bir anlamda, adaletin sadece, gerçekten tecelli etmesi yeterli görülmüştür⁵⁷¹. Bu görüş ve kriter 1993 yılına, *R v. Gough* davasına kadar sürdürülmüş; bu davayla birlikte, yeniden uyarlanarak, tarafsız olunmadığı konusunda; *gerçek, etkin bir tehdit, tehlikenin bulunup bulunmadığı “real danger”* kriterinin benimsenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. ***Tarafgirlik konusunda sadece görünümle/izlenimle yetinilemeyeceği; gerçekten de öyle olunduğunun ispatlanması gerektiği fikri pekiştirilmiş***, makul bir adamın “*reasonable man*” soruna ilişkin kanaatinden ziyade, bir *hâkimin* bu konudaki fikrinin ve kanaatinin ön planda tutulması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁷².

Bu son içtihat, ittifakla benimsenmiş olmamakla birlikte; hâkim eğilim olarak da kabul görmüştür. Bu arada, *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrates, ex parte Pinochet Ugarte* davasında⁵⁷³, öğretilde *Gough* kriteri olarak da anılan ve yukarıda içeriğinden bahsedilen ilke, uygulanmamıştır. *House of Lords*, davada, tarafgirlik konusunda kesin, açık, gerçek ve güncel bir tehdidin yahut tehlikenin olduğu iddia ve ispat edilmemiş olmasına karşın; hâkim *Lord Hoffman*'ın âdeta kendi davasına baktığı; bir anlamda kendisinin de tarafı olduğu bir uyuşmazlıkta karar verdiği; sonuç olarak kendi davasının hâkimi olduğu sonucuna

⁵⁶⁹ *R v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256. Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 520.

⁵⁷⁰ *R. v. Camborne Justices* [1955] 1 QB 41.

⁵⁷¹ SANDY, s. 307.

⁵⁷² SANDY, s. 308. Ayrıca bkz. EASTWOOD, s. 290, 291.

⁵⁷³ *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrates, ex parte Pinochet Ugarte No.2* [2001] 1 AC 119.

ulaşmış; reddini haklı bulmuştur. Gerçi davada, bu yöndeki kriterlerin genellikle kullanıldığı somut olaylarda olduğu gibi, dava konusu olayla veya hüküm sonucuyla hâkimin, maddi, mali herhangi bir ilgisi bulunmamaktaydı. Ancak *Lord Hoffman*, Pinochet aleyhine açılan davanın taraflarından birinin üyesiydi⁵⁷⁴. Kararda, açıklıkla *Gough* kriterinin neden uygulanmadığı yahut hangi gerekçeyle benimsenmediği belirtilmemekle birlikte; bir kimsenin *kendi davasının hâkimi olamayacağı*, şeklindeki ilkenin benimsenmesi ile tarafgirlik konusunda, yine, *gerçeklikten izlenime, görünüme* dönüldüğü yorumlarının yapılmasına sebebiyet verilmiştir. *Pinochet* kararında, yargıç *Lord Hope*, açıkça, yargısal bir görev ifa eden hâkimin, *sadece* tarafsız, ön yargısız olmak ve öyle de kalmak şeklinde yükümlülüğünün olmadığını; *tarafsız olduğunun görülmesini de temin etmesi gerektiğini* belirtmiştir⁵⁷⁵.

Yukarıda sözü edilen içtihadın ardından, daha çok geçmeden, bu sefer *Locabil* davasında⁵⁷⁶, *Pinochet* kararının, tarafgir tutum konusunda, ayrı bir başlık altında değerlendirilmesi gerektiği; genel ve hâkim kural olmadığı; söz konusu somut olayın özelliği dikkate alındığında, hüküm sonucunda menfaati olan hâkimin tarafgir tutumunun varlığını kabul etmenin artık kaçınılmaz kaldığı; fakat bunun, tümüyle bu duruma özgü olduğu; genel kuralın ise hâlâ *Gough* kararında formüle edildiği üzere “*real danger of bias*” olduğu vurgulanmıştır. Örneğin, uyuşmazlıkla ilgili olarak önceden kanaatini bildirmiş olmak (HUMK m. 29/I, b. 1, 2), bir hâkim yönünden tarafsız kalınmayacağı konusunda, gerçek bir tehlikedir. Yine hâkim, tarafsızlığı konusunda şüphe yaratacak, kendisiyle ilgili kimi vakıa, durum ve oluşumları, bildirmek zorundadır. Böyle bir bildirim ardından tarafın, süresinde, hâkimin reddini istememesi, sonradan, anılan nedene dayalı olarak herhangi bir talepte bulunmasına da mânidir⁵⁷⁷.

Bütün bunların 1996 AA §24/I, *a*'ya olan etkilerine gelince: Tahkim kanununun hazırlanması esnasında, hakemlerin bağımsız olmalarının da gerekip gerekmediği tartışılmış; ancak, çok açık bir biçimde, *sadece* tarafsız olmalarının yeterli olduğu sonucuna varılmıştır. Aslında, bu şekildeki düşüncenin ardında yatan, bağımsız kalınmadığı şeklindeki iddiaların

⁵⁷⁴ EASTWOOD, s. 305.

⁵⁷⁵ Ayrıca bkz SANDY, s. 309.

⁵⁷⁶ *Locabil (UK) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd and another*, [2000] QB 451.

⁵⁷⁷ SANDY, s. 309. *Locabil* davalarından birinde, ilginç bir durum yaşanmıştır. Hâkimin reddini mümkün kılan, bu nedenle de hükmün bozulmasını gerektiren hadise özellikle sigorta davalarında, kişisel zararın tazmini konusunda, yayınları olan ve neredeyse tümünde, davalı sigorta şirketleri aleyhinde görüş geliştiren, açık ve tereddütsüz bir antipati sahibi olduğu anlaşılan hâkimle ilgilidir. Somut olayla ilgili makale, ancak davadan sonra, hükmün verilmesinin ardından tespit edilebildiğinden, bu konuda, herhangi bir feragatin geçerli olmadığı da benimsenmiştir. Bunun üzerine, hâkimin özellikle davalı lehine olan ve davalı sigorta şirketleri aleyhindeki açık ve tereddütsüz görüşleri, *gerçekten* adil ve tarafsız dahi davranmış olsa, tarafsızlığı konusunda, gerçek bir tehlike yaratmaktadır. Yerel mahkeme hükmünün bu nedenle bozulması uygun bulunmuştur (*Locabil (UK) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd and another*, [2000] QB 451).

ispatı hâlinde *zaten*, tarafsız kalınmadığı ya da kalınamayacağı sonucuna da ulaşılacağı, inancıdır. Hükümde, bu nedenlerle bir eksiklik olmadığı, belirtilmiştir⁵⁷⁸. Ne var ki, tahkimle ilgili iki olayda, özellikle *AT&T* davasında, *açık kanun hükmüne rağmen*, *Gough* kriteri uygulanmış; iddiaların hakemin reddi konusunda gerçek, güncel bir tehlikeyi ya da tehdidi içermediği sonucuna ulaşılmıştır (*karş.* Model Kanun m. 12/II; ZPO § 1036/II; Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1690/II; “*legitimate doubt*” için bkz. PIL Art. 180/I, c)⁵⁷⁹.

İngiliz hukukunda 1998 *Human Rights Act*'in yürürlüğe girmesi ile birlikte, özellikle kanunun 3. paragrafı, ülke üzerinde geçerli tüm hukuki düzenlemelerin İHAS'a uygun bir biçimde yorumlanmasını ve icrasını gerektirmekte; bu yönde de geçmişe etkili olmaktadır. Yine aynı kanunun 6/I. paragrafıyla bir kamu otoritesinin Sözleşme ile çatışacak şekilde davranması, açıkça yasaklanmıştır ki, mahkemeler de, yine kanunla bir kamu otoritesi “*public authority*” olarak kabul edilmiştir. Öğretide, özellikle kanunun 3. paragrafı karşısında, İngiliz kanunlarını uygulayacak, yorumlayacak, icra edecek olan *hakemler* de dâhil olmak üzere herkesin, Sözleşmeyi dikkate alma yükümlülüğünün olduğu görüşü ileri sürülmüştür⁵⁸⁰.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bağlamında, adaletin tecelli ettiğinin makul bir kimse tarafından da görülmesinin gerektiği, sıklıkla tekrarlanagelmiş bir içtihatır⁵⁸¹. Oysa bu, *Gough* kriterinin tümüyle inkârıdır. Bu anlayışın değişmesi, çok geçmeden gerçekleşmiş ve *Porter v. Magill* davasında, hâkimin reddi için “...whether the fair-minded and *informed* observer, having considered the facts, would conclude that there was a *real possibility* that the tribunal was biased...” ileri sürülen hususların, makul ve bilgili bir gözlemci yönünden, gerçek ve samimi bir olasılıkla hâkimin tarafgir olduğu sonucuna varmaya yetmesi gerektiği, içtihat edilmiştir. Gerçek tehlike “*real danger*”, gerçek, samimi olasılık “*real possibility*” şeklinde değişmiştir. Dahası bu ölçünün kendisinde gerçekleşmesi beklenen kimse, artık hâkim değil; makul, adil ve bilgili bir gözlemci, yani üçüncü kişidir⁵⁸². Şu hâlde, İngiliz hukuku, özellikle 1998 *Human Rights Act*

⁵⁷⁸ SANDY, s. 310-311; MERKIN, s. 17, 63; HARRIS/PLANTER/ROSE/TECKS, s. 142. Ayrıca bkz. DAC Report § 101-103.

⁵⁷⁹ *Laker Airways Inc v. FLS Aerospace Ltd. and another* [2000] 1 WLR 113; *AT&T Corporation and Lucent Technologies Inc. v. Saudi Cable Co.* [2000] 2 Lloyd's Rep 127. Oysa bu son olayda, 1996 AA §24/I, a hükmünün tümüyle *Sussex Justices* davasında belirlenen “*reasonable apprehension or suspicion of bias*” tarafgirlik konusunda makul ve akla yatkın bir şüphenin bulunmasının yeterli olduğu şeklindeki kriteri yansıttığı iddiası, açık bir biçimde reddedilmişti (SANDY, s. 311; AMBROSE, *Arbitration law*, s. 477). 1996 İngiliz Tahkim Kanunu bağlamında, belki lâfzen de olsa “*real danger*” kriterinden “*justifiable doubts*” kriterine geçildiği söylenebilir de, her iki kavramın çoğu zaman, aynı noktada buluşacağı düşüncesiyle aslında, arada bir farkın olmadığı görüşü de öğretilerde ileri sürülmüştür (PETROCHILLOS, s. 138-139). Ayrıca bkz. SMITH, s. 324-326; LIEBSCHER, *Fair Trial*, s. 88, 89; EASTWOOD, s. 294.

⁵⁸⁰ Hatta bu nedenle artık “*horizontality*”, İHAS hükümlerinin özel kişiler arasında da geçerli olması şeklindeki, insan hakları hükümlerinin *yatay etkisinin* en azından İngiliz hukuku içerisinde, pozitif bir hüküm kazandığı yorumu dahi yapılmıştır (SANDY, s. 313).

⁵⁸¹ *Piersack v. Belgium* A. 53, 5 EHRR 1992 169.

⁵⁸² SANDY, s. 315. Ayrıca bkz. EASTWOOD, s. 310; AMBROSE, *Arbitration law*, s. 477.

ile bu konuda, yüzyılın başına geri dönmüştür⁵⁸³. **Meselenin bizi de ilgilendiren kısmı, anılan değişikliğin, tahkim hukukunda da yaşanıp yaşanmayacağıdır. Eğilim, hâkimlerle hakemler arasında, bu yönde bir ayırımın yapılamayacağı, yönündedir. Zira hakemlerce verilecek hükmün, milletlerarası tahkim uygulaması yönünden, esasa ilişkin hususlar bakımından bir kez daha denetlenemeyecek olduğu da göz önünde tutulduğunda, söz konusu denklik, sadece yerinde olmamakta, ama aynı zamanda, gitgide güç kazanmaktadır**⁵⁸⁴. Öte taraftan, 1996 AA §24'ün *Human Rights Act* 1998 §3 ile birlikte yorumu hâlinde, söz konusu hükmün artık sadece *tarafsızlık* değil; *bağımsızlık* da kanun metnine dâhilmış gibi uygulanması gerekecektir⁵⁸⁵.

Bu esnada, yaşanan tereddüt, İHAS'ın mahkeme yargısı ve hâkimler için tümüyle ve koşulsuz geçerli olan kriterlerinin, *milletlerarası tahkim ve hakemler için ne derece uygun olduğudur*⁵⁸⁶. Özellikle adaletin tecelli ettiği konusunda, kamunun da güveninin kazanılması; bunun onlar tarafından da görülmesi ve farkedilmesi anlayışının, tahkime uygun düşen bir yanının olup olmadığı tartışmalıdır. **Devlet yargısı yönünden görünüm, gerçek kadar önemlidir.** Kamusal adalet (yargının toplumsal niteliği), saygı duymayı ve saygı *duyulmayı* gerektirir. Demokratik bir toplumda, mahkemelere duyulan saygı ve güvenin korunması için yüksek standartların getirilmesi, uygulanması son derece tabiidir⁵⁸⁷. *Oysa tahkim, dile getirilen bu düşüncelerin neredeyse tümüyle zıddını yansıtır.* Bir ölçüde gizli ama her hâlükârda özel olan bu müessesede, kamu düzenin- menfaatinin öncelikli ve üstün yönü, son derece kısıtlıdır. Dahası taraflar, bir anlamda hâkimlerini seçer ve ücretini öderler⁵⁸⁸. Buna karşın *Komisyon*, örneğin, *Jakob Boss Sohne G v. Germany* davasında⁵⁸⁹, devletin tahkim

⁵⁸³ Oysa gelinen noktanın, milletlerarası tahkim uygulamasında, bugün için zaten egemen anlayış olduğuna ilişkin **PETROCHILOS**, s. 137.

⁵⁸⁴ Yargıç *Rix J*'in, hâkimler için aranan kriterin, adaletin sağlanmasında görev alan, bir anlamda yargı mekanizmasının diğer bir parçası olan hakemler için de geçerli olmamasının, doğal olmayacağı şeklindeki görüşü için bkz. *Laker Airways Inc v FLS Aerospace Ltd* [2000] 1 WLR 113; **PETROCHILOS**, s. 137.

⁵⁸⁵ Öğretide, şayet böyle bir yaklaşım, *AT&T* davasında da geçerli olsaydı, sonucun ne yönde değişebileceğinin üzerinde durulması gerektiği vurgulanmıştır: Olayda, reddi istenen hakemin, yargılamayı yürütürken ve kararını verirken *gerçekten de* tarafsız olduğu ve öyle de kaldığı konusunda endişe duyulmamıştır; ne var ki, aynı hakem, davacının ihale esnasında rakibi olan firmanın *non-executive* yöneticisidir, hakem olarak aday gösterildiğinde de bunu açıklamamıştır (**SANDY**, s. 317). Ayrıca bkz. **EASTWOOD**, s. 297; **SAVILLE**, s. 508.

⁵⁸⁶ **SANDY**, s. 319. Ayrıca bkz. **ALVAREZ**, *The Challenge*, s. 215-216.

⁵⁸⁷ **SANDY**, s. 319.

⁵⁸⁸ Soruna yönelik en gerçekçi yaklaşım, milletlerarası tahkimde geçerli yapı da dikkate alındığında, hakemlerin belki *tarafsızlığının* değil; ama *bağımsızlığının*, tıpkı mahkemelerde geçerli olduğu üzere, sağlanmasının mümkün olmadığıdır (**SANDY**, s. 320; **ALVAREZ**, *The Challenge*, s. 216). Taraf ile hakem arasındaki gerek geçmişte gerekse yargılama süresince var olan kişisel, sosyal ya da mali ilişki, tarafgir bir tutumun varlığı konusunda, haklı ve makul bir endişe yaratacaktır ki, bütün bunların önemli ölçüde ve nesnel bir şekilde tespiti mümkündür (**SCHLOSSER**, Rn. 501 vd.; **HOLTZMAN**, s. 39 vd.; **JERMINI**, Rn. 325; **CALVO**, s. 68; **PETROCHILOS**, s. 134. Ayrıca bkz. **DEREN-YILDIRIM**, s. 64, 65).

⁵⁸⁹ *Jakob Boss Söhne KG v FR Germany*, (Decision of 2 December 1991) Application No. 18479/91; **LIEBSCHER**, s. 70.

yargılamaları içinde de yargısal temel haklara saygı duyulup gereklerinin yerine getirildiğini denetleme ödevini ön plana çıkarmıştır⁵⁹⁰. Tartışmaya açılan mesele, bu yargısal temel haklar içinde, örneğin *bağımsızlığın* olup olmadığıdır⁵⁹¹.

Hakemin reddi, İHAS madde 6/I'da öngörülen şartların tahkim yargılaması için de sağlanmasını mümkün kılan, millî hukukların da çeşitli şekillerde düzenlediği bir hukuki çaredir (MTK m. 7/D/II-V). Böylelikle, hakemlerce hükmün verilmesi beklenmeksizin; hükmün de iptaline sebebiyet verilmesinden çok daha önce, söz konusu sorunun bir çekişme hâline getirilmesi, mümkündür (karş. MTK m. 7/D/I)⁵⁹². *Hakemin reddi müessesesi ile bir anlamda, tahkimin meşruiyeti ve her hâlde hukukiliği korunmaktadır*⁵⁹³. Tahkime uygulanacak hukuka/kurallara bağlı olarak (*lex arbitri*) ve hatta söz konusu iddianın hüküm öncesinde veya sonrasında gündeme gelmesi hâlinde, her bir tahkim yargılaması bakımından farklı kriterlerin geçerli olması mümkündür⁵⁹⁴. Buna karşın, kimi yeknesak ve gelenekselleşmiş kurallar da yok değildir. Örneğin *hiç kimse, kendi meselesinin hâkimi-hakemi olamaz*; uyuşmazlığın taraflarından birinin temsilcisi, yöneticisi, pay sahibi hakem olamaz; uyuşmazlığın çözümlenmesinden ve özellikle yargılama sonucunda verilecek hükümden çıkarı olanın yahut menfaati olumlu-olumsuz yönde etkilenenin; tanıkla veya uzman bilirkişi ile oldukça belirgin bir ilişkiye sahip olan kimsenin; yargılama öncesi, taraflardan biriyle yahut vekiliyle yoğun bir iletişim/etkileşim ya da sözleşmesel ilişki içinde bulunanın, hakem olması, beklenmemelidir⁵⁹⁵. Sözü edilen kimi ilkelerin uygulanmasında, her zaman bir kolaylık ve rahatlık olmamaktaysa da tahkime ilişkin hükümlerin uygulanmasında ve varsa boşlukların

⁵⁹⁰ Milletlerarası tahkimde, özellikle *commodity tahkimler* yönünden yaşanan sorun, hakemlerin ancak söz konusu tahkim kurumunun listesinden seçilebilmesidir. Anılan müesseselerin üyesi olmayanlar, ilgili tahkim kuralları üzerinde anlaşılması hâlinde, müessesenin üyesi olmayan bir hakemi atayamayacak olmasına karşın; müessesenin de üyesi olan diğer tarafın, yine aynı kurumun bir üyesini veya çalışanını hakem olarak ataması mümkündür. Bu hâlde, seçilen hakemlerin gerek üye olan tarafa gerekse tahkim kurumuna ve tahkim kurumunun da parçası olduğu müesseseye karşı bağımsız kalamayabileceklerine, bu nedenle de üye olmayan tarafın bağımsız bir hakem heyeti önünde adil yargılanma hakkından mahrum edildiğine ve taraflar arasındaki eşitlik ilkesinin zedelendiğine ilişkin bkz. JAKSIC, s. 260; SCHLOSSER, Rn. 517 vd. Ayrıca bkz. SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 7, Rn. 35; *Netherlands Coffee Trade Association* hakkında bkz. LG Hamburg, XII YBCA, 1987, s. 488 vd. Ayrıca bkz. KAPLAN, *Hakemin Reddi*, s. 65, 66.

⁵⁹¹ SANDY, s. 320. Hakemlerin ilgili tahkim kurumlarına karşı *da* bağımsız olup olmadıkları, tartışmalı bir meseledir. İHAS özelinde, yargılama makamlarının bağımsızlığı için aranan, üyelerinin görevlerine son verilememesi veya ayrılmalarına karar alınmaması yahut harici etki ve baskılara karşı korunabilmelerinin milletlerarası tahkim uygulamasında, örneğin ICC Rules Art 12(2); 27 dikkate alındığında, yarattığı sıkıntı ortadadır (SCHLOSSER, Rn. 523 vd; JAKSIC, s. 260; SMIT R. H., An inside view of the ICC Court, 10(1) Arb Int 1994, s. s. 69). Ayrıca bkz. LIONNET, *Handbuch*, s. 261, 262; ÜSTÜNDAĞ, *Yabancı Hakem Kararı*, s. 15, 259; TANRIVER, *Kamu Düzeni*, s. 483, dn. 55; TAŞKIN A., Kurumsal Tahkimde Hakem Bağımsızlığının Korunması, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayın No. 8, Ankara, 1999, s. 756-758. Karş. NOMER, s. 30; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 81, 82. Ayrıca bkz. İNCEOĞLU, s. 167, 170; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 613.

⁵⁹² PETROCHILLOS, s. 136.

⁵⁹³ CALVO, s. 72.

⁵⁹⁴ ALVAREZ, *The Challenge*, s. 209-210, BERGER, s. 243.

⁵⁹⁵ BERGER, s. 243 vd; JAKSIC, s. 265 vd; SCHLOSSER, Rn. 473; JERMINI, s. 325 vd.

doldurulmasında, özellikle İHAS bakımından kabul gören yaklaşımların benimsenmesi yoluna gidilmelidir⁵⁹⁶.

Söz konusu haktan feragatin mümkün olmadığı kabul edilse dahi hakkın kullanımı yönünden, kimi yerleşik sınırlamalar da vardır. Örneğin taraf, seçtiği hakemi, ancak atamasından sonra öğrendiği sebeplere dayanarak reddedebilir (Model Kanun m. 12/II; *aynı yönde* bkz. ZPO §1036/II; PIL Art. 180/II; *karş.* **MTK m. 7/C/II, D/I**). Dahası, hakemin reddine sebebiyet veren maddi vakıanın öğrenilmesinden sonra da hakemin gecikilmeksizin reddi yoluna gidilmeli; uzun bir süre beklenilmemeli; öngörülen hukuken çareden yararlanılmaması hâlinde, tarafın hakemin reddine ilişkin ve böylece tarafsız ve bağımsız hakemler önünde yargılanma hakkından da feragat ettiği kabul edilmelidir (**MTK m. 7/D/III**)⁵⁹⁷. Bir başka deyişle hakem heyetinin oluşumuna katıldığı esnada yahut yargılama sırasında, hakem heyetinin âdeta hukukiliğini/meşruiyetini derhâl tartışmaya açmayan tarafın böyle bir haktan daha sonra, özellikle yargılamanın ve hatta hükmün kendi aleyhine dönmesi durumunda, yararlanmaya çalışması, hukukça korunmamalıdır (*karş.* **MTK m. 7/H/II**)⁵⁹⁸.

Bu konuda karşımıza çıkan bir diğer durum da millî tahkim kanunlarında, hakemin reddine ilişkin usulün irade serbestisine dayalı olmasına karşın; mahkemelerin de her hâlde, nihai çözüm makamı olarak, müdahale olanaklarının bulunup bulunmadığıdır (Model Kanun m. 13/I, III; ZPO § 1037/I, III; 1996 AA § 24/II; *karş.* PIL Art. 180/III; **MTK m. 7/D/I; 7/F/II**). Özellikle taraflarca kararlaştırılan usule uygun olarak yapılan başvurunun yahut Model Kanun ülkelerinde olduğu gibi hakemlerce değerlendirilecek red talebinin **sonuç vermemesi** hâlinde, mahkemece, hakemin reddine ilişkin talep bir kez daha görülebilmektedir. Hakemin reddine ilişkin başvurunun sonuçsuz kalması durumunda, mahkeme müdahalesinin yine de hazır tutulması, olumlu yönde büyük bir imkândır; *kanımızca*, İHAS'ın beklenti ve gereklerinin de doğal bir sonucudur. Mahkemeye olan başvurunun son çare olarak mümkün kılınmadığı veya tarafların kararlaştırdığı red usulünün de mahkemeye başvuruyu mümkün

⁵⁹⁶ **JAKSIC**, s. 266, dn. 311; **JERMINI**, Rn. 267. Oysa hâlâ öğretilde, tarafların daha baştan *ex ante* tarafsız ve bağımsız hakemler önünde yargılanma hakkından feragat edebilecekleri, tahkime yönelik bunu engelleyen herhangi bir etik kuralın da bulunmadığı ileri sürülebilmektedir. Şayet *A* ve *B*, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü açısından *B*'nin kocasının hakem olması yönünde anlaşmışlarsa, tarafların bu yöndeki anlaşmalarını engelleyecek herhangi bir tahkime dair etik sınırlama bulunmamaktadır, şeklindeki görüş ve ayrıntısı için bkz. **DONAHEY**, s. 34. *Ayrıca* bkz. **YEĞENGİL**, s. 214. *Karş.* **WEDAM-LUKIC**, s. 17; **JAKSIC**, s. 251, dn. 212. **HABSCHEID**, *EMRK*, s. 352.

⁵⁹⁷ **BERGER**, s. 268; **LIEBSCHER**, *Fair Trial*, s. 91; **JERMINI**, Rn. 179. *Ayrıca* bkz. **GEIMER**, s. 142, 143.

⁵⁹⁸ *Hak düşmesi* şeklindeki yaptırım, *lex arbitri* içinde açık bir düzenlemenin bulunmadığı hâllerde; hatta sadece yargılama süresince değil; ama nihai hüküm sonrasında da etki gösterecek biçimde geçerlidir (**BERGER**, s. 267, 271; **JAKSIC**, s. 268).

görmediği bir durumda (ICC Rules Art. 7(4); 11; 33; **MTK m. 7/D/I**), karşımıza, kendi kendine yeter, kapalı ve katı bir red usulü çıkmaktadır⁵⁹⁹.

Hakemin reddi hususunda, hükmün verilmesinden önceki bir dönemde, karar verilmiş olmasının özel bir önemi vardır: Hakem kararının verilmesinin ardından, hakemin reddine dayalı bir talepte bulunulsa dahi olumlu bir sonuç alınması, çoğu zaman, oldukça güçtür. **Zira kural olarak hükmün verilmesiyle hükümlerle ilgili, hakemleri de ilgilendiren ve yargılamaya ilişkin tüm aykırılıkların düzeldiği, kabul edilir**⁶⁰⁰. Öte yandan, tarafça da bilinen gerekçeler yüzünden derhâl hakemin reddi talebinde bulunulmaması hâlinde, gündeme gelen, böyle bir haktan feragat edildiği varsayımı, özellikle hükmün verilmesinden sonraki aşama içindir⁶⁰¹.

D- Aleni ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının yapılması ile Sözleşme'nin 6/I maddesinde öngörülen *aleni surette* yargılanma hakkından⁶⁰² da feragat edildiği, neredeyse tartışmasız bir biçimde, kabul edilmektedir. Bu durum aslında, tahkim anlaşmasının ve devamı olan tahkim yargılamasının taraflar arasında şahsi ve özel nitelikli bir ilişki kurmuş olmasının doğal sonucudur⁶⁰³. Kaldı ki, ***yargılamadaki aleniyet, taraflara yabancı olan hâkimlerin yürüttükleri yargılamaya olan güveni artırmak; Sözleşme'nin 6/I. maddesinde düzenlenen yargısal temel hakların gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki kamusal denetimi***

⁵⁹⁹ İsviçre özelinde, mahkemenin müdahalesi, tarafların red usulü konusunda ayrıca bir hüküm öngörmemiş, belirli bir usul üzerinde anlaşmamış olmaları hâlinde gündeme gelmektedir (PIL Art. 180/III; *karş. MTK m. 7/D/I*) ki, tarafsızlık ve bağımsızlık konusunda son söz, *taraflarca ayrıca bir belirleme yapılmadığı sürece* devlet mahkemelerine aittir (JAKSIC, s. 268; LIEBSCHER, *Fair Trial*, s. 90). Söz konusu hükmün sağlıklı bir değerlendirmeye tabi tutulabilmesi bakımından, Model Kanun'un, red usulü ne olursa olsun, hakemin reddine ilişkin başvurunun ilgili makamca reddi hâlinde, ***son çare olarak*** mahkemeye başvuruyu mümkün kılan hükmünün gözden uzak tutulmaması gerekir (Model Kanun m. 13/III). (JERMINI, Rn. 214; 221 vd).

⁶⁰⁰ KRÖLL S., Naumburg Higher Regional Court Offers "Good Example" of How German Arbitration Law balances Party's needs and Protects Arbitral Process, 17(6) Mealey's IAR, 2002, s. 31, 32. *Ayrıca bkz. KAPLAN, Usul*, s. 111. Bu aşamadan sonra, hakem için gerçekten var olan, apaçık reddi gerektiren bir nedenle hükmün tanınması/tenfizine engel olunabilir; tarafgir olduğu hususunda, salt bir görünüm yahut izlenim yeterli değildir (*Brandesi v. Calabrian Chemicals Co*, XIII YBCA 1988, s. 543; *aynı yönde*, BGH, IPRax, 4/1991, s. 244 vd). Özellikle hakem kararının iptaline ilişkin yargılamalarda, ***son derece tartışmalı olmakla birlikte***, ayrıca, hakemin reddini gerektiren neden ile verilen hüküm arasında, doğrudan ve tam bir nedensellik ilişkisinin bulunması, aranmaktadır (JAKSIC, s. 276).

⁶⁰¹ *Camera di Esecuzione e Faillimenti, Canton Tesin*, XX YBCA 1995, s. 762-765; KAPLAN, *Usul*, s. 112, 113. *Ayrıca bkz. GRANZOW*, s. 115.

⁶⁰² *Ayrıntısı için bkz. PEKCANITEZ, Adil Yargılama*, s. 43-45; PEKCANITEZ H., *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB yayın No. 8, Ankara 1999, s. 635 vd; PEKCANITEZ /ATALAY/ÖZEKES, s. 246-248.

⁶⁰³ MATSCHER, s. 237; BRINER/von SCLABRENDORFF, s. 98; MOITRY, s. 122; WEDAM-LUKIC, s. 19; HELLER, s. 53, 54. *Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. Netherlands*, Application No. 28101/95, 87 A DR 1996, s. 112. *Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, Aleniyet*, s. 661.

*sağlamak gayesini taşıırken*⁶⁰⁴; *böyle bir güvene, özellikle tahkimde, ihtiyaç duyulmadığı açıktır*. Zira tarafların seçip belirlediği hakemlerin, nasıl yargılama yapacakları konusundaki güven, daha baştan sağlanmış durumdadır⁶⁰⁵.

Sözleşmenin hiçbir şekilde, anılan yargısal temel haktan feragati engelleyen bir anlam içermediği kabul edilir. Aleni surette yargılanma hakkından, sağlıklı bir iradenin sonucu olarak *açıkça yahut zımnen*; ancak başkaca bir kamu menfaatini de zedelemeyen, feragat etmek mümkündür⁶⁰⁶. Örneğin, tarafların tahkim yargılaması sırasında, herhangi bir sözlü yargılama ya da duruşma yapılmaması yönünde, doğrudan veya dolaylı olarak anlaşmaları mümkündür ki, bu dahi Sözleşme'nin 6/I. maddesinde öngörülen haktan feragat anlamına gelmektedir (MTK m. 11/A/I)⁶⁰⁷.

Buna karşın, *makul sürede yargılanma hakkının*⁶⁰⁸, tahkim yargılamaları için de gözetilmesinin gerekip gerekmediği, tartışmalıdır⁶⁰⁹. Yaygın düşünce, devletin tahkim yargılamasında oluşan ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecek gecikmelerden sorumluluğunun olmadığı yönündedir. Şu hâlde, devletin sorumluluğu, ancak mahkemeleri önünde, tahkim ilgili meselelerde, makul sürenin aşılmasıyla gündeme gelebilir⁶¹⁰. Mesele, UNCITRAL Model Kanunu yönünden 14/I. maddede, *hakkimin reddine yeter gerekçeler arasında*, “...other reasons fails to act without undue delay..” yersiz, gereksiz, gerekçesiz bir gecikme şeklinde düzenlenirken (*karş. MTK m. 7/F/I*), İngiliz Tahkim Kanunu'nda, hakemlerin gereksiz gecikmeye sebebiyet vermektan kaçınması gerektiği, “...avoid unnecessary...delay..” şeklinde düzenlenmiştir (1996 AA §33/I, b)⁶¹¹. Bunun yanında, hakemler yönünden, hükmün verilmesi için gerekli azami sürelerin de öngörüldüğü, gözlenmektedir (ICC Rules Art. 24/I; ICSID Arbitration Rules Art. 46; ayrıca bkz. NCPC Art. 1456; MTK m. 10/B/I, II). Böyle açık –kanuni- bir düzenlemenin olmaması hâlinde dahi bir görüşe göre tahkimi, uyuşmazlıkların çözümünde, etkin ve adil bir yöntem olmaktan çıkaracak nitelikteki aşırı, keyfi, gerekçesiz gecikmelere, *usulî kamu düzeni*

⁶⁰⁴ Ayrıntısı için bkz. PEKCANITEZ, *Aleniyet*, s. 637-641; İNCEOĞLU, s. 329 vd; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 288.

⁶⁰⁵ BRINER/von SCLABRENDORFF, s. 98; WEDAM-LUKIC, s. 19; JACOT-GUILLARMOND, s. 394. Ayrıca bkz. PLANTEY, s. 541.

⁶⁰⁶ JACOT-GUILLARMOND, s. 394; İNCEOĞLU, s. 348, 349. Karş. PEKCANITEZ, *Aleniyet*, s. 666.

⁶⁰⁷ PETROCHILOS, s. 150; BRINER/von SCLSBRENDORFF, s. 98. Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, *Aleniyet*, s. 641, 646; TANRIVER, *Adil Yargılanma*, s. 203. Karş. 11. HD. 5.5.1994, 6433/4604, (XVII BATİDER 1994, s. 161-162).

⁶⁰⁸ Ayrıntısı için bkz. PEKCANITEZ, *Adil Yargılama*, s. 40-43.

⁶⁰⁹ Ayrıca bkz. 15. HD. 02.07.1997, 2567/3420 (YKD, 1997/10, s. 1581).

⁶¹⁰ BRINER/von SCLABRENDORFF, s. 97; *KR v Switzerland*, Application No. 10881/84, 51 DR 1987, s. 83. Ayrıca bkz. LIEBSCHER, s. 68-70.

⁶¹¹ Yargılama süresinin ve özellikle hükmün ne zamana kadar verilmesi gerektiği konusunun hakemlerin mutlak takdir yetkisi içinde kaldığına ilişkin bkz. (Hollanda CCP Art. 1048) (*van den BERG/van DELDEN /SNIJDERS*, s. 75).

gerekleriyle *bir şekilde*, engel olunması yahut müdahale edilmesi mümkündür⁶¹². Zira tahkim yargılamaları yönünden, makul sürede yargılanma hakkının ya da gereksiz gecikmelere sebebiyet verilmemesi yönündeki prensibin uygulanmamasını gerektiren hiçbir neden yoktur⁶¹³. Ancak şu da bir gerçek ki, sorunu, kesinkes ve net bir biçimde çözüme kavuşturmak da mümkün değildir. Yargılamanın bütünü ve somut olayın özelliği içerisinde, makul sürenin aşılıp aşılmadığı ve şayet aşılmış ise *ne gibi yollarla müdahalede bulunulacağı*, söz konusu tahkim yargılamasıyla ilgili denetim-gözetim veya yardım yetkisine sahip yer mahkemelerinin hâkimiyet alanı içinde kalan konulardır (*özellikle bkz. Model Kanun m. 5*)⁶¹⁴.

III- Tahkimde Gerçekleşmesi Mümkün Yargısal Temel Hak İhlalleri

Tahkim, tahkim anlaşmasından başlayan ve hakemlerce verilen hükmün icrasına kadar geçen süre içinde, yargılamayı ilgilendiren pek çok usulî işlemin yapıldığı bir bütündür. Adil yargılanma hakkı ve benzeri yargısal temel hak ihlalleri ile bunların olası etki ve sonuçları da, bu bütünlük içinde değerlendirilmelidir⁶¹⁵. Tahkimde, tahkim yargılamasının da pek çok evresiyle ilgili olarak sıklıkla gündeme gelecek hak ihlali, genelde ve öncelikle mahkemeye başvuru/ulaşma hakkının (*the right of access to a court*) ihlali olacaktır⁶¹⁶.

A- Mahkemeye Başvuru/Ulaşma Hakkı (The Right of Access to a Court, The Right of Access to Justice)

Her ne kadar, *ne İHAS*'ın 6/I. maddesinde *ne de* Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/I. maddesinde, açıkça düzenlenmiş böyle bir hak mevcut değilse de, genel kabul, anılan hakkın adil yargılanma hakkının âdeta temel taşı niteliğinde olduğudur. Söz konusu hak, adil yargılanma hakkının içinde zaten var olan; adaletin gerçekleşmesi gerekliliğinin (*the forbidence of denial of justice*) ve hukuk devleti ile hukukun üstünlüğü ilkelerinin (*rule of law*) kaçınılmaz bir sonucudur⁶¹⁷. Bu hak, *medeni uyumazlıklarda, tam bir yargı yetkisini haiz mahkemeler önünde, geçerli bir yargılama faaliyetinin hem*

⁶¹² PETROCHILOS, s. 150; LIEBSCHER, *Fair Trial*, s. 85; BRINER/von SCLABRENDORFF, s. 98.

⁶¹³ MOITRY, s. 120; PETROCHILOS, s. 150; *Karş. KR v Switzerland*, Application No. 10881/84, 51 DR 1987, s. 83.

⁶¹⁴ PETROCHILOS, s. 150, 151; BRINER/von SCLSBRENDORFF, s. 98. Böyle bir nedenin hakemin reddini gerektirip gerektirmeyeceği, *lex arbitri* ve özellikle *lex loci arbitri*'yi yakından ilgilendiren konulardır. *Ayrıca bkz. SCHLOSSER*, Rn. 121.

⁶¹⁵ *Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. Netherlands*, Application No. 28101/95, 87 A DR 1996, s. 112; *Suovanemi and others v. Finland*, (Decision of 23.02.1999), Application No. 31737/1999. Kararın icrasının da Sözleşme'nin 6/I. maddesi bakımından, yargılama sürecinin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirildiğine ilişkin bkz. *Hornsby v. Greece*, Judgement of 19.03.1997, Application No. 18357/91, 24 ECHR 1997, 250 vd.

⁶¹⁶ EMBERLAND, s. 356.

⁶¹⁷ *Golder case*, Judgement of 21.02.1975, Series A, 18, §35; İNCEOĞLU, s. 105, 106; GÖZÜBÜYÜK /GÖLCÜKLÜ, s. 266, 276 vd; TEZCAN/ ERDEM/SANCAKDAR, s. 332.

başlatılabilmesini hem de inşasını mümkün kılmaktadır. Söz konusu hak, sadece derdest yargılamalarla sınırlı olmayıp iddia ve taleplerin dava hâline getirilemediği; yargısal bir çekişmeye dönüştürülemediği her durumda geçerlidir⁶¹⁸.

Söz konusu hak ile sadece bireyin mahkemeye ulaşabilmesi sağlanmamaktadır. Aslında vurgulanmak istenen husus, bireyin ulaşacağı, başvuracağı makamın (yani *mahkemenin*) yapacağı yargılamanın niteliği; söz konusu yargılama makamının haiz olduğu niteliklerdir. Bu hak sayesinde, “*right to a good administration of justice*” veya daha genel anlamıyla “*right to a fair trial*” ilkelerinin ve yargısal temel haklarının da korunması, gerçekleşmesi sağlanmalıdır⁶¹⁹. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, mahkemeye gidilmeksizin önceden, kimi makam yahut mercilere başvurulmak suretiyle de çözümlenebilir. Ne var ki bu durum, her zaman, özellikle Sözleşme’nin 6/I. maddesinde düzenlenen özellikleri haiz mahkemelerce yapılacak bir yargılamanın yerini tutmaz. Bu noktada birey, yükümlendiği üzere kimi makam ve mercilere başvurduktan *sonra, yine her hâlükârda* Sözleşmenin 6/I. maddesinin tümüyle geçerli olduğu mahkemelere –*belki de, önceki makam ve mercilerin vermiş oldukları kararların denetlenmesi yönünden-* ulaşabilmelidir. Ancak bu yolla, etkin bir hukuki korunma-denetim sağlanabilir.

Böyle bir hak, mutlak olmadığı gibi kullanılması da sınırsız, değildir⁶²⁰. Öncelikle söz konusu hakkın kullanılabilmesi bakımından, devletlerin kimi düzenleyici faaliyetlerde bulunması gerekebilir. Bunun yanında, söz konusu hakkın kullanılmasının, hakkın özü örselenmediği ve söz konusu sınırlamaların *Sözleşme* ile uyum içinde kaldığı ölçüde, kimi bir takım kurallara ve istisnalara tabi tutulması mümkündür; bu da devletin takdir yetkisine dâhildir⁶²¹.

Böyle bir hak, mutlak olmadığına göre, üzerinde, taraflarca, –*örneğin yapacakları tahkim anlaşmalarıyla-* tasarruf edilmesi de mümkündür. **Ancak, ihtiyari tahkim lehine yapılacak böyle tasarrufi işlemin, sağlıklı bir iradeye dayalı olarak; açık yani hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde ve yine de geçerli kalmaya devam edecek olan sair, asgari hukuki güvencelerin eşliğinde yapılmış olması gerekir**⁶²².

İhtiyari tahkimin temel iki özelliğinden *ilki*, söz konusu müessese üzerinde tarafların önceden anlaşmış olmalarıdır. *İkincisi* ise sözleşmesel/nispi bu nitelik sonucunda tarafların, böyle bir ilişkiye, üçüncü kişilerin de katılmasına katlanmaları gerekmediği gibi aynı tarafların

⁶¹⁸ JAKSIC, s. 278; van DIJK, s. 427.

⁶¹⁹ van DIJK, s. 418; JACOT-GUILLARMOND, s. 382. Ayrıca bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 278.

⁶²⁰ van DIJK, s. 426-428; JACOT-GUILLARMOND, s. 391; GEIMER, s. 116, 117; SCHÜTZE, s. 1; İNCEOĞLU, s. 108; TEZCAN/ERDEM/ SANCAKDAR, s. 333.

⁶²¹ van DIJK, s. 419, 420; JAKSIC, s. 278; BRINER/von SCLSBRENDORFF, s. 91.

⁶²² LIEBSCHER, s. 101; LIEBSCHER, *Fair Trial*, s. 85, 86; JAKSIC, s. 279; PETROCHILOS, s. 114-115.

yine bir üçüncü kişiyi tahkime mecbur edemeyecekleri, katılmaya zorlayamayacaklarıdır (karş. Hollanda CCP Art. 1040)⁶²³.

Başta, tahkim üzerinde anlaşan tarafların İHAS'ın 6/I. maddesinde güvence altına alınan haklardan da feragat etmiş olduğu kabul edilirken⁶²⁴ sonradan, gerek *Komisyon* gerekse *Mahkeme*, tahkim anlaşmasıyla tarafın, sadece olağan devlet yargısı için geçerli olan veya onun için tanımlanan ve *ona özgü olan* haklardan feragat ettiği sonucuna ulaşmıştır. Lakin her şeye rağmen, böyle bir feragatin de açık olması aranmaktadır⁶²⁵.

Sözleşmenin de aradığı kriterlere uygun olmayan bir biçimde, taraflar arasında bir tahkim yargısının başlatılması; hakemlerin böylece, taraflar üzerinde bir yargısal faaliyet icra etmesi; daha da önemlisi, tarafların bütün bunlara mecbur bırakılması, mahkemeye başvuru hakkının ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Özellikle taraflar arasında, Sözleşme'nin de aradığı açıklıkta ve kesinlikte bir tahkim anlaşmasının bulunmaması durumunda, tahkime, yargı yetkisi kazandırılması; tahkim anlaşmasının *taraflarının* kimi görüşler çerçevesinde (*alter ego öğretisi, -the doctrine of piercing the corporate veil- perdeyi kaldırma görüşü, -the group of companies doctrine- grup şirketler doktrini*) genişletilmesi; asli tarafları yanında tahkim ilişkisine yabancı üçüncü kişilerin de, söz konusu tahkim yargılamasına dâhil olmaları hususunda mecbur edilmeleri hâllerinde, ilgilinin mahkemeye başvuru hakkı, ihlal edilmiştir⁶²⁶.

Mahkemeye başvuru hakkının sınırlandığı durumlardan bir diğeri de tarafın *maddi yönden* karşılayamayacağı bir tahkime mecbur edilmesidir. Tahkimde, özellikle milletlerarası tahkimde, yargılama masraflarının devlet yargısına nazaran yüksek olduğu, bir gerçektir⁶²⁷. Yargılama giderleriyle ilgili olarak söz konusu yargısal temel hakkın nasıl ihlal edilebileceğinin belirlenmesi bakımından, meselenin davacı ve davalı yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir⁶²⁸.

Davalının, anlaşıldığı veya geçerli olduğu üzere, payına düşen yargılama giderlerini karşıla(ya)maması hâlinde, davacı *ya* kendi payı yanında davalının da yükümlülüğünde olan

⁶²³ DELVOLVÉ, s. 147; JAKSIC, s. 279.

⁶²⁴ KR. v. Switzerland, Application No. 10881/84, 51 DR 1987, s. 83 vd.

⁶²⁵ BRINER/von SCLSBRENDORFF, s. 91. Ancak bütün bu durumlarda, özellikle *Mahkeme*, Sözleşme ile güvence altına haklardan taraflarca ne derecede istifade edildiğinin tespiti bakımından *lex arbitri*'yi dikkate almakta; tahkime uygulanmakta olan hukuku, tarafın sahip olduğu veya olamadığı haklar yönünden değerlendirmeye tabi tutmaktadır (Eleştirisi için bkz. JAKSIC, s. 279). Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. Netherlands, Application No. 28101/95, 87 A DR 1996, s. 112; Suovanemi and others v. Finland, (Decision of 23.02.1999), Application No. 31737/1999; Jakob Boss Söhne KG v FR Germany, (Decision of 2 December 1991) Application No. 18479/91; LIEBSCHER, s. 70.

⁶²⁶ JAKSIC, s. 280. Ayrıca bkz. DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 71.

⁶²⁷ PETROCHILOS, s. 125-126.

⁶²⁸ LIEBSCHER, s. 102, 103.

tutarı, daha sonra haksız çıkacak davalıdan tahsil edilmek kaydıyla baştan karşılayarak yargılamaya devam edilmesini isteyecektir (ICC Rules Art. 30/III, IV; **MTK m. 13/V/I b. 7**) *ya da* tahkim anlaşmasını sona erdirerek (*feshederek*) devlet yargısına müracaat edecektir⁶²⁹. Bu durumda, gerçekleşmesine müsaade edilmeyecek olan hususlardan ilki, üzerine düşen yargılama giderlerini karşılamayan tarafın, âdeti cezalandırılması sonucunu doğuracak bir şekilde, tahkim yargılamasının devamı süresince, hukuki dinlenilme hakkından ve her hâlde adil yargılanma hakkından mahrum bırakılmasıdır⁶³⁰. Şayet uyuşmazlık, mahkemeler önünde görülecekse, bu sefer de, üzerine düşen yargılama giderlerini karşılamaktan imtina eden tarafın, artık, taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının varlığından bahisle devlet yargısına mâni olması, onu engellemeye çalışması, *en azından*, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır⁶³¹.

Çözümü daha güç olan husus, yargılama giderlerinin bizzat davacı olacak kimse tarafından karşılanamayacak olması hâlinde, bu kimsenin tahkime başvurmak konusunda mecbur bırakılmasının mümkün olup olmadığıdır. İlgili tahkim kurumunun veya hakemlerin kendi ücretlerinden vazgeçmeleri veya davalının davacının da ödemesi gereken giderleri karşılaması şeklindeki, oldukça istisnai ve beklenmeyecek durumlar bir kenara bırakılacak olursa, daha ilk bakışta, bu şartlarla tarafın tahkim anlaşmasına mecbur bırakılmasının, onu, mahkemeye başvuru hakkından mahrum edeceğini söylemek mümkündür (*karş. MTK m. 16/C/II; 13/B/I, b. 7*)⁶³². Bir olayda, tahkim anlaşmasının yapılmasının ardından, taraf ödeme gücüğü içine düşmüştür. Bu kimsenin olası bir tahkim yargılamasını başlatması ve sürdürmesi mümkün olmadığı gibi; devlet yargısına başvurması hâlinde ise adli yardımdan istifade edebilecektir⁶³³. Mahkeme, bu koşullar altında, tahkim anlaşmasıyla sıkı sıkıya bağlı kalınması hâlinde, Sözleşme'nin 6/I. maddesinde düzenlenen mahkemeye ulaşma hakkının ölçüsüz ve gayriadil bir biçimde sınırlandırılmış olacağı sonucuna varmıştır⁶³⁴. Bu sonuç, öğretide, tahkim giderlerinin ilgili tarafça karşılanamayacak kadar yüksek; tarafın tahkim

⁶²⁹ *Concordat* Art. 30/II'de, açıkça, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin üzerine düşen giderleri karşılamaması hâlinde, diğer tarafın *ya* tüm giderleri karşılayarak tahkim yargılamasını sürdürebileceği *ya da* tahkime başvurmaktan vazgeçebileceği, düzenlenmiştir. Bu son hâlde, *çekişme konusu uyuşmazlık yönünden* taraflar, artık herhangi bir tahkim anlaşması ile bağlı değildirler (**PETROCHILOS**, s. 126).

⁶³⁰ *Coty, Inc v Anchor Construction, Inc* (2003) 18(2) Mealey's Int Arb Rep D-1.

⁶³¹ **PETROCHILOS**, s. 127.

⁶³² **PETROCHILOS**, s. 128.

⁶³³ Tahkimin *olumlu* yönlerinden, yargılamanın daha az masraflı olduğu hususu hakkında ve özellikle tahkimde, adli yardım talebinde bulunmanın mümkün olmadığına ilişkin bkz. **DEREM-YILDIRIM**, *Tahkim*, s. 40, 42.

⁶³⁴ BGH, BGHZ 41, 107; BGH, BGHZ 51, 82; BGH, BGHZ 77, 65; **PETROCHILOS**, s. 128; **LIEBSCHER**, s. 102; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 647.

yoluna başvurmasını ve bu yolla adalete ulaşmasını engelleyecek kadar pahalı olması kaydıyla *ki bunların, iddia eden tarafça ispatı gerekecektir*, kabul görmüştür⁶³⁵.

Tahkim yargılamasının devamı esnasında, tarafın, kimi ekonomik/mali güçlüklerle karşılaşması hâlinde ise tahkim uygulaması bakımından, yargılama süresince gündeme gelecek bazı yargılama giderlerinin, şekli eşitlikten ziyade; adilane bir yargılamayı da temin edebilmek bakımından, gerçekçi bir usulî eşitlik anlayışı içinde, taraflar arasında *farklı oranlarda paylaşılması* veya yargılama giderlerinin olabildiğince *azaltılarak düşürülmesi*, bir ölçüye kadar mümkün olabilmektedir. Ne var ki, yargılama giderlerinin hakemlerce uygulanacak kimi tedbirlere rağmen karşılanamaması ve bu hâlde, artık adil yargılanma hakkının da çeşitli unsurlarıyla birlikte tehdit altında bulunduğu durumlarda, mahkemelerin zaten yedekte duran/rezerv yargı yetkilerinin devreye sokularak işler hâle getirilmesi gerekecektir⁶³⁶.

B- Yargı Yetkisini Haiz Hakemler Önünde Yargılanma Hakkı (The Right to a Competent Arbitral Tribunal)

Milletlerarası tahkim *uygulamasının* bugün içinde bulunduğu noktada, sadece tarafların tahkim iradesine üstünlük tanınmamakta; ama aynı zamanda söz konusu iradenin geçerliliği, çoğu hâlde, *sadece* milletlerarası kamu düzeninin gerekleri düzeyinde denetlenmektedir. Böylelikle *delocalised* tahkim kavramı gündeme gelmekte ve tahkim yargılaması, onu geliştirmek ve iyileştirmek adına, tahkim yeri pozitif hukukunun (katı olduğu iddia edilen) kurallarından kurtarılmaktadır⁶³⁷. Sorun, özellikle hukuki geçerliliği tartışmalı tahkim kayıtlarının dahi geçerli olarak kabul edilmesi hâlinde gündeme gelmektedir. Bu şekilde, *sadece* mahkemeye başvuru hakkının değil; ama aynı zamanda, *yargı yetkisini haiz* makamlar

⁶³⁵ *Green Tree Financial Corp-Alabama v Randolph*, 531 US 79 (2001); ayrıca bkz. **PETROCHILOS**, s. 128. İngiliz hukuku yönünden, *kural olarak*, içinde bulunulan maddi imkânsızlık, tahkim anlaşmasının da geçersiz sayılması için bir neden değildir. Ne var ki, *Janoz Paczy v. Haendler & Natermann GmbH*, ([1981] 1 Lloyd's Rep 302) kararında, bu görüşe bir istisna getirilmiş ve ancak, içinde bulunulan ekonomik sıkıntı ve maddi imkânsızlık, uyuşmazlığın da konusunu oluşturan hukuki ihtilaftan kaynaklanıyorsa tahkim anlaşmasının işletilemez "*inoperative*" veya icra edilemez "*incapable of being performed*" olduğu sonucuna ulaşılması, mümkün görülmüştür. Konuyla ilgili son bir kararında Alman Federal Mahkemesi, ekonomik sıkıntı yahut maddi imkânsızlık içinde bulunan tarafın, *daha önce* bizzat kendisi tarafından mahkeme önünde tahkim itirazında bulunmuş dahi olsa anılan nedenlerden, tahkimden *âdeta* kurtarılmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşmıştır (BGH, 55 BB 46/2000, 2330-2332).

⁶³⁶ Mahkemelerin "*denial of justice*"ın önlenmesi adına, *-âdeta yedekte-rezervde duran-* yargı yetkilerini harekete geçirebilmek bakımından, söz konusu mahkemelerin uyuşmazlığın esası yönünden, gereğinde milletlerarası yetkilerinin bulunmasının dahi gerekemeyebileceği, aksi hâlde tarafın adil yargılanma hakkından mahrum kalabileceği sonucuna, özellikle İngiliz hukukunda, mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin genel prensiplere *-forum non conveniens-* de uygun olarak varılmıştır (*Lubbe v Cape plc* (No 2) [2001] WLR 1545, HL). Bu anlayışın ve içtihatla varılan sonucun gereğinde, tahkim anlaşmasından kurtulabilmek için de geçerli ve en azından İngiliz hukuku bağlamında, bunun mümkün olduğuna ilişkin bkz. **PETROCHILOS**, s. 129.

⁶³⁷ *Cour d'appel, Paris, St. Gobain v. Dow Chemical*, IX YBCA 1984, s. 134, 136; ICC Case No. 6379, XVII YBCA 1992, s. 217. Ayrıca bkz. **BERGER**, s. 159-163; **VARADY**, s. 351-353; **JAKSIC**, s. 137 vd.

önünde, adil yargılanma hakkını güvence altına alınan Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/I. maddesinin de ihlal edilip edilmediği sorununa neden olunmaktadır⁶³⁸. Uygulamada *patalojik* tahkim kayıtları olarak ifade edilen ve geçerli birer tahkim anlaşması olarak değerlendirilmemeleri nedeniyle hakemlerin yargı yetkisi de kazanamadığı durumlarda, şayet hakemlerce aksi yönde, yani yargı yetkilerinin bulunduğu şeklinde bir hükme varılacak olursa bu hâlde, yine tarafların mahkemeye başvuru haklarının (*the right of access to court*) ihlal edilmiş sayılması ihtimali belirecektir (*karş.* Model Kanun m. 4; 16/II, III; ZPO §1027; 1040/II, III; 1996 AA §73; 67; **MTK m. 7/II, III**)⁶³⁹.

Tahkimde, hakemlerin yargı yetkisini de yakından ilgilendiren, tahkim kayıtlarına ilişkin geçerlilik tartışmaları, özellikle kurumsal tahkimin taraflarca tercih edilip bunun düzenlemeye çalışıldığı hâllerde söz konusu olmaktadır. Sorun, tahkim kayıtlarında, ilgili tahkim kurumunun adının doğru, açık ve tam bir biçimde ifade edilmemesi ve bu nedenle de ilgili tahkim kurumunun *ya* bulunamaması *ya da* yapılan yorumlar neticesinde birden fazla tahkim kurumunun mümkün olabilmesi şeklinde yaşanmaktadır. Kimi zaman, taraflar arasındaki tahkim kaydında, birden fazla tahkim kurumuna ilişkin bilginin aynı anda bulunması da mümkün olabilmektedir. Çoğunlukla takınılan tavır, tarafların saf tahkim iradeleri *ile* yine tarafların *belli bir* tahkim kurumu önünde sorunlarını çözmek yönündeki iradelerinin ayrılması; hiç olmazsa tarafların tahkim iradesi üzerinde bir tartışma/çekişme bulunmamaktaysa o hâlde, tahkim yolunun taraflar için hâlâ mümkün veya mecbur kılınması, şeklinde olmaktadır⁶⁴⁰. Oysa tarafların tahkim konusundaki irade uyuşmasının, yine aynı tarafların söz konusu tahkim iradelerini tamamlayan, *tahkimin belli bir yerde, belli bir takım kuralların uygulanması yoluyla veya belli bir dilde yapılması* yönündeki anlaşmalarından neden ve hangi kriterler altında ayrılabilmişinin de **açıklıkla** ortaya konulması gerekir. Şu hâlde, yargı yetkileri üzerinde karar verecek hakemlerle yine hakemlerin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığını denetleyecek ve bu arada tahkim kaydına geçerlilik tanıyacak mahkemelerin (Model Kanun m. 16/III; ZPO §1040/III; PIL Art. 190/II, b; 1996 AA § 67; **MTK m. 15/A/II, b. 1, d**), şu iki hususu, son derece titiz bir biçimde gözetmesi gerekir: Milletlerarası tahkimin gerekleri ve tarafların tahkim üzerinde anlaşmış oldukları gerçeği; Tarafların sahip olduğu ve kimi hâllerde, üzerinde *peşinen* tasarruf dahi edemedikleri yargısal

⁶³⁸ EMBERLAND, s. 356; BERGER, s. 168.

⁶³⁹ JAKSIC, s. 318; 280 vd.

⁶⁴⁰ Eleştirisi için bkz. VARADY, s. 355 vd.

temel hakları ile söz konusu tahkim anlaşmasının tahkim iradesine eklenen koşul ve unsurlarla bir bütün oluşturup oluşturmadığı hususu⁶⁴¹.

Tarafsız ve bağımsız makamlar önünde yargılanma hakkının ihlal edilmiş olması hâlinde de ortada, aslında yargı yetkisini haiz, geçerli bir yargılama makamı olmayacaktır.

Anılan hakkın ihlali pahasına verilen hükme, geçerlilik tanımamak gerekir⁶⁴².

Kısaca, yargı yetkilerini, *kural olarak* tahkim anlaşmasından alan hakemlerin, yargı yetkilerini ilgilendiren konuları, iki ana başlık altında değerlendirmek mümkündür:

a) Yukarıda da değinildiği gibi, hakemlerin

i) gerek *tahkim anlaşmasına*

ii) gerek söz konusu anlaşmanın *taraflarına ve*

iii) gerekse tahkime konu *uyuşmazlığa*

yönelik **yargı yetkileri;**

b) Kendileriyle ilgili olan ve

i) usulünce seçilip seçilmeme;

ii) redlerinin mümkün olup olmadığı veya çekilmelerinin gerekip gerekmediği;

iii) yapılan yargılamanın Sözleşme'nin 6/I. maddesiyle çatışması hâlinde, verilen

hükmün iptal edilerek taraflar üzerinde etki doğurmaması,

şeklindeki, *dolaylı olarak* yargı yetkilerini de ilgilendiren meseleler.

⁶⁴¹ VARADY, s. 375; JAKSIC, s. 319.

⁶⁴² JAKSIC, s. 320.

§5 MİLLETLERARASI TAHKİMİN VE MİLLÎ HUKUK SİSTEMLERİNİN BİRBİRLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

I- Genel Olarak

Tahkim üzerinde anlaşmakla bir hukuki uyumsuzluğun tarafları, kendilerine çoğu zaman anayasalarca da tanınmış olan ve uyumsuzluğun devlet mahkemelerince görülmesine ilişkin haklarından feragat etmiş olurlar. Bu esnada gündeme gelen sorunlardan ilki, yukarıda da değinildiği üzere, ilk elden, devlet yargısına ait ve ona yönelik kimi anayasal garantilerin – özellikle *yargısal temel haklar bağlamında-*, tahkim yargılaması için de geçerli olup olmayacağıdır (AY m. 36/I). Meselenin bir diğer yönü ise tarafların tahkim yoluna başvurmakla *aslında*, kendilerine tanınan bir diğer temel haktan istifade edip etmediklerine ilişkindir⁶⁴³. Esasen konu, milletlerarası tahkim olduğunda, soruların sayısı daha da artmakta ve örneğin tahkime ilişkin genel prensiplerin anayasalarca da düzenlenmesinin gerekip gerekmediği; gerekmedikse bunun hangi devlet anayasasında bulunmasının gerektiği şeklinde, meseleler ortaya çıkmaktadır. Yine tahkimin etkin bir şekilde “*delocalize*” edilebildiği ve hatta tahkim yerinin çoğu zaman tesadüfen belirlendiği hâllerde, bir anayasal sorununun, hassasiyetinin bulunup bulunmadığı; varsa bunun hangi yer (ülke) anayasası ile ilgili olduğu sorularının cevapları da önem kazanmaktadır. Belki de en temel kaygımız, genel kabul gören, anayasal kimi standartların tahkime uygulanmasının tatminkâr olup olmadığı; uygulanacak ise bunun gerek tahkimin tarafları ve gerekse hakemler üzerinde nasıl bir etki-sonuç doğuracağı, şeklindedir⁶⁴⁴.

II- Devlet Yargısı ile Tahkim Arasındaki İlişki

Öğretide, mahkemelerin, *kendi yargı yetkileri dâhilinde*, tahkimi denetleme ve ona yardım etme şeklinde, kimi zaman anayasal, ama en azından kanuni yükümlülükleri olduğu kabul edilmektedir⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Bu soruya verilen olumlu yanıt için bkz. DELVOLVÉ, s. 141. Ayrıca bkz. Cour d'appel Paris, *NIOC v State of Israel*, 17(6) Mealey's IAR B-1, 2002.

⁶⁴⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 83.

⁶⁴⁵ von MEHREN, s. 1048. Ayrıca bkz. HELLER, s. 5-8. İtalyan Anayasa Mahkemesi, mahalli bir uyumsuzluğu gören hakem heyetinin, bir İtalyan kanununun anayasaya aykırılık iddiasını ve buna ilişkin gönderisini kabul etmiştir. Mahkeme, böyle bir talebe ilişkin olarak, hakemlerin *de facto* yargısal bir işlev icra etmeleri nedeniyle herhangi bir anayasaya aykırılık iddiasını (sorununun) da Anayasa Mahkemesi'ne iletebilecekleri kararına varmıştır. Kararda ayrıca, tahkimin yargı sistemi içinde ayrı bir branş/kol olarak görülmesi nedeniyle benzer yöndeki iddiaların Anayasa Mahkemesi'nce ileride de değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Karar için bkz. Corte Costituzionale, 22 November 2001, No. 376 (CAPUCCI L., An Important Decision of Italian “Corte

Konunun üç genel ilke altında çalışılması mümkündür⁶⁴⁶:

- a) Geçerli bir tahkim anlaşması, yine geçerli bir tahkim usulünün başlatılması ve sürdürülmesi yönünden –*anayasal*- bir zorunluluk olmaktadır;
- b) Devlet mahkemeleri, tahkime elverişli olmadığı önceden düzenlenmiş bir konunun tahkim usulüne dâhil edilmesi hâlinde, müdahale eder;
- c) Anayasa tarafından da güvence altına alınan, *adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı, hâkimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı* gibi devlet mahkemeleri için geçerli olan kimi temel haklar, bir yargılama süreci olan tahkim için de geçerlidir.

Devlet yargısının asıl olduğu bir düzende, tahkime başvurmak şeklinde bir anayasal hak var mıdır? Yoksa doğru soru, şu mudur: Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı ile devlet yargısının devre dışı bırakılması; tahkim ile ikame edilmesi, anayasal düzeyde de mümkün müdür? *Hi-Fert Pty Ltd (Australia) and Cargill Fertilizer Inc v. Kiukiang Maritime Carriers and Western Bank Carriers (Australia) Ltd.*⁶⁴⁷ davasında Avustralya Federal Mahkemesi, 1974 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. paragrafının anayasa uygunluğunu tartışmış ve aşağıdaki sonuca varmıştır.

“[12] Devlet yargısının ikame edilemeyeceği görüşündeki *Common law* öğretisi, vatandaşların mahkemeye olan müracaat haklarının korunmasına yönelik, bir kamu düzeni kriterinin sonucudur. Devlet mahkemelerince korunan bu kamu düzeni kuralı, sözleşmelerinde aksi yöndeki kayıtları bulundurmamak isteyen tarafların iradelerinden üstündür. *Lakin bu, yasama organını sınırlayan tek ilke de değildir.* Böyle bir kriter, yasama organının belli tipteki uyuşmazlıkların yine belirli şartlar dâhilinde, tahkim yoluyla çözümlenebilmesi konusunda, düzenleme yapmasını da engellemez, engelleyemez. Devlet yargısının sözleşmesel olarak ikame edilmeyeceği şeklindeki common law ilkesi, 7. paragraf gibi açık ve aksi yöndeki düzenlemelere müsaade etmeli, onlara istisna tanınmalıdır.

(...)

[18] 7. paragraf ile birlikte, *common law'a* ait genel bir **takdir hakkı** olan mahkemenin [tahkim itirazı üzerine] yine de yargılamaya devam edebilmesi, artık mümkün değildir. Bu, yasamanın, ne yargısal güce olan bir müdahalesidir ne de yargısal güç takınması veya onu

Costituzionale” regarding the Powers of Arbitral Tribunals to Apply to the Court to Test Constitutionality of a Law: Note-Corte Costituzionale, 22 November 2001, 20(1) *ASA Bulletin* 2002, s. 138-141.

⁶⁴⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 83; GALIC, s. 13.

⁶⁴⁷ Davada, *tahkime elverişlilik* sorunu, aslında anayasal bir mesele olarak ele alınmıştır, *Kararın ayrıntısı için bkz. XXIII YBCA* 1998, s. 606; 12(7) Mealey's IAR C-1 1997. Bir başka davada, *Kulukundis Shipping Co v. Amtorg Trading Corp*'de (126 F 2d 978, 2d Cir 1942), Amerika'daki tahkim ile devlet yargısı arasındaki ilişki işlenmiş ve “*Geçersizliğinin dahi dava edilebilmesi mümkün olduğundan tahkim anlaşması, ne -illegal- hukuk dışıdır ne de anayasaya ve hukuka aykırıdır... 1925 tarihli Amerikan Tahkim Kanunu, anayasaya uygundur...Kanunu'nun amacı, bilinçli bir şekilde önceden var olan yargısal düzeni [atmosferi] değiştirmektir... Kongre'nin açık gerekçesinin de ışığı altında, tahkime yönelik eski yargısal hasmane tutumun sarsılarak yıkılması bizim görevimizdir...*” sonucuna varılmıştır.

üzerine almasıdır. Bu paragraf, sadece, tarafların aralarındaki olası sorunların çözümü üzerine yapmış oldukları anlaşmayı hayata geçirmektedir. Kaldı ki, 7. paragrafın uygulanması esnasında mahkemenin yapması gereken belirlemeler [*tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik denetimler*], esasen yargısal gücün icrası niteliğindedir.”

Kıta Avrupası’ndaki duruma gelince: Antik Yunan ve Roma uygarlıklarına kadar uzanan tahkim, Fransız devrimi ile birlikte *driot naturel* kabul edilmiş; dahası 1791 Anayasası ile tahkime başvurmak, vatandaşların anayasal birer hakkı olarak görülmüştür. Yirminci yüzyılın başında tahkim, Avrupa’da bilinen ve mahkemelerce de kabul edilen bir usuldü⁶⁴⁸.

Tahkim, anayasal düzeyde, çoğu kez, (*yargısal*) bir temel hak olmaktan ziyade, sözleşme serbestisi ve ekonomik özgürlük bağlamında, *ekonomik bir hak* olarak ele alınmaktadır⁶⁴⁹. Üstelik sıklıkla *karar verme gücünün* (hüküm tesis etme erkinin) devletin yargı erki ile aynı anlamda olmadığı, olmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Temelde, *hüküm tesis etmek ya da karar vermek*, tabii ve saf bir terimdir. Modern anayasaların tahkim ile uyum içinde oldukları; en azından çatışmadıkları söylenmektedir. Devlet mahkemeleri, kimi konularda, *arka planda* ve nihai karar mercii olarak varlıklarını korurken ***artık devletlerin uyuşmazlıkların çözümünde, hüküm tesis etme rüçhaniyetine, münhasıran sahip olmadığı kabul edilmektedir***⁶⁵⁰.

III- Anayasal Bir Zorunluluk Olarak Tahkim Anlaşması-Tahkimin Anayasal Çerçevesi

Pek çok modern anayasa ve insan haklarına dair milletlerarası hukuk metni, kişinin, bir uyuşmazlığını, devlet mahkemeleri aracılığıyla görebilmesi ve sonuca bağlayabilmesi hakkına ilişkin “*tabii hâkim ilkesini*” düzenleniştir (AY m. 36/I, 37/I)⁶⁵¹. İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 8. maddesine göre herkes, yetkili/görevli millî merciler [*tribunals*] önünde, hukukun ve anayasanın kendisine tanıdığı olduğu temel hakların ihlali sonucunu doğuran eylemlere karşı, etkin hukuki çareler arama hakkına sahiptir. Benzer hükümler, bir çok anayasada da yer almaktadır (GG §101/1; İsviçre Federasyonu Federal Anayasası m. 29a, 30).

⁶⁴⁸ BÖCKSTIGEL H.K, The Role of National Courts in the Development of an Arbitration Culture, ICCA Congress Series no 8, s. 219; DELVOLVÉ, s. 141-143; HELLER, s. 23, 24.

⁶⁴⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 86.

⁶⁵⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 86. Taraflar, mahkemeler yerine hakemleri, aralarındaki uyuşmazlığın *ıpkı mahkemenin vereceği karar gibi* sona erdirmesi hususunda yetkilendirmekle *aslında*, hakemlerce verilen nihai karara kadar, *sadece mahkemeye ulaşma, mahkeme tarafından korunma* şeklindeki anayasal haklarını, devlet yargısından özel yargıya; mahkemelerden hakemlere devretmişlerdir. **Mahkemeye ulaşma hakkı dışında kalan diğer yargısal temel hakların, tahkim için de geçerli olmaması bakımından hiçbir neden yoktur** (GALIC, s. 12, 13). *Kanımızca*, böyle bir söylem, tahkimin devlet yargısının bir *istisnası* yahut *ikamesi* olduğu fikrinin çok ötesindedir. Şu hâlde birey, *hem* devlet yargısı ile tahkim arasında tam ve neredeyse eşit düzeyde bir seçim hem de tahkim anlaşmasının kapsamına giren uyuşmazlıklarla sınırlı olarak artık mahkemeye değil; *hakemlere ulaşma* hakkına sahiptir.

⁶⁵¹ TRAPPE, s. 94.

Bu hükümler, *mahkemeler yoluyla hukuki korunmayı*, bir temel hak olarak garanti altına almaktadır. Bu şekildeki bir anayasa düzeninde, tahkim, *ancak* rızaen kararlaştırılmış olmakla anayasaya uygundur⁶⁵². Gerçi uzun bir süre, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına *rağmen* mahkemelerin önlerindeki yargılamaya devam edip etmeme konusunda bir serbestîye sahip olup olmadığı tartışılmış ise de, bugün için devlet mahkemeleri, geçerli bir biçimde akdedilmiş tahkim anlaşmasının varlığını tespit ederse işten el çekmek, **zorundadır** (Model Kanun m. 8/I; 1958 New York Sözleşmesi m. II, 3; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3; **MTK m. 5/I**)⁶⁵³.

Tahkimin, bir bütün hâlinde; kimi zaman ise belli kısımlarının anayasal geçerliliği, bugün dahi tartışma konusu edilebilmektedir. Örneğin, son olarak 2004 yılında, 1993 Meksika Tahkim Kanunu'nun 1435. maddesinin (UNCITRAL Model Kanunu m. 19), anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir⁶⁵⁴. Talep, Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmekle birlikte, hakemlere tahkim yargılamasını, uygun gördükleri şekilde belirleme yetkisinin verilmiş; yargılama usulünün kanun tarafından belirlenmemiş; sınırsız ve aşkın bir yargılama gücünün hakemlere bırakılmış olması hususları, tartışmaya açılmıştır. Yüksek Mahkeme, önüne gelen bu *anayasa şikâyetinde*⁶⁵⁵, kanunun bir bütün hâlinde, özellikle tarafların adil yargılanma ve hukuki dinlenilme haklarını güvence altına alan hükümleriyle bir birlikte değerlendirilmesi hâlinde, sözü edilen hükmün anayasaya aykırı olmadığı, sonucuna ulaşmıştır. Zira tahkimin, mahkeme yargılamaları için geçerli olan kurallara mutlaka tabi olması gerekmeyeceği gibi; bu aslında, anayasal bir zorunluluk da değildir. Yargılamaya dair mahkemeler için geçerli anlayış, ilke ve uygulamaların; tahkim için de geçerli olması beklenmemelidir. Burada yargılama, taraflarca inşa edilmekte olup yapılacak *denetim*, son derece sınırlı ve belli alanlara ilişkindir. ***Bu, tarafların ortak, geçerli ve sağlıklı iradelerinin sonucudur; buna itibar edilmesi gerekir***⁶⁵⁶.

Tahkimin anayasallığı üzerine yapılan tartışmalar bununla da sınırlı değildir. 1996 Brezilya Tahkim Kanunu'nun yasalaşmasının ardından aynı kanunun 6 ve 7. maddelerinin

⁶⁵² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 86; TRAPPE, s. 94; BGH, BGHZ 65, 69.

⁶⁵³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 87; TRAPPE, s. 94. Böyle bir durumda Anayasal hakların ihlal edilmiş olmayacağına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararı için bkz. *Ali and Fahd Shobokshi and General Agencies Corporation (Saudi Arabia) v. Saiecom SA and Nicola Rivelli (Switzerland)*, XV YBCA 1990, s. 505.

⁶⁵⁴ De COSSÍO G. F., Chauvinism Rejected: Mexican Supreme Court Upholds the Constitutionality of the Mexican Arbitration Statute, 22(2) J Int'l Arb 2005, s. 163 vd.

⁶⁵⁵ Anayasa şikâyeti, mahkemeler önündeki yargılamada geçerli ve onunla ilgili ek bir hukuksal çare olmayıp özellikle temel hakların geçerli kılınmasına yönelik özel bir hukuksal korumadır (GÖREN Z., Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Anayasa Yargısı 11, 28-29 Nisan 1994, s. 104 vd). *Anayasa şikâyeti* konusunda ayrıca bkz. PEKCANİTEZ, *Anayasa Şikâyeti*, s. 260 vd.

⁶⁵⁶ De COSSÍO, s. 164.

anayasaya uygun olup olmadığı, tartışılmaya başlanmıştır⁶⁵⁷. Yaşanan tartışmaların iki boyutu bulunmaktadır: Bunlardan ilki ve genel olanı, tarafların tahkim anlaşması yapmak suretiyle devlet yargısının aksini kararlaştırmalarının mümkün olup olmadığıdır. Zira Anayasa'nın 35. maddesine göre “...Hiçbir hukuki düzenleme, bir hakka yapılan saldırı veya tecavüzün yargısal olarak denetlenmesine mâni olamaz...” hükmünü içermektedir (karş. AY m. 37/I). Ne var ki, bu tartışma, kolay atlatılmış ve tahkimin genel olarak anayasaya uygun düştüğü sonucuna varılarak bir diğer sorun üzerinde yoğunlaşmıştır. Tartışmanın özü, Tahkim Kanunu'nun 6 ve 7. maddeleri ile ilgilidir. Bu hükümlere göre uyuşmazlığın çıkmasından önce kararlaştırılan tahkim *kayıtlarının* özellikle tahkim yargılaması ile hakemlerin seçimi konusunda açık ve düzenleyici hükümler içermemesi ve diğer tarafın da uyuşmazlığın çıkmasının ardından bunlarla ilgili olarak ayrıca, bir tahkim sözleşmesi (*arbitral submission*) akdetmeye yanaşmaması durumunda, menfaati olan taraf, mahkemeye müracaat ederek mahkeme huzurunda ve onun tarafından kararlaştırılan kurallar altında, diğer tarafı tahkime *mecbur* etmektedir. Anayasal sorun, mahkemelerin bu şekildeki düzenleyici hükümler içermeyen tahkim kayıtlarına itibar edip tarafları, tahkime mecbur edip edemeyeceği; tabii hâkiminden ayırıp ayıramayacağıdır⁶⁵⁸. Tahkim Kanunu'nun 5. maddesine göre, kurumsal tahkimin standart kurallarına göndermede bulunan tahkim *kayıtlarının* geçerliliği konusunda bir sorun bulunmamaktadır. Tahkim *sözleşmeleri* yönünden de bunların geçerliliği, tartışma konusu edilmemiştir. Brezilya'nın 1923 Cenevre Protokolü'ne taraf olması nedeniyle *milletlerarası* nitelikteki tahkim kayıtları için de bu hükümlerin geçerli olması söz konusu değildir. O hâlde, bir tek iç tahkimde, *en blanc* tahkim kayıtları olarak da adlandırılan tahkim anlaşmalarıyla ilgili bu anayasallık tartışması yapılmaktadır⁶⁵⁹.

Duyulan hassasiyet iki yönlüdür: Bunlardan ilki, uyuşmazlıktan belki de çok önce, nasıl başlayacağı, sürdürüleceği ve neye tabi olacağı belli olmayan tahkim yargılamalarına sebebiyet veren tahkim kayıtlarının, tarafları tabii hâkimlerinden ayırmak için yeterli görülmemesidir. İkincisi, mahkemelerin de, böyle bir durumda, uyuşmazlığın esasını görmektense, tarafları tahkime mecbur etmeleri, *hem* kendilerine yüklenen görevin ifa edilmemesi (karş. AY m. 36/II) hem de tarafların tabii hâkimlerinden koparılması, anlamına gelmektedir (karş. AY. m. 37/I). Geliştirilen karşı argümanlar ise şu şekildedir:

⁶⁵⁷ WALD A./SCHELLENBERG P./ROSENN S. K., Some Controversial Aspects of the New Brazilian Arbitration Law, 31 U Miami Inter-Am L Rev, 2000, s. 226 vd; Ayrıca bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 88

⁶⁵⁸ WALD/SCHELLENBERG/ROSENN, s. 229.

⁶⁵⁹ WALD/SCHELLENBERG/ROSENN, s. 231.

Anılan kanun hükümleri bağlamında mahkemeler, aslında, tarafların akdetmiş oldukları *geçerli* bir anlaşmanın gereğinin yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır; *tahkim müessesesi, anayasaya aykırı olmadığına göre*, tahkim anlaşması da mahkemeler için bağlayıcıdır; gereğinin yerine getirilmesi gerekir. Kaldı ki, her hâlde, söz konusu tahkim kayıtlarının geçerliliği denetlenmekte; geçersiz bir tahkim kaydına dayanılarak taraflar tahkime mecbur edilmemektedir⁶⁶⁰. Her tahkim kaydının belli veya belli edilebilir bir içeriği, konusu vardır; tabii olduğu hukukun tespiti ise *lex fori*'nin işidir. Brezilya hukukunda öngörüldüğü üzere *en blanc* tahkim kayıtları yönünden sözleşme içeriğinin, mahkeme huzurunda yapılacak bir yargılama sonunda belirlenecek olması, bir hukuk politikası sorunudur. Söz konusu tercih, tahkimin daha da devlet yargısına muhtaç bırakılması, hızını ve mahremiyetini kaybetmesi yönlerinden eleştirilebilir; ne var ki, anayasaya da aykırı değildir; zira *pacta sunt servanda*, “*due process of law*” kadar önemli olup anayasal bir gerekliliktir. Tahkimle taraflar, tümüyle tabii hâkimlerinden de mahrum bırakılmamışlardır; hakem kararının *kamu düzenine* uygunluğunun denetimi, mahkemeler için saklıdır. Bütün bu gerekçelerle Brezilya Anayasa Mahkemesi, 2001 yılında, anılan hükümlerin anayasaya aykırı olmadığı sonucuna, üçe karşı dört oyla karar vermiştir⁶⁶¹.

Tahkimin anayasal düzeyde geçerliliği konusunda, yukarıda yer alan iki örnek dışında, üzerinde durmak istediğimiz bir diğer olay, tümüyle aksi yöndedir. Uyuşmazlık, 1995 ve 1996 yıllarında, iki ayrı hakem kararına karşı, Hırvatistan Anayasa Mahkemesi'ne yapılan *anayasa şikâyetleri* üzerine yaşanmıştır. Her iki olayda da, anayasa şikâyeti yoluna başvurular, yargılamalar boyunca ve nihayetinde verilen hakem kararları ile anayasal haklarının ihlal edildiği tezini savunmuşlardır. Öğretide, çözümü aranan sorular, şunlardır: Tahkimin ve özellikle hakem kararlarının hukuki niteliği; hakem kararlarına karşı geçerli olan hukuki çarelerin nelerden ibaret olduğu; bu bağlamda, hakem kararlarına karşı *anayasa şikâyetinin* mümkün olup olmadığı; bir an için anılan çarenin geçerli olduğu kabul edilecekse dahi örneğin, iptal davası yolu tüketilmeksizin *doğrudan* anayasa şikâyetine başvurulmasının mümkün olup olmadığıdır⁶⁶².

Her iki davada da gündeme gelen sorun, özellikle *hakem kararlarının hukuki niteliği* olmuştur. Hakem kararlarının, *organik* olmasa da *işlevsel* açıdan mahkeme kararları ile aynı konumda oluşu; bir yargısal işlem olarak görülmeleri; iç hukukta, tarafları üzerinde kesin

⁶⁶⁰ HELLER, s. 7, 8.

⁶⁶¹ WALD/SHELLENBERG/ROSENN, s. 233-235; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 88.

⁶⁶² TRIVA, s. 116; MOMCINOVIĆ H., Arbitration in Croatia, Current status and future prospects: Setting Aside Arbitral Awards in the Proceedings Before the Constitutional Court, 2 Croat Arbit. Yearb. 1995, s. 116 vd; ayrıca bkz. GALIC, s. 15 vd.

hüküm etkisini haiz olduğunun kabul edilmesi⁶⁶³; hatta iptal davasının istinaf ve temyizden farklı olarak olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesine benzetilmesi nedeniyle iptal davası yolu tüketilmeksizin doğrudan anayasa şikâyetine gidilebileceği⁶⁶⁴, şeklindeki görüşler, her iki olayda, gerek tarafların gerekse tetkik hâkimlerinin savunduğu görüşler olmuştur⁶⁶⁵.

Hırvatistan hukukuna göre anayasa şikâyeti, kamu otoritelerinin eylem ve işlemleri ile *yargılama makamlarının* kararlarına karşı gidilebilmektedir. Burada sorun, özellikle hakemlerin bir kamu otoritesi mi, yoksa *yargılama makamı mı* olarak kabul edileceği konusunda yaşanmıştır⁶⁶⁶. Öğretide, özellikle hakem kararlarının tıpkı mahkeme kararları gibi *kesin hüküm* etkisine sahip olduğu gerçeği karşısında, hakem heyetlerinin, taraflar arasındaki uyuşmazlığı, tıpkı mahkemeler gibi çözmekle yükümlü olan birer yargılama makamı olarak görülmesi gerektiği, ileri sürülmüştür⁶⁶⁷. Buna karşın yine öğretide, anayasal hakların ihlalinin aynı zamanda ve zaten bir kamu düzeni meselesi hâline geleceği; UNCITRAL Model Kanunu'nu ve felsefesini takip eden ülke hukukunun, tahkim yanlısı anlayış ve düşüncelere uygun olarak, hakem kararlarına karşı *asgari düzeyde* mahkeme müdahalesini düzenlemesi (Model Kanun m. 5); hakem kararlarının icrasını geciktirici, *tahkim yeri hukukunun tahkim kanunlarında yer almayan, özellikle milletlerarası tahkimin aktörlerine yabancı, tahkim yeri hukukuna özgü hukuki çarelerin mümkün görülmemesi* gerektiği, ileri sürülmüştür⁶⁶⁸.

Hakem kararlarının *devredilmiş* bir yargı yetkisinin ürünü olduğu; kaynaktaki ayniyet nedeniyle de mahkeme kararları gibi kesin hüküm etkisine sahip bulunduğu, tahkimin hukuki

⁶⁶³ Anayasa şikâyetine konu hakem kararlarının *domestic-yerli* hakem kararları olduğunu belirtmek gerekir. Ülkenin *yabancı-yerli* hakem kararlarına ilişkin kabul ettiği kritere, kanunlar ihtilafı prensibine uygun olarak, ancak yerli hakem kararı olarak vasıflandırılanlar, anayasa şikâyetine konu edilebilirler (MOMCINOVIC, s. 117). Yabancı hakem kararlarıyla ilgili, böyle bir usul, olsa olsa tenfiz yargılaması sonrasında, mahkemelerce verilen kararlar için söz konusu olabilir ki, bu hâlde anayasa şikâyetine konu edilen, yabancı hakem kararının kendisi değil; ülke içinde söz konusu hakem kararının icrasına olanak tanıyan mahkeme kararıdır (TRIVA, s. 118, 136). Karş. *Sempozium*, s. 163.

⁶⁶⁴ MOMCINOVIC, s. 117, 118. Karş. TRIVA, s. 133, 134. Ayrıca bkz GALIC, s. 16. Anayasa şikâyeti konusunda, tüketilmesi gereken yargı yoluna, eski hâle getirme ve yargılamanın yenilenmesi başvurularının da dâhil olduğuna ilişkin bkz. GÖREN, s. 118.

⁶⁶⁵ TRIVA, s. 117, 118.

⁶⁶⁶ Her iki hakem kararının da Hırvatistan Ticaret Odası Daimi Tahkim Mahkemesi tarafından verilmiş olması, söz konusu hakem kararlarının da *acaba bir kamu otoritesi* olarak görülen Ticaret Odası'nın kararları gibi mi kabul edilmesinin gerektiği tartışmalarına sebebiyet vermişse de, bu tip yargılamalar bakımından Ticaret Odası'nın sekreteryaya işlevi dışında, yargılama faaliyetinde hiçbir rolünün olmadığı kabul edildiğinden, anılan görüş reddedilmiştir (TRIVA, s. 118).

⁶⁶⁷ TRIVA, s. 122; MOMCINOVIC, s. 116, 177. Hırvatistan Anayasa Mahkemesi'nin başkan yardımcısı da olan yazar, hakemlerin kamusal yönü olan ve fakat münhasıran tarafların iradesine dayanan oluşumlarını dikkate almış; yaptıkları faaliyetin özelliği gereği, *devredilmiş bir yargı yetkisini de* kullandıklarında tereddüt duymamıştır. Bu nedenle tahkim bir yargılamadır; hakem kararları ise yargısal bir işlemdir.

⁶⁶⁸ *Kaldı ki*, anayasa şikâyeti konusunda, Alman hukukunun (ZÖLLER/GEIMER, §1042, Rn. 18; ALBERS, §1042, Rn. 13) etkisi altındaki Hırvatistan hukuku için *de* hakem kararlarına karşı anayasa şikâyetini mümkün görmeyen görüş için bkz. TRIVA, s. 122, 123.

niteliğine ilişkin, zaten bilinen görüşlerdi. Ancak ilginç olan husus, bunların Hırvatistan Anayasa Mahkemesi nezdinde, hakem kararının bir yargı işlemi olması nedeniyle anayasal denetime de tabi tutulabileceği gerekçesiyle ileri sürülmüş olmasıdır. *Hakemlerin, birer kamu otoritesi olarak vasıflandırılmaları, özellikle oluşumları esnasında geçerli olan irade serbestisi ve görev süreleri nedeniyle mümkün görülmemiştir.* Ancak bu, aynı hakemlerin birer *yargılama makamı* olarak hüküm kurmalarına ve verilen hükmün de yargılama makamının bir işlemi şeklinde değerlendirilmesine engel değildir. ***Hakem kararlarının kesin hüküm etkisi, bu noktada, temel dayanak noktasıdır*** (ZPO §1055; NCPC Art. 1476; PIL Art. 190/I)⁶⁶⁹.

Anayasa şikâyetine konu davalardan ilkinde, Hırvatistan Anayasa Mahkemesi, hakem heyetlerinin birer kamu otoritesi olarak görülmeleri mümkün olmadığı gibi, birer yargılama makamı da olamayacağı; bu hâlde devletin, sadece, tarafların da istedikleri gibi yargı sahasına ilişkin kimi önceliklerinden vazgeçerek bunların hakemlerce görülmesine olanak sağladığı; şu hâlde, hakem kararlarına karşı, *doğrudan* anayasa şikâyetinin mümkün olmadığı, sonucuna varmıştır. İkinci kararda ise böyle bir değerlendirmeye de girilmeksizin henüz iptali yolu denenmemiş hakem kararı için anayasa şikâyeti talebinin caiz olmayacağı belirtilmiştir⁶⁷⁰. İptal davasının hukuki niteliği ve bunun, yargılamanın yenilenmesi kanun yolu gibi olağanüstü bir hukuki çare olarak mı değerlendirileceği tartışmaları bir yana; hakemlerin bir yargılama makamı olarak görülmemeleri, hakem kararlarının kesin hüküm etkisinin böyle bir sonuç için neden yeterli görülmediği, iptal davasının anayasal hakların güvence altına alınması yönünden yeterli olup olmadığı yahut tahkimin, anayasa şikâyetinden ve dolayısıyla anayasal korumadan mahrum bırakılmasının yerindeliği, öğretinin bu iki karar üzerine tartışmaya başladığı konular olmuştur. Buna karşın hakem kararlarının *dolaylı da olsa* anayasa şikâyetine konu edilebileceği, ileri sürülmüştür. Burada anayasa şikâyetine konu edilen husus, mahkemenin hakem kararının iptaline ilişkin hükmü de olsa, yargısal temel hak ihlali, tahkim yargılaması sırasında gündeme geldiğinden, anayasa şikâyetinin konusu, *aslında*, tahkim yargılamasının kendisidir⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ **MOMCINOVIC**, s. 117. Bu esnada, bir argüman daha ileri sürülmüştür: Buna göre, tahkime ilişkin usul kanununda yer alan *hükümlerin*, tahkim yargılamalarına uygulanacak olması nedeniyle tahkim, aslında, resmen düzenlenmiş bir yargılama hukuku meselesidir; hakemlerin yargı yetkilerinin kaynağında, bir anlamda kanun da (*devlet de*) bulunmaktadır. Ancak bu görüş, Hırvatistan hukuku özelinde reddedilmiş, zira usul kanununda yer alan düzenlemelerin tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi (NCPC Art. 1494/I, II) doğrudan uygulamalarının mümkün olmaması nedeniyle tahkim yargılamalarının her hâlükârda, **kanuni** bir temele sahip olduğunu söylemenin zor olduğu belirtilmiştir (**TRIVA**, s. 129). *Karş. MTK m. 8/A.*

⁶⁷⁰ **TRIVA**, s. 138, 139; **GIUNIO**, s. 50.

⁶⁷¹ **TRIVA**, s. 139. Bu görüş, tenfiz yargılamaları için de geçerli olup yabancı hakem kararlarına ilişkin tahkim yargılamalarının da anayasa şikâyetine *dolaylı da olsa* konu edilebilmeleri mümkündür (**GALIC**, s. 17).

Tahkimin anayasal düzeyde bir yerinin olup olmadığı sorunuyla ilgili olarak üzerinde durmak istediğimiz son örnek 2001 tarihli, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin bir içtihadı hakkındadır. Kararda *Mahkeme*, kısaca, hakemlerin de uyguladıkları bir kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu inancıyla meseleyi, Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşıyabilecekleri sonucuna varmıştır⁶⁷². Oysa daha önce, hakemler için benzer bir durumun geçerli olduğu düşünülmemiştir. Zira *mahkemelerdeki* yargılamalarda, tarafların veya savcının anayasaya aykırılık iddiasının ciddi ve kabul edilebilir bulunması hâlinde, dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesinin mümkün olduğu, düzenlenmektedir (*Karş. AY m. 152/I*). Şu hâlde, ancak mahkemeler nezdinde yapılan yargılamalar sırasında ve yine ancak hâkimlerce böyle bir usulün tüketilmesi mümkündür. Öğretide de, anılan düzenlemede, aksi yönde bir yorumun yapılmasına müsait herhangi bir açıklığın olmadığı düşünülmüştü⁶⁷³. Ne var ki *Mahkeme*, hakemlerce yürütülen faaliyetin zaten bir yargılama olduğu, sonuçta verilen kararın kesin hüküm etkisine sahip olduğu; söz konusu yargılamada, hukukun (özellikle de millî hukukun) uygulandığı; Anayasa'nın işlerliği yanında, etkin ve doğru uygulanması fikrinin, tahkim yargılamalarında da geçerli olduğu, tahkimin bu yüksek amacın dışında bırakılmasını gerektiren hiçbir nedenin olmadığı; *hakemlerin* en azından işlevsel açıdan hâkimlerle aynı olduğu; hakemlerin anayasaya aykırılık iddiaları karşısında, etkisiz kalmasının yahut duyarsız bırakılmasının, aslında tarafların *adaletin tecellisine* yönelik haklarından mahrum bırakılması anlamına geleceği, gerekçeleriyle yukarıda anılan sonuca hükmetmiştir⁶⁷⁴. Burada, özellikle yargılama yapan; *kesin hüküm* etkisini haiz karar verme yetkisine sahip hakemlerin, hâkimlerle bir tutulmuş olması ve hükümdeki *mahkeme* tabirinin de (*karş. AY. m. 152/I*) böylece geniş bir yoruma tabi tutulması, ilgi çekicidir⁶⁷⁵. Anayasal açıdan gaye, millî hukukun Anayasa'ya uygun gelişimini temin etmek ve Anayasa'nın üstünlüğünü sağlamak

⁶⁷² CAPUCCI, s. 138.

⁶⁷³ CAPUCCI, s. 138-139. 1982 Anayasası'nın 152/I. maddesi, anayasaya aykırılığın ileri sürülmesi hususunda, somut norm denetiminin sınırlarını çizerken “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme...*” tabirini kullanmıştır (*ayrıca bkz. TANÖR B./YÜZBAŞIOĞLU N.*, 1982 anayasasına göre türk anayasa hukuku, İstanbul 2004, s. 488). Şu hâlde, Anayasa'nın 36/I. maddesine göre *hakemlerin*, meşru birer *yargı mercii* olarak kabulü hâlinde dahi anayasaya aykırılık iddiası karşısında, Anayasa'nın 152/I. maddesine uygun olarak davranması mümkün gözükmemektedir. Zaten Anayasa Mahkemesi, burada geçen *mahkeme* kavramını, “*...karar organlarının hâkimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması ve Anayasada sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gerekli...*” organ olarak tanımlamıştır (AYM, 18.2.1992, 12/7, AYMKD, S. 28/I, s. 139). Yukarıda sözü edilen türde bir içtihadın, Türk tahkim hukuku yönünden de geçerli olması, Anayasa'nın 152. maddesi karşısında, mukayeseli hukukta ileri sürülen gerekçelere rağmen, mümkün olmasa gerek.

⁶⁷⁴ CAPUCCI, s. 139-140.

⁶⁷⁵ CAPUCCI, s. 140.

olduğundan, işlevsel eşitlik de dikkate alındığında, “... *bir davaya bakmakta olan mahkeme...*” ibaresi, *lâfzen* de böyle bir sonuca varılmasına engel olamamıştır⁶⁷⁶.

Yunan Anayasası, kişilerin kendileri için geçerli olan *tabii* devlet yargısını kaldırarak onu, başka bir takım usullerle ikame edebilmelerine ilişkin açık hüküm içermektedir. Anayasanın 8. maddesine göre, hiç kimse, *iradesi dışında* hukuken kendisi için öngörülen tabii hâkiminden alıkonamaz (*karş.* AY m. 37/I; II). Oysa aynı Anayasa'nın 20/I. maddesine göre herkes, mahkemelerce sağlanan hukuki korumayı elde etmek ve hukukun öngördüğü biçimde hak ve menfaatlerini mahkemelerde ileri sürmek hakkına sahiptir (*karş.* AY m. 36/I).

IV- Türk Anayasası Bakımından Milletlerarası Tahkim ve Geçerliliği Meselesi

1982 Anayasası, *milletlerarası* tahkime, hem de taraflarından birinin idare olduğu, kamu hizmetleri ile ilgili *imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden* doğan ve yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, gidilebilmesini mümkün kılmakla, oldukça farklı ve özel bir konumdadır (AY m. 125/I). Bu son durumda, uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermemesi hâlinde, *millî* tahkim de açıkça mümkün görülmüştür. Gerçi, yeri gelmişken belirtmek gerekir, yine Anayasa'nın 47/IV. maddesine göre, başta devlet olmak üzere, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri, yürüttükleri yatırım ve hizmetlerle ilgili olarak bir özel hukuk sözleşmesinin tarafı olmuşlarsa artık, zaten HUMK'un 516 vd. maddelerinin yahut koşulları var ise 4686 Sayılı Kanun'un uygulanması yönünden, Anayasa'nın 125/I. maddesi de dâhil olmak üzere, hiçbir engel bulunmamaktadır⁶⁷⁷. Şu hâlde, devletin yahut kamu tüzel kişilerinin gerek özel hukuk sözleşmelerini gerekse imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini konu edinen tahkim anlaşmalarının salt kendisinin taraf olması nedeniyle geçersizliğini ileri sürmesi, olası değildir. Eş deyişle Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve kamu tüzel kişileri, *sübjektif tahkime elverişlilik* yönünden, tahkim yargılamalarında, söz konusu yargılamanın geçersizliği sonucunu doğuracak herhangi bir hukuki gerekçeye sığınamaz.

Kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri gibi istisnai ve oldukça özel bir alanda dahi *milletlerarası tahkimi* açıkça düzenleyen ve mümkün gören 1982 Anayasası'nın, özel hukuk kişileri arasındaki tahkimi ve özel olarak milletlerarası tahkimi *geçersiz sayması*, Anayasa'ya aykırı bulması, beklenmemelidir. Kaldı ki tahkim, oldukça uzun bir süredir hem iç hukukta düzenlenmiş (HUMK m. 516 vd.) hem de Türkiye Cumhuriyeti, konuyla ilgili milletlerarası sözleşmelere taraf olmuştur. Yukarıda sözü edilen ve mukayeseli hukukta gündeme gelen kimi

⁶⁷⁶ CAPUCCI, s. 141.

⁶⁷⁷ Bu durumda, böyle bir tahkim yargılaması, 4501 Sayılı Kanun'a tabi değildir (4501 s. K m. 1).

anayasaya aykırılık iddialarında olduğu gibi, tahkim itirazı üzerine mahkemenin davayı, tahkimin lehine olarak (usulden) reddetmesinin (MTK m. 5/I) anayasa aykırı bulunması; en azından tarafı olduğumuz milletlerarası düzenlemeler de dikkate alındığında (1958 New York Sözleşmesi m. II, 3; 1961 Cenevre Sözleşmesi IV, 1; VI, 3; AY m. 90/V), mümkün gözükmemektedir⁶⁷⁸.

Bütün bunlara rağmen *tahkimin*, yukarıda sözü edilen özel hüküm haricinde (AY m. 125/I), 1982 Anayasası'nda bir temelinin bulunup bulunmadığı konusuna gelince:

Anayasa'nın 9. maddesinde, çok açık bir biçimde, *yargı yetkisinin* Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, hükme bağlanmıştır. Türk milleti egemenliğin kayıtsız, şartsız sahibi olduğu hâlde; bunu, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette, hiçbir *kişiye* bırakılamayacağı gibi; hiç *kimse*, kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisini de kullanamaz (AY. m. 6/I, II, III). Salt bu hükümler bağlamında, özünde bir yargılama faaliyeti olan tahkimin, özel kişilerce görüldüğü ve egemenliğin bir görünümü olan yargı yetkisinin de *ancak* bağımsız mahkemelerce kullanılabilmesi dikkate alındığında, Türk hukuku bakımından, **tahkimin mutlaka bir Anayasal kaynağının bulunmasının gerektiği sonucuna varmak mümkündür**. Bir adım daha atıldığında, *şayet konuyla ilgili milletlerarası sözleşmeler bulunmasaydı* (AY m. 90/V), yargı yetkisinin, yani bir anlamda egemenliğin devri sonucunu doğuran tahkim anlaşması yapılması ve tahkim itirazı üzerine mahkemelerin yargılamayı keserek yarıda bırakması (AY m. 36/II) mümkün olmayacak; bu yöndeki hükümler de Anayasa'yla çatışacaktı. Zira Türk milleti, yargı faaliyetlerine ilişkin egemenliğini (*ki burada, tahkimin de bir yargılama faaliyeti olduğu, ön kabulünden hareket edilmektedir*), ancak Anayasa'da da düzenlenmiş, yetkili, *yegâne* organ olan **mahkemeler** eliyle kullanabilir (AY m. 6/II). **Ne var ki**, özellikle Anayasa'nın 9. maddesi, *devletin* yargı fonksiyonunu, *maddi kenar başlıkla ve fakat organik bir biçimde* tanımlamıştır⁶⁷⁹. Bu nedenle devletin, yasama ve yürütme yetkisi yanında, yargı yetkisi de tanımlanmış ve organik olarak nelerden ibaret olduğu, belirlenmiş olmakla anılan düzenlemenin hedefinin *bizzat devletin kendisi olduğu* sonucuna varmak, mümkündür. *Sonuç olarak* Anayasa'nın 6/II. maddesinin konumuz yönünden bir engel olarak görülmesi, beklenmemelidir⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ MADL F., Competence of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration, Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, 1989, s. 94.

⁶⁷⁹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 422. Ayrıca bkz. GÖZLER K., Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, s. 831-, 835.

⁶⁸⁰ *Yargı*, en genel hâliyle yasama ve yürütmenin yanında, üçüncü bir kuvvettir. Yargı yetkisi, Türk milleti adına, bağımsız mahkemelerce kullanılır. Mahkemelerin, gerçek anlamdaki *yargısal faaliyeti* ise, objektif hukukun bağımsız yargı organları tarafından belirli bir olaya uygulanmasıdır. Şu hâlde, üç temel kavram ortaya

Anayasa'nın 6/III. maddesi dikkate alındığında, devletin yetkilerinden olan yargı fonksiyonunun *özel kişiler* olan hakemlerce de görülebilmesi bakımından anayasal temelli bir yetkilendirme bulunamazsa, tahkimin geçerliliği konusunda ciddi tereddütler, *hâlâ* çıkabilecektir. ***Eş deyişle yine anayasanın kendisinin, özel kişilere, bir devlet fonksiyonunun görülebilmesi bakımından açıkça yetki vermesi gerekmektedir.*** Gerçi, uygulamada, özellikle 1999 tarihinde yapılan değişikliklerin ardından, *tahkimin ve hele milletlerarası tahkimin* kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için dahi anayasal düzeyde tanınmış olması, dahası Türkiye Cumhuriyeti'nin tarafı olduğu milletlerarası düzenlemeler, yaptığımız bu yorumu, zımnen ve fakat büyük ölçüde, işlevsiz ve gereksiz kılmaktadır. **Ancak bu pratik, iki gelişme olmasaydı da, kanımızca, tahkimin (en azından özel hukuk kişileri arasında) herhangi bir anayasal engelle karşılaşması mümkün değildi.** Özellikle yukarıda, Yunan Anayasası'ndaki somut düzenlemenin etkisiyle bireylerin, mahkemelere başvurmak şeklinde bir **zorunluluk** altında olmadığı, *aksi yöndeki özgürlüğün de kendilerine tanındığı* sonucuna varmak mümkündür.

Hiç kimse, kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne **çıkartılamaz** (AY m. 37/I); bu yönde, yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler **kurulamaz** (AY m. 37/II)⁶⁸¹. Cümlelerin edilgen yapısı, hükmün muhatabının doğal hâkim/kanuni hâkim ilkesinin de sahibi olan birey olmadığını göstermektedir. Dikkat edileceği üzere, **doğal hâkim ilkesinin, hakkın sahibi olan birey dışında başka kimselerce ihlali, mümkün değildir.** Yunan Anayasası'nın 8. maddesinden ve özellikle söz konusu hükümlerin karşıt anlamından hareketle bireyin, **kendi isteğiyle** tabi olduğu mahkemeden ayrılması mümkündür. Bu, anayasal düzeyde tahkime, *dolaylı da olsa* geçerlilik kazandıran bir hüküm olmaktadır.

1982 Anayasası'nın 36/I. maddesi de yukarıda yapmaya çalıştığımız yorumla örtüşen bir yapıdadır. Zira hüküm, bir hakkı düzenlemektedir; muhatabı ise bu sefer, doğrudan bireyin kendisidir; devlet değildir. Buna göre **“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde, davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir...”**⁶⁸². Hükümün daha ilk bakışta, hukuki dinlenilme hakkı

çıkılmaktadır: Bir kuvvet olarak *yargı*, yargı organı (*mahkeme*), *yargılama*. Ayrıntısı için bkz. ÖZEKES M., Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995, s. 22, 23). **Yargı kuvveti ve bu kuvveti kullanan organın varlığında bir tereddüt olmamakla birlikte, yargılama faaliyetinin de münhasıran bu organ tarafından mı kullanılacağı, tarafın bu konuda, herhangi bir irade serbestisinin olup olmadığı, cevabını aradığımız sorudur.**

⁶⁸¹ ALANGOYA, *Anayasa*, s. 2. Ayrıca bkz. GÖZLER, s. 844-846; TANRIVER, *Adil Yargılanma*, s. 195.

⁶⁸² Türk Anayasası'nın 40. maddesi, İHAS'ın 13. maddesine paralel bir biçimde, hak arama hürriyetine ilişkin bir başka hüküm daha içermektedir. *Hak arama hürriyeti*, geniş içerikli bir kavramdır; bu nedenle örneğin Anayasa'nın 36. maddesini de içine alır. Buna göre Anayasa'nın 36. maddesi, *yargı yolu ile hak aramayı* düzenlemektedir; yargı yolu, hak aramak için başvurulacak usullerden sadece biridir. Şu hâlde, özellikle Anayasa'nın 36. maddesine ilişkin yapılacak vasıflandırma bakımından, söz konusu hükmün, doğrudan kişinin

yanında ve ondan önce, *mahkemeye* ulaşma hakkını/hak arama özgürlüğünü düzenlendiğinde, kuşku yoktur⁶⁸³. Hükümün bir sonraki maddede düzenlendiğinin aksine, doğrudan bireye yönelik olması ve bunun bir *hak* şeklinde düzenlenmesi, en azından hükme konu meselenin bir *mecburiyet* olmadığını ortaya koymaktadır. *Herkes, mahkemeye başvurup* uyuşmazlığıyla ilgili davacı olma ve iddialarını ileri sürme hakkına sahiptir⁶⁸⁴; ancak, *buna da mecbur değildir*⁶⁸⁵. Oysa *bir* mecburiyetten, aynı hükmün ikinci fıkrasında, açıkça bahsedilmiş olup hiçbir *mahkemenin* görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı düzenlenmiştir (AY m. 36/II; 142)⁶⁸⁶. Bireyin mahkemeye başvuru/ulaşma hakkını kullanması durumunda, mahkemenin böyle bir talebi, iddiayı ve davayı, görmezlikten gelmesi, yok sayması olası değildir. Mecburiyet, *sadece mahkemeler* içindir⁶⁸⁷. Şu hâlde, gerek Anayasa'nın 36/I, II ve gerekse 37/I, II. maddeleri, yukarıda, Anayasa'nın 6 ve 9. maddelerine ilişkin gündeme getirdiğimiz yorumu çürütür niteliktedir. Kısaca, anayasal anlamda, tahkimin geçersiz olmadığı söylenebilir. Oysa Türk Anayasası, acaba bireylere, tahkime başvurmak konusunda da, doğrudan bir *hak* tanımakta mıdır?

Bu noktada, Anayasa'nın iki hükmünün bir arada değerlendirilmesi gerekecektir. Anayasa'nın 36/I. maddesi, mahkemeye başvuru/ulaşma hakkını (*yargı yolu ile hak arama hürriyetini*) düzenlerken, açıkça bireylere davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkı tanımaktadır; bireyler, bu hâlde, adil yargılanma hakkına da sahiptirler⁶⁸⁸. Ne var ki, aynı maddede, bu hakkın *nerede* kullanılabileceğine ilişkin ve aynı hükmün ikinci fıkrasından farklı olarak "*yargı mercileri*" şeklinde bir ibare yer almaktadır. Buna karşın Anayasa'nın

kendisi dikkate alındığında, *yargı yolu ile hak arama hürriyetine*; yargı mercilerini hedef alması hâlinde ise *adil yargılanma hakkına* ilişkin olduğu kabul edilmektedir. *Ayrıntısı için bkz. ÇINAR S. U., Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti*, Konya, 1998, s. 74, 75; (Yayınlanmamış Doktora Tezi); ayrıca bkz. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 181, 182.

⁶⁸³ ÖZEKES, s. 29, 30.

⁶⁸⁴ Kişilerin devlete karşı yargı hakkı bulunmaktadır; kendiliğinden hak aramayı bireylere yasaklayan devlet, söz konusu hakkın sağlanmasından kaçınamaz. Ancak bugün, hukuk devletinin de gereği olarak şeklen bir hukuki korumanın sağlanması yeterli değildir; "*etkili hukuki korumanın*" da gerçekleşmesi gerekir (ÖZEKES, s. 53-55). Devlete, hak arama hürriyetinin sonucu olarak *etkili* bir koruma mekanizması oluşturma şeklinde, olumlu edim yükümü de getirilmiştir. Kişilerin hak aramasını zorlaştıran hukuki ve fiilî engellerin kaldırılması, yine gerçek ve etkin bir hukuki korumanın gereğidir. *Ayrıntısı için bkz. PEKCANITEZ, Adil Yargılama*, 36, 37; ATALAY, s. 449.

⁶⁸⁵ Ayrıca bkz. ALANGOYA, s. 92.

⁶⁸⁶ Hukuki koruma ve *hukuki korunma talebi*, *hem* hukuk devleti ilkesi *hem de* devletin temel amaç ve görevleri kapsamında düşünülmelidir (AY m. 2, 5). Anayasa'da sadece, kişilerin hak arama özgürlüğü güvence altına alınmamış; devletin de hakkın dağıtımından kaçınmayacağı, hüküm altına alınmıştır. Hukuk devletinde herkes, mahkeme önünde, iddia ve savunmada *bulunabilir*; mahkemeler de bu başvuru üzerine görülmekte olan davaya bakmaya *mecburdur*. *Ayrıntısı için bkz. ALANGOYA, Anayasa*, s. 3; ÖZEKES M., *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara, 1999, s. 31.

⁶⁸⁷ Böylelikle *hem* devlet, bireyin düzenlediği hakkını karşılayacak, onu etkin ve anlamlı kılacak, gerekli tedbiri almış olmakta *hem de* şayet mahkemeye başvurulacaksa mahkemenin getirilen davaya bakmaya ve bunu sonuçlandırmaya mecbur olduğu, açıkça hüküm altına alınmaktadır (ÇINAR, s. 78, 79).

⁶⁸⁸ ÜSTÜNDAĞ, *Uluslararası Tahkim*, s. 294.

36/II. maddesinde, açıkça *mahkeme* ifadesi kullanılmakta; Anayasa'nın 37/I; II maddesinde ise, her iki kavram, aynı hüküm içerisinde ve fakat *ayrı ayrı* düzenlenmektedir. Şu hâlde, *mahkemeler* ile sözü edilen *mercilerin* aynı olması beklenmemelidir. **Yapılan tercih, tesadüf olamayacağı gibi, bunların birbirlerinin yerine kullanılması da olası gözükmemektedir**⁶⁸⁹. Öyle ki, bu mercilerin *yargı yetkisini* haiz olmaları dahi mümkündür; hatta bunların –*ancak*- olağanüstü bir nitelik taşıması ve kişiyi de tabii hâkiminden koparacak olması –*yani kişinin iradesi hilafına*- hâlinde kurulmaları yasaklanmıştır (AY m. 37/II). **Şu hâlde, acaba, Anayasa'nın 36/I. maddesiyle bireyin, ayrıca kararlaştırılmış olması hâlinde (AY m. 37/I, II) tahkime başvurmak, iddia ve taleplerini orada ileri sürmek ve yapılacak tahkim yargılamasında da adil yargılanma hakkına sahip olacağı mı düzenlenmiştir?**

Bu konuda, karara varmadan önce bir de Anayasa'nın 40/I. maddesinin gözden geçirilmesi gerekir. Hükme göre Anayasa ile güvence altına alınmış hakları ihlal edilen *herkes*, –*örneğin tabii hâkim ilkesinin ya da mahkemeye başvuru hakkının, geçersiz bir tahkim anlaşmasına geçerlilik kazandırılmak suretiyle ya da tarafı olunmadığı hâlde bir tahkim anlaşmasının tarafı sayılmak suretiyle ihlalinde olduğu gibi*- yetkili **makama** başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Görüleceği üzere bu hüküm, yukarıda sözü edilen Anayasa'nın 36. maddesinden daha geniş ve genel içerikli olup anayasal hakların ihlali hâlinde, yetkili *makama* başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına ilişkindir. Hüküm, *doğrudan* mahkemelerle ilgili olmayıp *dolaylı* bir biçimde, onları ilgilendirmektedir⁶⁹⁰. Bu maddeyle örneğin adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, mahkemeye başvuru hakkı (AY m. 36/I), İHAS'ın 6/I. maddesinde düzenlendiği üzere tarafsız ve bağımsız makamlar önünde yargılanma hakkı gibi (AY m. 90/V) *yargısal temel hak* ihlallerinin gündeme gelmesi durumunda bireye, yetkili makama örneğin *mahkemelere* başvuru imkânının kendisine tanınmasını isteme hakkı, verilmektedir. Anayasa'nın bu hükmü de, örneğin, yargısal temel hak ihlallerinin ancak nerede yaşanabileceğini (*ki, hükmün karşıt anlamından, söz konusu yargısal temel hak ihlallerinin tahkimde yaşanması mümkündür*) düzenlemiş, değildir⁶⁹¹.

Lakin yaptığımız tüm bu yorumların, bir başka yönden çürütülmesi de ihtimal dâhilindedir. O da, özünde Anayasa'nın 36/I. maddesinde sözü edilen *yargı mercileri* ifadesinin sadece **mahkemeleri** anlattığına ilişkindir. Hükümün gerekçesinde, “... *kişinin yargı mercileri önünde, ...Âdil ve hakkaniyete uygun yargılama hakkına sahip olduğu*...

⁶⁸⁹ Hükümde, “*mahkeme*” ya da “*hâkimlik*” gibi ibarelerin yerine “*yargı mercileri*” ibaresinin kullanılmasının özellikle İHAS'a dayalı içtihatlar yönünden yerinde olduğu, vurgulanmıştır. Zira bu kapsamda, gereğinde, disiplin komisyonları, vergi komisyonları gibi yargılama faaliyeti içinde olan kimi merciler de mahkeme kavramına dâhil edilmektedir (ÇINAR, s. 77).

⁶⁹⁰ ÇINAR, s. 73-75; ÖZEL, s. 108.

⁶⁹¹ İHAS madde 13 ile ilgili olarak aynı yönde bkz. ÖZEL, s. 109.

belirtilmiştir. Yargılama usulü kanunu ve **yargı organı**, Anayasa emri olarak, *âdil ve hakkaniyete uygun yargılamayı sağlayacak şekilde düzenlenecektir...*” ifadesine yer verilmişse de; Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu’nun metnin değişikliğine ilişkin gerekçesinde, “...Anayasa’nın 9’uncu maddesinde yer alan “Yargı yetkisi,...” şeklindeki kesin hükmün açıklığı dikkate alınarak madde metninde yer alan “Âdil yargılama” ibaresi metinden çıkarılmıştır. Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan bağımsız mahkemelerin *âdil yargılama esası içinde yargı yetkisini kullanacakları bir gerçektir...*” görüşü yer almaktadır⁶⁹². Özellikle maddenin değişiklik gerekçesinde, Anayasa’nın 9. maddesine mutlak bir anlam yüklenmekte, her ne kadar madde metninde *yargı mercileri* denilmişse de bunların, adil yargılama yapacaklarının düzenlenmesine gerek olmadığı; çünkü yargı mercii olan *mahkemelerin* zaten bu şekilde yargılama yapacaklarının bir gerçek olduğu sonucuna varılmıştır. Şu hâlde, “*yargı mercileri=mahkemeler* ve onlar da zaten adil yargılama yaparlar”, şeklinde bir eşitliğe ulaşılmıştır. Ne var ki, sadece Hükümet ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu’nun *gerekçelerini* esas almak suretiyle veya yine Anayasa’nın 40. maddesini göz ardı ederek böyle bir sınırlayıcı yoruma gitmek, kanımızca isabetli olmayacaktır.

Anayasa’nın 36/I. maddesinin belki de en ilginç yönü, “...**meşru** vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde...” şeklindeki hükmüdür. Zira hüküm, “*meşru*” şeklinde, hukuki olmayan; daha ziyade, sosyolojik ve politik bir ibare içermektedir. Örneğin, “*yasallık/kanunilik*” ifadeleri, kullanılabilirken; tercih edilmemişlerdir. Gerçi, gerek “*meşruluğun*” gerekse “*yasallığın*” örtüşmesi beklenir; ancak bunlar, zorunlu olarak birbirlerini gerektirmez⁶⁹³. “*Meşru*” kavramının cümle içinde, kullanıldığı yer de ilginçtir. Kavrama ilk kez 1924 Anayasası’nda yer verilmiş; hüküm “...*herkes mahkeme huzurunda hukukunu müdafaa için lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği üzere burada, meşru olması beklenen, mahkeme huzurundaki yargılamada, istimal edilecek vesaittir. Sonraki anayasalarda ve özellikle 1982 Anayasası’nda, “*meşru*” ibaresi, hükmün başına alınmış, *hem* iddia ve savunma hakkının kullanımı esnasında, meşru yollardan faydalanılması **hem de davacı ve davalı olmak hususunda, yargı mercilerine ulaşılacağı esnada, meşru yolların tüketilmesi gerektiği**, vurgulanmıştır. Bu ayırım, son derece bilinçli bir tercihin ürünüdür; yani, **hem yargı mercilerine giden yol meşru olmalı hem de yapılacak yargılamada, meşru vasıta ve yollar tüketilmelidir**⁶⁹⁴.

⁶⁹² AKAD M/DİNÇKOL A., 1982 Anayasası, Madde Gerekçeleri ve Maddelerle ilgili Anayasa Mahkemesi Kararları, 1998, s. 156, 157; ÇINAR, s. 76.

⁶⁹³ ÇINAR, s. 79, 80.

⁶⁹⁴ 1961 Anayasası’na “*meşru*” ibaresinin “*kanuni*” kavramından daha genel ve kapsayıcı olduğu için alındığı bilinmektedir. O döneme ilişkin bir Anayasa Mahkemesi kararında, meşruluğun kanuniliği de

Anayasa'nın yargı mercilerine ulaşılırken kullanılacak vasıta ve yolların meşruiyetine ilişkin ısrarında, bir anlam olmalıdır. Zira Anayasa'nın 142. maddesine göre zaten mahkemelerin *kanunla* kurulduğu bir ortamda; Anayasa'nın 37/II. maddesiyle de yargı yetkisine sahip olağanüstü yargı mercileri kurulamadığına ve böylece tabii hâkim ilkesinin zedelenmesi de söz konusu olmadığına göre (*ayrıca bkz. AY m. 138-141*); Anayasa'nın 9. maddesiyle devletin, yargı fonksiyonunu, mahkemeleri aracılığıyla kullandığı da dikkate alındığında, **hem “meşruiyet”** şeklinde bir tanımlamaya gerek yoktur **hem “meşru”** ibaresinin sadece “*kanunilik*” anlamına geldiğini belirtmek, gereksiz ve yersizdir **hem de “yargı mercileri”** ibaresinin yalnızca “*mahkeme*”yi çağrıştırdığını kabul etmek mümkün değildir. **Zira devletin, yargı yetkisini, aracılığıyla kullandığı mahkemelerin kanuni olduğunu ve fakat buna rağmen hâlâ meşru olmayabileceğini söylemek; aynı zamanda devletin bir fonksiyonunun, yani kendisinin meşru olmayacağı anlamına geldiğinden, mümkün gözükmemektedir.** Şu hâlde, yargı mercilerinin “meşru” olması meselesi, **mahkemeler** şeklindeki yargı mercilerinin Anayasa'nın başta 142. ve 37/II. maddelerine uygun olması; **diğer yargı mercilerinin** ise meşruiyet adına, daha başka kriterlerle bağlı tutulması anlamına gelecek, genişlikte yorumlanmalıdır.

Buradan hareketle **tahkim, hem bir yargı mercii olarak meşru sayılabilecek hem de anayasal bir temel kazanarak yine anayasayla güvence altına alınmış bir hak olarak kabul edilebilecektir.** Bu, üzerinde çok çalışılmasını gerektiren bir yorumdur. Ancak ilk sonuçlar, en azından Türk Anayasası yönünden, tahkimi, sadece geçersizliği yahut Anayasa'ya aykırılığı artık ileri sürülemeyecek bir duruma çıkarmakla kalmamakta, ama aynı zamanda, ona yine anayasayla düzenlenmiş bir (*yargısal*) *temel hak* kimliği kazandırmaktadır. Böyle bir sonuç, kanımızca, *Delvolvé*'nin dahi beklentilerinin ötesindedir. Zira yazara göre, mahkemeye başvuru hakkı veya tabii hâkim ilkesi yanında, *right to arbitration (le droit à l'arbitre)* şeklinde bir hak, **açıkça** kabul edil(e)meyecekse de, tahkime en azından *sözleşme özgürlüğü* kalıpları içinde (AY m. 48/I), anayasal bir temel kazandırılabilirdir⁶⁹⁵. Oysa tahkimin, tahkim anlaşmasının, sadece sözleşme özgürlüğü kalıpları içerisinde değerlendirilmesi, yine Türk Anayasası özelinde, hem yeterli değildir hem de zaten gerekmemektedir. Zira mahkemelerin görev ve yetkileriyle yargılama usullerinin *kanunla* belirlendiği (AY m. 142); görevi ve yetkisi içindeki bir davayı bakmaktan kaçınamayacağı dikkate alındığında (AY m. 36/II); temeli sadece sözleşmesel bir ilişkide (*sözleşme özgürlüğünde*) görülen tahkimin,

kapsayacak genişlikte olduğu açıkça vurgulanmıştır (AYM, 29.1.1980, 1979-38/11, AYMKD, S. 18, s. 101). Ne var ki, 1982 Anayasası yönünden, Anayasa'nın hazırlık çalışmaları sırasında, *meşru ve kanuni* kavramları arasında bir fark olmadığı belirtilmiştir (ÇINAR, s. 80, dn. 120, 121).

⁶⁹⁵ DELVOLVÉ, s. 147, 149. *Ayrıca bkz. HELLER*, s. 30.

bireyler için *mahkeme yargı yolunu başlı başına* kapaması, mümkün gözükmemektedir. Anayasa'nun 142. maddesinin karşıt anlamından hareketle **mahkemenin, görevi içine giren ve bakmaya mecbur olduğu bir davayı, tahkim anlaşması nedeniyle görmekten kaçınması, ancak bir başka kanuni düzenlemeyi gerektirmektedir (MTK m. 5/I).**

Bu noktada, bir zorluluk yahut ikilem ile karşılaşılmaktadır. Yukarıda, Anayasa'nın 6/III, 9, 36, 37 ve son olarak 40. maddelerini bir arada değerlendirmek suretiyle *hem* tahkime, sözleşme özgürlüğü dışında, (*yargısal*) bir temel hak kimliği kazandırdık *hem* de hakemlere, kaynağını anayasadan alan bir yetkiyi kullandırdık. Ancak Anayasa'nın bu sefer 142. maddesi, özellikle tahkimle ilgili bir başka mecburiyeti karşımıza çıkarmaktadır. Mahkemelerin, görevinin *ve evleviyetle* yargı yetkisinin, kanunla düzenlenmesi gerektiğine göre, görevsizliğinin yahut yargı yetkisinin bulunmadığı hususunun da yine kanunla düzenlenmesi gerekir. O hâlde, acaba, Anayasa'nın 36/I. maddesine göre **tahkime ulaşmak-başvurmak** şeklinde (*yargısal*) bir temel hak yaratmışsak da *hâlâ* ve bu sefer Anayasa'nın 142. maddesi hükmü gereği, mahkemenin taraflar arasındaki tahkim anlaşması lehine yargılama yapmaktan imtina etmesi için özel bir kanun hükmüne ihtiyaç var mıdır? **Anayasal düzeyde tanınan ve geçerli kabul edilen bir hakkın, etkin kullanımı ve kendisine bağlanan tabii sonuçları doğurması için ayrıca bir kanuna ihtiyaç duyulur mu?** *Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5/I. maddesi, pratik olarak, böyle bir tartışmayı, en azından şimdilik ve kanunun kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından, gereksiz kılmaktadır.*

Tüm bu görüşlerin en yalın sonucu, tahkimin artık *istisnai* bir yol ya da çare olarak vasıflandırılmamasıdır. **Tahkime gitmek, bireyin temel bir hakkıdır; mahkemeye başvurmaktansa, tahkime de gidilebilir. Bu hak, diğer anayasal haklar gibi korunmalı ve ona, eş deyişle tahkim anlaşmasına, özellikle mahkemelerce saygı duyulmalı, itibar edilmelidir.** Taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasının çözümü yönünden mahkemeler, *yegâne yahut asli* yargı mercileri değildir; bu nedenle tahkim de artık onların bir istisnası yahut ikamesi olarak görülmemelidir. **Hakemler (tahkim), tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde, yine bireylerce başvurulabilecek; mahkeme yargı yoluna eşit güçteki, önemdeki ve değerdeki bir yargı merciidir⁶⁹⁶.**

Tahkime başvurmak konusunda, yukarıda yapılan yorumlar, tahkimle ilgili anayasal meselelerin sadece bir yönüne ilişkindir. **Tahkim**, açıkça, bir *hak* olarak öngörülmüş de olsa; Anayasa tarafından geçersiz görülmemeyen bir eylem de olsa, gerek doğrudan Anayasa'da (AY m. 36/I) gerekse İHAS'ın 6/I. maddesinde ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/I.

⁶⁹⁶ Tahkimin *istisnai* bir yol olması şeklindeki değerlendirmelerin eleştirisi için bkz. DELVOLVÉ, s. 143.

maddesinde düzenlenen (*ayrıca bkz. AY m. 90/V*⁶⁹⁷), *yargısal diğer temel hakların ihlalinin* kolaylıkla mümkün olduğu bir alandır.

Bu anlamda, hemen akla, *adil yargılanma hakkı* gelmekteyse de, tabii hâkim ilkesinin (*kanunen tabi olunan mahkeme*)⁶⁹⁸ ihlali, belki de kronolojik olarak yaşanacak ilk ihlal türüdür. İnsan haklarının yatay etkisine ilişkin yapılan tartışmalar bir yana, Anayasa'nın 11. maddesi, son derece özellikli bir hükme yer vermektedir. Anayasa hükümleri (AY m. 36/I; 37/I), yargı mercileri (*hakemler de dâhil olmak üzere*) yanında, özel kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır⁶⁹⁹. Örneğin mahkemelerce *geçersiz* tahkim anlaşmalarına izin verilmemesi gerektiği gibi (MTK m. 5/I), hakemler de bu hâlde yargı yetkileri varmışçasına yargılamaya devam edemezler (MTK m. 7/H). Anayasa'nın 14/II. maddesi, bu kapsamda, bir başka hükme daha yer vermektedir: “Anayasa hükümlerinden hiç biri, kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.” **Bireyler de**, Anayasal düzeyde tanınmış hakların, yok edilmesi yahut sınırları ötesinde aşkın kullanımı sonucunu doğuracak faaliyette bulunmama yükümlülüğü altındadır. Öyle ise:

- a) Tahkim anlaşmasının tarafı, anlaşmanın diğer tarafından ve hatta hakemlerden, başta *tabii hâkim ilkesi* olmak üzere, *adil yargılanma hakkının* gözetilerek ihlal edilmemesini isteyebilir (AY m. 36/I; 11);
- b) Anlaşmanın diğer yanının ve hakemlerin de söz konusu hakların ihlali sonucunu doğuracak eylem, tutum ve davranışlarda bulunmaması gerekir (AY m. 14/II); bir ihlalin gündeme gelmesi hâlinde ise bireyin yetkili makama, örneğin *mahkemelere* başvurarak ihlalin izalesini isteme hakkı vardır (AY m. 40).
- c) Anayasa'nın 40. maddesi, bireye sağladığı hak yanında, özellikle devlete, hükmün karşıt anlamından hareketle bir başka ödev yüklemektedir. Buna göre devlet, bireyin olası hak ihlalinin önünü kapatacağı, yetkili bir makamı **kurup** buraya **başvurulabilmesini** sağlamalıdır⁷⁰⁰. Zira *hakkın özü, ihlal edilen hakkın giderilebilmesi bakımından, yetkili makama başvurabilme imkânının sağlanmasıdır*. Son kısımda yer alan *istek*, ancak sözü edilen yetkili makamın, *kurulmuş olması* ve

⁶⁹⁷ Tarafı olduğumuz insan hakları sözleşmeleri, Anayasa'nın da üstündedir ve kurallar sıralamasının başında yer almaktadır. Çatışma durumunda, bu tip bir sözleşmenin uygulanması için ulusal hukukta, özel bir düzenlemeye konu olmaları gerekmediği gibi, yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesinin beklenmesine de gerek yoktur. Kanunlardaki boşluk nedeniyle açık bir çatışmanın söz konusu olmadığı durumlarda da millî hukukun parçası olan *sözleşmelerin* temel alınması gerekir (GÜLMEZ M., Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, TBBD 2004/54, s. 156, 160).

⁶⁹⁸ “*Tabii yargı yolu*”, “*tabii hâkim*”, “*kanunen tabi olunan mahkeme*” şeklindeki kullanım biçimlerinin aynı anlama geldiğine ilişkin bkz. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 437.

⁶⁹⁹ GÖREN, *Yatay Etki*, s. 22-32.

⁷⁰⁰ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 183.

buraya geciktirilmeksizin bir başvurunun yapılması *imkânın –etkin hukuki çarenin-* sağlanması ile yerine getirilmiş olur. **Şu hâlde devlet, örneğin milletlerarası tahkimde, anayasal olarak da güvence altına alınmış yargısal temel hak ihlallerinin geciktirilmeksizin giderilmesi hususunda, yetkili makamları ve gerekli hukuki çareleri kurup düzenlemek; kurulu olanlar –örneğin mahkemeler- yönünden ise yine etkin hukuki çareleri öngörmek ve içeriklerini belirlemekle yükümlüdür**⁷⁰¹.

Bu esnada, şu üç farklı hususa, özetle işaret etmek gerekir: Uyuşmazlığın mahkemeler yerine tahkimde çözümünün bir *hak* olduğu; bunun 1982 Türk Anayasası tarafından da *açıktır* düzenlendiği sonucuna ulaştık. Hem tahkim anlaşmasının diğer yanı ve hem de hakemler, bireyin sahip olduğu yargısal temel haklara saygı gösterecek; onları ihlal etmeyecektir (AY m. 11; 14/II). Tahkim anlaşması ve yargılaması nedeniyle bireyin sahip olduğu diğer yargısal temel hakların ihlal edilmesi hâlinde (AY m. 11, 14/II), aynı mahkemelerin ve dahası devletin, *uyuşmazlığın esasına ilişkin meselenin çözümünde, kendileri tercih edilmediği için söz konusu ihlallere karşı, sessiz/duyarsız kalmaları mümkün değildir* (AY m. 40/I). Gerçekleşen hak ihlalinde, *(tahkim anlaşmasının geçersizliği nedeniyle bireyin tabi olduğu mahkemeden iradesi hilâfına koparılmasında veya tahkim yargılaması sırasında, özellikle İHAS'ın 6/I. maddesinde somutlaşan yargısal temel haklarının ihlalinde olduğu gibi)* birey, devletin kurup düzenlediği yetkili makamlara başvurabilmeli (AY m. 40/I); uğradığı hak ihlalinin giderilmesini isteyebilmelidir. İlginçtir, bu esnada Anayasa'nın 36/I. maddesi, yine geçerli olup uyuşmazlığın esasının çözümünde, mahkeme yargı yolundan ayrılan taraf, bu sefer, *tahkimde uğradığı yargısal temel hak ihlaline müdahale edilmesi için ona başvurmaktadır ki, bu dahi yargısal bir temel haktır* (AY m. 40/I).

Milletlerarası tahkim, özellikle yabancıların yani Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayanların, en az Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları kadar etkin olduğu bir sahadır. Şu hâlde, yabancıların Anayasa ile güvence altına alınan yargısal temel hakların (*İHAS rejimi dışında*) Anayasal bağlamda korunmasını talep etmelerinin mümkün olup olmadığı meselesine

⁷⁰¹ Hüküm devlete, özellikle tahkimde, tahkim anlaşmasının ya da tahkim yargılamasının bireyin yargısal temel haklarının ihlaline neden olması hâlinde, söz konusu hak ihlallerinin geciktirilmeden giderilmesi hususunda, *özellikle mahkemelere ulaşma hakkının sağlanmasında, gerekli düzenlemelerin yapılması ödevini yüklemektedir (karş. MTK m. 7/H/V). Mahkemelerin, milletlerarası tahkimdeki rolünün belirlenmesi hususunda, sadece Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3/II. maddesiyle yetinilmesi hatalıdır.* Anayasa'nın 40/I. maddesi, özellikle bu son hükmün mahkemelere uygulanması ve yorumlanması konusunda, önemli bir normatif temel olmaktadır (AY m. 11/I). Üzerinde durulması gereken bir diğer durum da özellikle tahkimin, anayasal bir hak olarak tanımlanması hâlinde, gündeme gelecektir. Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına itibar edilmemesi, geçerli tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemece uyuşmazlığın esası hakkında yargılamaya devam edilmesi durumunda, geciktirilmeksizin gereken hukuki çarelere başvurulabilmesi yönünden gerekli düzenlemelerin yapılması, sözü edilen Anayasa hükmünün bir parçası hâline gelmektedir.

gelince: Yargısal temel haklar yönünden sıklıkla kullanılan ifade tarzı *herkes* ve *hiç kimse* biçiminde olduğundan; bir başka ifadeyle sözü edilen haklar, münhasıran vatandaşlara tanınmadığından, bu yönde yani *yabancı-vatandaş* şeklindeki bir ayırım, kural olarak geçerli olmayacaktır (Ayrıca bkz. AY m. 16)⁷⁰². Temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen *herkes*, “*vatandaş olma*” ve “*mütekabiliyet*” gibi herhangi bir şarta bağlı kalmaksızın ilgili yargı yoluna başvurarak hakkını arayabilecektir⁷⁰³. En azından milletlerarası tahkimde ve yargısal temel haklar bağlamında, yabancılar ile vatandaşlar arasında bir ayırımın geçerli olduğu sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir. 4686 Sayılı *Milletlerarası Tahkim Kanunu*’na tabi bir milletlerarası tahkim yargılaması yönünden (özellikle bkz. **MTK m. 1/II**), tarafların yabancı olması, Türk mahkemelerinin, tahkimdeki yargısal temel hak ihlallerine karşı suskun ve kayıtsız kalınması için bir neden değildir.

⁷⁰² TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 147.

⁷⁰³ ÇINAR, s. 77.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI “TİCARİ” TAHKİMDE MAHKEMELERİN HAKEMLERİN YARGI YETKİSİYLE İLGİLİ YARDIM VE DENETİMİ

Ş6 TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİNE, KAPSAMINA VE YORUMUNA YÖNELİK YARDIM VE DENETİM

I- Genel Olarak

Tahkim anlaşması (*ve özündeki irade serbestisi*), mecburi tahkim dışındaki her tahkimin kaynağıdır; kurucu unsurudur. Bu sözleşmesel nitelik, tahkimin hayata geçirilebilmesi için tarafların ortak ve birbirine uygun iradelerini gerekli kılmaktadır. Mahkemeler, yargı yetkilerini, anayasa ve kanundan (AY m. 142); hakemler ise, yargı yetkilerini, *kural olarak* ve *öncelikle* tarafların aralarında var olan veya olması muhtemel uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme konusundaki ortak iradelerinden alırlar¹. Madem ki, tahkim anlaşması, *hem* tahkimin kurucu unsurudur *hem de* hakemlerin yargı yetkisinin kaynağıdır (*müspet tesiri*)²; o hâlde, hakemlerce verilen bir kararın, taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı bir tahkim anlaşmasına dayanmaması hâlinde, iptali son derece doğaldır. Kaldı ki tahkim anlaşması, devlet yargısı ile hakemlerin yargı yetkisi arasındaki sınırı çizdiğinden, söz konusu sınırın her iki yönden de aşılması, tarafların birbirine uygun ve ortak iradelerinin taraflardan birisi aleyhine görmezlikten gelinmesi, hiçe sayılması anlamına gelir. Söz konusu sözleşmenin yorumu, geçerliliğinin ve içeriğinin tespiti, *kendisine bağlanan sonuçların her millî hukukta aynı olmadığı da dikkate alındığında*, son derece önemlidir³.

Tahkim anlaşmasının işlevleri, şöyle sıralanabilir:

a) Tahkim anlaşması, öncelikle tarafların uyuşmazlıklarını devlet yargısı yerine, (*onun yanında değil*) tahkim yoluyla çözme konusundaki ortak iradelerinin ispatına yarar⁴.

¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 99-100; LEW J. D.M, The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 114 vd; LEW, *Jurisdiction*, s. 73. Ayrıca bkz. CARBONNEAU, *Arbitral Adjudication*, s. 36.

² SCHÜTZE, s. 55; ALANGOYA, s. 80; KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1049; EKŞİ N., Milletlerarası Deniz Ticaret Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul, 2004, s. 71, 72.

³ LUZZATTO, s. 32.

⁴ ABDULLA Z., The Arbitration Agreement, *Chapter 2*, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004, s. 15. Tahkim anlaşmalarında bulunması şart olan bu ortak irade, onu mecburi tahkimden ayırmakta olup 1958 New York Sözleşmesi yanında UNCITRAL Model Kanunu da mecburi tahkimi esas almamıştır (*karş. ZPO §1066*).

- b) Hakemlerin yargı yetkisi, tahkim anlaşmasına uygun olarak biçimlenir. Taraflar, ancak tahkim anlaşması yardımıyla ve her hâlükârda, tahkime uygulanacak hukuka göre hakemlerin yetkilerini genişletir veya daraltır.
- c) Tahkim anlaşması, tarafların, tahkim yoluna başvurma konusundaki birbirlerine karşı geçerli yükümlülüklerinin de kaynağıdır. Bu hâliyle tahkim anlaşması, bir görüşe göre, çift yönlü olup tarafların ortak ve birbirine uygun iradelerini gerekli kılması nedeniyle maddi hukuka, borçlar hukukuna; *devlet yargısı aleyhine* hakemlerin yargı yetkisini inşa etmesi nedeniyle de usul hukukuna ait özellikler gösterir⁵.

Tahkim anlaşmasının biçim (şekil) itibariyle birbirinden farklı özellikler göstermesi, genelde, var olan uyuşmazlıkların mı, yoksa ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların mı çözümü ile ilgili olduğuna dayanır. “*Compromis*” ya da “*submission agreement*” olarak da anılan ve hâlihazırda, mevcut uyuşmazlıkların çözümüne yönelik **tahkim sözleşmeleri**, daha uzun, daha detaylı, “*tailor-made*” olarak da ifade edilen, âdeta butik bir ürün olarak hazırlanır (MTK m. 4/I, özellikle, **son cümle**; ayrıca bkz. NCPC Art. 1447, 1448-1450). Günümüzde ise sıklıkla ileride karşılaşılabilecek olası uyuşmazlıkların çözümüne yönelik, baştan akdedilen “*clause compromissoire*” şeklindeki **tahkim kayıtlarına** rastlanmaktadır (MTK m. 4/I, **son cümle**; NCPC Art. 1442-1446; Model Kanun m. 7/I; ZPO §1029/II)⁶.

Tarihsel olarak bakıldığında, özellikle tahkim kayıtlarının, yani ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların şimdiden tahkim yoluyla çözümlenmesine yönelik anlaşmaların istenmediği, arzu edilmediği görülecektir. Örneğin ICC Rules içinde yer alan *Görev Belgesi* (Terms of Reference) (*karş. MTK m. 10/E*), aynı zamanda tahkim sözleşmesi olarak da görüldüğünden, böyle bir tarihsel gerçeğin ürünüdür⁷. Ne var ki, Fransız hukukunda yaşanan

(HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 151; BROCHES, *Commentary*, s. 39, 40; CALAVROS, s. 40-41; DEREN-YILDIRIM, s. 22). Tahkim anlaşmasından, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın *mahkemeler dışında*, hukuken de *nihai* bir biçimde çözüme kavuşturulacağı anlaşılması yeterlidir; her hâlükârda, tahkim veya hakem kelimelerinin geçmesi gerekmez (SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 3, Rn. 20).

⁵ LEW, *Arbitration Clause*, s. 114. Benzer bir vasıflandırma için bkz. BGH, BGHZ 23, 198, 200. Ayrıca bkz. ALANGOYA, s. 21, 64.

⁶ SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 154 vd; SANDERS P., *Arbitration, IECL*, Vol. XVI, Chapter 12, 1996, s. 55, 56; HERRMANN G., *The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts, International Arbitration in a Changing World, ICCA Congress Series No 6, 1994*, s. 42, 43; LEW, *Arbitration Clause*, s. 115, 116; *Sempozyum*, s. 108, 109.

⁷ LEW, *Arbitration Clause*, s. 115, 116. Bugün *Terms of Reference*, görev belgesinin hâlâ, benzer amaçlara hizmet ettiğini söylemek mümkündür (ICC Rules Art. 18). Geçmişte, tahkim kayıtlarını geçerli kabul etmeyen ülke hukukları için *tahkim sözleşmesi* işlevini gören görev belgeleri, bugün, geçersiz olan veya kalan tahkim kayıtlarının geçerli kılınmasına yaramakta; tahkim kayıtlarında, tahkim yargılamasıyla ilgili varsa kimi boşlukları doldurarak tahkimi tamamlamaktadır. *Ayrıntısı için bkz. JARVIN, The source*, s. 58-59; SMIT, *ICC Court*, s. 53-56, 67; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 666; WENGER W., Art. 178, *International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 338; KALPSÜZ, *Seminer*, s. 21, 22; AKINCI, s. 132-

bu tarihi tecrübenin milletlerarası tahkim pratiğine olumsuz hiçbir etkisi olmamış; bir milletlerarası sözleşme içerisinde yer alan tahkim kaydının, iç hukukta, tahkim kayıtlarının aleyhine olan hükümden etkilenmeyeceği sonucuna varılmıştır. Şu anda ise tahkim anlaşmaları (NCPC Art. 1493) (*convention d'arbitrage*), hem tahkim kayıtlarını (*clause compromissoire*) hem de tahkim sözleşmelerini (*compromis*) kapsayacak genişliktedir (New York Sözleşmesi m. II, 1; ayrıca bkz. NCPC Art. 1442, 1447; PIL Art. 178/III; **MTK m. 4/I**)⁸.

Tahkim kayıtları ile tahkim sözleşmeleri arasında, özellikle tahkim anlaşmalarının maddi ve şekli geçerliliği; kapsamının tespiti ve yorumlanmaları konusunda, kural olarak, bir fark bulunmamaktadır. Ancak bu, özellikle tahkim sözleşmelerine ilişkin, kimi özel durumların geçerli olmadığı anlamına da gelmez: Taraflar arasındaki temel borç ilişkisinin hukuki durumu ne olursa olsun, *belli* bir hukuki ilişkiden kaynaklanmak kaydıyla (ZPO §1029/I; Model Kanun m. 7/I; karşı. **MTK m. 4/I**)⁹ her türlü uyuşmazlığı kapsayan, özellikle tarafları yönünden kimi zaman genişlemeye ve değişmeye açık *tahkim kaydına* taraflarca dayanılması mümkündür. Oysa bu sonuç, özellikle tahkim *sözleşmeleri* yönünden geçerli değildir. Tahkim sözleşmeleri, uyuşmazlığın yaşanmasının ardından *belli* taraflar arasında, *belli* bir *uyuşmazlığa* özgü olarak kaleme alınırlar; yorum yoluyla genişlemeleri veya değişimleri, mümkün değildir. Temelini teşkil ettikleri tahkim yargılamasının sona ermesinin ardından hiçbir geçerlilikleri kalmaz. Aynı tahkim sözleşmesine bir kez daha dayanılması mümkün değildir, zira yargılamanın sona ermesiyle tükenmiştir. Buna karşın, tahkim kayıtları, tek bir defalık değildirler. Tahkim yargılamasının ardından, aynı hukuki ilişkiyle fakat diğer bir uyuşmazlıkla ilgili, belki de farklı taraflar arasında, yeni bir tahkim yargılamasına, kaynaklık edebilirler¹⁰.

146; **AKINCI Z.**, Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan C.II, İstanbul, 2003, s. 980, 981.

⁸ **LEW**, *Arbitration Clause*, s. 116; **HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 258, 259; **KALPSÜZ**, *Tahkim Anlaşması*, s. 1030; **DEREN-YILDIRIM**, s. 22.

⁹ Buradaki "*belli*" sıfatından *tanımlanabilir, sınırları çizilebilir, muğlak, belirsiz olmayan* anlamının çıkarılması uygun olur. Zira Model Kanun m. 7/I yönünden tercih edilen terminoloji de zaten "*in respect of a defined relationship*" şeklindedir (Karşı. **MTK m. 4/I**). Kanunumuzdaki "...*mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya*" şeklindeki ibarenin haklı eleştirisi için bkz **KALPSÜZ**, *Tahkim Anlaşması*, s. 1029. *Belli-belirli* olması gereken, taraflar arasındaki uyuşmazlık değil; hukuk ilişkisinin kendisidir (**SCHWAB/WALTER/BAUMBACH**, Kap. 3, Rn. 16; **MUSIELAK/VOIT**, §1029, 16; **ZÖLLER/GEIMER**, §1029, Rn. 26; **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 72). Kaldı ki, taraflar arasında, mutlaka *kurulmuş* bir sözleşmenin bulunması da aranmamalıdır. Öte yandan, tahkime konu uyuşmazlığın mutlaka sözleşmesel bir temelinde bulunması gerekmez. Ayrıca bkz. **BROCHES**, *Commentary*, s. 40, 41; **BERGER**, s. 121, 122; **WAGNER**, s. 688; **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 137; **AKINCI**, s. 70, 75; **DEREN-YILDIRIM**, s. 22, 37.

¹⁰ **LEW**, *Arbitration Clause*, s. 117. Ayrıca bkz. **MUSTILL/BOYD**, s. 6-7; **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 131, 132.

II- Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı ve Uygulanacak Hukuk

A- Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı

Taraflar arasındaki temel borç ilişkisinden ayrıca ve ondan sonra akdedilen **tahkim sözleşmesinin**, *ayrı bir belgede düzenlenmiş olması; başlı başına ve ana sözleşmeden farklı bir konuyu düzenlemesi ve belki de farklı bir hukuka tabi olması nedenleriyle* temel borç ilişkisine karşı bağımsız olduğu sonucuna, kolaylıkla varılabilmektedir. Gerçi, tahkim sözleşmesinin dahi temel borç ilişkisiyle ilgili/ilintili olduğu bir gerçektir. Ancak bu sözleşmenin konusu, sadece, taraflar arasında *çıkılmış* uyuşmazlığın tahkim yoluyla halli olup icrası, temel borç ilişkisinin tarafları için öngörülen borç veya borçların ifasından tümüyle bağımsız ve başkadır¹¹. Tahkim anlaşmasının temel borç ilişkisinde tarafların üstlenmiş oldukları yükümlülüklerin doğal bir parçası olmadığı açıktır. Tahkim iradesinin söz konusu yükümlülüklerin zorunlu içeriğinden olduğu da söylenemez. Bu nedenle örneğin, İngiliz hukukunda, tahkim anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerin, temel borç ilişkisiyle ilgili ne *edim* ne de *yan* yükümlülüklerinden olduğu kabul edilir¹². İsviçre hukukunda ise çok daha açık bir biçimde ve tıpkı milletlerarası yetki sözleşmelerinde olduğu gibi tahkim anlaşmalarının birer *usul sözleşmesi* olduğu kabul edilmektedir¹³. Oysa uygulamada, pek çok **tahkim anlaşması**, temel borç ilişkisini düzenleyen sözleşmenin bir parçası, onun bir diğer hükmü olarak, *-tahkim kaydı-* şeklinde akdedilmektedir. Burada karşılaşılan ana sorunlar, temel borç ilişkisini düzenleyen sözleşmenin *geçersiz veya kanuna aykırı olması hâlinde*, söz konusu tahkim kaydının geçerliliği ile ana sözleşmenin *sona ermesi hâlinde*, tahkim kaydının hukuki geleceği hakkındadır. Sorun, büyük ölçüde, tahkim kaydı ile sözleşmenin diğer hükümleri arasındaki bağlantının ya da ilişkinin niteliği ile ilgili olup bu da, “*doctrine of separability*” **ayrılabilirlik ilkesi** yoluyla açıklanmakta ve çözümlenmektedir¹⁴.

¹¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 101; LEW, *Place of Arbitration*, s. 78; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 162, 163.

¹² SAMUEL A., Separability in English Law-Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which It Is Contained? 3(3) J. Int'l Arb 1986, s. 109.

¹³ ABDULLA, s. 28; ALANGOYA, s. 81, 93; ÜSTÜNDAĞ, s. 946, 947; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 607; KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1042.

¹⁴ SCHWEBEL M. S., International Arbitration: Three Salient Problems, 1987, s. 3-12. Tahkim kaydının (hukuki) bağımsızlığı, tahkim kaydına uygulanacak hukukun ana sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olmasının mümkün olup olmadığı tartışmasını da beraberinde getirmektedir. Hatta söz konusu bağımsızlık, çok daha farklı anlamlarda da kullanılabilir; tahkim anlaşmasının her türlü millî hukuktan bağımsızlık olup olmadığı şeklindeki anlayışları da çağrıştırmaktadır (FOUCHARD/ GAILLARD/GOLDMAN, s. 197; DIMOLITSA A., Separability and Kompetenz-Kompetenz, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 224; ANCEL, s. 122; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102; CALAVROS, s. 44). Ayrıca bkz. KALPSÜZ, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.361, 362.

Ayrılabilirlik ilkesine göre, ana sözleşme içinde yer alan tahkim kaydı, ana sözleşmeden bağımsız ve ondan ayrı bir sözleşme olarak kabul edilir. *Meselenin özü, ne ana sözleşmenin ne de tahkim kaydının geçerliliklerinin birbirine bağlı olmasıdır*¹⁵. Bu nedenle de ana sözleşmenin sona ermesi veya hukuka aykırılığı, tahkim kaydına bağlı olarak şekillenen hakemlerin yargı yetkisini etkilemez. Bir başka ifadeyle uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin yükümlülük, ana sözleşmenin ihlali, sona ermesi veya geçersizliği hâllerinde de devam eder¹⁶. *Söz konusu ilke, tahkim kaydının bu tip itirazlarla bertaraf edilmesinin önüne geçtiği ve tarafların tahkim üzerindeki müşterek iradelerinin korunmasına yardımcı olduğu gibi, hakemlerin yargı yetkisinin de âdeta garantisi niteliğindedir*¹⁷.

Tahkim kaydı, ana sözleşmenin sıradan bir parçası olarak nitelendirilmiş olsaydı, tarafların, sözleşmenin geçersizliği hiç doğmamış olduğu ya da sona erdiği şeklindeki muhtemel iddiaları, hakemlerin yargı yetkilerini de doğrudan ve olumsuz yönde etkileyecekti. Bir başka ifadeyle söz konusu iddiaların gerçek olduğunun anlaşılması hâlinde tahkim kaydı, ana sözleşme ile aynı kaderi paylaşacak ve hakemlerin yargı yetkisine artık kaynaklık edemeyecekti. Bu hâlde, hakemlerin, uyuşmazlığın esası hakkında karar vermek bir yana, hükmedebilecekleri yegâne husus, artık yargı yetkilerinin bulunmadığı, olacaktı¹⁸. Bu sonucun, tarafların arzusuyla uyum içinde olmadığı açıktır¹⁹. **O hâlde, kısaca, hakemlere, ayrılabilirlik ilkesi, uyuşmazlığın esası hakkında; competence-competence ilkesi ise yargı yetkileri üzerinde, karar verebilmeleri imkânını tanımaktadır**²⁰.

Ayrılabilirlik ilkesi, pek çok millî tahkim kanununda düzenlenmiş olup mesele, çoğu zaman hakemlerin yargı yetkileriyle de yakından ilgili olduğu için hakemlerin kendi yetkileri

¹⁵ SAMUEL, *Separability*, s. 95-96. Karş. KURU, s. 5942, 5943.

¹⁶ SAMUEL, *Separability*, s. 97, 98; SCHWEBEL, *Three Salient Problems*, s. 3, 4. Karş. ERTEKİN/KARATAŞ, s. 52, 77-79. Ayrıca bkz. 1. D. 27.02.2003, 14/25, (DKD 2003/1, s. 3-6)

¹⁷ GOLDMAN, s. 262; SANDERS, *Arbitration*, s. 61-62; SCHWEBEL, *Three Salient Problems*, s. 4; SAMUEL, s. 157, 158; FOUCHARD/ GAILLARD/GOLDMAN, s. 211; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 103; REDFERN/HUNTER/ BLACKABY/PARTASIDES, s. 164, 165; DEREN-YILDIRIM, s. 52, 53.

¹⁸ SAMUEL, *Separability*, s. 100; SCHWEBEL, *Three Salient Problems*, s. 9.

¹⁹ Belli bir ilişkiden kaynaklanan her türlü veya tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla halli konusunda anlaşılmalı olması, hiç şüphesiz ki, söz konusu hukuki ilişkinin geçersizliği, sona ermesi veya hiç kurulmadığı iddialarını da kapsayacaktır. *Ayrılabilirlik ilkesi* sayesinde tahkim kaydı, sözleşmenin sona ermesi hâlinde etkisini gösterdiği gibi, hiç kurulmadığı ya da başlangıçtan itibaren, *ab initio*, geçersiz olduğunun iddia edildiği durumlarda da, *kural olarak* geçerliliğini muhafaza eder (LEW, *Jurisdiction*, s. 76-77). Ayrıca bkz. GOLDMAN, s. 262.

²⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102. *Sojuznefteexport (SNE) v. Joc Oil Ltd.*, XV YBCA 1990, s. 384 vd. *Sandvik AB v Advent International Corp*, XXVI YBCA 2001, s. 961 vd. Bu durum, kimi hukuki sonuçların, tahkim kaydı için de geçerli olmaması anlamına gelmez. Lakin ayrılabilirlik ilkesine göre, bu hâlde dahi taraflar arasında kurulmuş bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığı, *ana sözleşmenin hukuki kaderinden bağımsız olarak ele alınmalıdır* (ANCEL, s. 124; SANDERS, *Arbitration*, s. 62; SAMUEL, *Separability*, s. 100, 101). Zira taraflar arasında, temel bir borç ilişkisi kurulmadan önce ve ondan bağımsız olarak da bir tahkim anlaşması bulunabilir ve kurulamamış temel borç ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da tahkim yoluyla çözümü öngörülebilir (karş. MTK m. 4/I) (SHACKLETON S., *Arbitration Without A Contract*, 17(9) Mealey's IAR 2002, s. 25 vd.).

hakkında karar verebilmelerine ilişkin (*competence-competence*) hükümler arasında düzenlenmiştir (Model Kanun m. 16/I; ZPO §1040/I; PIL Art. 178/III; 1996 AA § 7; Hollanda CCP Art. 1053; Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1697/II; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. V, 3; **MTK m. 3/IV; 7/H/I**. Ayrıca bkz. ICC Art. 6/IV; LCIA Art. 23; UNCITRAL Rules Art. 21/II). Esasen bu prensip, özellikle Fransa'da, kanunlarca düzenlenmesinden önce de mahkemelerce benimsenmiş ve uygulanmıştır²¹. **Öğretide, bu yaygın kabul karşısında, söz konusu ilkenin, milletlerarası tahkimin gerçek bir milletlerüstü (transnational) kuralı hâline geldiği yorumu yapılmaktadır**²².

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığın bir diğer sonucu da, ana sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti ile tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukukun tespitinin, farklı kriterlere bağlı olmasıdır²³. Özellikle taraflarca, tahkim kaydına uygulanacak hukukun belirlenmediği durumlarda *tahkim yeri*, bir bağlanma noktası olarak kabul edilmektedir (New York Sözleşmesi m. V, 1, a; Model Kanun m. 36/I, 1,a,i). Söz konusu bağlanma noktası, ana sözleşme yönünden pek de bir önem arz etmezken; tahkim yeri hukuku ve mahkemeleri, genellikle kabul edildiği üzere tahkim yargılaması üzerinde, otorite sahibi olup denetim rolünü üstlenmektedir. Eş deyişle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmediği ve söz konusu anlaşmanın varlığının tartışmalı olduğu hâllerde, aranan şartlar, tahkim yeri hukukuna göre belirlenebilmektedir (*karş. MTK m. 4/III*)²⁴.

²¹ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 198, 199. Ayrıca bkz. **ALANGOYA**, s. 93; *Karş.*

²² **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 207-208; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 106; **DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON**, s. 56.

²³ **BERGER**, s. 156-159; **BERGER**, *The Arbitration Agreement*, s. 392; **van den BERG**, *New York Convention*, s. 293; **JARVIN**, *The source*, s. 52. Bu sonuç şaşırtıcı değildir. Temel borç ilişkisi yönünden ne *edim* ne de *yan* yükümlülüklerden olan tahkim iradesinin temel borç ilişkisi için geçerli olan hukuka tabi olması, beklenmemelidir (**SAMUEL**, *Separability*, s. 109; **SAMUEL**, s. 160).

²⁴ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s.223; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 107 Ana sözleşme ile tahkim kaydı arasındaki bu farklılaşma, ana sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılmamış olması hâlinde daha belirgindir. Ne var ki, taraflarca temel borç ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmiş olması hâlinde, söz konusu tercihin, aksi öngörülmediği sürece tahkim anlaşması içinde de geçerli olduğu yönünde *kuvvetli* bir eğilim bulunmaktadır. Zira tarafların ana sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlerken, tahkim kaydının da bundan farklı bir hukuka tabi olmasını istemelerinin nadir olduğu düşünülür (**COLLINS L.** *The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England, Contemporary problems in international arbitration*, ed. **Julian D. M. Lew**, 1986, s. 127; **WAGNER**, s. 697. *XL Insurance Ltd v Owens Corning*, XXVI YBCA 2001, s. 869 vd; [2000] 2 Lloyd's Rep 500). *Karş. JARVIN*, *The source*, s. 52-53. *OLG Hamburg*, V YBCA 1980, s. 262; *Tribunal Fédéral*, XXII YBCA 1997, s. 800 vd. Ayrıca bkz. **BERBER L. K.**, *Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi, Kompetenz-Kompetenz*, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2001, s. 125.

B- Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

1- Genel Olarak

Tahkim anlaşmasına ait çeşitli sorunların çözümünde, uygulanacak hukukun tespiti, gerek öğretide gerekse uygulamada, önemli olmaktadır. Gerçi UNCITRAL Model Kanunu nedeniyle belli bir harmoni yaşanmakta ise de millî hukuklar bağlamında, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkındaki şekli ve maddi şartların farklılaşmasına bağlı olarak taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı konusunda, uygulanacak hukuk, hâlâ büyük bir önem arz etmektedir²⁵. ***Kaldı ki, mahkemelerin tahkimde, özellikle yardım ve denetim işlevlerini yerine getirebilmeleri yönünden, öncelikle kendilerince belirlenen hukuka göre söz konusu tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının tespiti, hayati bir önemi haizdir.*** Zira uygulamada, tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen bir hakem kararının, teorik tartışmalar bir yana bırakıldığında, başka ülkelerde tenfizi, neredeyse mümkün gözükmemektedir²⁶.

Tahkim anlaşmasının *değişik yönlerine* ilişkin uygulanacak hukukun tespiti, açıklıkla henüz çözüme kavuşturulmuş değildir. Çatışma genelde, şu 4 ana temele dayanmaktadır²⁷:

- a) Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde, anlaşmanın *varlığı* ile *geçerliliğinin* birbirinden ayrılması zorunludur (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI)²⁸.
- b) Tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği sorunu, farklı zamanlarda; farklı mercilerin önünde gündeme gelebilir. Problemin çözümü, sorunun nerede ve hangi anda yaşandığı ile yakından ilgilidir. Bu kapsamdaki sorunların, mahkemeler önünde²⁹:
 - i) Taraflardan birinin uyuşmazlığı, dava açarak mahkemelere taşıdığı bir sırada, diğer tarafın geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına dayanarak itirazda bulunması hâlinde (**MTK m. 5/I**);
 - ii) Tahkimin desteklenmesi amacıyla mahkemelerden geçici hukuki korumanın talep edildiği durumlarda (**MTK m. 6/III, IV**)³⁰;

²⁵ Buna, özellikle uygulanması muhtemel hukuklardan birine göre tahkim kaydının geçersiz kaldığı durumlarda rastlanmaktadır (ICC Case No 6379, XVII YBCA 1992, s. 212); **BLESSING M.**, The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 169.

²⁶ **SAMUEL A.**, The Effect of the place of arbitration on the enforcement on the agreement to arbitrate, The place of Arbitration, eds. M. Storme and F. De Ly, 1992, s. 46.

²⁷ **BLESSING**, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 169; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 107.

²⁸ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 107, 108.

²⁹ **HANOTIAU B.**, The Law Applicable to Arbitrability, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 146 vd; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 109.

iii) Taraflardan birinin hakem heyetinin oluşumuna katılmaması üzerine diğer tarafın, hakemin seçilmesi veya hakem heyetinin teşekkülü konusunda, mahkemeye başvurması üzerine (**MTK m. 7/B/III; karşı. PIL Art. 179/III; Hollanda CCP Art. 1027/IV**)³¹;

iv) Hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili kararlarının denetimi sırasında (Model Kanun m. 16/III; ZPO §1040/III; **MTK m. 7/H/V; 15/A/II, b.1, d**);

v) Uyuşmazlığın esasıyla ilgili hakem kararının icrası veya iptali istendiğinde, çözümlenmesi gerekebilir.

c) Tahkim anlaşmasının varlık- geçerliliğini etkileyen ve her biri için de farklı hukukun uygulanmasını gerektiren, pek çok ilintili durum bulunabilmektedir;

d) Konuyla ilgili düzenlemelerin kapsam ve uygulama alanlarının netlik kazanmamış olması hâlinde, özellikle milletlerarası sözleşmeler ile millî hukuklar arasında bir çatışma yaşanabilmektedir.

Her bir durumda, uygulanacak hukukun tespiti bakımından, değişen zamana bağlı olarak farklı bağlanma noktalarının tercih edilmesi mümkündür. Örneğin, hakem kararı verilmeye kadar geçen zaman ve harcanan emek, dikkate alındığında, tahkim anlaşmasının varlığının sorgulandığı bir durumda, tahkim anlaşmasının olabildiğince geçerliliği yönündeki yaklaşımların benimsendiği, görülür³². Esasen, farklı zamanlarda ve farklı makamlarca konuya ilişkin farklı kuralların uygulanacak olması, tüm aşamalar için geçerli tek bir kuralın varlığını, haklı kılmaktadır. Hatta bir çelişki gibi gözükse de bu farklılaşmanın, aynı ülke içerisinde, mahkemelerin söz konusu konuyu inceledikleri zamana bağlı olarak gerçekleşmesi dahi mümkündür. Örneğin, bir mahkeme tarafından tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeleri gerektiği sonucuna varılırken; yargılamanın sona ermesinin ardından, söz konusu

³⁰ *BT Drs 13/5274*, s. 45.

³¹ Bu hâlde, taraflardan birinin itirazı üzerine, mahkemece önce tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespiti gerekir (BayObLG, RPS 1/2000, s. 15). Karara konu olayda mahkeme, söz konusu tahkim kaydını, belirsiz ve müphem olduğu gerekçesiyle geçersiz saymıştır. Oysa bu aşamada, mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerine yapacakları denetimin *prima facie* bir gözlem ile mi sınırlı kalacağı (*karşı. PIL Art. 179/III*); yoksa tam bir denetimin mi geçerli olacağı, tartışmalıdır (*LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 110).

³² **BERNARDINI P.**, Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 197 vd. Ayrıca bkz. *Cour d'appel Brussels, Company M v M SA*, XIV YBCA 1989, s. 618.

hakem kararının iptaline ya da icrasının reddine, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmaması nedeniyle hükmedilebilmektedir³³.

2- Tahkim Anlaşmasının Şekli Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği, pek çok ülke hukukunda ve milletlerarası düzenlemede, doğrudan, maddi devletler özel hukuku kuralları (*substantive rule of private international law*) sevkedilmek suretiyle düzenlenmiştir (1958 New York Sözleşmesi m. II; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. I/2, a; Model Kanun m. 7; ZPO §1031; 1996 AA §5; Hollanda CCP Art. 1021; PIL Art. 178; **MTK m. 4/II**). Bu şekildeki belirleme, başkaca bir hükmün bulunmasına ihtiyaç bırakmaksızın, sorunun kolaylıkla çözümlenmesine yardımcı olmaktadır. Lakin bu kez de, özellikle, ülke hukukunda geçerli olan, aynı yöndeki hükümlerden öncelikle hangisinin uygulanacağı sorunu gündeme gelmektedir. Millî kanunlarda yer alan, sonraki tarihli ve daha esnek şekil şartları içeren düzenlemeler ile milletlerarası sözleşmelerde yer alan hükümler çelişebilmektedir (**MTK m. 1/VI**). Üstelik millî kanunlarda yer alan hükümlerin içeriklerinin ve nasıl uygulanacaklarının belirlenmesi de gerekebilmektedir³⁴.

1958 New York Sözleşmesi, uygulama alanıyla sınırlı olmak üzere, bir azami norm getirmekte olup bu alanda, millî kanunlarca daha sert ve katı düzenlemeler uygulanamaz. Buna göre, New York Sözleşmesi'nin II, 2. maddesindeki şekil şartını sağlayan bir tahkim anlaşmasının, âkit devletlerce kendi millî kanunlarında yer alan, daha katı düzenlemelere rağmen geçerli kabul edilmesi gerekir³⁵. Lakin millî tahkim kanunları, UNCITRAL Model Kanunu sonrası, genellikle, New York Sözleşmesi'nde yer alan, özellikle yazılılığa ilişkin şekil şartından daha esnek hükümler içermektedir. Bu nedenle yukarıda anılan olasılığın tam

³³ *Tribunal Fédéral*, XXII YBCA 1997, s. 800. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun *hakemlerce* tespiti hâlinde ise bir başka güncel sorun daha gündeme gelmektedir. Mahkemeler, böyle bir sorunun çözümünde, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına yönelirken; hakemler için benzer bir *lex fori*'nin bulunmadığı düşünülür. Hatta hakemler, tahkim yeri hukukun bir parçası ve söz konusu ülkenin kamu düzeninin bekçileri de olmadıklarına göre (**LEW, Arbitration Clause**, s. 136; **HANOTIAU**, s. 158), çok daha farklı (kanunlar ihtilafı) kuralları(nı) seçip uygulayabilirler (**LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 112).

³⁴ **BERGER**, s. 133-134; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 113; **DIMOLITSA**, s. 251; **EKŞİ, Incorporation**, s. 73-76. Ayrıca bkz. **ŞANLI**, s. 245.

³⁵ **ALVAREZ G.A.**, Article II(2) of the New York Convention and the Courts, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 67, 68. Tüketici sözleşmelerinde yer alan tahkim kayıtlarına ilişkin, kimi ülkelerde, daha farklı ve katı şekil şartı düzenlemeleri, bulunmaktadır (ZPO §1031/V). Âkit devlet, 1958 New York Sözleşmesi'ni akdederken sözleşmenin sadece ticari ilişkilerde geçerli olacağına dair bir çekince koymadığı sürece, Sözleşme, tüketici sözleşmeleri de dâhil olmak üzere, tüm hukuki ilişkiler için geçerlidir. Bu hâlde, tahkime elverişlilik (*arbitrability*) bir kenara bırakılacak olursa, II. madde, millî kanunlarda yer alan daha katı şekil şartlarının uygulanmasına mânidir. Böylece, bir Alman mahkemesi, New York Sözleşmesi'nin II. maddesinde yer alan şekil şartı sağlandığı sürece ZPO §1031/V'de yer alan (ayrı bir metinde yer alma ve tüketici tarafından imzalanma) şartın sağlanmasını beklemeden, tarafları, yargı yetkisinin bulunmaması nedeniyle tahkime yönlendirecektir (**LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 114). Aynı yönde bkz. **RAESCHKE-KESSLER, Arbitrability**, s. 54.

aksine, bir tahkim anlaşması, New York Sözleşmesi'nde yer alan yazılılık biçimindeki şekil şartını sağlayamadığı hâlde, millî tahkim kanunlarında yer alan şekil şartını kolayca karşılayabilmektedir³⁶. Düzenlemenin bu yalın hâli karşısında, millî kanunlarda yer alan, daha esnek şekil şartının sağlanmış olmasına karşın; Sözleşmede yer alan şekil şartının karşılanamamış olması hâlinde, tarafların, *ne* söz konusu tahkim anlaşmasının *ne de* ona dayalı hakem kararının Sözleşme bağlamında, tanınması/tenfizini istemesi, mümkün değildir³⁷. Buna karşın tarafların, bu hâlde, ancak, millî kanunlar kapsamında, tahkim anlaşmasının tanınmasını-icrasını isteyebileceği; Sözleşme'nin VII maddesinin, taraflara, daha lehe olan millî kanunlara veya sair milletlerarası düzenlemelere (*bkz.* 1961 Cenevre Sözleşmesi, m. I, 2,a) dayanabilme imkânını sunduğu, öğretide savunulmaktadır³⁸.

Model Kanun uygulamasına gelince: Model Kanun'un 7. maddesi, pek çok diğer hükümde olduğu gibi, (Model Kanun m. 1/II) tahkim yerinin, Model Kanun'u kabul etmiş ülke içinde olması durumunda, uygulanmaktadır (*karş.* **MTK m. 1/II**). Tahkim anlaşmasında, tahkim yerinin bir başka ülke olarak belirlenmesi hâlinde (*karş.* **MTK m. 1/II**), bir başka anlatımla *tahkimin, milletlerarası tahkime özgü millî tahkim kanununa tabi olmaması durumunda*, mahkemeler yönünden çözümü gerekli sorun, tahkim anlaşmasına yönelik şekil şartının neye göre belirleneceğidir. Örneğin, tahkim yeri Berlin olan ve fakat taraflarınca da Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi tutulmayan (**MTK m. 1/II**) bir tahkim yargılamasına konu olması beklenen uyuşmazlığın, İzmir Asliye Hukuk Mahkemesi'ne taşınması, diğer tarafın da tahkim itirazında bulunması, mümkündür (**MTK m. 5/I**). Sorunun çözümünde, uygulanacak hükümler bakımından, üç olasılık bulunmaktadır³⁹:

- a) Tahkim yeri millî hukukuna ait düzenlemeler; *veya*
- b) Davanın açıldığı ülkenin tarafı olduğu 1958 New York Sözleşmesi'nin II. maddesi (ki bu hâlde, uygulanması mümkün 1961 Cenevre Sözleşmesi m. I, 2, a; *ayrıca bkz.* X, 7).
- c) Açık hükmün varlığına rağmen milletlerarası tahkime ilişkin millî kanunun ilgili hükmü (*karş.* **MTK m. 1/III, 4, 5, 6**).

³⁶ **van HOUTTE H.**, Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience, 16(1) Arb Int 2000, s.1 vd.

³⁷ **van den BERG**, s. 179 vd.; **van den BERG J. A.**, The Application of the New York Convention by Courts, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 25; **HERRMANN**, *Uniform Legislation*, s. 211 vd. *Ayrıca bkz.* **FOUCHARD /GAILLARD/GOLDMAN**, s. 137; *Obergericht Basel, DIETF v RF*, XXI YBCA 1996, s. 685 vd; *OLG Schleswig*, 46 RIW 9/2000, 706-709.

³⁸ *OLG Hamburg*, V YBCA 1980 s. 262; **BERGER**, s. 134; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 115.

³⁹ **SCHÜTZE**, s. 66.

Örnekle açıklamaya çalışalım: Tahkim yerinin Fransa olduğu bir olayda, tahkim anlaşmasının *şekli geçerliliğine* ilişkin bir sorunla karşılaşan Alman Mahkemesi, ZPO §1025/I'in açık hükmü karşısında (Model Kanun, m. 1/II), ZPO'nun tahkim anlaşmasının şekline ilişkin 1031. paragrafını, tahkim yerinin Almanya olmaması nedeniyle uygulayamayacaktır (ZPO §1025/II; 1032/I). Bu hâlde, hangi hükümlerin uygulanması gerektiği konusunda, ZPO'da açık bir hüküm de bulunmamaktadır. Seçeneklerden ilki, 1958 New York Sözleşmesi'nde yer alan ve Alman iç hukukuna göre daha katı olan hükmün uygulanmasıdır ki, *böyle katı bir yorumun gerekli ve yerinde olmadığı düşünülmektedir*⁴⁰. Diğer bir olasılık ise, söz konusu şekil şartının tahkim yeri hukukuna göre, örneğimiz yönünden, milletlerarası tahkimde, sözlü tahkim anlaşmalarını da geçerli sayan Fransız hukukuna göre belirlenmesidir. Oysa buna da, Alman hukukundaki yazılılık şartının aşılmasına-dolanılmasına neden olacağı için karşı çıkmaktadır. *Kaldı ki, Alman mahkemelerinin yargı yetkisine sahip olup olmadığına Fransız kanunlarına göre belirlenecek olması fikrinin kabullenilmesi zordur. Mülklik prensibi sonucunda, örneğimiz yönünden Alman hukukunun uygulanması olanaklı gözükmemekteyse de (aynı yönde bkz. MTK m. 1/III, 4) ülke uygulamaları dikkate alındığında, her devlet, kendi mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda yine kendi hukukunu uygulamak eğilimindedir*⁴¹. Ne var ki, sorunun özü olan ülke hukukunun bu hâlde, hangi normunun uygulanacağı konusunda, *kanımızca* gerek 1958 New York Sözleşmesi gerekse 1961 Cenevre Sözleşmesi, bir adım öne çıkmaktadır. Bunların uygulanması sırasında, tercih edilecek geniş yahut esnek yorum tarzı ise ülke mahkemelerinin tahkime olan bakışıyla yakından ilgilidir.

3- Tarafların Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşmasını akdedenlerin ehliyetleriyle nadiren ilgilenilmiştir. *Ehliyet* sorunu, çoğu kez, *temsil* ve *sübjektif tahkime elverişlilik* konuları ile birlikte değerlendirilmiş; karşılaştırmalar, bu üç başlık arasında yapılmaya çalışılmıştır⁴². Konuyu, nadiren düzenleyen hükümlerden biri de 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 2. maddesidir; tarafların *ehliyeti*, kendilerine uygulanacak hukuka tabidir (MÖHUK m. 8/I, IV). Oysa başta, 1958 New York Sözleşmesi olmak üzere, pek çok millî hukuk, meseleyi, büyük

⁴⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 115. *Kanımızca*, bu durum, tartışmaya açıktır. Bu hâlde, Alman yargı düzenine ait çıkarların asgari düzeyde olduğunu söylemek de, her zaman mümkün olmasa gerek. Zira uyumsuzluğun esasıyla ilgili olarak Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunabilir ve bu da Alman yargı düzenini yakından ilgilendirebilir. Şu hâlde, şekil yönünden geçerli bir tahkim anlaşması, *kural olarak*, Alman mahkemelerinin yargı yetkisinin tahkim yeri Fransa olan bir tahkim yargılamasıyla yer değiştirmesi anlamına gelmektedir.

⁴¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 116; EKŞİ, *Incorporation*, s. 78, 79.

⁴² ABDULLA, s. 24; GRANZOW, s. 73-75; HENN, s. 10, 11; DEREN-YILDIRIM, s. 31.

ölçüde, hakem kararların iptali ya da tanınması-tenfizi aşamasına ilişkin olarak düzenlemiştir (New York Sözleşmesi m. V, 1, a; ZPO §1059/II, 1,a; Model Kanun m. 34, 2, a, i; **MTK m. 15/A/II, I, a**)⁴³. Şu hâlde, sorunun çözümü, tarafların kendilerine uygulanacak hukukun ne olduğunun belirlenmesi ile ilgili olmaktadır ki, bu da tümüyle genel kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlantılı bir meseledir (*ayrıca bkz.* Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1676/II, 1)⁴⁴.

Ehliyet sorununun *gerçek ve tüzel kişiler* yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi, yerinde olur. Her iki durum için de tercih edilen, genellikle, meselenin klasik kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümüdür⁴⁵. Oysa milletlerarası tahkimde ve özellikle *tüzel kişiler* yönünden, bazı maddi kurallardan hareket edilmesi de önerilmektedir. Buna göre, milletlerarası tahkimde, ticari aktivite icra eden tüzel kişilerin tahkim anlaşması yapabilmeleri bakımından hiçbir ehliyet sınırlaması söz konusu değildir; bu sayede söz konusu tüzel kişinin çoğu kez kendilerine uygulanacak millî hukuk yardımıyla tahkim anlaşmasından kaçabilmesinin de önüne geçilmektedir (*ayrıca bkz.* PIL Art. 177/II)⁴⁶.

Tahkim anlaşmasına taraf olanların *ehliyetleriyle* ilgili meselelerden daha güncel bir başka sorun ise özellikle tahkim anlaşmasının bir vekil-temsilci aracılığıyla yapılması hâlinde, gündeme gelmektedir: Bu durumda, sıklıkla tahkim anlaşmasının tarafı olarak gözüken tüzel kişiliğin usulüne uygun olarak temsil edilip edilmediğinin çözümü gerekmektedir⁴⁷. Yine, tahkim anlaşmasını akdeden temsilcinin tahkim anlaşmaları için aranan *özel yetkiden* yoksun olması durumunda (BK m. 388/III; HUMK m. 63; CC Art. 1989; ABGB Art. 1008; OR Art. 396/III), ortada müvekkil bakımından hâlâ geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının da üzerinde durulmalıdır. Şayet, tahkim anlaşmaları için temsilcinin-vekilin

⁴³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 117-118; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 242, 243; SAMUEL, *Place of arbitration*, s. 46.

⁴⁴HASCHER, *Convention*, s. 634; BERGER, s. 177; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 118; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 242, 243; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 60, 61; WAGNER, s. 697; AKINCI, *Hakem Kararı*, s. 117. Tahkim anlaşmasının bir usul sözleşmesi olarak kabulü, ehliyet meselesinin aslında, taraf ve dava ehliyeti şeklinde gündeme gelmesine neden olacaktır. *Ayrıntısı için bkz.* SCHUTZE, s. 42, 43; HENN, s. 14, 15; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 4, Rn. 3; DEREN-YILDIRIM, s. 31; ŞANLI, s. 224.

⁴⁵ ABDULLA, s. 24.

⁴⁶ BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 181, 182. Milletlerarası ticaretin ve dolayısıyla tahkimin millî hukukların kendine özgü hassasiyetlerden etkilenmediği durumlarda ancak uyum içinde olacağına ve ticari aktivite icra eden *gerçek kişilerin* de aynı maddi kuralın kapsamına girdiğine ilişkin bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 248-250. Milletlerarası tahkim uygulamasında, *ehliyet* sınırlamaları, özellikle devletin yoğun kontrolünün bulunduğu ekonomilerde, gerçekleşen hukuki ilişkiler bakımından, dış ticaret yetkisinin bulunmadığı/alınmadığı durumlarda gündeme gelmektedir. Yugoslav tarafın dış ticaret izninin bulunmaması ve bu yüzden tahkim anlaşması akdetmek yönünden gerekli ehliyete de sahip olmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz sayıldığı, karar için bkz. BGH, XXIV YBCA 1999, s. 928.

⁴⁷ 11. HD. 10.4.1997, 711/2662 (XIX BATİDER 1997/1, s. 188, 189).

özel yetkiye sahip olması şart ise bu özel yetkinin de belli bir şekil şartına tabi olup olmadığı, sorunun çözüm bekleyen üçüncü ve son yönüdür⁴⁸.

Sorunun çözümü için anılan sınırlandırmaları etkin kılacak millî hukuklara göndermede bulunan, kanunlar ihtilafı kurallarının mı tüketileceği, milletlerarası tahkimi de yakından ilgilendiren en genel sorudur. Zira milletlerarası tahkimde, özellikle tahkim anlaşmaları yönünden, millî hukuklarda aranan özel yetkiye itibar edilmeksizin, temsilcinin-vekilin sahip olduğu genel yetkinin tahkim anlaşmaları için de yeterli sayılmasına yönelik bir *maddi kuralın* geçerli olması, önerilmektedir⁴⁹. Yine, şirket tüzel kişiliğinin temsilinde, şirket ana sözleşmesinde öngörülen yahut uygulanacak hukukta düzenlenen özel ve sınırlayıcı hükümlere bakılmaksızın şirketi idare edenlerin, tahkim anlaşması yapabilmek bakımından aranan temsil yetkisine de *-kendiliğinden-* sahip olması gerektiği, öğretide ileri sürülmüştür. Oysa klasik anlayışa uygun olarak, sorunun çözümü, *lex incorporationis* veya *lex domicilii* kurallarına göre olacaktır. Ayrıca milletlerarası ticarete ve özellikle milletlerarası tahkimdeki, *etki teorisine* göre, temsilcinin yerleşim yeri veya temsil yetkisinin kullanıldığı yahut etkilerinin görüldüğü, sonuçlarının doğduğu yer hukukunun (tahkimde, *tahkim yeri hukukunun*) dikkate alınması da önerilmektedir⁵⁰.

Tahkim anlaşmaları için *şayet* özel yetki aranacaksa, bunun da belli bir şekil şartına (örneğin, tahkim anlaşmasıyla aynı şekle) tabi olmasının gerekip gerekmediği, çözümü hayli güç, diğer bir meseledir (*karş.* Yunan Medeni Kanunu m. 216)⁵¹. Usulünce temsil edilmemişse şeklen de olsa akdedilen tahkim anlaşmasının temsil olunanı bağlaması, mümkün değildir. Yetkisiz temsil, çoğu kez temsil sınırlamalarına uyulmaması hâlinde (çift imza ile temsil; özel

⁴⁸ **REINER A.**, The Form of the Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 83 vd; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 250 vd; **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 151, 152.

⁴⁹ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 251. Ayrıca bkz. **BERGER**, s. 178.

⁵⁰ **BLESSING**, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 182. Ayrıca bkz. **BERGER**, s. 178; **DIMOLITSA**, s. 249. *Karş.* **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 251 vd. Her hâlükârda mesele, tahkim anlaşmasının geçerliliğinden ve ona uygulanacak hukuktan bağımsız olup ayrıca ve özel olarak incelenmeli; temsile ilişkin uygulanacak hukuk, kendisiyle ilgili kanunlar ihtilafı kurallarına uygun olarak belirlenmelidir (**BERGER**, *The Arbitration Agreement*, s. 393). Temsil ilişkisine uygulanacak hukuk konusundaki görüşler için ayrıca bkz. **TEKİNALP G.**, Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul 1977, s. 36 vd. Temsil ilişkisi, temel ilişkiden ve esas akitten ayrı olarak ele alınmaktadır. Uygulanacak hukukun tespitinde, öne çıkan bağlanma noktalarından biri de, *verilen yetkinin etki alanı, etki ülkesi* kriteridir. Ancak *etki alanı* da, kullanma yeri olarak anlaşılmalıdır. Etki alanının tespiti, özellikle temsilcinin niteliğine; devamlı nitelik gösterip göstermediğine göre değişmektedir (**TEKİNALP G.**, Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisine Uygulanan Kanun ve Bazı Problemler, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, s. 237-239).

⁵¹ Temsil ilişkisinin şekli, yani temsil yetkisinin verilişinin şekle tabi olup olmaması, diğer borçlar hukuku ilişkilerinde olduğu gibi, yetkinin verildiği yer kanununa (LRA) veya esas muamelenin tabi olduğu kanuna (*lex causae*) tabidir. Yetkinin verildiği yer kanunu, temsil yetkisinin şekle tabi olmadığını kabul ediyorsa yetki, *lex causae*'ya rağmen şekilsiz verilebilir (**TEKİNALP**, *Sempozyum*, s. 243). *Ayrıntısı için ayrıca bkz. TEKİNALP*, s. 92 vd.

yetki şartıyla temsil) gündeme gelecektir. Bir diğer geçersizlik ise tahkim anlaşmaları yönünden özel yetkinin zorunlu olduğu ve bunun da *belli bir şekil şartına* tabi olduğu hâlde, buna uyulmaması durumunda, yaşanabilmektedir. Oysa öğretilde, meselenin ne tahkime ilişkin milletlerarası düzenlemelerde ne de millî *tahkim* kanunlarında, ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olmasından hareketle herhangi bir şekil şartının geçerli olmamasının gerektiği ileri sürülmüştür⁵². Tahkim anlaşmasının yapılabilmesi bakımından özel yetkinin arandığı, Avusturya hukukunda, şayet temsilcinin de yapacağı işlem için öngörülen şekil şartı, ağırlıklı olarak tarafların korunmasına hizmet etmekteyse, bu hâlde, temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişki bakımından da söz konusu şekil şartının geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir. İsviçre hukukunda da tahkim anlaşmaları yönünden özel yetki aranmaktadır (OR Art. 396/III). **Bu hükmün tahkim yeri İsviçre olan tüm tahkimler için doğrudan uygulanması gereken bir kural olduğu ileri sürülmüş; tabi olunacak şeklin ise PIL Art. 178'e uygun olması, yeterli görülmüştür (karş. BGB §167/II)⁵³.**

Tahkim anlaşmaları yönünden aranan şekil şartının, temelde, iki gayeye hizmet ettiği söylenebilir. Bunlardan ilki, hiç şüphesiz ki, *tarafların korunmasıdır; tarafların tabii hâkimlerden ayrıldıklarının farkında olmalarını sağlamaktır*. İkincisi ise, *delil yaratmaktır*. Yazılı bir tahkim anlaşması, *hem* tarafların tahkime gitmek konusunda anlaştıklarının *hem de* akdedilen tahkim anlaşmasının içeriğinin delilidir. Oysa öğretilde, artık bu işlevlerin (*özellikle ilkinin*) milletlerarası tahkimde, milletlerarası tahkimin ve ticaretin aktörleri için hâlâ geçerli olup olmadığı, sorgulanmaktadır. Temsil yetkisinin bir şekil şartına tabi kılınmasının özellikle milletlerarası ticarete, yukarıda sayılan işlevleri sağlamak bakımından ne derecede gerekli olduğu, ayrıca tartışmalıdır⁵⁴. Şayet böyle bir şekil şartında ısrar edilecekse o hâlde, bunun milletlerarası düzeyde, yeknesak bir biçimde düzenlenmesinin gerektiği de savunulmuştur⁵⁵. Örneğin başta, OR Art. 396/III'nın (BK. m. 388/III) tahkim yeri İsviçre olan *tüm* tahkimlerde *doğrudan* uygulanmasının milletlerarası ticaretin ve tahkimin gerekleri ile örtüşüp örtüşmediği, sorgulanabilir⁵⁶. ***Tahkim yeri olarak seçmek dışında, İsviçre ve hukukuyla***

⁵² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 251; *karş.* LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 140; REINER, s. 91 vd; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 60, 61. LG Hamburg, III YBCA 1978, s. 274; *Areios Pagos*, IV YBCA 1979, s. 269.

⁵³ REINER, s. 83. *Ayrıca bkz.* van den BERG, s. 223; LIEBSCHER, s. 210, 211. BGB §167/II'ye rağmen, temsil yetkisi için de yazılılık şeklindeki şekil şartının aranacağına ilişkin Hamburg İlk Derece Mahkemesi kararı için bkz. LG Hamburg, II YBCA 1977, s. 235; XIV YBCA 1988, s. 554.

⁵⁴ Fransız hukukunda, tahkim anlaşmaları için aranan özel yetkinin milletlerarası tahkimde aranmaması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz. LIEBSCHER, s. 209.

⁵⁵ REINER, s. 89, 90.

⁵⁶ *Özel bir temsil yetkisinin verilmesinin gerekip gerekmediği* veya bir ilişkide, temsilin mümkün olup olmadığı, yetkisiz veya yetkili temsilin esas akit üzerindeki etkileri, hep *esas akdin kanununa tabidir*. Zira anılan sorunların çözümünde, temsilcinin üçüncü şahıs ile yaptığı sözleşmenin niteliği, esastır (TEKİNALP, *Sempozyum*, s. 245).

*hiçbir ilgileri bulunmayan tarafların tahkimden olan haklı beklentilerinin böyle bir hükümle zedelenecek olması*⁵⁷, aynı hükmün milletlerarası tahkimdeki geçerliliğinin sorgulanmasına neden olmuştur. Milletlerarası tahkimin taraflarının millî hukuklarca ayrıca ve özel olarak korunmasının gerekip gerekmediği fikri, zaten tartışmalıdır⁵⁸.

Özetle gerek ehliyete gerekse temsile ilişkin konularda, millî hukuklara öncelik veren ve çoğu kez tarafın, âdeta kendi millî hukukuna sığınarak bir milletlerarası ilişkideki yükümlülüğünden kaçınmasına neden olacak anlayışın, eleştirildiği ve aşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Özellikle karşı tarafın, böyle bir eksikliğe maruz kalındığından habersiz olması durumunda; işlemin sıhhatine yönelik haklı bir güveninin de bulunması hâlinde, artık anılan eksiklikten hareketle tahkim anlaşması, geçersiz sayılmamalıdır (*karş.* MÖHUK m. 8/II)⁵⁹.

Türk hukuku bakımından meselenin değerlendirilmesine gelince: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararı, özellikle tahkimde temsile ilişkin sorunların ağırlıklı olarak incelendiği bir içtihat⁶⁰. Uyuşmazlık, milletlerarası tahkimde sıkça görülen, yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu tahkim anlaşmasının temsil olunanı bağlamadığı, iddiasıyla ilgilidir. İchtihat, hakem kararının tenfiziyle ilgili olmakla birlikte, bu sorunun özellikle Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, tahkim itirazı aşamasında (MTK m. 5/I); hakem tayini sırasında (MTK m. 7/B/III); hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili kararın denetiminde (*karş.* MTK m. 7/H); yahut nihai hakem kararının iptali safhasında (MTK m. 15/A/II, b. 1, a) gündeme gelmesi mümkündür. Davada, tenfiz talebinin reddini savunan davalı, özellikle yetkisiz temsilcinin akdetmiş olduğu tahkim anlaşmasının kendisini bağlamayacağını ve geçersiz olduğunu ileri sürmüştü; yerel mahkeme, sair nedenler yanında, anılan iddiayı da haklı bularak tenfiz talebini reddetmiştir. Temyiz incelemesinde,

“...Taraflar arasında imzalanan 12.07.1996 tarihli sözleşme ile 25.000 ton (+ % 10) ekmeklik buğdayın alım satımı hususunun kararlaştırılmış olduğu ancak, sözleşmeyi davalı şirket adına imzalayan Mirah Birak'ın şirketi temsile yetkili olmadığı bu nedenle sözleşmede yer alan tahkim şartının davalı şirketi bağlamayacağı kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise

⁵⁷ *Bkz. §1, I, E.*

⁵⁸ Millî hukukun temsil yetkisi için de özel şekil şartı araması durumunda, öğretilerde, hiç olmazsa 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 2. maddesinin uygulanmasının, asgari düzeydeki uyumun sağlanması bakımından *şimdilik*, mümkün olduğu ileri sürülmüştür (REINER, s. 92, 93; *karş.* van den BERG, s. 222).

⁵⁹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 253; BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 182; GLOSSNER, s. 97.

⁶⁰ HGK, 11.10.2000, 19-1122/1256 (İKİD, Mayıs 2002, s. 1079-180). Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 217; ESEN E., Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, 23 MHB 2003/1-2, s. 378 vd.

de, davalı şirketin yönetim kurulu başkanı olup, temsil yetkisi bulunan Tuncer Akođlan, davacı şirkete keşide ettiği 31.07.1996 tarih ve 19505 sayılı ihtarname ile taraflar arasında 12.07.1996 tarihinde Arjantin Menşeli ekmeçlik buğdayın alım satımı konusunda sözleşme yapıldığını kabul ederek, buğday fiyatlarındaki düşüşler nedeni ile sözleşmenin devamının mümkün olmadığını, ancak sözleşmenin oluşan yeni şartlarla sürdürülebileceğini bildirilmiştir. *Bu benimseme karşısında taraflar arasında geçerli bir sözleşme ve tahkim şartının bulunmadığı yolunda mahkeme kabulü isabetli değildir...*

gereğesiyle yerel mahkeme hükmü bozulmuş; yerel mahkemenin direnme kararı üzerine Hukuk Genel Kurulu,

“...Mahkemece, sözleşmeyi imzalayan Mehmet Melih Birak’ın sözleşme ve tahkim şartını kabul etme yetkisinin bulunmadığı, bu konuda özel yetki verilmediğı, *kamu düzeni nedeni ile B.K. nun 388/3 maddesinde özel yetki kuralının zorunlu hale getirildiğı*, ayrıca, asıl sözleşmenin geçerli olmasının sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermeyeceğı belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Özel daire yukarıda açıklanan nedenle kararı bozmuş, yerel mahkeme aynı gerekçelerle direnmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere, ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir...”

sonucuna varmıştır⁶¹. En az kararın gerekçesi kadar, karşı oy ve gerekçesi de tartışmaya değerdir. Karşı oy yazısı,

“...Gerek doktrinde... gerekse yargı kararlarında ... *tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilmektedir*. Davalıyı temsilen sözleşmeyi imza eden Melih Birak’a “...özel ve tüzel tüm kuruluşlar nezdinde temsile...” yetki verilmiştir. Bu kişinin ana sözleşmeyi oluşturmak bakımından yetkisiz olduğu söylenemez. Ana sözleşmede taraflar uygulanacak hukuku seçmişler, olaya İngiliz Hukukunun uygulanacağını açıklamışlardır. Öte yandan, 2675 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca da *İngiltere’de düzenlenen bu sözleşmenin tahkime ilişkin bölümünün geçerli olup olmadığını İngiliz Hukukuna göre çözmek gerekir*. Dosya arasında bu yönde bir araştırma yoktur. *Uygulama alanı bulunmayan HUMK’un 63. maddesi uyarınca özel yetkisi olmayan vekili tarafından kabul edilen tahkim şartının geçersiz olduğunu kabul eden mahkeme kararını doğru bulan çoğunluk kararına katılmıyorum...*”

⁶¹ Aynı yönde bkz. 19. HD. 1.5.2003, 2002-3763/4764, (Man BD 2004/3, s. 91, 92). Temel borç ilişkisinin ifasının, tahkim anlaşmasıyla ilgili anılan türden bir eksikliği gidermediğine ilişkin sonuç, Avusturya hukuku için de geçerlidir (LIEBSCHER, s. 208). Ayrıca bkz. KALPSÜZ, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 357.

şeklinde. Taraflar arasındaki tahkimin GAFTA kurallarına tabi olduğu, bilinmektedir. O hâlde, kural olarak tahkim yerinin İngiltere (GAFTA Arbitration Rules Art. 1.2; 1996 AA §4); tahkimin de 1996 İngiliz Tahkim Kanunu'na tabi olduğunu (GAFTA Rules Art. 1.1) tespit etmek mümkündür.

Bu bilgiler ışığında, *özellikle tenfiz yargılamasının da dışına çıkılarak sorunun daha genel olarak incelenmesine gelince: Çözümü gereken hukuki mesele, tüzel kişiliğin yetkisiz temsili sonucunda, akdedildiği düşünülen tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının hangi hukuka göre belirleneceğidir.* Şayet, bir yetkisiz temsilin gerçekleştiği sonucuna varılacaksa, temsil olunan tarafı bağlayan bir tahkim anlaşmasının artık söz konusu olmayacağı, rahatlıkla söylenebilir.

Sorunun tahkim anlaşmasının *şekli geçerliliğine* ilişkin olmadığı, açıktır⁶². Burada, daha *ilk bakışta*, tahkim anlaşmasının asili de bağlayacak şekilde tarafları arasında kurulup kurulmadığı; bir anlamda *maddi geçerliliği* sorgulanmaktadır. O hâlde, çözümü gereken ikinci mesele, artık, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun (MTK m. 4/III) yetkisiz temsile ilişkin sorunun çözümünde de kullanılıp kullanılmayacağıdır. Yukarıda, temsile ilişkin olarak uygulanacak hukuk konusunda, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği *dışında*, bir başka millî hukuka, hatta hiçbir kanunlar ihtilafı kuralına itibar edilmeksizin milletlerarası tahkimde geçerli olan maddi kurallara bağlı kalınarak sorunun çözülmeye çalışıldığı belirtilmişti⁶³.

Temyiz incelemesinde öne çıkan husus, asıl sözleşmenin asil tarafından kabullenilmesinin, aynı zamanda, ana sözleşmenin bir parçası olduğu düşünülen tahkim kaydını da geçerli kıldığına belirtilmiş olmasıdır. *Ayrılabilirlik ilkesi* bir yana bırakılacak olursa, kararda *murad edilen husus, kanımızca*, daha ziyade, Fransız hukukundaki içtihatlarla varılan sonuçlarla örtüşmektedir: Milletlerarası ticarete, yabancı kimseler arasında, özellikle tercih edilen görünüşe itibar yaklaşımı; tahkimin *olağanüstü* hiçbir yanının bulunmaması nedeniyle günlük işlemlerin bir parçası ve milletlerarası ticarete geçerli bir *olağan yargı yolu* olduğu gerçeği; karşı tarafın, işlemin geçerliliğine yönelik haklı güveni; bir yetkisiz temsilin gündeme geldiğini, diğer tarafın kural olarak bilecek durumda olmaması, bilmesinin beklenmemesi; asilin temel borç ilişkisinden kaynaklanan edimlerini ifa etmiş olmasının ardından, aynı sözleşme içerisinde yer alan bir başka kaydın bu sefer, kendisi için geçersiz

⁶² Sorunun bir *ehliyet* meselesi olarak görülmesi de, beklenmemelidir (ESEN, s. 383, 384).

⁶³ Karş. ESEN, s. 386.

olduğunu ileri sürememesi vb. argümanlar, hep Fransız hukukundaki içtihatların eseri gerekçelerdir⁶⁴.

Hukuk Genel Kurulu kararında yazıldığı şekliyle yerel mahkeme kararında, tahkime ilişkin özel yetki konusunda, hiçbir kanunlar ihtilafı kuralı tartışılmaksızın (MÖHUK m 1/I), doğrudan BK'nın 388/III. ve HUMK'un 63. maddelerine (*aynı yönde bkz. Tasarı m. 80*) göndermede bulunulması (**MTK m. 17/I**), dikkat çekicidir⁶⁵. **Daha da önemlisi, özellikle BK'nın 388. maddesi hükmünün kamu düzeninden kabul edilmesidir**⁶⁶. Yargıtay'ca da tasvip gören gerekçe, İsviçre hukukunda geçerli; anılan hükmün tahkim yeri İsviçre olan *tüm* tahkim yargılamalarında *doğrudan* uygulanacağına ilişkin görüşle paralellik arz etmektedir. ***Şu hâlde, artık karşımızda, yabancı unsurlu meselelerde, hiçbir kanunlar ihtilafı kuralını uygulamaya gerek kalmaksızın doğrudan doğruya uygulanması beklenen; tahkim yeri hukukunun müdahaleci, mutlak emredici bir kuralı bulunmaktadır***⁶⁷. Bu sonucun, milletlerarası tahkimin sükreleri için ne gibi faydalarının olduğu, gerekliliği, dahası yerindeliği konularının bir kez daha gözden geçirilmesi gerekir⁶⁸.

Tahkim anlaşmaları için özel yetki aranacak ise bunun (özel yetkinin) belli bir *şekil şartına* (*örneğin tahkim anlaşmasının tabi olduğu şekil şartına*) tabi olup olmadığı, kararda değinilmeyen bir başka husustur. Somut olayda olduğu gibi tenfiz yargılamaları bakımından

⁶⁴ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 252, 253. İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 27.1.1989, 1988-715/24 ve Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 18.7.1995, 1994-571/391 sayılı kararları için *ayrıca bkz. ESEN*, s. 398-400.

⁶⁵ Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi tahkim yargılamaları bakımından, HUMK'un 63. maddesinin aynı kanunun 17. maddesi nedeniyle ***bir an için*** uygulanmayacağı kabul edilse dahi yine de uygulanmayı bekleyen BK'nın 388/III. maddesi vardır ki, Yargıtay'ın sözü edilen bu kararı, söz konusu hükmü, yabancı unsurlu meseleler yönünden, doğrudan uygulanması gereken, *müdahaleci bir iç hukuk hükmü* hâline getirmiştir.

⁶⁶ *Aynı yönde bkz. 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 22.1.1986, 1984-136/1, (ESEN, s. 392, 393). Gerek tahkim anlaşmasının gerekse hakem sözleşmesinin yapılabilmesi bakımından vekilin özel yetkiyi haiz olması gerekir. Hatta HUMK'un 529. maddesi gereğince (karş. **MTK m. 10/B**) tahkim süresinin uzatılması yönünden de vekilin özel yetkiye sahip olması gerektiğine inanılır. Aynı görüşe göre, *özel yetkiye ilişkin kural*, kamu düzeninden sayıldığından, gerek hakemlerce gerekse mahkemelerce kendiliğinden dikkate alınmalıdır (**GÜRDOĞAN B., Davaya Vekalette Özel Mezuniyet Gerektiren Hâller, Temsil ve Vekalette İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, s. 152, 153**). Ayrıca bkz. **ÖZBAY**, s. 176. *Karş. MTK m. 7/H/I*.*

⁶⁷ **DAYINLARLI, Kamu Düzeni**, s. 30-32; **KOCASAKAL**, s. 19 vd; **EKŞİ, Incorporation**, s. 31-34.

⁶⁸ *Karş. ESEN*, s. 402, 403. Bu hâlde, özellikle Anayasa'nın 37/I. maddesinin gerekçe yapılması ilginçtir. Tahkim anlaşmasının tabii hâkimden, yani yargısal bir temel haktan feragat olduğu konusunda, tereddüt yoktur. Ancak, özellikle tezimiz içerisinde, tahkime, bu sefer Anayasa'nın 36/I. maddesinden hareketle anayasal bir temel kazandırmaya çalışmıştık. Yargısal temel haklardan feragat, açık ve tereddütsüz olmalı; sağlıklı bir iradeye dayanmalıdır. Ne var ki, İHAS bağlamında, tahkim anlaşmaları için dahi belli bir şekil şartı, gerekli görülmüş değildir. Buna karşın, esas olan *sadece* tahkimin bireyin sağlıklı iradesinin ürünü olmasının temin etmektir. İç hukukta, bunun için özel yetki aranması; hatta söz konusu özel yetkinin şekil şartına tabi tutulması, haklı görülebilir, yerinde de karşılanabilir. Oysa aynı hükmün ve gerekçelerinin milletlerarası ilişkilerde de geçerli olmasını savunmak, hayli tartışmalıdır. En azından, böyle bir sonuç için ne Anayasa ne de İHAS, uygun yasal temeller değildir. *Ayrıca bkz. DAYINLARLI, Kamu Düzeni*, s. 79.

meselenin yine 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 2. maddesine tabi olup olmayacağını da sorgulanması gerekir⁶⁹.

Tahkim anlaşmasının yapılması konusunda, aranan *özel yetkinin*, tahkim anlaşmaları için geçerli şekil şartına tabi olup olmadığı meselesi yönünden ve Türk hukuku özelinde, BK'nın 388/III. maddesiyle ilgili önceden yapılmış tartışmaların ve değerlendirmelerin hatırlanması, yerinde olur. Hüküm, özel yetkiyle ilgili açık bir şekil şartı içermemektedir. Hükümün lâfzen, belli bir şekil şartı içermemesi nedeniyle *ne* tarafları arasındaki vekâlet sözleşmesinin *ne de* temsil yetkisi veren beyanın belli bir şekil şartına tabi olması söz konusu değildir (BK m. 11)⁷⁰. Oysa özellikle taşınmaz alım-satımlarına ilişkin olarak yapılan vekâlet sözleşmelerinin resmî şekle tabi olup olmadığı konusunda, öğretilerde, meseleye ilgili pozitif hükümler bir yana (Noterlik Kanunu m. 84, 89), söz konusu vekâlet sözleşmesinin de resmî şekle tabi olması gerektiği ileri sürülmüştür. Özellikle temsil yetkisi veren bireyi düşünmeye sevk etmek; gerçekleşen hukuki ilişkinin geçerliliğini, mümkün olduğunca sağlamak yönlerinden böyle bir şekil şartının aranması lehinde görüşler bildirilmiştir⁷¹. Öğretilerde ileri sürülen gerekçelerin aynı ölçüde, tahkim anlaşmaları bakımından da geçerli olması rahatlıkla düşünülebilir. Ne var ki, böyle *bir* uygulamanın milletlerarası ilişkilerde, milletlerarası tahkimde de geçerli olmasını; iç hukukta geçerli olan kimi hassasiyetlerin milletlerarası ilişkilerde de varlığını sürdürmesini beklemek *hem zordur; hem de* daha büyük haksızlıklara yol açabilir.

Ehliyet ve temsil yetkisi dışında, problem, özellikle milletlerarası tahkim uygulamasında, çoğu kez, *sübjektif tahkime elverişlilik* şeklinde yaşanmaktadır (1961 Cenevre Sözleşmesi m. II, 1; PIL Art. 177/II). Tartışmanın özünde, kamu tüzel kişilerinin kendi millî hukuklarında yer alan, tahkime taraf olamayacaklarına ilişkin sınırlamaların (*örneğin*, 1979 İran Anayasası m. 139) yapılan tahkim anlaşmalarını ne derecede geçersiz kıldığı yatmaktadır. Konu, Fransız hukukunda, *ehliyet* meselelerinden özenle ayrı tutulmuş; bu sayede, ilgili kamu tüzel kişisinin

⁶⁹ REINER, s. 92, 93; *karş. van den BERG*, s. 222.

⁷⁰ EREN F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul, 2003, s. 396; TEKİNAY S.S./AKMAN S./BURCUOĞLU H./ALTOP A., Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 171, 172. *Karş. OĞUZMAN M.K./ÖZ T.*, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 175; KILIÇOĞLU A. M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Bası, s. 160. Temsil yetkisinin verilmesinin herhangi bir şekil şartına tabi olmamasının, tarafı korumaya yönelik şekil şartı içeren kanun hükümlerinin *-kefalet ya da taşınmazın temlik borcunu doğuran sözleşmelerde olduğu gibi-* amacı ile bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür. Tahkim anlaşmalarının şekle tabi olması (MTK m. 4/I), üstelik söz konusu sözleşmenin vekaleten yapılabilmesi bakımından özel yetkinin gerekmesi (BK. m. 388/III), ve *bu son hükmün de yabancı unsurlu meselelerde doğrudan doğruya uygulanacağı dikkate alındığında*, tahkimde vekalet veya temsil yetkisi konusunda, bir şekil şartının geçerli olduğu sonucuna varılabilir.

⁷¹ OĞUZMAN K.M./SELİÇİ Ö./OKTAY-ÖZDEMİR S., Eşya Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, s. 291, 292; ERTAŞ Ş., Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2006, s. 186.

kendi millî hukukunun arkasına saklanarak milletlerarası yükümlülüğünden kaçmasına mâni olunmuştur⁷². Özellikle Fransız *içtihatlarında*, sorunun çözümü bakımından, hiçbir millî hukuka göndermede bulunulmaksızın, âdeta milletlerarası tahkimin genel ve maddi bir kuralı olarak, kamu tüzel kişilerinin kendi millî hukuklarında yer alan, tahkime gitmek konusundaki sınırlamaları, milletlerarası ilişkilerde ileri süremeyeceği; bu tip iç hukuk hükümlerinin tahkim anlaşmalarını geçersiz kılmayacağı, istikrarlı bir biçimde belirtilmiştir⁷³.

4- Tahkim Anlaşmasının Maddi Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Yukarıda anılan durumlar dışında, tahkim anlaşmasıyla ilgili diğer tüm konularda (örneğin, *tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığı; icap ve kabulünün karşılıklı ve birbirine uygun olup olmadığı; tahkim anlaşmasının gerek kişi gerekse konu yönünden kapsamı; tahkim anlaşmasının temliki, devri yahut sona erip ermediği vb. konular*)⁷⁴ uygulanacak hukukun belirlenmesi yönünden türlü olasılıklar bulunmaktadır. Uygulanacak hukukun neye göre belirleneceği konusu dışında, belki de öncelikle tespiti gereken husus, uygulanacak hukukun *kim tarafından ve ne zaman-hangi evrede* belirleneceğidir⁷⁵.

Uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından, klasik kanunlar ihtilafı sistemi benimsenebilirken; özel, maddi kanunlar ihtilafı kuralları da tercih edilebilmektedir. Örneğin Fransız hukukunda, tahkim anlaşmasının geçerliliği, herhangi bir millî hukuka göndermede bulunulmaksızın tümüyle tarafların iradesi temelinde belirlenmektedir⁷⁶.

1958 New York Sözleşmesi'nin V, 1, a maddesi, hakem kararlarının tanınması-tenfizi bağlamında, tahkim anlaşmasının *tarafların kararlaştırdıkları hukuka, yoksa hükmün verildiği yer hukukuna göre geçerli olmaması hâlini*, bir tanıma-tenfiz engeli olarak kabul etmiş; konuyu tümüyle tenfiz aşamasına yönelik düzenlemiştir (Model Kanun m. 36/I,a,i). Oysa benzer bir kriterin, hüküm öncesi dönemde, mahkemelerce tahkim anlaşması üzerine yapılacak yargılamalar için de geçerli olması gerektiği düşünülmektedir. Kaldı ki, farklı bir yaklaşımın benimsenmesi, hüküm öncesi dönemde, geçerli kabul edilen bir tahkim anlaşmasının, iptal davası sırasında veya hakem kararının tanınması-tenfizi aşamasında,

⁷² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 319.

⁷³ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 319-322. *Ayrıntısı için bkz. PAULSSON, State*, s. 90.

⁷⁴ BERGER, s. 175, 176. *Şekli geçerlilik, objektif ve sübjektif tahkime elverişlilik ile ehliyet*, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği dışında kalan ve bundan ayrı olarak, çoğu kez de maddi devletler özel hukuku normlarıyla düzenlenmeye çalışılan konular olmaktadır (WENGER, s. 340).

⁷⁵ LEW, *Arbitration Clause*, s. 124, 125.

⁷⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s.230 vd; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 118.

geçerli kabul edilmemesi gibi bir sonucu doğurabilir (*karş.* 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 2, a, b, c)⁷⁷.

Mesele, tahkim anlaşmasının –*maddi*- geçerliliği olduğunda, uygulanması beklenen, genelde iki kriter, ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, *uygulamada nadiren görülen* tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, ayrıca belirlemiş olmaları ihtimalidir (MTK m. 4/III). Lakin bu esnada, çoğunlukla hukuki ilişkinin esasına taraflarca uygulanması öngörülen hukukun, herhangi bir özel belirleme içermeyen *tahkim kaydı* için de geçerli olup olmadığının yorumlanması sorunu, ortaya çıkmaktadır⁷⁸. İkinci kriter ise tahkim anlaşmasının tahkim yeri millî hukukuna göre geçerli olmasını, aramaktır (MTK m. 4/III)⁷⁹. Zira 1958 New York Sözleşmesi kapsamında, taraflarca seçilen belli bir hukukun olmaması üzerine, (*özellikle taraflarca öngörülen*) tahkim yeri, tahkim anlaşmalarını en yakından ilgilendiren bağlanma noktasıdır⁸⁰. *Orada, sadece tahkim anlaşması icra edilmemekte; ama aynı zamanda, varlık ve geçerliliği iptal davası yoluyla sınanmakta ve tartışmaya açılmaktadır*⁸¹.

İsviçre Tahkim Hukukunun, örneğine çok da sık rastlanılmayan bir biçimde, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında, maddi bir kural içerdiği, ileri sürülmektedir. Böyle bir yaklaşım, sadece tahkim anlaşmasının vasıflandırılmasına ilişkin olarak yaşanacak olası güçlükleri bertaraf etmekle kalmamakta; ama aynı zamanda kanunlar ihtilafı kurallarının kendine has, farklı uygulamalarını da ortadan kaldırmaktadır⁸². İsviçre PIL Art. 178/II'ye göre, tahkim anlaşmasının *ya* taraflarca seçilen hukuka *veya* uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka *yahut da* İsviçre hukukuna göre geçerli olması yeterlidir. Her üç alternatif, bir diğerinden bağımsız olup diğerlerine göre hiçbir önceliği veya üstünlüğü yoktur. Aslında bu sayede, usul hukukuna ait bir sözleşme olması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçerliliğinin (*münhasıran*) tahkim yeri hukukuna göre belirleneceği fikri yıkılmış; *in favorem*

⁷⁷ DIMOLITSA, s. 242. *Corte d'Appello Genoa, Della Sanara Kustvaart-Bevrachting & Overslagbedriff BV v Fallimento Cap Giovanni Coppola srl*, XVII YBCA 1992, s. 542. Esasen farklı kriterlerin uygulandığı durumlar da yok değildir, *Cour d'appel Brussels, Company M v M SA*, XIV YBCA 1989, s. 618.

⁷⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 120; OLG Hamburg, V YBCA 1980, s. 262.

⁷⁹ BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 174; *Gerechtshof, The Hague, Owerri Commercial Inc v Dielle Srl*, XIX YBCA 1994, s. 703.

⁸⁰ Ayrıca bkz. AKINCI, *Hakem Kararı*, s. 121, 122.

⁸¹ Kimi zaman, *taraflarca öngörülen tahkim yeri*, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde, taraflar arasındaki *zımnî* hukuk seçimine esas kabul edilebilmektedir; Arrondissementsrechtbank Rotterdam, *Petrasol BV v Stolt Spur Inc*, XXII YBCA 1997, s. 762 vd; *XL Insurance Ltd v Owens Corning*, XXVI YBCA 2001, s. 869 vd. Ayrıca bkz. AMBROSE, *Arbitration Law*, s. 489.

⁸² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 122. İsviçre modelinin, Fransız hukukundan olan farkını ortaya koyabilmek bakımından, *in favorem validitatis*, (*substantive rules*) maddi kural ve kanunlar ihtilafı kurallarını bir arada içeren, birleşik bir yapı olduğu belirtilmiştir (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 236, 237). Ayrıca bkz. BUCHER/TSCHANZ, s. 46; ABDULLA, s. 19.

validatis ilkesine üstünlük tanınmıştır⁸³. Gerçi, taraflarca seçilen hukuka göre geçerli olmayan bir tahkim anlaşması geçersiz kabul edilmekteyse de (New York Sözleşmesi m. V, 1, a) İsviçre hukukuna göre, bu hâlde dahi, tahkim anlaşmasının gerek uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ya da en azından İsviçre hukukuna göre geçerli kalması, mümkündür ve caizdir⁸⁴.

1993 yılında, *Dalico* kararı ile birlikte, Fransız hukukunda kabul edilen *bir başka türdeki* maddi kural yaklaşımına göre *Cour de cassation*, tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmaksızın tahkim konusunda anlaşmalarını belirterek hakem kararının iptali istemini reddeden İstinaf Mahkemesi hükmünü onamış ve “...milletlerarası tahkim hukukunun maddi normlarına göre tahkim kaydı, *milletlerarası kamu düzeni* ve *Fransız hukukunun emredici normları* bir yana göndermede bulunduğu veya dâhil olduğu ana sözleşmeden hukuken bağımsız olup varlığı ve geçerliliği, *herhangi bir millî hukuka atf yapmaya ihtiyaç kalmaksızın* sadece tarafların ortak iradesine dayanır...” sonucuna ulaşmıştır. Bu hüküm, sadece diğer kazai içtihatlarla değil; öğretiden de desteklenmiştir. ***Tahkimin milletlerarası niteliği ön plana çıkarıldığında, geçerliliğinin de millî hukuklardan bağımsız olarak ele alınması gerekir.*** Böylece Fransız mahkemelerinin tahkim anlaşmasının tam *delocalizasyonuna* sebep olduğu görülürken de, her şekilde, ***milletlerarası kamu düzeni*** ve ***Fransız hukukunun emredici normları*** saklı tutulmuştur⁸⁵. Bu düşünce, milletlerarası tahkim kayıtlarının içinde buldukları temel borç ilişkilerinden soyut ve bağımsız olmalarının doğal bir sonucu olarak görülmüştür. Aksi düşüncenin kabulü, yani milletlerarası nitelikteki tahkim kayıtlarının varlık ve geçerliliğinin millî hukuklara atfen tanımlanmaya çalışılması ise bir çelişki olarak değerlendirilmiştir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sorgulandığı bir ortamda, kullanılacak tek ölçüt, tarafların sıhhatli ve gerçek iradeleri ile *milletlerarası ticarete geçerli yerleşik uygulama karşısında*, tarafların iradelerinin ve eylemlerinin arz ettiği durumdur⁸⁶. Yapılacak değerlendirme bakımından geçerli olan sınır ise Fransız hukukunun milletlerarası kamu düzeni anlayışı ile emredici kurallarıdır⁸⁷.

⁸³ BERGER, s. 156. KALPSÜZ, *Seminer*, s. 25, 26.

⁸⁴ DIMOLITSA, s. 226; SAMUEL, *Place of arbitration*, s. 48. Oysa bu durum, özellikle hakem kararının tenfizi aşamasında, kimi sorunlara sebebiyet verebilecektir. Taraflarca seçilen hukuka göre (*tahkim yeri hukukuna göre türlü olasılıklar neticesinde geçerli olarak kabul edilse de*) geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayalı hakem kararının tenfizi mümkün olmayabilecektir. *Ayrıntısı için bkz.* BERGER, s. 157, 158; LEW/MISTELIS /KRÖLL, s. 122; POUURET, s. 241; WENGER, s. 339; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 81. *Ayrıca bkz.* LALIVE, *Swiss Law*, s. 10; GRANZOW, s. 95; HUSSLEIN-STICH, s. 48 vd.; KALPSÜZ, *İsviçre*, s. 16; *Sempozyum*, s. 219.

⁸⁵ *Karar metni ve ayrıntısı için bkz.* FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 230; BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 174. *Ayrıca bkz.* BERGER, s. 160, 161; ULUOCAK N., Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağı Temlik ile İntikâli-Fransız İçtihadı, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 19-20 MHB 1999-2000/1-2, s. 993-995.

⁸⁶ BERGER, s. 167.

⁸⁷ DIMOLITSA, s. 224.

Öğretide, “geçerlilik prensibi” adı altında, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sadece kendisine atfen sorgulanmasını, tereddütsüz kabul etmenin güç olduğu ileri sürülmüştür. Böyle bir anlayış, Fransız hukukunun *genişlemeci* ve emperyalist bir eğilim içinde bulunmasına da yol açacaktır⁸⁸. Oysa bu durumda, tahkim anlaşmasının geçerliliğini sorgulayan Fransız mahkemeleri, *meseleyi*, kendi hukukunda, *lex fori*’de kabul edildiği şekilde, belli bir veya birkaç *millî hukuka* göndermede bulunmayı tercih etmeksizin; bir maddi kural gibi, doğrudan milletlerarası ticaretin gereklerine ve bunun da sınırı olarak Fransa’nın milletlerarası kamu düzenine atfen çözümlenmektedir. ***Bu, Fransız hukukunun bir tercihidir; Fransız mahkemelerince uygulanacak bir kriterdir***⁸⁹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda da alternatifli bir sayım bulunmaktadır. Buna göre, tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşması için seçtiği hukuka; *ancak böyle bir seçimin olmaması hâlinde*, Türk hukukuna tabidir (MTK m. 4/III). Bu ifade tarzı, İsviçre hukukundan hayli farklıdır⁹⁰. Zira İsviçre hukukuna göre sözü edilen hukuklar, birbirinin tam alternatifidir; bu nedenle örneğin, birine göre geçersiz kalan tahkim anlaşması, diğerine göre geçerli kabul edilebilir⁹¹. *Üstelik İsviçre hukukundaki gibi, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk şeklindeki bir tercih, bizim kanunumuzda bulunmamaktadır*. İsviçre hukukundaki bir görüşe göre, tarafın, tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuk yönünden mutlaka bir *millî hukuka* göndermede bulunması da, şart değildir⁹².

III- Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği

A- Genel Olarak

Tahkim anlaşması, *lex fori* bünyesinde tespit edilecek *lex arbitri* (yani *lex loci arbitri*)’ye göre geçerli ise ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı da kapsıyorsa⁹³, yine *lex loci arbitri* bağlamında, hakemlerin yargı yetkileri, eksiksiz hâle gelecek veya bir başka açıdan *tahkim yeri* mahkemeleri, *önlendeki uyuşmazlık bakımından*, yargı yetkilerinin olmadığını, - *tahkim lehine*- kabul edecektir (MTK m. 5/I; 7/H/V). Bunun için:

⁸⁸ DIMOLITSA, s. 225; SANDROCK, s. 324 vd.

⁸⁹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 233; DIMOLITSA, s. 226.

⁹⁰ Karş. DEREN-YILDIRIM, s. 33, 34. Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 217; KALPSÜZ, *Seminer*, s. 24-26; AKINCI, s. 77.

⁹¹ BUCHER/TSCHANZ, s. 46, 47.

⁹² BUCHER/TSCHANZ, s. 46.

⁹³ Bu hâlde, tahkim anlaşması, her ne kadar geçerli ise de taraflar arasındaki uyuşmazlığı kapsamadığından yine de hakemlere gereken yargı yetkisini sağlamayacaktır. Ne var ki, özellikle ICC uygulamasında, böyle bir sorunun çözümü, Divan tarafından, *doğrudan tahkim anlaşmasını etkilememesi nedeniyle* ICC Rules Art. 6/II gereği, hakemlere bırakılmaktadır (KLEIN T., *Disagreement on the Scope of an Arbitration Clause*, 7(2) ICC Bulletin 1996, s. 24).

- a) Tahkim anlaşması, **şeklî geçerliliği** için öngörülen hukuka uygun olarak akdedilmelidir (MTK m. 4/II; PIL Art. 178/I; Model Kanun m. 7/II; ZPO §1031);
- b) Tahkim anlaşması, **maddi geçerliliği** için öngörülen hukuka uygun olarak yapılmalıdır (MTK m. 4/III; PIL Art. 178/II)⁹⁴:
- i) Tahkim anlaşmasının tarafları kimlerdir? Görünen tarafları yanında, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere, çeşitli nedenlerle sirayeti mümkündür?
 - ii) Tahkim anlaşmasının kapsamına giren uyuşmazlıklar nelerden ibarettir?
 - iii) Tahkim anlaşmasının tarafları yönünden *ehliyet*, sıklıkla yaşanan bir sorun olmamakla birlikte, özellikle milletlerarası tahkim uygulamasında, *vekilin* akdetmiş olduğu tahkim anlaşmalarının asile olan etkisi ve bağlayıcılığı sorununun da değerlendirilmesi gerekir.
- c) Tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği içinde incelenebilmekle birlikte, özel olarak *sübjektif tahkime elverişlilik* biçiminde adlandırılan ve sıklıkla kamu tüzel kişileri yönünden geçerli olan, anılan kimselerin tahkim anlaşması akdetmek konusunda gerekli yetkiye sahip olup olmadığı şekline gündeme gelen meselenin de çözümü gerekebilir (1961 Cenevre Sözleşmesi m. II, 1; PIL Art. 177/II).
- d) Tahkim anlaşmasının geçerliliğini yakından ilgilendiren; önemi ve niteliği gereği, maddi geçerlilikle ilgili anlayış ve prensiplerden farklı olarak değerlendirilen *objektif tahkime elverişlilik*, yani tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlığın tahkim yoluyla hallinin mümkün olup olmadığı meselesi, tahkimin, tahkim anlaşmasının, tahkim yargılamasının ve nihayetinde, olası bir hakem kararının geçerliliğini yakından ilgilendiren konulardandır (MTK m. 1/IV; PIL Art. 177/I)⁹⁵.

B- Tahkim Anlaşmasının Şeklî Geçerliliği

Sözleşmenin şekli geçerliliğine yönelik şartlar, tarafların *gerçekten* böyle bir sözleşmeyi yapmak konusundaki sağlıklı iradelerinin varlığını tespit edebilmek hususu ile yakından ilgilidir. Zaten çoğu zaman, sözleşmenin şeklen var olup olmadığı ile tarafların böyle bir sözleşmeyi yapmak konusundaki iradelerinin gerçekten bulunup bulunmadığı sorunları, iç

⁹⁴ DIMOLITSA, *Arbitration Agreement*, s. 15-18.

⁹⁵ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 130; LEW, *Arbitration Clause*, s. 119. BLESSING, s. 169, BERGER, s. 118-120. Ayrıca bkz. AKINCI, s. 77, 78.

içerir⁹⁶. Ancak bu noktada, özellikle tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği ile maddi geçerliliğinin birbirinden özenle ayrılması gerekir. Zira en azından uygulamada, bu her iki duruma ilişkin sorunların çözümünde, uygulanacak hukuk ya da kurallar değişebilmektedir⁹⁷.

Milletlerarası sözleşmeler ve pek çok millî kanun, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin *maddi kanunlar ihtilafı kuralı* (*substantive conflict of laws*) içermektedir⁹⁸. Söz konusu düzenlemelerin önemli bir bölümü, genelde, tahkim anlaşmalarının ya yazılı olmasını ya da yazıyla kanıtlanabilmesini aramaktadır (Model Kanun m. 7/II; 1996 AA § 5; NCPC Art. 1443, 1449 (*iç tahkim bakımından*); ZPO § 1031; PIL Art. 178/I; **MTK m. 4/II**)⁹⁹.

UNCITRAL Model Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, tahkim anlaşmaları için belli bir şekil şartının getirilmesinin gerekip gerekmediği hususu yanında, ayrıca, söz konusu şarta riayetsizliğin yaptırımının ne olacağı da, tartışma konusu olmuştur¹⁰⁰. Sözlü tahkim anlaşmalarına geçit verilmemiş ve yazılılık unsuru üzerinde ısrar edilmişse de, söz konusu şekil şartının yerine getirilmesi bakımından taraflara geniş imkânlar sağlandığı; yazılılık şeklindeki şekil şartının bir hayli esnek hâle getirildiği, kabul edilmektedir. Üstelik yine Model Kanunu'nun *hem* 4. maddesinde açıkça kabul edilen (*waiver rule*) feragat kuralı *hem* 7/II.

⁹⁶ DAVID, s. 195; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 130; *Corte di cassazione, Rohobar Ltd v Finncold sas*, XX YBCA 1995, s. 739 vd.

⁹⁷ LEW, *Arbitration Clause*, s. 119.

⁹⁸ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 260; BERGER, s. 136; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 365. Böyle bir düzenleme şekli, söz gelimi İsviçre hukuku bakımından, meselenin başkaca bir hukuka tabi kılınmasına da engeldir (WENGER, s. 331). Özellikle bu son önermeye ilişkin *karş. KALPSÜZ, Tahkim Anlaşması*, s. 1041. Ayrıca bkz. ŞANLI, s. 245.

⁹⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 130, dn. 2; BLESSING, s. 183-185; WENGER, s. 331. Pek az millî kanun, örneğin, *milletlerarası tahkim yönünden Fransız hukuku*, sözlü akdedilen bir tahkim anlaşmalarını, geçerli kabul etmektedir (*karş. ZPO eski §1027/II*) (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 370-371; LANDAU, s. 56; SANDERS, *Arbitration*, s. 57; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 58. Ayrıca bkz. TURHAN, s. 83). İngiltere'de *common law* yönünden hâlâ sözlü tahkim anlaşmalarına bir geçerlilik tanınmasına karşın bunun 1996 *Arbitration Act* karşısında artık hiçbir değeri bulunmamaktadır (TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 73; MERKIN, s. 26-28). Hollanda hukukundaki durum ve mukayese için bkz. BERGER, s. 147; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 36 vd.; SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 101, 156-158; EKŞİ, *Incorporation*, s. 57. Tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartını karşılaması, bugün, milletlerarası ticari tahkimde, üzerinde çok tartışılan ve fakat varlığı ve gerekliliği sıklıkla da kabul edilen bir meseledir. Oysa yine milletlerarası tahkimde, fakat bu sefer yatırım uyumsuzluğu olarak adlandırılan meselelerde, *ki böyle bir tahkim yargulamasının davalı yanını, devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi teşkil eder*, artık bilinen anlamda, klasik, yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı gerekli görülmemektedir. *SPP v. Republic of Egypt* (XVI YBCA 1991, s. 28 vd) davasıyla yükselişe geçen bu akımla devletin önceden çeşitli vesilelerle –*akdettiği veya tarafı olduğu iki veya çok taraflı milletlerarası anlaşmalar yoluyla*- beyan etmiş olduğu tahkim iradesinin, davacı olma hakkını haiz özel kişi tarafından tahkim prosedürünün başlatılmasıyla kabul edildiği; böyle bir kabulün ardından da tahkim anlaşmasının tamam olduğu, varsayılmaktadır (BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 184; PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, s. 236 vd; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 30).

¹⁰⁰ SAMUEL, s. 76; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 369. Şekil şartından yoksun bir tahkim anlaşması, her zaman, taraflar arasında, karşılıklı ve birbirine uygun herhangi bir tahkim iradesinin olmadığı anlamına gelmez. Bu fark, kendisini, özellikle tahkim anlaşmasının *prima facie* geçerliliğinin yeterli olduğu durumlarda, örneğin hakem heyetinin teşekkülünde hissettirir ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin nihai olarak hakemlerce karara bağlanmasını mümkün kılar (WENGER, s. 338). Ayrıca bkz. YEĞENGİL, s. 123; POSTACIOĞLU, s. 784; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 58-63; KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1040, 1041; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 646.

maddesinde dilekçelerin teatisiyle de olsa tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılacağına ilişkin norm ve *hem de* 16/II. maddesinde kabul edilen, hakemlerin yargı yetkisine yönelik itirazları süreyle sınırlandıran düzenleme (*ayrıca bkz.* 1961 Cenevre Sözleşmesi m. V, 2), şekil şartına riayetsizlik nedeniyle tahkimin geçersiz kalmasını, oldukça güçleştirmek amacındadır¹⁰¹.

Şekil şartına yönelik düzenlemeler, tarafların samimi ve gerçek iradelerinin varlığının tespitine yardımcı olurlar. Tahkim anlaşması, madem ki, tarafların aynı zamanda anayasal hakkı olan uyuşmazlıklarını mahkemeler aracılığıyla çözebilmek imkânından mahrum etmektedir; o hâlde, söz konusu şekil şartının temel gayesi de, tarafların bu yöndeki iradelerinin net, yalın ve samimi olmalarını temin etmektir. Ayrıca söz konusu şekil şartı, taraflar arasında, böyle bir sözleşme akdedildiğinin de ispatına yarar¹⁰². Aslında, sözü edilen, *ikaz-koruma* ve *delil olma* işlevleri, şekil şartına yönelik kuralların ne ölçüde geniş ve esnek yorumlanacağına ilişkin önemli bir sınır oluşturmaktadır. Anılan *ikaz*, tarafın, üzerinde tasarruf edebileceğinde tereddüt duyulmayan ve fakat niteliği gereği yargısal bir temel hak olan *mahkemeye ulaşma hakkından* artık mahrum kalacağına yönelik olup¹⁰³ delil işlevi ise özellikle yürütülecek tahkim yargılamasına ilişkin kimi son derece önemli detaylar hakkındadır. Tercih edilecek çeşitli düzeylerdeki *esnek* yahut *geniş* yorum neticesinde, taraf, anılan yargısal temel hakkından kolayca feragat etmiş sayılacak; tarafların tahkime ilişkin sağlıklı iradelerinin olup olmadığı şüphesi, tüm tahkimi gölgeleyecek üstelik tahkim yargılamasına uygulanması istenen varsa özel kuralların tespitinde yahut gerçekte tahkimin hangi hukuka tabi olduğu konularında, çok sık çekişme yaşanabilecektir¹⁰⁴.

Şekil şartının ticari ihtiyaç ve gereklerle örtüşmediği de ileri sürülmüştür. Yüksek değerlerdeki maddi hukuk sözleşmelerinin taraflarca *sözlü* olarak yapılması mümkünken; böyle bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne dair akdedilen tahkim anlaşmasının sözlü olarak yapılamamasının bir çelişki olduğu; bunda, hiçbir haklı nedenin de olmadığı, düşünülmüştür¹⁰⁵. Hatta bir tahkim anlaşması, *artık*, kimi (yargısal) temel haklardan

¹⁰¹ **SZURSKI T.**, Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal, UNCITRAL'S Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1984, s. 58-60; **EKŞİ**, *Incorporation*, s. 47.

¹⁰² **HERRMANN**, *Arbitration Agreement*, s. 44; **REINER**, s. 82 vd; **BLESSING**, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 172; **BERGER**, s. 135.

¹⁰³ **SAMUEL**, s. 94; **WENGER**, s. 332; **BERGER**, s. 136.

¹⁰⁴ **LANDAU T.**, The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement: When "Written" Means "Oral", International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series No. 11, 2003, s. 22-24.

¹⁰⁵ **KAPLAN N.**, In the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice? 12(1) Arb Int 1996, s. 29. *Sözlü* tahkim anlaşmaları yönünden ayrıca bkz. **SAMUEL**, s. 76-78. Zimnen kabul edilmiş sayılan sözleşmeler içindeki tahkim kayıtlarının, şeklen geçerli bir biçimde akdedilip akdedilmediği, millî hukuklar içerisinde yer alan şekil şartına ilişkin katı kurallar dikkate

feragat olarak görülmemeli; bu yolla millî mahkemelerin devre dışı bırakıldığı yahut onların aksinin düzenlendiği sonucuna varılmamalı; tam aksine, bu sayede, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde *tabii forumun* yaratıldığı, kabul edilmelidir. Kaldı ki, şekil şartları, çoğu zaman, bir bütünlük veya yeknesaklık sağlamaktansa; daha zor, ek sorunlara sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenlerle gereke milletlerarası sözleşmelerdeki gerekse millî kanunlardaki şekil şartlarının, *hiç olmazsa* daha liberal yorumlanması, önerilmiştir¹⁰⁶. Bu muhalif görüşe göre, *özetle* yazılı şekil şartına ilişkin hükümler kaldırılmalı (*karş.* EC 44/2001 Regulation, Art. 4); ancak en azından şu an için, yazılı şekil şartı, dinamik bir biçimde ve modern iletişim araçları ışığında, bir kez daha yorumlanmalıdır¹⁰⁷.

1958 New York Sözleşmesi'nde kabul edilen yazılılık şartı, oldukça dar bir kalıbı düzenlemekte olup iletişim araçlarındaki gelişmeye uzak kalmıştır (New York Sözleşmesi m. II, 2)¹⁰⁸. Gerçi, özellikle 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin de etkisiyle hükmün, *lafzına rağmen*, teknolojik değişimlere ve gelişmelere uygun bir biçimde yorumlanmasının gerektiğine inanılmaktadır¹⁰⁹. Özellikle 1958 New York Sözleşmesi ile iç hukuklar arasında bir farklılaşma yaşandığında, *ya* 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 2. maddesi hükmü, genişletici yorumla tabi tutulmakta *ya da* mümkünse, tarafın daha lehine olan (New York Sözleşmesi m. VII) iç

alındığında, önemli kimi sorunlara neden olmaktadır. Bu hâlde, diğer tarafın, akdin tüm esaslı unsurları ile bağlı olduğu hâlde, tahkim kaydının kendisi yönünden geçersizliğini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olması gerektiği, düşünülmektedir. Milletlerarası tahkimin modern gereklerine uygun olarak tıpkı İsviçre hukukunda (PIL Art. 178/I) olduğu gibi, tahkim iradelerinin yazılı şekilde *teati edilmesinin* artık gerekmediği de düşünülmektedir (*karş.* ZPO §1031/II; **MTK m. 4/II**) (**BLESSING**, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 173). *Ayrıca bkz.* **HERRMANN**, *Arbitration Agreement*, s. 46.

¹⁰⁶ **HERRMANN**, *Arbitration Agreement*, s. 44; **HERRMANN**, *Uniform Legislation*, s. 215; **BLESSING**, s. 184; **BLESSING**, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 173; **KAPLAN**, *Writing* s. 29 vd; **LEW/MISTELIS /KRÖLL**, s. 132. 1999. İsveç Tahkim Kanunu yönünden tahkim anlaşmaları için geçerli herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Oysa tam aksine, Alman hukukunda, 1998 *Reformu* öncesi, tacirler arasındaki tahkim anlaşmalarının sözlü akdedilebilmesi mümkünken, yapılan reformla hem 1958 New York Sözleşmesi'nin II. hem de Model Kanunu'nun 7. maddesine ayak uydurulmak istenmiştir (**BERGER**, *The Arbitration Agreement*, s. 396).

¹⁰⁷ **HERRMANN**, *Uniform Legislation*, s. 216; **SANDERS**, *Quo Vaidis Arbitration*, s. 157, 158; **KAPLAN**, *Writing*, s. 44; **BLESSING**, s. 172, 184-185. *Ayrıca bkz.* **DELAUME**, *Intervention*, s. 199.

¹⁰⁸ Mesele, sadece tahkim anlaşmasında, tarafların her ikisinin de ıslak imzalarının aranmasının gerekkip gerekmediği değildir. Teknolojideki gelişmeler taraflara, iradelerini birbirlerine iletmek konusunda, son derece geniş olanaklar sunmaktadır. Üstelik tarafların yazılı bir tahkim şartı üzerinde uzlaşıp uzlaşmadıkları konusunda, her hâlükârda, kendilerinden sadır olmuş iradelerin, bir şekilde, birbirlerine iletilmesi de çoğu kez gereksiz görülmektedir (**SAMUEL**, s. 79-81). *Ayrıca bkz.* **CALAVROS**, s. 49.

¹⁰⁹ **van den BERG**, *Salient problem*, s. 37; **POUDRET J. F.**, Discrepancies Between the New York Convention and Chapter 12 of the Swiss PIL, The New York Convention of 1958, ASA Special Series No. 9, 1996, s. 239, 240. *Ayrıca bkz.* *Tracom SA v. Sudan Oil Seeds Co Ltd.*, XII YBCA 1987, s. 511. 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 2. maddesinin UNCITRAL Model Kanunu'nun 7/II. maddesi ışığında değerlendirilmesi ve yorumlanması gerektiğine ilişkin bkz. *Tribunal Fédéral, Compagnie de Navigation et Transport SA v MSC (Mediterranean Shipping Company)*, XXI YBCA 1996, s. 690.

hukuk hükümlerine dayanılarak sorun, çözümlenmeye çalışılmaktadır¹¹⁰. Söz gelimi, Cenevre İstinaf Mahkemesi, 1983 yılında vermiş olduğu bir kararında¹¹¹, “...Açıktır ki, teati edilen telgraflar içinde kayıtlı bulunan tahkim kaydını, yazılı bir sözleşme olarak kabul eden New York Sözleşmesi'nin II. maddesi, *kalıcı-somut bir biçimde üretilen mesajların* iletişim araçlarıyla yapılan teatisini, geçerli kabul etmektedir. Bu kapsamda *teleks*, geleneksel telgraf ihtimaline göre göndericisinin ve alıcının daha iyi-net bir biçimde belirlenebildiği mesajlar üretmektedir...”. sonucuna ulaşmıştır. Yazılı şekil şartı uygulaması, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte; özellikle 1958 New York Sözleşmesi'nin II. maddesinin yorumu, çoğu zaman, tahkimin bir müessese olarak mahkemelerce nasıl algılandığını da göstermektedir¹¹². Hükümde, ayrıca, *değişim-teati* (*exchange*) şartında ısrar edilmiş olmasının, farklı görüşlere ve dahası belirsizliklere neden olduğuna inanılır (*karş. MTK m. 4/II*)¹¹³.

Model Kanun madde 7/II, yazılılık şartı yönünden, işlevsel ve daha geniş içerikli, “...veya anlaşmanın kaydını temin eden diğer iletişim araçlarıyla...” (“...or other means of telecommunication which provide a record of the agreement...”) şeklinde, bir tanıma yer vermiştir. Bu düzenleme, sadece modern iletişim araçlarına ve gelecekteki gelişmelere zemin hazırlamakla kalmamakta; ama aynı zamanda, söz konusu şartın anlaşmaya dair *kayıt* sağlayan iletişim araçlarıyla yerine getirilmesini de mümkün görmektedir¹¹⁴. Bütün bunlara rağmen Model Kanun, hâlâ, mektupla teleks ve telgraf ile sair iletişim araçlarıyla yapılan anlaşma *kayıtlarının* yani genel olarak belgelerin *değişimini* “...or in an *exchange* of letters....or in an *exchange* of statements...” gerekli görmektedir (*karş. PIL Art. 178/I*)¹¹⁵. Şekil şartına ilişkin yapılmakta olan yorumlar, çoğu kez *belgelerin teatisi* şeklindeki şartla ilgilidir. Sorun,

¹¹⁰ ALVAREZ s. 70; DIMOLTA, s. 251; HERRMANN, *Uniform Legislation*, s. 217; LANDAU, s. 67, 68; SAMUEL, s. 83-85; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 374, 375; OLG Köln, XXI YBCA 1996, s. 535.

¹¹¹ *Cour de justice* Canton de Genève, *Carbomin Sa v Ekton Corporation*, XII YBCA 1987, s. 502; *Corte di appello* Napoli, VII YBCA 1982, s. 297; OGH, I YBCA 1976, s. 183 vd; OLG Hamburg, XXV YBCA 2000, 714-716.

¹¹² WENGER, s. 337; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 373.

¹¹³ van den BERG, s. 190 vd.; van den BERG, *Convention*, s. 587, 588. Daha geniş bir tanımlama, 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin I, 2, a maddesinde düzenlenmiş olup *teleprinter* aracılığıyla akdedilen tahkim anlaşmalarına göndermede bulunmuştur. Ayrıca bkz. HASCHER, *Convention*, s. 1006 vd.

¹¹⁴ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 262, 263; HERRMANN, *Arbitration Agreement*, s. 46. Norveç mahkemesi, bir olayda, tahkim yeri Londra olan bir hakem kararının tenfizi talebini reddetmiştir. Hakem kararı, karşılıklı teati edilen ve GENCON çarter partiye göndermede bulunan e-mail mesajlarıyla kurulu tahkim anlaşmasına dayanmakta olup bunun 1958 New York Sözleşmesi'nin II. maddesi anlamında gerekli ve geçerli şekil şartını sağlamadığı sonucuna ulaşılmıştır. Tahkim yeri hukukunca geçerli sayılan bu tip tahkim anlaşmalarının tenfiz yeri hukuku üzerinde hiçbir bağlayıcılığı bulunmamaktadır (*Hålogaland Court of Appeal* Norway, *Charterer (Norway) v Shipowner (Russian Federation)*, XXVI YBCA 2002, s. 519). Bu son içtihatla ilgili olarak ayrıca bkz. AKINCI Z., Tahkim Giderlerinin Azaltılması ve Elektronik Tahkim, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Millî Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, s. 109. *Karş. On-line* bir sözleşmenin parçası olan tahkim kaydının geçerli olarak kabul edildiği başka bir karar için bkz. *Lieschke v RealNetworks, Inc*, XXV YBCA 2000, s. 530.

¹¹⁵ BERGER, s. 143; BLESSING, s. 184; POUURET, s. 239; ABDULLA, s. 17; WENGER, s. 336; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 261; KALPSÜZ, *İsviçre*, s. 15, 16; EKŞİ, *Incorporation*, s. 57.

tarafardan sadece birinin yazılı irade beyanında bulunmuş olması hâlinde gündeme gelmektedir¹¹⁶. Bir sipariş mektubunda (ya da yazılı icap içerisinde) yer alan tahkim kaydının *fiilen* veya *sözlü* olarak kabul edilmesi hâlinde, tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışmalıdır (*karş.* Hollanda CCP Art. 1021; 1996 AA §5)¹¹⁷.

Uygulamada, tahkim şartını da içeren icabının ardından, *satıcıyla* satım bedeli konusunda gereken akreditifi açan veya üzerine düşen sair hususları yerine getiren ve icabı böylece kabul etmiş sayılan *alıcı* arasında, geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulmuş olup olmadığı sorusuyla ilgili olarak tahkim kaydına yönelik ve özel olarak öngörülen *teati* şartının yerine getirilmemiş olması nedeniyle yazılı şekil şartının gerçekleşmediği düşünülebilmektedir (*karş.* MTK m. 4/II)¹¹⁸.

Bu konuda yapılan tartışmalar sırasında, *ayrılabilirlik ilkesine* de göndermede bulunulmuştur. Şöyle ki, temel borç ilişkisinin, tarafları arasında kurulup kurulmadığı sorunundan bağımsız olarak geçerli tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir¹¹⁹. Zira tahkim anlaşmasının hukuki kaderinin, asıl borç ilişkisinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiğinde, artık tereddüt duyulmamaktadır. Kurulamamış asıl borç ilişkisi nedeniyle tarafların sözleşme öncesi sorumluluklarının, herhangi bir tahkim anlaşmasının konusunu oluşturması, yadırgatıcı olmamalıdır¹²⁰. Dahası ve en azından, tahkime gitmek şeklinde yazılı bir icabı içeren belgenin, diğer tarafça yine yazılı bir biçimde kabul edilmemiş olması ve fakat, *sanki önceden kabul etmişçesine bu kimsenin* tahkim yoluna

¹¹⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 137; Dar bir yorum örneği için bkz. *Corte di cassazione, Rohobar Ltd v Finncold sas*, XX YBCA 1995, s. 739; LG München, V YBCA 1980, s. 260.

¹¹⁷ MANN F. A., An “Agreement in Writing” to Arbitrate, 3(2) Arb Int, 1987, s. 171, 172; KAPLAN, *Writing*, s. 30; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 261; MERKIN, s. 27, 28; HARRIS/PLANTEROS/TECKS, s. 74.

¹¹⁸ KAPLAN, *Writing*, s. 30; BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 173; HERRMANN, *Uniform Legislation*, s. 214; SAMUEL, *Place of arbitration*, s. 61; HERRMANN, *Arbitration Agreement*, s. 46; WENGER, s. 336. Söz konusu meseleyle ilgili olarak cevabı daha güç olan husus, alıcının kabulünün herhangi bir eylemli biçimde olmadığı ve fakat sadece sözlü olduğu durumlarda da taraflar arasında, herhangi bir tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığında, yaşanmaktadır (LANDAU, s. 28, 31). Hollanda hukukunda, tahkim anlaşmaları yönünden öngörülen şekil şartının yaygın kabulün aksine bir *conditio sine qua non değil; ispat şartı* olarak kabul edilmesi nedeniyle tahkim iradesinin zımnen kabul edilebileceği konusunda, bir tereddüt duyulmamaktadır (LEW, *Arbitration Clause*, s. 132; SANDERS, *Arbitration*, s. 58; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 36). *Karş.* HUSSLEIN-STICH, s. 42. Model Kanun’un yeniden ele alınan 7. maddesiyle ilgili temel tartışmalardan biri de, söz konusu *teati* şartının yumuşatılması olmuştur. Özellikle, aynı maddede zaten yer alan ve dava dilekçesine karşı süresi içinde, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığına ilişkin itirazının yapılmaması hâlinde, taraflar arasında, bir tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılacağına ilişkin hüküm, katılımcılara, bu konuda *ICSID uygulaması yanında*, büyük cesaret vermektedir (UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.118). Oysa benzer yöndeki görüş ve öneriler, Model Kanun’un hazırlık çalışmaları sırasında, hayli tereddütle karşılanmıştı (BROCHES, *Commentary*, s. 42).

¹¹⁹ *Karş.* KAPLAN, *Writing*, s. 30; KAPLAN N., A Case by Case Examination of Whether National Courts Apply Different Standards When Assisting Arbitral Proceedings and Enforcing Awards in International Cases as Contrasting with Domestic Disputes. Is there a Worldwide Trend towards Supporting an International Arbitration Culture? International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series No 8, 1998, s. 196.

¹²⁰ SHACKLETON, s. 29, 30.

müracaat etmesi durumunda, tahkime gitmek şeklindeki icabın sahibi olan sözleşme tarafının, bu sefer de taraflar arasında, *yazılı şekil şartını haiz*, bir tahkim anlaşmasının bulunmadığını ileri sürmesi, hukuken korunmamalıdır¹²¹. Zira en azından, tahkime müracaat edildiği anda, söz konusu icabın teyit edildiği, kabul edilebilir. Şu hâlde, *kanımızca*, artık geriye kalan ve çözümü gereken yegâne durum, açık ve yazılı bir kabulü göndermeyen tarafın, icaba uygun olarak maddi ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesine karşın, yani bir anlamda söz konusu icabı, *-en azından maddi hukukla ilgili kısmını-* zımnen kabul etmiş olmasına rağmen; tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesinin, mümkün olup olmadığıdır¹²².

1958 New York Sözleşmesi'nin bu konuda çok da yardımcı olduğunu söylemek güçtür. Hemen belirtmekte fayda vardır; 1958 New York Sözleşmenin II. maddesi (*ve genelde pek çok millî tahkim kanunu*), tahkim anlaşmaları yönünden *ya* her iki tarafın da *imzalarını ya da – tahkim iradesini içeren-* belgelerin *teatisini* gerekli görmektedir. *İmza şartı, Sözleşmenin II. maddesinde öngörülen ilk olasılık için gerekli olup belgelerin teatisi için aranan bir özellik, değildir*¹²³. Sözleşme'nin II. 2. maddesiyle ilgili hazırlık çalışmaları sırasında, soruna neredeyse olumsuz bir yanıt dahi verilmiştir. Tahkim kaydına yer veren icap, teklif yahut iradelerin zımnen kabul edilmeleri hâlinde de yazılı tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılacağına ilişkin Hollanda önerisi, açıkça reddedilmiştir¹²⁴. Ancak bu esnada özellikle İngiliz delegesinin, neredeyse *sukutun ikrardan gelmeyeceğine* yönelik gerekçesi, hayli ilgi

¹²¹ SHACKLETON, s. 29.

¹²² *Eylemli uymanın* tahkim anlaşmaları için aranan yazıllık şartını sağlaması yönünden, doğrudan tahkimle veya tahkim yargılamasıyla ilgili olmasının gerekip gerekmediği; taraflar arasındaki temel borç ilişkisiyle ilgili fiilî uyuşmanın da yazıllık şartını sağlayıp sağlamadığı, artık yanıt bekleyen soru olmaktadır (ZPO §1031/VI). Gerçi, genişletici her yorumun da tahkimdeki, yazıllık şartını, geçerlilik şartından (Model Kanun m. 7/II), bir ispat şartına doğru çevirdiği, görmezlikten gelinmemelidir (*karş.* 1996 AA §5/II, c, III, IV). *Ayrıca bkz.* BERGER, s. 136; SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 155, 156; MERKIN, s. 26; HARRIS /PLANTEROS/TECKS, s. 75; HUSSLEIN-STICH, s. 38-40; DEREN-YILDIRIM, s. 40.

¹²³ BERGER, s. 137; ALVAREZ, s. 74; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 263; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 140; *Tribunal Fédéral, Tracomina CA v Sudan Oil Seeds Co Ltd*, XII YBCA 1987, s. 511; *DIETF Ltd v RF AG*, XXI YBCA 1996, s. 685; BGE 121 II 38 vd.

¹²⁴ SANDERS, *Arbitration*, s. 58; van den BERG, *Salient problem*, s. 39. *Tracomina* davasında, *Sudan Oil*, uyuşmazlığın çıkmasının ardından, Londra'da FOSFA tahkimini, mektup ve teleks yoluyla teklif etmiş, söz konusu teleks mesajına cevaben *Tracomina*, hakemini atamıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, bu hâlde, Sözleşme'nin II, 2. maddesinde aranan teati şartının yerine getirildiğine hükmetmiştir (*Tracomina SA v. Sudan Oil Seeds Co Ltd.*, XII YBCA 1987, s. 511, 513. *Ayrıca bkz.* *Cour de Cassation*, XX YBCA 1990, s. 660; BERGER, s. 140, 141; SCHWAB/WALTER /BAUMBACH, Kap. 44 Rn. 8; BİRSEL/BUDAK, s. 176; *Sempozyum*, s. 105; ÜSTÜNDAĞ, s. 937; AKINCI, s. 211; ALANGOYA/YILDIRIM /YILDIRIM, s. 610; DAYINLARLI, s. 34. *Aynı yönde bkz.* 11. HD. 02.10.1979, 3855/4351, (YKD 1980/2, s. 245); 11. HD. 18.06.1991, 1990-2296/4166 (YKD, 1991/11, s. 1670, 1671). *Karş.*, ERTEKİN/KARATAŞ, s. 61; ÖZBAY, s. 172, dn. 260.

çekicidir¹²⁵. Sözleşmenin, henüz, bu türden tahkim anlaşmaları için hazır olmadığını söylemek mümkündür (*karş.* 1958 New York Sözleşmesi m. VII)¹²⁶.

Model Kanun da, teati şartında, en azından lâfzen ısrarcıdır (Model Kanun m. 7/II). Ancak özellikle hükmün, ikinci cümlesinin son kısmı (**MTK m. 4/II, c. 2**) ile aynı kanunun 16/II. maddesi (**MTK m. 7/H/II**) kimi durumlarda, sukut yoluyla *dahi* tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılabilmesini mümkün kılmaktadır. Bütün mesele, *aslında*, **tahkim kaydını içeren yazılı bir belgenin mi, yoksa tarafların tahkim kaydı üzerinde anlaşığı hususunun mu yazılı olması gerektiği** üstünde toplanmaktadır¹²⁷. Şayet sorunun yanıtı, bunlardan ilkinin ilişkinse, o hâlde, aslında çözümü güç bir mesele de yok demektir. Zira sözü edilen tercihi takip eden İngiliz hukukunda, tarafların yazılı olmaksızın ve fakat (tahkim kaydını da içeren) yazılı bir metne atfen yapmış oldukları anlaşmalar da tahkim anlaşmaları yönünden gereken şekil şartını sağlamaktadır (1996 AA §5/III)¹²⁸. Bu hâlde taraflar arasında, tahkime yönelik, karşılıklı ve uygun irade beyanlarının olup olmadığı, harici vakıa ve durumların ispatı ile ortaya çıkacaktır. Özetle yazılı olması gereken, tahkim anlaşmasının kendisi olup tarafların iradesi değildir¹²⁹. Ne var ki, milletlerarası tahkim uygulamasında, tarafların tahkime yönelik iradelerin açık ve pürüzsüz olduğu durumlarda, şekil şartının yerine getirilmemiş olmasına karşın iyiniyet ve hakkın suiistimali ilkeleri yardımıyla tahkim anlaşmaları, yine de ayakta

¹²⁵ Aslında burada, tam anlamıyla bir sukûtta bahsetmek mümkün değildir. Gerçi, tahkim iradesine derhâl itiraz edilmiş değildir; kabul edildiği de bildirilmemiştir. Ancak aynı kaydı içeren belgenin diğer hükümleri, tarafça *eylemli* olarak kabul edilmekte, benimsenmekte, kısmen veya tamamen gerekleri yerine getirilmektedir. Böyle bir eylemli uyma karşısında, *ancak, ayrılabilirlik ilkesinin arkasına saklanılarak* söz konusu eylemli kabulün tahkim kaydına yönelik olmadığı söylenebilir. *Ayrıca bkz. KAPLAN, Writing, s. 33-35.*

¹²⁶ **KAPLAN, Writing, s. 33; MANN, Writing, s. 171; van den BERG, s. 106.**

¹²⁷ Şıklardan ilkinin itibar edildiğine ilişkin bkz. *Zambia Steel & Building Supplies Ltd v. James Clark & Eaton Ltd.* [1986] 2 Lloyd's Rep, 225. Yine PIL Art. 178/I, aranan esnekliği sağlamaya uygun hükümlerdedir. Zira söz konusu hüküm, yazılı şekilden değil (*karş. OR. Art. 13; BK. m. 13*); *yazılılıktan* bahsetmekte; tarafların her ikisinin de imzasını aramamaktadır. Şu hâlde, bir görüşe göre, tahkim anlaşmaları için artık geçerlilik değil; bir ispat şartı söz konusu olmaktadır (**WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 77. Karş. §6, III, C, s. 228, dn. 162.**

¹²⁸ **RUTHERFORD/SIMS, s. 51; LANDAU, s. 45, 46.**

¹²⁹ **LANDAU, s. 54. Ayrıca bkz. EKŞİ, Incorporation, s. 59.**

tutabilmekte, geçerli sayılabilmektedir¹³⁰. Özellikle eski tarihli milletlerarası düzenlemelerin daha esnek kurallar içeren millî kanunlar ışığında yorumlanabilmesi de mümkün ve caizdir¹³¹.

Örnek bir düzenleme olan ZPO § 1031/II- IV, UNCITRAL Model Kanun'da yer alan yazılı şekil şartının sınırlarını, daha da genişletmiştir. Özellikle, ZPO §1031/III-IV,

(1) Tahkim anlaşması, taraflarca imzalanmış bir belgede bulunabileceği gibi *teati edilen* mektup, telefaks, telegram veya söz konusu anlaşmaya dair kayıt temin eden sair iletişim araçları aracılığıyla da akdedilebilir.

(2)...

(3) Birinci veya ikinci alt paragraftaki şekil şartını yerine getirmiş bir sözleşmede, tahkim kaydını içeren bir belgeye yapılan atf, *söz konusu atfın ilgili* (tahkim) *kaydın(in)*, *sözleşmenin bir parçası hâline gelmesi için yapılması şartıyla* bir tahkim sözleşmesi(ni) meydana getirir.

(4) Konişmentonun, charter parti içerisinde yer alan tahkim kaydına *açık atfta* bulunması hâlinde, konişmentonun tedavülü ile birlikte tahkim anlaşması da akdedilmiş olur¹³².

şeklindedir.

¹³⁰ "...kimi özel hâllerde, *belli bir tutum-davranış, iyiniyet kuralları dâhilinde, şekil şartının yerine geçer*. Bu davada da durum, tamamıyla böyledir. Aralarında uzun bir iş ilişkisi bulunan taraflar, davada aslında, 2. maddesinde tahkim kaydına yer veren genel hükümlere dayanmaktadır. Dahası, yükletenin (shipper) kendisi, konişmentoyu taşıyana (carrier) vermeden önce tanzim edip imzalamıştır. Bu usulün telex ile veya benzer belgelerle yapılan beyanların teatisi durumuna olan benzerliği bir yana; *taşıyanının* tahkim kaydını da içeren ve arka tarafta yer alan genel hükümlerin de dâhil olduğu ve yine yükleten tarafından doldurulan sözleşme niteliğindeki belgelerin *uzun bir zamandan bu yana iş ilişkisi içinde olduğu yükleten tarafından da kabul edildiğine inanmaya hakkı vardır...*", *Tribunal Fédéral, Compagnie de Navigation et Transport SA v MSC (Mediterranean Shipping Company)*, XXI YBCA 1996, s. 690.

¹³¹ **van den BERG**, s. 191; **ALVAREZ**, s. 81. Sözleşme hükmünün Model Kanun'un 7. maddesi ışığında, genişletici bir yoruma tabi tutulduğu karar için bkz. *Tribunal Fédéral, Compagnie de Navigation et Transport SA v MSC (Mediterranean Shipping Company)*, XXI YBCA 1996, s. 690. Aynı yönde bkz. *Rechtbank Rotterdam, Isreal Chemicals & Phosphates Ltd v NV Algemene Oliehandel*, I YBCA 1976, s. 195 vd.

¹³² *Karş.* İsviçre Federal Mahkemesi, yazılı iletişimde, genel hükümlere yapılan bir göndermenin (*atfin*) yeterli olup olmadığı veya atfın özellikle tahkim kaydına mı yönelik olmasının gerektiği sorunuyla ilgili olarak **her iki tarafça da imzalanan bir konişmentodaki** tahkim kaydını da içeren genel hükümlere yapılan atfın, Sözleşme'nin II. maddesi bağlamında, geçerli bir tahkim sözleşmesine sebebiyet vereceği, sonucuna ulaşmıştır: "...Konvansyonun amacı, milletlerarası ticaretin gereklerine de uygun olarak uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümlenmesini kolaylaştırmaktır. Yine de, Konvansyonun II. maddesinde öngörülen yazılılık şartının gayesi, *millî mahkemelere müracaat hakkından vazgeçme sonucunu da içeren sakat, temelsiz yükümlülüklerle tarafların bağlı kalmalarına engel olmaktır*. Halihazırdaki menfaatler dengesi yönünden, tahkim anlaşmasının geçerliliği, bir kez de somut olayın şartları yönünden değerlendirilmelidir. Böyle olduğunda, [*yargısal*] *ilgi*, söz konusu sözleşmenin *tacirlerce mi yoksa tecrübesi son derece az olan veya hiç olmayanlarca mı akdedildiği*; söz konusu atfın *zaten taraflarca bilindiği veya bilinmesi gereken bir sözleşmeye mi yoksa diğer tarafın daha önce hiç bilmediği, bilmesinin de beklenmediği bir sözleşmeye mi yapıldığı gibi*, farklı derecelerdeki duyarlılık konuları üzerinde yoğunlaşmalıdır.." *Tribunal Fédéral, Tradax Export SA (Panama) v Amaco Iran Oil Company (US)*, XI YBCA 1986, s. 532; *Obergericht Basel*, XXI YBCA 1996, s. 685. Varılan sonuç, belgelerin teatisi hâlinde de geçerlidir (XV YBCA 1990, s. 509). Salt tahkim kaydına yönelik, özel bir atfın gerekli olmadığı, başka mahkemelerce de kabul görmüştür (*karş.* ZPO §1031/IV; Model Kanun m. 7/II, *son cümle*; **MTK m. 4/II, son cümle**); *Cour de cassation, Bomar Oil NV v ETAP -l'Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières*, XX YBCA 1995, s. 660; *Tribunal Supremo, X v Y*, XIII YBCA 1988, s. 512.

ZPO §1031/II'de ise belli koşullar altında, derhâl itirazda bulunulmaması hâlinde, tahkim iradesinin zımnî kabul edilmiş sayılacağı şeklindeki yaklaşım hükme bağlanmıştır:

(2) Birinci alt paragrafta öngörülen şekil şartı, şayet söz konusu tahkim anlaşmasının, bir taraftan diğerine veya üçüncü bir kimseden her iki tarafa iletilen belgede yer alması durumunda *ve* -makul bir süre içinde *buna da itiraz edilmeyerek*- söz konusu belgenin içeriği, *genel teamüle göre* sözleşmenin bir parçası olarak kabul edildiğinde, yerine getirilmiş sayılır.

Bu son hüküm karşısında, Model Kanunu'nun aksine, her iki taraftan kaynaklanan ve teati edilen yazılı onay, artık gerekli değildir. Alman kanunu, tahkim şartıyla bağlı olmak istemeyen tarafa, açık bir reddetme yükümlülüğü getirmiştir¹³³. Problemlî bir durum olan belgelerin *değişimi/teatisi şartı*, özellikle Model Kanun ülkesi olmayan kimi kanunlarda da düzenlenmiş değildir (PIL m. 178/I; ayrıca bkz. 1996 AA §5, özellikle *b* ve *c*)¹³⁴.

Kimi özel alanlar, tahkim anlaşmasının şekliyle ilgili konularda, özel hükümleri gerektirebilmektedir. Örneğin ZPO §1031/IV'e göre, tüketiciler her ne kadar uyuşmazlığın çıkmasından önce tahkim anlaşması akdedebilmekteyseler de, söz konusu anlaşmanın ayrı bir metinde bulunması ve taraflarca ayrıca imzalanmış olması gerekir¹³⁵.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4/II. maddesinde öngörülen, tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin düzenlemenin değerlendirilmesine gelince: Hükümün, tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda, (geçerlilik anlamında) bir yazılı şekil şartı getirdiğinde tereddüt etmemek gerekir¹³⁶. Ne var ki, yapılan alternatifli sayım, söz konusu zorunluluğun yerine getirilmesini de bir hayli kolaylaştırmaktadır. Söz konusu alternatifli sayım, büyük oranda Model Kanun'un etkisi altındadır. Düzenlenen ihtimallerden birinin gerçekleşmiş olması durumunda, yazılı şekil şartı da sağlanmış olmaktadır:

¹³³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 135; BERGER, *A New Era*, s. 114; SCHÜTZE, s. 63; MUSIELAK/VOIT, §1031, Rn. 5; ZÖLLER/GEIMER, §1031, Rn. 8; EKŞİ, *Incorporation*, s. 56. Hollanda mahkemesi, tarafın diğer yanının teklifinde yer alan tahkim kaydına, *yükün teslim alınmasından ancak iki ay sonra* itiraz etmiş olmasını geçersiz saymış ve taraflar arasında, bir tahkim anlaşmasının *da* kurulmuş olduğunu kabul etmiştir (*Rechtbank Rotterdam*, I YBCA 1976, s. 195). Karş. KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1034, 1035.

¹³⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 135; BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 173; KAPLAN, *Writing*, s. 39; SANDERS, *Arbitration*, s. 58; WENGER, s. 336.

¹³⁵ WAGNER, s. 689, 690. Oysa 1999 İsveç Tahkim Kanunu yönünden, kira ve sigorta meseleleri *gibi* belli özel alanlarda, ancak uyuşmazlığın çıkmasından sonra bir tahkim sözleşmesi yapılabilmektedir. Tahkim anlaşmalarına ilişkin herhangi bir şekil şartı içermeyen söz konusu hukuk bakımından, *taraflar* ancak bu şekilde korunabilmiştir ki, bu da kendi içinde son derece tutarlıdır (BERGER, *The Arbitration Agreement*, s. 396).

¹³⁶ Milletlerarası Tahkim Kanunu Tasarısı, *Madde Gereççeleri*, s. 1, 8.6.2001, (www.tbmm.gov.tr) (Erişim tarihi, 24.11.2006).

- a) Tahkim anlaşması, her iki tarafın da imzaladığı bir belgede yer alabilir. Bu, *hem* taraf olanların tümünün imzasını içermesi hem de bir *belgeden* bahsetmesi nedeniyle en sorunsuz ihtimaldir.
- b) *Ya da* tahkim anlaşmasının, tarafları arasında **teati edilmek** kaydıyla (*ki bu özellik, imza şartını kaldırmaktadır*)
- i) mektup;
 - ii) telgraf;
 - iii) teleks;
 - iv) faks **gibi** bir **iletişim aracına** veya
 - v) **elektronik ortama** geçirilmiş olması şarttır.

Bu son ihtimal üzerinde durmak gerekir. UNCITRAL Model Kanunu'nun 7/II. maddesine göre "...teati edilmek şartıyla mektup, teleks, telgraf veya kaydedilmek kaydıyla sair iletişim araçları içinde bulunan tahkim anlaşması,..." şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasıdır (*aynı yönde bkz. ZPO §1031/I*). Burada tartışmalı olan husus, sair iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen ve teati edilen tahkim iradesinin, bir belgeye dayanmasının, kaydedilmesinin gerekip gerekmediğidir (*karş. PIL Art. 178/I*)¹³⁷. Model Kanun çalışmaları sırasında, iletişim araçları ile gerçekleştirilecek teatinin, derhâl veya istenildiğinde, kâğıt üzerine geçirilmesinin gerekliliği yönündeki öneri, aksi hâlde, şekil şartının etkisiz kalacağı yönündeki karşı iddialara rağmen, reddedilmiştir¹³⁸. Bizim kanunumuz yönünden de tahkim iradesinin, sınırlı olmayan sayıdaki iletişim aracına konu edilmesi yanında (*ki, bütün bunlar, aynı zamanda, tahkim iradesinin bir belgeye kaydedilmesini mümkün kılan araçlardır*); elektronik ortama geçirilmiş olması, *ayrıca bir belgeye kaydının mümkün olup olmaması aranmaksızın*, yazılı bir tahkim anlaşmasına sebebiyet verecektir¹³⁹. Teati şartı aranan hâllerde, imzaya da gerek duyulmadığından, hukukumuzda, örneğin *e-mail* yoluyla tahkim anlaşmasının kurulması mümkündür; söz konusu verinin ayrıca güvenli elektronik imzaya

¹³⁷ CALAVROS, s. 46, 49, 50. Model Kanun'un 7/II. maddesinin orijinali, "...which provide a record of the agreement,..." biçiminde olup burada, söz konusu kaydın yazılı olmasının zorunlu kılınıp kılınmadığı tartışmalıdır. Örneğin, "written record" ibaresinin hazırlık çalışmaları sırasında çıkarılmış olması nedeniyle hükmün tahkim anlaşmasının bir belgeye geçirilmiş olmasını, zorunlu kılmadığı düşünülmektedir (GRANZOW, s. 88). Tartışmalar için bkz. HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 263; BERGER, s. 137; ABDULLA, s. 16-17. Ayrıca bkz. HUSSLEIN-STICH, s. 39; KRÖLL, *Schiedsrecht*, s. 1176, 1177; ZÖLLER/GEIMER, §1031, Rn. 7; AKINCI, s. 81; DEREN-YILDIRIM, s. 45.

¹³⁸ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 263.

¹³⁹ AKINCI, *Elektronik Tahkim*, s. 109; AKINCI, s. 81; DEREN-YILDIRIM, s. 45, 46.

konu edilmesi gerekmez¹⁴⁰. Hükümün bu lâfzı, bazı soruları da beraberinde getirmektedir. Örneğin, teati edilmek kaydıyla tahkim iradelerinin *elektronik ortama* geçirilmesi yeterli ise mektup, telgraf, teleks yahut faks gibi sair iletişim araçlarının da ayrıca düzenlenmiş olması, çok da zorunlu bir ihtiyacı karşılamış olmamaktadır. Zira bu son sayılanların *evleviyetle* yazılı şekil şartını sağladığında tereddüt etmemek gerekir. Dahası, hükme konu yazılı şekil şartı, öyle bir şekil şartıdır ki, tahkim iradesinin *kâğıt* üzerine geçirilmesi, kaydedilmesi dahi gerekmez (*karş.* PIL. Art. 178/I; ZPO §1031/I). Teati edilmek suretiyle zaten imza şartının aksi düzenlenmişti. Tahkim iradesinin, belgeye (kâğıda) kaydına imkân tanıyan *iletişim araçları* dışında (Model Kanun m. 7/II), *elektronik ortama geçirilmesi* de mümkün ve yeterli olduğuna göre tahkim anlaşmaları konusunda, *hâlâ bir yazılı şekil şartının geçerli olduğundan bahsetmek, tartışmaya açık bir konudur*¹⁴¹. **Özetle kanun, tahkim anlaşmaları için bir geçerlilik şartı olan yazılı şekil şartını düzelenmişse de, ilginçtir ki, söz konusu anlaşmanın senetle ispatı gerekmemektedir** (önce imza sonra da belge unsuru kaldırılmıştır); **dahası, anılan şartın yaptırımı ne yokluk** (*karş.* HUMK m. 517/II) **ne de butlandır** (*karş.* MTK m. 7/H/II)¹⁴².

Tahkim yargılaması sırasında (*hakemler önünde*)¹⁴³, davacının dava dilekçesinde¹⁴⁴, *yazılı*¹⁴⁵ bir tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmiş olmasına rağmen; davalının buna karşı

¹⁴⁰ Elektronik imzalı belgeler hakkında senetle ispat kurallarının uygulanabilirliği konusunda bkz. **ERTURGUT M.**, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara, 2004, s. 182 vd.

¹⁴¹ *Karş.* Model Kanun yönünden, tahkim anlaşmaları için geçerli şekil şartının, bir ispat şartı olmadığı kabul edilmektedir (**HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 260; **BERGER**, s. 136). Söz konusu hükümler, emredici olup aksi durumda, sözleşme geçersiz kalmaktadır. (**HUSSLEIN-STICH**, s. 39; *karş.* **GRANZOW**, s. 88). Bu sonucun bizim için de geçerli olduğuna ilişkin bkz. **DEREN-YILDIRIM**, s. 50.

¹⁴² *Karş.* 15. HD. 17.3.1994, 2032/1554 (**ERTEKİN/KARATAŞ**, s. 61). *Ayrıca bkz.* **ALTAŞ H.**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzletilmesi, Ankara, 1998, s. 89 vd; 145-147.

¹⁴³ **HUSSLEIN-STICH**, s. 40. *Ayrıca bkz.* **AKINCI**, s. 82.

¹⁴⁴ Anılan hüküm, *sözlü* tahkim yargılamalarında da uygulanabilmelidir (**GRANZOW**, s. 89, 90).

¹⁴⁵ MTK'nın 4/II. maddesi, Model Kanun'un 7/II. maddesinden bu konuda, ayrılmaktadır. Zira Model Kanun bağlamında, dava dilekçesinde, iddia edilmesi gereken husus, *sadece* taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunduğudur. Oysa hukukumuz yönünden gereken, *yazılı* bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmiş olmasıdır. Hükümün bu son hâli, Adalet Bakanlığı'na ait Tasarı'nın ilgili hükmüyle örtüşmekte olup daha önceki tasarlarda böyle bir hükme yer verilmiş değildi. *Deren-Yıldırım*, bu fark neticesinde hükümün, sözlü tahkim anlaşmalarına uygulanmayacağı; sadece şekil eksikliği içeren tahkim anlaşmaları için geçerli olduğu görüşündedir (**DEREN-YILDIRIM**, s. 48, 49). *Kanımızca* meselenin bir kez de, MTK'nın 7/H/II. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle bir tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olmasının, hakemlerin yargı yetkilerini, doğrudan ve olumsuz yönde etkilediği konusunda tereddüt yoktur. Zaten MTK'nın 7/H/II. maddesi de, hiçbir ayırım yapmaksızın yargı yetkisiyle alakalı tüm itirazların, belli bir süre içinde yapılmasını, zorunlu kılmaktadır. Ne var ki, süre yönünden getirilen tek istisna, *tahkime elverişlilik* için geçerlidir. Böyle bir durumda, sorunun kamu düzeniyle de yakından ilgili olması nedeniyle yargı yetkisi konusunda, tarafların her zaman itiraz edebilmesi; hakemlerin de kendiliğinden bir karara varabilmesi mümkün görülmektedir. Şu hâlde, sözlü tahkim anlaşmalarının geçersiz yani batıl olduğu kabul edildiğinde, sadece MTK'nın 4/II. maddesine değil; 7/H/II. maddesine de tabi olmayacağını söylemek, şekil şartı meselesini tahkime elverişlilik düzeyine çıkarır ki, bu yönde hiçbir istisnaya, en azından hukukumuzda yer verilmiş değildir. Örneğin Model Kanun bağlamında, kanunun 4. maddesinde geçerli ve kısaca "waiver rule" olarak anılan kuralın, her ne kadar aynı kanunun emredici

koymaması da geçerli bir tahkim anlaşmasına sebebiyet verecektir. Düzenleme, Model Kanun hükmünün önemli ölçüde aynısıdır (*karş.* ZPO §1031)¹⁴⁶. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek kaydıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş sayılır. Düzenlemenin en azından *lâfzen*, Model Kanunu'nun 7/II.; ZPO §1031/III. ve 1996 AA 6/II. maddesi hükümleriyle örtüştüğünü söylemek mümkündür. Ne var ki, ZPO §1031/IV'de, **konşimentolar** için ayrıca ve içerik olarak daha farklı bir düzenlemenin getirilmiş olması, dikkat çekicidir.

C-Tahkim Anlaşmasının Maddi Geçerliliği

Diğer herhangi bir sözleşmenin kuruluşunda geçerli olan şartları, tahkim anlaşması da yerine getirmelidir; tarafların tahkim üzerindeki iradeleri, harici kimi unsurlarla sakatlanmamalıdır. Şu soruların yanıtları, çoğu kez, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin meseleleri oluşturmaktadır: Taraflar arasında, gerçekten, uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme konusunda, bir irade birliği var mıdır? Taraflar yönünden, tahkim anlaşması akdetmek konusunda, *ehliyet yahut temsil* yönlerinden geçerli, herhangi bir sınırlama var mıdır? Tahkim anlaşmasının gerek *kişi* gerekse kapsamına aldığı *uyuşmazlıklar* yönünden içeriği nelerden ibarettir¹⁴⁷?

Tarafların tahkime ilişkin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, söz konusu sözleşmenin ya da kaydın taraflarca görüşülüp yine karşılıklı olarak imzalanması hâlinde kolaylıkla tespit edilebilir. Oysa

normları için geçerli olmadığı kabul edilmekteyse de yine Model Kanun'un 7/II. ve özellikle de 16/II. maddesi bağlamında, buna bir takım istisnalar getirildiği; tahkim anlaşmalarına ilişkin şekil şartının da bu istisnalar içinde yer aldığı, kabul edilmektedir (CALAVROS, s. 46; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 198, 484; BERGER, s. 355; YEĞENGİL, s. 133, 134. Ayrıca bkz. GRANZOW, s. 79, 90; HUSSLEIN-STICH, s. 40. Karş. KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1040, 1041. Yerli tahkim yönünden bkz. ERTEKİN/KARATŞ, s. 61, 62). Özetle MTK'nın 4/II. maddesi yönünden sözlü tahkim anlaşmalarının anılan hükmün uygulama alanına girmediği kabul edilecekse dahi böyle bir ayırımın, aynı kanunun 7/H/II. maddesi karşısında hiçbir geçerliliği bulunmamaktadır (Ayrıca bkz. ZPO §1031/VI, MUSIELAK/VOIT, § 1031, Rn. 13; ZÖLLER/GEIMER, §1032, Rn. 40; ALBERS, § 1031, Rn. 13, 14) Bu son hüküm bakımından, taraflar arasında hiçbir tahkim anlaşmasının olmaması ile şeklen geçersiz bir tahkim anlaşması olması arasında, fark yoktur. Kaldı ki, MTK'nın 7/H/II. maddesi yönünden davacının herhangi bir beyanda bulunma yükümlülüğü de yoktur; davalının tıpkı aynı kanunun 4/II. maddesinde olduğu gibi taraflar arasında *hiçbir* tahkim anlaşması olmadığını ileri sürmesi gerekir. Bunun da yapılmamış olması hâlinde, aynı kanunun 4/II. maddesine riayet edilmemesinin hiçbir işlevsel yönü kalmamaktadır. En azından hakemlerin, MTK'nın 4/II. maddesine konu edilen ve sözlü tahkim anlaşmalarını kapsam dışı bıraktığına inanılan ayırımın uygulanabilmesi için davacıyı, taraflar arasında herhangi bir tahkim anlaşması olup olmadığı ve varsa bunun şekli konusunda, bir beyanda bulunmaya mecbur etmesi, mümkün gözükmemektedir. Zaten, bütün bunların dışında, butlan sonucundan yararlanmak isteyen tarafın, dürüstlük kuralı ile de çatışması gerekir. Ayrıca bkz. BİRSEL/BUDAK, s. 175-176; AKINCI, s. 83; DAYINLARLI, s. 34, 35.

¹⁴⁶ SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 68.

¹⁴⁷ BERGER, s. 175, 176; ABDULLA, s. 18. Ayrıca bkz. SAMUEL, s. 96 vd. Her ne kadar, *tahkime elverişlik* (hem objektif hem de subjektif yönleriyle) meselesi de, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine yönelik olsa da konunun önemi ve uygulanacak hukuktaki farklılıklar, tahkime elverişliliğin başka bir başlık altında, özel olarak değerlendirilmesini haklı kılmaktadır (LEW, *Arbitration Clause*, s. 121, 122).

- a) Tahkim anlaşmaları, çoğu kez, bir başka yerde bulunan genel şartlara göndermede bulunulmak suretiyle yapılmaktadır. **Hatta tahkim kaydına yer veren bu genel şartların, taraflar arasında yapılan (temel borç ilişkisine yönelik) ana sözleşmenin kendisine fiilen ekli-dâhil olması da gerekmemektedir.** Tahkim anlaşmalarının, tahkim kayıtlarına yer veren başkaca hükümlere gönderme yapmak suretiyle kurulup kurulmadığının tespitinde, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği yanında, şekli geçerliliğine ilişkin sorunların da bulunduğu, gözden uzak tutulmamalıdır¹⁴⁸.
- b) Tarafların yapmış olduğu belli bir sözleşmede, tahkim kaydı bulunmazken aynı taraflar arasında daha önce yapılmış ve aynı konulu bir dizi sözleşme içerisinde tahkim kaydı bulunabilmektedir;
- c) Yine bir başka durumda, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü konusundaki talebin, tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan (tahkim anlaşmasını akdetmeyen, görünen tarafı olmayan) kimseye yöneltilmesi hâlinde de, *-ki bu kimse, tahkim kaydını da içeren ana sözleşmenin ifası/icrasında etkin/aktif rol alabileceği gibi, sözleşme konusu alacağı temlik alan 3. kişi de olabilir-*, bu kimsenin tahkim anlaşmasının **gerçek** tarafı olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Burada çözümlenmesi gereken hukuki sorun, şeklen tarafı olmadığı hâlde, bir kimsenin, tahkim anlaşmasının (yargılamasının) *gerçek tarafı* hâline gelmesinin mümkün olup olmadığıdır¹⁴⁹.

Özellikle bu son hâlde (c), **tahkim anlaşmasının, görünen tarafları yanında, başka kimselere de sirayeti** oldukça özgün ve zor sorunların yaşanmasına sebebiyet vermektedir. **Yapılacak yorumlar, bir kimsenin tabii hâkiminden koparılıp tahkime mecbur edilmesi sonucunu doğuracağından, bu kimsenin gerçekten de tahkim iradesine sahip (tahkime razı) olup olmadığının tespiti, büyük önem arz eder**¹⁵⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2003 yılındaki bir içtihadı, X, Y, Z arasında akdedilen sözleşmenin tahkim kaydına dayanarak Z tarafından X, Y ve A'ya karşı başlatılan tahkim prosedürü hakkındadır. Mahkeme önündeki sorun, şeklen sözleşmenin tarafı olarak gözükmeyen A'nın, böyle bir tahkim yargılamasına taraf olarak kabulünün mümkün olup olmadığıdır¹⁵¹. Öncelikle sorunun vasıflandırılması, yerinde olur: **Problem, tahkim kaydının**

¹⁴⁸ Karş. EKŞİ, *Incorporation*, s. 4, 43, 44. Ayrıca bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 130, 142.

¹⁴⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 142; DIMOLITSA, *Arbitration Agreement*, s. 16-18. Ayrıca bkz. DI PIETRO D., *Incorporation of Arbitration Clauses by Reference*, 21(5) J Int'l Arb 2004, s. 439 vd.

¹⁵⁰ BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 175, 177; JARVIN, *The source*, s. 52; SANDROCK O., *Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, ASA Special Series No. 8, 1994, s. 166 vd.

¹⁵¹ BGE 129 III 127; HABEGGER P., *Note-Federal Tribunal (1st Civil Court)*, 16 October 2003 (4P. 115/2003); *Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form*, 22 ASA Bulletin 2004, s. 398

maddi geçerliliği ile ilgilidir. Tahkim kaydının içeriği, kapsamı ve taraflarının kimlerden ibaret olduğu, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğini oluşturur (**MTK m. 4/III**). Bir an için sözü edilen kimsenin tahkim anlaşmasının tarafı olduğu kabul edilecekse dahi tahkim anlaşmasının usulüne uygun olarak akdedilip akdedilmediği, *yani* şekli geçerliliğin sağlanıp sağlanmadığı, çözümü gerekli, bir başka meseledir¹⁵². *Somut olayla ilgili olmamakla birlikte*, bu tip sorunların yaşanması hâlinde, gözden uzak tutulmaması gereken bir başka durum da, tarafının tahkimi akdetmek konusunda, gerekli ehliyeteye sahip olup olmadığı yahut vekilin yapmış olduğu tahkim anlaşmasının asili de bağlayıp bağlamadığıdır¹⁵³.

Tahkim anlaşmasının görünen tarafları *yanında*, **belli bazı kimselerin de** tahkime taraf edilmesi konusunda, iki eğilimin olduğundan bahsetmek mümkündür¹⁵⁴. Birinci grup, tahkimin sözleşmesel niteliğinden ve nispiliğinden hareketle üçüncü bir kimsenin tahkime yönelik şüphe duyulmayacak iradesi tespit edilmediği sürece, tahkim anlaşmalarının bu kimselere sirayetine, karşıdır¹⁵⁵. Buna karşın ikinci grup, *ki ağırlıklı olarak Fransız hukukunda durum böyledir*, özellikle milletlerarası ticaretin gerekleri ve özelliklerini dikkate alarak tahkim kayıtlarına olabildiğince geniş ve etkin bir sonuç tanıma çabasında olup tahkim anlaşmasının yapıldığı esnada, taraflar arasındaki görüşmelerde etkin bir katılımı olan, *dahası sözleşmenin icrasında, başlı başına rol alan, aynı hukuki ilişkiden menfaat temin eden kimselerin* de söz konusu tahkim kaydından kaçamamaları gerektiği, görüşündedir. Aksi düşüncenin kabulünün iyiniyet ve dürüstlük prensipleri ile çelişeceği, söz konusu grubun en güçlü argümanını oluşturmaktadır¹⁵⁶. Kısacası, kimi özel durumların varlığı hâlinde, artık sözleşmelerin nispiliği ilkesinin arkasına saklanılamamalıdır. Gerçi zaten, milletlerarası tahkim uygulamasının bugün geldiği noktada, artık sorulan soru, sözü edilen ilkenin aşılması

vd; **DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON**, s. 70, 71; *Cour d'appel, Paris, Dow Chemical et al v. Isover Saint-Gobain*, IX YBCA 1984, s. 131, 134, 136; *aynı yönde bkz.* XII YBCA 1987, s. 532.

¹⁵² **HABEGGER**, s. 398; **HANOTIAU B.**, Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues, 18(3) J Int'l Arb 2001, s. 251 vd.

¹⁵³ **BLESSING** *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 181; **WENGER**, s. 339, 340.

¹⁵⁴ **BERGER**, s. 159 vd; **HABEGGER**, s. 398; **BLESSING M.**, The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects, ASA Special Series No. 8, 1994, s. 21

¹⁵⁵ **HABEGGER**, s. 398, 399; **SANDROCK**, *Arbitration Agreements*, s. 169; **BLESSING**, *Arbitration Agreement*, s. 21.

¹⁵⁶ **BLESSING**, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 177; **BLESSING M.**, Extension of the Scope of an Arbitration Clause to Non-Signatories, ASA Special Series No. 8, 1994, s. 151; **HABEGGER**, s. 398, 399. *Ayrıca bkz.* **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 149; **BUCHER/TSCHANZ**, s. 47, 48; **JARVIN**, *The source*, s. 52; **WENGER**, s. 350. *Dow Chemical et al v. Isover Saint-Gobain*, IX YBCA 1984, s. 131.

istenirken çözümün *lex mercatoria*'da mı, yoksa zaten bu konuda belli bazı prensipleri haiz millî hukuklarda mı aranacağıdır¹⁵⁷.

Federal Mahkeme'nin kararına konu uyuşmazlığın çözümünde, kullanılan hüküm, İsviçre PIL Art. 178/II'dir. Sayılan hukuklardan birine göre maddi geçerliliğin tespiti, yeterlidir¹⁵⁸. Somut olayda, tahkim kaydının maddi geçerliliği hususunda, uygulanacak hukuklar dikkate alındığında, belirlenen millî hukukların sözleşmenin taraflarında genişlemeye sebebiyet verecek görüş ve araçları içerdiği tespit edilmiştir. **Ne var ki, çözümü eş zamanlı gerekli bir diğer mesele ise A ile sözleşmenin diğer tarafları, özellikle davacı arasında, hükme bağlanan şekle uygun olarak bir tahkim kaydının akdedilip akdedilmediğidir** (PIL Art. 178/I). Oysa kararda, tahkim anlaşmasının **görünen tarafları arasında**, şekil şartına ilişkin PIL Art. 178/I'e uygun olarak bir tahkim kaydının akdedilmesinin ardından, *sonraki taraflar için ayrıca bir şekli geçerlilik tartışması yapılmaksızın* sadece PIL Art. 178/II'e uygun olarak böyle bir genişlemenin mümkün olması, yeterli görülmüştür. **Bu nedenle A bakımından şekle uygun bir tahkim kaydının bulunmadığı itirazı da reddedilmiştir**¹⁵⁹. Sonuç olarak, sonradan dâhil olunabilecek, şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması yeterlidir; sair kişilerin tahkimle bağlı olup olmadığı sorunu, artık sadece tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğiyle ilgilidir¹⁶⁰. Oysa bir hukuki işlemin tabi olduğu şekil şartı; söz konusu hukuki işlemin *tarafları da* dâhil olmak üzere tüm esaslı noktaları için geçerlidir¹⁶¹.

İsviçre PIL Art 178/I (*karş. MTK m. 4/II*) hükmü, tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğine ilişkin olup taraflarca aksi kararlaştırılmadığı gibi tahkim anlaşmalarının şekli, başkaca bir hukuka tabi de kılınmaz. **Üstelik söz konusu şekil şartının, hâlâ bir ispat değil; geçerlilik koşulu olduğu ileri sürülmektedir**¹⁶². Bir görüşe göre, mahkemeler lehine olan yetki anlaşmalarına ilişkin PIL Art. 5/I hükmüne kıyasen tahkim iradelerinin karşılıklı olarak teati edilmesi de gerekir. Bu kapsamda, tahkim kaydının üçüncü kişilere sirayeti durumunda,

¹⁵⁷ *Grup şirketler veya perdeyi kaldırma* öğretisi gibi *lex mercatoria* içinde değerlendirilen ilkelerin millî hukuklar karşısındaki eleştirisi ve gereklilikleri yönünden bkz. SANDROCK, *Arbitration Agreements*, s. 172, 180. Ayrıca bkz. BERGER, s. 164.

¹⁵⁸ Bu konuda millî hukukların aşılmasını; çözümün *lex mercatoria*'da ya da hukukun genel prensiplerinde aranmasını gerektiren bir neden yoktur. Şayet gerekiyorsa millî hukuklar, ilgili yorum araçlarına sahiptir; çözüm ancak millî hukuklar içinde aranmalıdır. *Tartışmalar için* bkz. BUCHER/TSCHANZ, s. 46; HABEGGER, s. 398-400; WENGER, s. 340; SANDROCK, *Arbitration Agreements*, s. 169; BLESSING, *Arbitration Agreement*, s. 21.

¹⁵⁹ WENGER, s. 351. *Karş. BERGER*, s. 172, 173.

¹⁶⁰ Kararda, özellikle *Blessing*'e atıf yapılmıştır (BLESSING, s. 189, 190; BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 178).

¹⁶¹ HABEGGER, s. 401, 402. Ayrıca bkz. ALTAŞ, s. 50.

¹⁶² HABEGGER, s. 402; ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 369, 370; van den BERG, s. 171; ABDULLA, s. 16; KALPSÜZ, *İsviçre*, s. 15; KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1040.

şekil şartının aranması gerekseydi, teati edilen iradelerin varlığı da (*hakkın kötüye kullanılması yasağı bir kenara*), dikkate alınacaktı¹⁶³. Ne var ki, İsviçre hukuku için tahkim iradelerinin teati edilmesinin gerekip gerekmediği, *henüz*, kesinkes çözüme kavuşturulmuş da değildir (*karş. ZPO §1031/II; MTK m. 4/II*)¹⁶⁴.

Esasen, öğretilerde, Federal Mahkeme'nin anılan içtihadına rağmen, tahkimin bağlayıcılığı konusunda, sıkı şekil şartından kaçınmak amacıyla tahkime yabancı üçüncü kişiler yönünden *şekil şartının* geçerli olmadığını savunmaktansa; zaten yorumlanması gerektiği üzere, şekil şartına ilişkin daha esnek bir yorumun tercihi yoluyla tahkimin üçüncü kişilere sirayeti konusunda, *hem maddi hem de şekli geçerliliğe* ilişkin hükümlerin uygulanmasının mümkün olduğu da savunulmaktadır¹⁶⁵. Gerçi, tahkimle bağlı kılınmaya çalışılan kimsenin içinde bulunduğu durum da, özel bir önem arz etmektedir. Bu kimsenin, tahkim kaydının varlığından zaten haberdar olduğu (*sözleşme görüşmelerine katılmakla*); tahkim kaydını da içeren asıl hukuki ilişkinin icrasında ve edimlerin ifasında, kendi *adına* rol aldığı; üstelik **kendi hesabına çıkar temin ettiği durumlarda**, yeri geldiğinde, bir sözleşmesel külfet olan tahkim kaydından kaçınmasının yahut ona karşı korunmasının, milletlerarası ticaretin gerekleri, iyiniyet ve dürüstlük kuralları ışığı altında bir kez daha sorgulanması gerektiği düşünülmektedir¹⁶⁶. ***Bu kimsenin, tahkim kayıtları için geçerli olan şekil şartı korumasından yararlanması, ne derece yerindedir?*** Aksi düşüncenin kabulü, şekil şartıyla korunmak istenen menfaatin aşılması anlamına gelecektir. Bu hâlde, şekil şartının arkasına saklanılarak tahkim kaydının geçerli olmadığı ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına da aykırı olur. Bu nedenle İsviçre PIL Art. 178/I yönünden, bu tip kimselere özgü, katı şekil şartına karşın, dürüstlük kuralı yoluyla amaca uygun yorumun geçerli olması gerekeceği, düşünülmüştür¹⁶⁷.

¹⁶³ HABEGGER, s. 402, 403; BUCHER/TSCHANZ, s. 53; *karş. BLESSING, Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 173.

¹⁶⁴ BLEESING, s. 184. Kaldı ki, teati şartının yetki anlaşmalarına ilişkin hükümden esinlenerek getirilmesi de sağlıklı bir kıyas olarak görülmemiştir (HABEGGER, s. 404). *Karş. §6, III, B, s. 217, dn. 115.*

¹⁶⁵ HABEGGER, s. 404, 405. *Karş. EKŞİ, Incorporation*, s. 43.

¹⁶⁶ BERGER, s. 160, 162, 163; HABEGGER, s. 405; HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, s. 273. Ayrıca bkz. BUCHER/TSCHANZ, s. 54; DIMOLITSA, *Arbitration Agreement*, s. 17; ABDULLA, s. 20; BLESSING, s. 184, 185; BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 178; SAMUEL, s. 104-105; FOUCHARD /GAILLARD/GOLDMAN, s.280 vd; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 71. *Karş. V YBCA 1980, s. 177. Ayrıca bkz. ŞANLI C., Konşimentonun Devri, Alacağı Temlik ve "Perdeyi Kaldırma Teorisi" Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 22 MHB 2002/2, s. 787-789; DAYINLARLI, s. 27, 28.*

¹⁶⁷ HABEGGER, s. 405. Temel borç ilişkisinin icrasında, tahkim anlaşmasının şekli tarafı yanında veya ondan bağımsız olarak aynı grup içerisinde yer alan, kimi zaman *ana* kimi zaman ise *yavru* şirketin etkin, aktif bir rol üstlenmiş olması hâlinde, söz konusu tahkim ilişkisine artık grubun diğer üyesinin de dâhil olup olmadığı; tahkim ilişkisinin sadece, tahkim anlaşmasının görünen tarafı olan, grubun bir üyesi ile sınırlı kalıp kalmayacağı konusunda, gereğinde iyiniyet kurallarının gereğinde ise ekonomik gerçeklerin, grup şirketlerinin her birinin, bir diğerinden bağımsız, ayrı hukuki varlıklar olarak değerlendirilmesine mâni olduğu düşünülmektedir

Genel işlem şartları içerisinde (*a*) de, tahkim kaydına yer verilebilmektedir. Söz konusu genel şartlara, sözleşmenin arka tarafında [sayfasında] yer verilmesi hâlinde, buraya yapılacak **genel bir atfın**, tahkim kaydını da temel borç ilişkisine dâhil ettiği, sıklıkla kabul edilmekte; tahkim kaydına yönelik özel bir atfa ihtiyaç duyulmamaktadır (*karş. ZPO §1031/III; Model Kanun m. 7/II*)¹⁶⁸.

Tahkim kaydına yer veren genel işlem şartlarının ayrı bir metinde bulunması ise diğer bir olasılıktır. Bu olasılık yönünden, iki farklı anlayış, geçerlidir: Bunlardan ilkinde göre, genel şartları içeren metnin her iki tarafın da hâkimiyet alanında olması ya da her ikisinin ulaşabileceği bir konumda bulunması kaydıyla yapılacak *genel bir gönderme (atf)*, tahkim anlaşmasının geçerli bir biçimde kurulabilmesi için yeterlidir (*relatio imperfectia*)¹⁶⁹. Diğer görüş ise genel şartlar içinde kalan tahkim kaydına özel ve spesifik bir atfın her hâlükârda yapılmasının gerektiğine ilişkin olup (*relatio perfecta*) tahkim anlaşmasının ve bu yöndeki taraf iradelerinin apaçık, belirgin ve hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde olması gerektiği, yönündedir¹⁷⁰.

Bu konuda, ortak bir kabulün geçerli olduğundan bahsetmek güçtür. Örneğin, taraflar arasında süre gelen ve her defasında aynı genel şartlara göre kurulan sözleşmesel ilişkilerin varlığı hâlinde, kimi zaman belli bir sözleşmede, söz konusu genel şartlara gönderme yapılması dahi aranmayabilmektedir. Zira diğer yanın, uzunca bir süre, herhangi bir itirazda bulunmaması durumunda, bu kimsenin söz konusu genel işlem şartlarına artık vakıf veya en azından, erken bir dönemde söz konusu şartlardan haberdar olduğu kabul edilmektedir¹⁷¹.

Yine taraflar arasında akdedilmiş ve tahkim kaydı içeren sözleşmenin ardından, *aynı taraflar arasında* yapılan ve önceki sözleşmeyi “...**incorporated**...” eden sözleşmeler için de geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı, tahkim kaydı yönünden herhangi bir *müşahhas* atfın bu sefer de gerekip gerekmediği sorusuyla ilgilidir. *En azından bu durumda,*

(BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 175; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 147). Ayrıca bkz. HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, s. 279 vd; BERGER, s. 162.

¹⁶⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 142. İç hukukta, tüketici sözleşmeleri bakımından genel işlem şartları içerisinde yer alan tahkim kayıtlarının haksız-gayriadil sözleşme hükümleri gibi kabul edilip geçersiz sayılabileceğine ilişkin bkz. BGH, XIX YBCA 1994, s. 200 vd. *Incorporation*, herhangi bir belgenin diğer bir belgenin eki veya parçası hâline getirilmesi yöntemidir. Bu şekilde taraflar, göndermede buldukları metnin (*incorporation by reference*) kendilerinin düzenledikleri metin gibi uygulanacağını, kabul etmiş olmaktadır (EKŞİ, *Incorporation*, s. 21, 26).

¹⁶⁹ *Progressive Casualty Insurance Company et al v CA Reaseguradora a Nacional de Venezuela*, XIX YBCA 1994, s. 825.

¹⁷⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 142 DI PIETRO, s. 441. Ayrıca bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 38.

¹⁷¹ OLG Schleswig, 46 RIW 9/2000, s. 706, 707.

(yani aynı taraflar arasında, önceden yapılan ve tahkim kaydı içeren sözleşmenin incorporated edilmesi hâlinde) genel bir atfın yeterli olduğu, düşünülmektedir¹⁷².

Tahkim kaydı içeren hükümlere yapılan göndermeler, taraflardan biri ile üçüncü bir kişi arasında akdedilen sözleşmeye de yönelik olabilmektedir. Buna, özellikle çarter parti içindeki tahkim kaydına, konişmento tarafından yapılan atıflarda rastlanmaktadır. Burada çarter parti tarafları ile konişmetonun tarafları, farklıdır. Sıklıkla gündeme gelen sorun, taşıma koşulları bakımından konişmentonun çarter parti'ye yapmış olduğu genel bir atfın, çarter partideki tahkim kaydını da kapsayıp kapsamadığıdır¹⁷³. Olası sonuçlar, genel bir göndermenin bu hâlde yeterli olduğu¹⁷⁴ veya tam aksine, tahkim kaydına yönelik müşahhas bir atfın gerektiği biçimindedir¹⁷⁵. Örneğin Alman hukuku bakımından ZPO § 1031/IV'ün açık düzenlemesi, doğrudan, çarter parti'de yer alan tahkim kaydını hedef alan; müşahhas-açık bir atfı yoluyla ancak tahkim kaydının konişmentoya dâhil edilebileceği şeklindedir (*karş. MTK m. 4/II, son cümle*)¹⁷⁶.

1958 New York Sözleşmesi'nin, tahkim kaydını da içeren başka sözleşmelere/belgelere yapılan göndermeler yoluyla tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılıp sayılmadığı konusunda, suskun kaldığı söylenebilir. Sorun aslında, *relatio perfecta* veya *relatio imperfecta* şeklindeki göndermelerden hangisinin Sözleşme'ye uygun düşeceği. Bu konudaki eğilim, *kural olarak*, Sözleşme'nin, göndermeler yoluyla tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılacağı fikrine karşı olmadığıdır. Ne var ki, bu görüş, sair kimi unsurların varlığına tabi kılınmış ve ancak bunların da bulunması hâlinde, söz konusu atfın geçerli bir tahkim anlaşmasına sebebiyet verdiği, sonucuna ulaşılmıştır¹⁷⁷. *Böyle bir atfı neticesinde tarafların, tahkim kaydına ilişkin sonuçlardan haberdar olup olmadığı yahut hangi hâllerde, tarafların bu sonuçlardan haberdar olduğunun kabul edilebileceği, meselenin özüdür*¹⁷⁸.

¹⁷² van HOUTTE, *Printed Contracts*, s. 10 vd.

¹⁷³ TRAPPE J., *The Arbitration Clause in a Bill of Lading*, LMCLQ 1999, 337-343. Ayrıca bkz. KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1035-1040; EKŞİ, *Incorporation*, s. 84, 151.

¹⁷⁴ Philippines Supreme Court, *National Union Fire Insurance Company of Pittsburg et al v Stolt-Nielson Philippines, Inc*, XXVII YBCA 2002, s. 524; *Progressive Casualty Insurance Company et al v CA Reaseguradora a Nacional de Venezuela*, XIX YBCA 1994, s. 825.

¹⁷⁵ Corte di cassazione, *Granitalia v Agenzia Marittima Sorrentina*, XXVII YBCA 2002, s. 506 vd.; *Federal Bulk Carriers Inc v C Itoh & Ltd*, The "Federal Bulker" [1989] 1 Lloyd's Rep 103.

¹⁷⁶ *Açık atfın varlığı hâlinde*, çarter parti içerisinde yer alan tahkim kaydının artık sadece çarter partinin taraflarını bağladığı yönünde bir itiraz dinlenmez. *The Rena K* [1978] 1 Lloyd's Rep 545; *The Nerano* [1996] 1 Lloyd's Rep 1.

¹⁷⁷ van den BERG, s. 215, 216; SAMUEL, s. 87; van HOUTTE, s. 3-6. *Karş.* 19. HD. 08.05.1997, 1996-9619/4669 (YKD, 1997/11, s. 1772 vd).

¹⁷⁸ DI PIETRO, s. 442; ALVAREZ, s. 76; LUZZATTO, s. 41; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 277. Tarafın, göndermede bulunulan sözleşmedeki tahkim kaydından haberdar olması hususu yanında, *söz konusu tahkim kaydının da göndermede bulunan sözleşmedeki uyumsuzlukları kapsayacak genişlikte bir içerige sahip olup olmadığı, varlığı aranan bir diğer şarttır* (HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, s. 268;

Yukarıda da değinilen *Tradox v. Amoco* kararı ile İsviçre Federal Mahkemesi, hukuki ilişkinin taraflarının işinin uzmanı olan profesyonel kimselerden, tacirlerden oluşması durumuyla aksinin birbirinden farklı değerlendirileceği, sonucuna varmıştır¹⁷⁹. Yine, bir sözleşmenin, *aynı* taraflarca önceden akdedilmiş ve tahkim kaydını içeren bir başka sözleşmeye göndermede bulunmasıyla taraflarca bilinemeyebilecek, daha önce kullanılmamış başkaca genel şartlara yahut kurallar bütününe (*özellikle taraflardan biriyle bir başka kimse arasında akdedilen sözleşme hükümlerine*) göndermede bulunması durumları da, aynı şekilde değerlendirilmemeli; en azından her iki örnek için de her zaman aynı sonuçlara varılacağı, düşünülmemelidir¹⁸⁰. Örneğin bu son olay bakımından, **ancak** belli bir iş kolunda, uzun zamandan bu yana çalışan; o iş kolunda yaygın bir biçimde kullanılan kurallara aşına olan yahut olması beklenen tacir taraf, söz konusu tahkim kaydından haberdar olmadığını ileri süremez¹⁸¹. Buna karşın İsviçre hukukunda, somut olayın, *sözü edilen özellikleri içermemesi hâlinde*, standart kurallar içinde bulunan tahkim kaydının taraflar arasında geçerli olabilmesi için müşahhas bir atfın gerektiği; ancak bu sayede tarafın tahkimden haberdar kılınabileceği, belirtilmiştir¹⁸².

TRAPPE, *Bill of Lading*, s. 340, 342; **LIEBSCHER**, s. 184; **BRAVAR**, s. 117; **ÜLGENER F.**, Çarter Sözleşmeleri, İstanbul, 2000, s. 615; **EKŞİ**, *Incorporation*, s. 117). Ayrıca bkz. **ŞANLI**, s. 237, dn. 237ff

¹⁷⁹ *Tribunal Fédéral, Tradax Export SA (Panama) v Amaco Iran Oil Company (US)*, XI YBCA 1986, s. 532-536. Ayrıca bkz. **ALVAREZ**, s. 77; **ABDULLA**, s. 16-17; **WENGER**, s. 349.

¹⁸⁰ **DI PIETRO**, s. 442; **ALVAREZ**, s. 77; **WENGER**, s. 349; **LIEBSCHER**, s. 187, 188. Kimi zaman, İsviçre Federal Mahkemesi, tarafların göndermede bulunulan tahkim kaydına olan yakınlıkları, bilgileri ve ilgileri gibi kimi harici unsurları dikkate almaksızın; salt genel hükümlere yapılan basit bir atfın dahi tahkim anlaşmasının kurulması yönünden yeterli olduğu sonucuna ulaşabilmiştir (XV YBCA 1990, s. 509; *karş.* XXVIII YBCA 2003, s. 835-841).

¹⁸¹ **LEW**, *Arbitration Clause*, s. 134; **ABDULLA**, s. 16-17. Aynı yönde bkz. *Tribunal Fédéral, Compagnie de Navigation et Transport SA v MSC (Mediterranean Shipping Company)*, XXI YBCA 1996, s. 690-698). İsviçre hukuku bakımından, açık ve müşahhas bir göndermenin gerekmediği konusunda, bir başka karar için bkz. *Tribunal Fédéral*, XV YBCA 1990, s. 510. Aynı eğilim, Amerikan hukuku için de geçerlidir. Tarafların konumu ve böyle bir gönderinin olası sonuçlarından haberdar olunması veya olunmuş sayılması hâllerinde, artık *özel, açık ve doğrudan tahkim kaydını hedef alan bir gönderinin* gerekli olmadığı üzerinde durulmuştur (*JMA Investments v. C. Rijkaart B. V.*, XI YBCA 1986, s. 578). Tahkim anlaşmasının geçerliliğine itiraz eden taraf, uyumsuzluğa konu sanayi ürünün geçerli olduğu sektörde, uzun yıllardır çalışan; sektörde yaygın bir biçimde kullanılan **London Metal Exchange** kurallarından haberdar olması beklenen kimselerden olduğuna göre, **LME Rules**'a yapılan atfın bu kurallar arasında yer alan tahkim kaydı için de geçerli olduğu sonucu için bkz. *Metallgesellschaft v. Montrose*, XVII YBCA 1992, s. 672. Hatta Amerikan hukukunda, geçerli olan bir başka anlayışa göre, kimi zaman, söz konusu iş/ticaret kolunun genel kuralları, egemen anlayışları (*usage of trade*) dahi taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının kurulmuş sayıldığı için yeterli olabilmektedir. Örneğin çelik endüstrisinde, (*uyumsuzluk, çelik satımından kaynaklanmaktadır*) tahkimin zaten standart uygulama olduğu gerçeği karşısında, *taraflar arasında şeklen gözükmemekle birlikte bir tahkim anlaşmasının kurulmuş sayıldığına ilişkin bkz Aceros Prefabricadod S.A v. Tradeared, Inc*, 282 F. 3d 92, 46; BGH, XX YBCA 1995, s. 666. Ayrıca bkz. **DAVID**, s. 203; **DI PIETRO**, s. 444; **BERGER**, s. 154, 155; **KALPSÜZ**, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 350; **ŞANLI**, *Konşimento*, s. 775.

¹⁸² Bu durumda, atf yapılan standart hükümlerin taraflar arasındaki sözleşmeye, fiilen de eklenmesi, gerekli değildir. Karar için bkz. XXI YBCA 1996, s. 685. Ayrıca bkz. **ALVAREZ**, s. 79; **WENGER**, s. 337.

Fransız hukukunda ise tartışmalara neden olan karar, *Bomar v. ETAP* davası olmuştur¹⁸³. Burada, öncelikle 1958 New York Sözleşmesi'ne göre, tarafların tahkim anlaşmasına yönelik iradelerinde, bir tereddüt, çekince yahut belirsizlik bulunmadığı ölçüde, göndermeler yoluyla tahkim anlaşmasının akdedilmesinde bir sakınca olmadığı sonucuna varılmıştır. Ne var ki, tahkim anlaşmasına yönelik iradelerde, bir belirsizliğin olup olmadığının tespitinde, Temyiz Mahkemesi, tahkim kaydına yönelik açık, doğrudan ve müşahhas bir göndermenin gerektiğini benimsemiş; *ancak tarafların, aralarında uzun bir zamandan bu yana geçerli olan ticari ilişkiler nedeniyle bu ilişkilere uygulanan kurallardan haberdar ve farkında olduklarının belirlenmesi hâlinde*, anılan kurala bir istisna getirilebileceği sonucuna varmıştır. Oysa İstinaf Mahkemesi, anılan şartların tahakkuku beklenmeden de o iş kolunda, uzun zamandır çalışan tacir tarafların, göndermede bulunulan kuralları zaten bilmeleri gerektiği *düşünüldüğünden*, böyle genel bir atfın sonucunda akdedilmiş sayılan tahkim anlaşmasıyla da bağlı oldukları sonucuna ulaşmıştı¹⁸⁴.

Bu başlık altındaki sorunların önemli bir kısmının, deniz ticarinde, özellikle taraflar arasındaki hukuki ilişkilerde (*konişmentolarda*), tarafı olunmayan genel işlem şartlarına yahut standart kurallara yapılan atıflar sonucunda gündeme geldiğinin tespiti gerekir. Şu hâlde, *aynı taraflar arasında*, akdedilmiş daha önceki sözleşme kayıtlarına yapılan göndermeler ile *taraflardan herhangi birinin tarafı olmadığı*, başka sözleşmelere yahut hiç kimsenin tarafı olmadığı standart kurallara ya da genel işlem şartlarına atıfta bulunulmuş olmasının (*özellikle konişmentodan hangi çarter parti'ye atıf yapıldığının tespitinde*) farklı değerlendirilmesi mümkündür¹⁸⁵. Özellikle bu son hâlde, yani, belli bazı standart kurallara göndermede bulunulması durumunda, söz konusu standart kuralların tespitini, bulunmasını kolaylaştırıcı bir biçimde; farklı tarihlerde geçerli olan birden fazla türü bulunuyorsa, hangi andaki metnin geçerli olacağı konusunda açık, kesin ve tereddütsüz bilgilerin söz konusu atıfta bulunması gerekir. *Ancak böyle bir durumda*, anılan genel hükümlerin, sözleşme metnine eklenmesi, iliştilmesi şart değildir¹⁸⁶.

¹⁸³ *Cour de cassation, Bomar Oil NV v ETAP –l'Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières*, XVII YBCA 1992, s. 488; XX YBCA 1995, s. 660.

¹⁸⁴ **DI PIETRO**, s. 445; **ALVAREZ**, s. 77, 78; **LANDAU**, s. 40-41; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 274; **DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON**, s. 64. *Karş. Corte di Cassazione, Granitalia v. Agenzia Marittima Sorrentini*, XXVII YBCA 2002, s. 506. Kararda, konişmentodan çarter partiye yapılan genel bir atfın yeterli olmadığı; en azından böyle bir atfın tahkim kaydını da konişmentoya dâhil etmeye yetmediği sonucuna ulaşılmıştır. İngiliz hukuku bakımından da aynı içtihat geçerliydi (*Federal Bulk Carriers Inc v C Itoh & Ltd*, The "Federal Bulker" [1989] 1 Lloyd's Rep 103).

¹⁸⁵ **ALVAREZ**, s. 78.

¹⁸⁶ **ALVAREZ**, s. 78. Ayrıca bkz. **BERGER**, s. 150, 151; **ŞANLI**, *Konişmento*, s. 776, 779; **EKŞİ**, *Incorporation*, s. 112-113.

Tahkim kaydını da içeren hükümlere yapılan açık, doğrudan ve müşahhas bir atfın çoğu zaman millî hukuklarda ve en azından 1958 New York Sözleşmesi bağlamında, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin herhangi bir sorun yaratmadığı, açıktır. Mesele, böyle bir atfın bulunmaması hâlinde tarafların, ilişkinin ve somut olayın özelliklerinin, tarafların tahkim anlaşmasından haberdar oldukları hususunu ispat etmeye yetip yetmediğinde, toplanmaktadır. Sorun artık sadece şekli değil; ama aynı zamanda, bir maddi geçerlilik konusudur¹⁸⁷.

İtalyan Yargılama Usulü Kanunu'nun *milletlerarası tahkime ilişkin* 833/II. maddesine göre, "Taraflar arasındaki yazılı bir sözleşmeden *tahkim kaydını* da içeren standart hükümlere yapılan bir atf, ancak söz konusu *kaydın* taraflarca bilinmesi veya olağan şartlar altında, taraflardan bilmelerinin beklenmesi hâlinde, geçerlidir" (*karş.* İtalyan Yargılama Usulü Kanunu m. 808/I). Bu hüküm karşısında, *en azından* milletlerarası tahkimle ilgili meseleler yönünden, artık *relatio perfecta*'nın geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması için zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹⁸⁸. Örneğin, *Conceria Madera Srl v. Fortstar Leathr Ltd.* kararında, tarafların uzun zamandan bu yana tacir oldukları gerçeğinden hareketle işleri gereği, yakından bilmeleri beklenen söz konusu standart kurallar üzerinde anlaşıldığında, hükümler arasında bulunan tahkim kaydının da artık taraflar için bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹⁸⁹. 1996 AA §6/II'hükümü, şu şekildedir:

"(2) The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement *if the reference is such as to make that clause part of the agreement.*"

(2) Bir anlaşmada, yazılı tahkim *kaydına* ya da tahkim *kaydı* içeren bir belgeye yapılan atf, şayet ilgili atfın söz konusu *kaydın* anlaşmanın bir hükmü hâline getirilmesi *amacıyla yapılması hâlinde*, tahkim anlaşmasına vücut verir".

¹⁸⁷ BERGER, s. 150; DI PIETRO, s. 446. Ayrıca bkz. CALAVROS, s. 50. 1958 New York Sözleşmesi ve özellikle Sözleşme'nin II. maddesi, *asgari* bir norm olup Sözleşme kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından daha katı ve sert millî hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu, millî hukukların daha liberal ve esnek; Sözleşmenin amaçlarıyla da örtüşen tahkim anlaşmasının lehinde, kurallar getirmesine ve uygulamasına mâni değildir. Ayrıntısı için bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 113; LEW, *Arbitration Clause*, s. 136; ALVAREZ, s. 69, 70; van den BERG, s. 276. Böyle bir durumda, Sözleşme'nin VII, 1. maddesinden bahsedilmekteyse de hükmün sadece *yabancı hakem kararları* için olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Ne var ki, bu hükmün doğrudan uygulanamıyor oluşu, Sözleşme'nin II, 3. maddesine ilişkin böyle genişletici ve geliştirici bir yorumun yapılmasına engel de değildir. Örneğin, Fransız hukuku bakımından NCPC Art. 1443/I, ayrıca herhangi bir şarta yer vermeksizin, salt bir atfın bulunması hâlinde de tahkim anlaşmasının kurulabileceğini, düzenlemektedir. *Bomar v. ETAP* kararında, anılan hükmün uygulanması gerekirken temyiz mahkemesince doğrudan, 1958 New York Sözleşmesi'nin II. maddesinin kullanılmasına ilişkin eleştirisi için bkz. (DI PIETRO, s. 448-450).

¹⁸⁸ BERNARDINI P., *The Italian Law on Arbitration: Text and Notes*, 1998, s. 26.

¹⁸⁹ *Conceria Madera Srl v. Fortstar Leathr Ltd.*, XXII YBCA 2002, s. 500. *Karş.* *Granitalia v. Agenzia Marittima Sorrentini*, XXVII YBCA 2002, s. 506.

Öğretide, bu hâlde, ancak doğrudan tahkim kaydını hedef alan bir atfın bulunması hâlinde, tahkim anlaşmasının tarafları arasında kurulmuş sayılacağı belirtilmiştir¹⁹⁰. Ne var ki, özellikle 1996 Tahkim Kanunu öncesinde, üzerinde tereddüt edilmeyen bu görüş, artık aynı şekilde, geçerliliğini muhafaza edememektedir. Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, sözü edilen atfın ne şekilde olması gerektiği, tümüyle içtihatlarla bırakılmıştı. Özellikle 1996 *DAC Report* §42'nin, genel bir atfın da yeterli görülebileceğine ilişkin müsamahakâr tavrı, gitgide, önceki dönem içtihatlarından uzaklaşılmasına neden olmuştur¹⁹¹. Hüküm, UNCITRAL Model Kanunu'nun 7/II. maddesinin son cümlesiyle neredeyse özdeştir. Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında ise, *atfı içeren sözleşmenin yazılı olması şartı dışında (aynı yönde bkz. ZPO §1032/III; karşı. MTK m. 4/II)*¹⁹², ayrıca, *tahkim kaydına yönelik özel ve doğrudan bir atfın gerekli olmadığı*, açıkça belirtilmiştir¹⁹³.

Alman hukukunda ise durum, biraz farklıdır. Her ne kadar, ZPO § 1031/III hükmü, Model Kanunu'nun 7/II. maddesinin son cümlesiyle büyük ölçüde, aynı ise de¹⁹⁴ farklılık, ZPO §1031/IV maddesi hükmündedir¹⁹⁵. Zira

“(4) Konşimentonun, çarter parti içerisinde yer alan tahkim kaydına *açık atfıta* bulunması hâlinde, konşimentonun *tedavülü* ile birlikte tahkim anlaşması da akdedilmiş olur.”

Konşimentolara özel bu hükmün ardından, Alman hukukunda, artık, önceki içtihatlarda kabul edilen, *çarter parti* hükümlerine yapılan genel bir atfın, tahkim kaydını da içereceği

¹⁹⁰ DI PIETRO, s. 451.

¹⁹¹ HARRIS/PLANTEROS/TECKS, s. 80; RUTHERFORD/SIMS, s. 55; *Welex AG v. Rosa Maritime Ltd.* [2002] 2 Lloyd's Rep. 81; The “*Delos*” [2001] 1 Lloyd's Rep 703. Buna karşın, önceki dönem içtihatlarına itibar eden kararlar da bulunmaktadır, *Trygg Hansa Insurance Co. Ltd. v. Equitas* [1998] 2 Lloyd's Rep 439. Bu son kararda, dikkati çeken husus, önceki dönem içtihatlarına itibar edilmesinin nedeni olarak, *genel bir atfın yeterli görülebilmesi için somut olayın özelliğinde bulunması gereken, harici, kimi unsur ya da özelliklerin uyumsuzluk konusu olayda bulunmaması*, gösterilmiştir (MERKIN, s. 30, 31). Yazara göre, *tahkime gitmek şeklindeki yükümlülüğün*, sözleşmenin geri kalanında yer alan diğer yükümlülüklerle nazaran içinde bulunduğu ayrıcalıklı ve özel konum, doğrudan ve açık bir atfı zorunlu kılmaktadır (*Aynı yönde bkz. SAMUEL*, s. 99). Gerçi yazar, bu görüşün, 1996 *Arbitration Act* sonrası için de geçerli olduğunun özellikle *Trygg Hansa* davasında da ortaya konulduğunu belirtmişse de, kararda, *müşahhas atfı gerektirmeyecek harici kimi bulguların davada olmaması nedeniyle* eski içtihatlara itibar edildiği, belirtilmiştir. Kanımızca bu dahi aslında, önceki dönem içtihatlarından bir dönüşür. Ayrıca bkz. LIEBSCHER, s. 183, 184; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 81-83; EKŞİ, *Incorporation*, s. 118, 119.

¹⁹² KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1034.

¹⁹³ SZURSKI, *Model Law*, s. 62; BINDER, s. 60; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 264; BERAUDO, *Case Law*, s. 112; TRAPPE, *Bill of Lading*, s. 341; SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 68; BROCHES, *Commentary*, s. 42; HUSSLEIN-STICH, 42. Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, söz konusu metin, “...such as to make that clause a term of the contract.” “...sözleşmenin bir kaydı yapmak amacıyla...” şeklindeyken; daha sonra “...a part of the contract.” “...sözleşmenin bir parçası...” biçimine dönüştürülmüştür (BROCHES, *Model Law*, s. 84). Ayrıca bkz. GRANZOW, s. 91; DEREN-YILDIRIM, s. 50.

¹⁹⁴ LIEBSCHER, s. 187; EKŞİ, *Incorporation*, s. 40.

¹⁹⁵ Hükmün büyük ihtimalle *Hamburg Rules*'dan esinlenildiğine inanılmaktadır (TRAPPE, *Bill of Lading*, s. 341). Ayrıca bkz. BRAVAR, s. 120; KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1040; EKŞİ, *Incorporation*, s. 124.

şeklindeki görüşün, hiçbir geçerliliğinin kalmadığı, savunulmuştur¹⁹⁶. Ne var ki, özellikle ZPO §1031/III hükmü yönünden, büyük ölçüde Model Kanun çizgisinde bir eğilim geçerli olup *hükümün kapsamına giren uyuşmazlıklar* bakımından, tahkim kaydına özel, müşahhas bir atıf gerekli değildir¹⁹⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden sorunun nasıl değerlendirilmesi gerektiğine geçmeden önce, önemli gördüğümüz kimi hususlara burada yer vermekte fayda vardır: *Konışmento-çarter parti-tahkim anlaşması* arasındaki ilişki inceleneceği zaman, tahkim anlaşmasının *hem şekli hem de* maddi geçerlilik olguları yönünden değerlendirilmesinde fayda vardır. Zira tarafların karşılıklı ve sağlıklı tahkim iradelerinin bulunup bulunmadığı meselesi yanında, tahkim anlaşmaları için aranan şekil şartının da yerine getirilip getirilmediği, işlevsel ayniyetlerine karşın, ayrı ayrı sorunlardır. Yine koniştentolarla ilgili meselelerin değerlendirilmesi sırasında, *kırkambar koniştentolarıyla çarter parti* altında düzenlenen koniştentoların da ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda vardır¹⁹⁸. Söz gelimi,

¹⁹⁶ BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 33; WAGNER, s. 690. Ayrıca bkz. HENN, s. 24; MUSIELAK/VOIT, §1031, Rn. 7; ZÖLLER/GEIMER, §1031, Rn. 34; ALBERS, §1031, Rn. 8; *BT Drs* 13/5274, s. 37. EKŞİ, *Incorporation*, s. 125. Alman hukukunda, ciro ile koniştentonun hamili olan kimseye, koniştentoda yer alan ve koniştentoyu ciro eden kimsenin sahip olduğu hakların yanında, *yükümlülüklerin* de geçtiği kabul edilmektedir. Federal Mahkeme, tahkim klotunun da koniştentoda yer alan haklar ve yükümlülüklerden biri olduğunu, bu nedenle gönderilenin koniştentodaki tahkim klotu ile bağlı olduğunu içtihat etmiştir (BGH, NJW 1998, 371). Tahkim anlaşmasının, esas sözleşmeden ayrı, bağımsız bir anlaşma olduğu kabul edilmekteyse de cironun *hem* esas sözleşmedeki *hem de* tahkim anlaşmasındaki hakları ve yükümlülükleri, ciro ile koniştentoyu devralana naklettiği düşünülür. Koniştentodaki tahkim kaydının gönderileni ciro yoluyla her hâlde bağlamayacağı yönündeki karşı görüş ise Fransız hukukuna aittir. Tahkim kaydının gönderileni bağlayabilmesi için gönderilenin bundan *haberdar olması* ve *tahkim kaydını kabul etmesi* gerekir. **Koniştentoda hamili, ciroya rağmen, cironun halefi olarak görülmemektedir.** Örneğin, *koniştentoda hamili tarafından tahkim kaydının açıkça kabul edilmesi şart olmakla birlikte*, çarter parti koniştentusunda, eğer CIF alıcısı olan koniştentoda hamili (gönderilen), yükler gemiden boşaltılmadan önce, çarter partinin bir kopyasını temin ederek içeriğinden haberdar olur ve yükün satış bedelini (taşıma ve sigorta ücreti ile birlikte yükün toplam satım değeri; *cost + insurance + freight*) öderse tahkim klotunu da açıkça kabul etmiş sayılır (TRAPPE, *Bill of Lading*, s. 342).

¹⁹⁷ VOIT, §1031, Rn. 6.

¹⁹⁸ Çarter ticaretinde, iki türlü uyuşmazlık cephesi bulunmaktadır. Birincisi, çarter partinin tarafları yani donatan ile çarterer arasında, çarter partiden doğacak uyuşmazlıklar; ikincisi ise çarter partiye dayalı olarak bir çarter koniştentosu tanzim edilip gönderilene *verildiği* (transfer) zaman, taşıma sorumluluğu ile ilgili olarak koniştentodan doğacak uyuşmazlıklardır. Uyuşmazlık, çarter partiden değil de; ona bağlı olarak tanzim edilen çarter koniştentosundan doğduğu zaman, çarter partideki tahkim klotu, New York Sözleşmesi madde II, 2 gereği, koniştentonun taraflarını, bir görüşe göre bağlamayacaktır. Çarter sözleşmesinde, koniştentonun tanzim edilmesi durumunda, bu koniştentoda, çarterer ile donatan arasında kaldığı müddetçe makbuz olma niteliğinden başka hukuken bir değerinin olmayacağını; ancak tanzim edildikten sonra üçüncü bir kişinin (gönderilenin) eline geçmesiyle hukuken değer bulacağını, gözden uzak tutmamak gerekir. Bu nedenle, donatan ile çarterer arasındaki taşıma (çarter) sözleşmesi kapsamında, bir uyuşmazlık çıktığında, bu uyuşmazlık yönünden, çarter partideki tahkim kaydı, geçerlidir (TTK m. 1017, 1110/III) (Ayrıca bkz. OKAY S., *Navlun Mukavelelerinde Tahkim Şartı*, IV. Ticaret ve Banka Hukuk Haftası: Tahkim, Ankara 1965, s. 428). Fakat, çarter koniştentosu, donatan ve çartererin haricindeki üçüncü bir kişinin eline geçtiği zaman bu üçüncü kişi, *sadece* elindeki koniştentonun hükümleri ile bağlıdır (TTK m. 1110/I) ve çarter partideki tahkim klotu, *aynı görüşe göre*, koniştentoda her nasıl zikredilmiş olsa da, New York Sözleşmesi'nin II, 2. maddesi hükmünü karşılamayacaktır ve bu nedenle koniştentonun tarafları arasındaki uyuşmazlıklar, mahkemelerce çözümlenecektir. *Bu görüş ve ayrıntısı için bkz. SIIG K. M., Arbitration Agreements in a Transport Law Perspective*, Copenhagen, 2003, s. 372-375.

kırkambar konişmentolarında, taraflar arasında geçerli olması istenen tüm hükümler, tahkim kaydı da dâhil olmak üzere, aslında, konişmento metninin tam arkasında yer almaktadır. Şu hâlde, metnin ön yüzünden arka yüzüne yapılacak *genel* bir atıf (*şekil şartı meselesi bir yana*), anılan tahkim kaydının da taraflar arasında geçerli olmasına yetecektir. Çarter parti altında düzenlenen konişmentolar bakımından ise sorun, böyle bir konişmentonun, taraflar arasında geçerli olması istenen hükümler bakımından (*tahkim kaydı da dâhil olmak üzere*) çarter partiye gönderme yapması hâlinde, gündeme gelmektedir. Tarafların sağlıklı ve birbirine uygun tahkim iradelerinin bulunup bulunmadığı konusunda, tahkim kaydına yönelik *müşahhas* bir atfın mı gerektiği, hep tahkim anlaşmasının maddi geçerlilik yönüyle ilgilidir. Bütün bunların ardından, geriye kalan ve hâlâ cevaplanması gereken bir diğer soru ise taraflar arasında *şeklen de geçerli* bir tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığıdır. Zira konişmentonun tanziminde, taşıyanın (*carrier*) dışında¹⁹⁹, metin üzerinde, çoğu kez “*shipper*”ın yani bizim hukukumuz bakımından, *taşıtanın* yahut *yükletenin* imzası bulunmamaktadır. Teati şartının da yazılı *liner booking note*’lar²⁰⁰ yardımıyla sağlanmadığı durumlarda, daha baştan tarafları arasında *şeklen de geçerli* bir tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığı, tartışmalı hâle gelmektedir.

Konişmentonun tedavül kabiliyetini haiz olması nedeniyle taşıma ilişkisinin *asli-ilk* tarafları arasında kurulduğu var sayılan tahkim anlaşmasının sonraki hamil ve cirantalar üzerinde nasıl bir etki doğurduğu konusundan önce, yine söz konusu taşıma ilişkisinin ilk tarafları arasında ve tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği konusunda, çoğu kez gözden kaçırılan bir başka mesele daha vardır: Taşıma ilişkisi, taşıyan (*carrier*) ile taşıtan (*shipper*) arasında, -üçüncü kişi konumundaki- *gönderilen* yararına kurulmuş sayılırken²⁰¹; özellikle bizim hukukumuz bakımından, taşıtan safında, bir de *yükleten* yer almaktadır²⁰². Taşıtan yanında, taşıtanın “*ifa yardımcısı*” olduğu kabul edilen *yükletenin*, konişmentonun tanzimini talep etmesi durumunda (TTK m. 1101), hangi özel yetkiyle gönderileni de (yahut *taşıtanı*) bağlayacak şekilde (TTK m. 1101/I, *özellikle* c. 2) tahkim anlaşması yapabileceğinin ayrıca irdelenmesi gerekir²⁰³. Anılan soruyu, örneğin FOB *satımlarda*, navlun sözleşmesi akdetmekle ve navlun bedelini ödemekle yükümlü olan *alıcı* adına, *yükleten* sıfatını da haiz *satıcının* hangi yetkiyle tahkim anlaşması akdedebileceği şeklinde, sormak da mümkündür.

¹⁹⁹ Konişmentoyu tanzim eden kimsenin kaptan yahut acente olması hâlinde, bu kimselerin taşıyanı da bağlayacak şekilde, tahkim anlaşması akdedip akdedemeyeceğinin ayrıca sorgulanması gerekir.

²⁰⁰ Söz konusu kavramın ayrıntısı için bkz. YEŞİLOVA E., Konişmentonun İspat Kuvveti, İzmir, 2006, s. 30.

²⁰¹ Ayrıntısı için bkz. YEŞİLOVA, s. 28, dn. 30.

²⁰² Hukukumuzda, *taşıtan* ve *yükleten* kavramları arasındaki fark için bkz. ÇAĞA T/KENDER R., Deniz Ticaret Hukuku II Navlun Sözleşmesi, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 4-5; YEŞİLOVA, s. 34-36.

²⁰³ Karş. BGE 54 II 58. Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 351; POSTACIOĞLU, s. 784.

Tedavül meselesine gelince; konişmento hamilinin, örneğin limanda, taşıyan tarafından kendisine, aynen konişmentoda yazıldığı şekliyle ve anılan koşullar altında, teslim etmesini beklediği yüklerle ilgili olarak yine taşıyan ile arasında çıkacak uyuşmazlıklarda, tahkim yolunun tüketilebilmesi bakımından şeklen de geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması gerekir ki, eldeki konişmentoda, taşıyanın (*adına kaptanın*) (TTK m. 1097/IV) imzası dışında (ve söz konusu konişmentonun tedavül etmesi hâlinde cirantaların imzası dışında) limanda yükünü bekleyen alıcı-hamilin herhangi bir imzası olmayacaktır. Kendisine ciro yoluyla da geçse senet metni üzerinde, ancak kendi cirantasının imzası olur ki, yükü teslim almaya yetkili hamilin hiçbir biçimde konişmento üzerinde, imzası olmayacaktır²⁰⁴.

Yargıtay kararlarında, iki hususun öne çıktığını belirtmek mümkündür. Bunlardan ilki, “... *Hamilin bu şartı kabul etmiyorsa, konişmentodaki tahkim şartını çizerek ciro etmesi gerekir. Aksi hâlde, bu tahkim şartı gönderileni bağlayacaktır...*”²⁰⁵ şeklindeki yargıdır. İkincisi ise “...*Konşimentoyu ciro ile alıp bunu ibrazla yükü teslim almada kullandığı vakit konişmentonun şartları ile bağlanmış olur...*”²⁰⁶ biçiminde varılan sonuçtur.

Öncelikle sorulması gereken soru, konişmentoları ciro ile teslim alan, böylelikle nihai yetkili hamil konumundaki kimsenin, konişmento üzerinde, beğenmediği hükümleri kabul etmeme, üzerini çizerek konişmentoları teslim alma şansı var mıdır? Mümkün görülse bile böyle bir davranışın, o genel işlem şartlarını hazırlayan kimseye karşı, herhangi bir geçerliliği olacak mıdır? Söz konusu hükümlerle bağlı, akdin karşı tarafının yokluğunda, genel işlem şartlarının bazılarının tek taraflı olarak çizilebilmesi mümkün müdür? Navlun sözleşmesi, o genel işlem şartlarıyla zaten çoktan kurulmamış mıdır? Şu hâlde Yargıtay, her ne kadar, konişmentonun son hamiline, tahkim kaydını beğenmiyorsa çizmesini tavsiye etmişse de, böyle bir usulün hukuken hiçbir geçerliliğinin olmadığı açıktır. Kaldı ki ortada, sadece tahkim kaydını da içeren hükümlere yapılmış, genel bir atfın bulunduğu hâllerde, artık üzeri çizilebilecek bir kayıt da olmayacaktır.

Yükün teslimini kaptandan talep ederken hamilin, genel işlem şartları üzerine imza atıp konişmentoyu ibrazının; başka bir deyişle söz konusu konişmentonun *yükün teslim alınması amacıyla* kullanılmasının ***gönderileni***, aynı zamanda, navlun sözleşmesinin ve onun içeriğine

²⁰⁴ YEĞENGİL, s. 187; OKAY, s. 429; BRAVAR A., Deniz Hukuku İhtilaflarında Tahkime İlişkin Bazı Meseleler, çev. Şebnem Akipek/Mertol Can, XIX BATİDER 1997/2, s. 122; ÇAĞA/KENDER, s. 16. Karş. KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1036, 1037; 11. HD. 06.05.2002, 216/4357, (EKŞİ, *Incorporation*, s. 137, 138, dn. 330; 11 HD. 13.06.2005, 2004-9458/6114, Legal HD Temmuz 2005, s. 2534). Ayrıca bkz. LANDAU, s. 32; TRAPPE, *Bill of Lading*, 337-343; EKŞİ, *Incorporation*, s. 84, 114, 151.

²⁰⁵ 11. HD. 13.03.1998, 1997-9447/17043 (KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1037).

²⁰⁶ HGK. 01.02.1995, 1994-11-765/39, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 21.10.2006). Ayrıca bkz. KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1036-1037.

dâhil tahkim kaydının bir tarafı hâline getirip getirmediği, *kanımızca*, Yargıtay'ın vardığı sonucun aksine, kolayca cevaplanması mümkün olmayan bir meseledir. Zira söz konusu kullanımın veya atılan imzanın, anılan genel işlem şartlarının kabul edildiğini beyan etmek üzere atılmış bir imza olmayıp *-tıpkı bankanın, bir çeki, tahsil etmek amacıyla kendisine ibraz eden hamilden, bu çekin arkasına imza atmasını talep etmesi gibi-* sadece **makbuz işlevi gördüğü de iddia edilebilir**. Bir başka ifadeyle konişmentonun arkasındaki hamilin imzasının ispatladığı tek husus, konişmentonun kaptana ibraz edildiği ve bunun karşılığında yükün *konişmento hamili* tarafından limandan teslim alındığıdır.

Bu noktada, üçüncü kişi (*gönderilen*) yararına yapılan navlun sözleşmelerinde, gönderileni *usulî bir yükümlülük* altına sokan; onu, tabii hâkiminden koparan bir kayda (*tahkim kaydına*) yer verilip verilemeyeceği; yer verilse dahi bunun gönderileni bağlayıp bağlayamayacağı veya hangi şartlar altında böyle bir hukuki işleme geçerlilik kazandırılacağı soruları dahi *şeklî geçerlilik konusundan da önce*, henüz cevaplanmış değildir²⁰⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden de, asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde, geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş sayılır (**MTK m. 4/II, son cümle**). Hükmün lafzı, *hem Model Kanun'dan farklıdır hem de yapılan genel bir atfın ayrıca herhangi bir şartın yahut özel durumun gerçekleşmesi gerekmeksizin (karş. İtalyan Usul Kanunu m. 833/II) tahkim kaydını da içereceğine ilişkin görüşün kolayca savunulmasına yardımcı olmaktadır*. Gerçi, Model Kanun'un ilgili hükmüne rağmen aynı sonuca ulaşılmaktaysa da, *kanımızca*, bu durumda, en azından lâfzen, bunun böyle olmaması gerekirdi. Zira Model Kanun'un ilgili hükmü, şöyledir: "Bir anlaşmada, yazılı tahkim *kaydını* içeren bir belgeye yapılan atf, şayet atfın yapıldığı sözleşme yazılı ve atf da söz konusu [tahkim] *kaydını* anlaşmanın bir parçası hâline getirmek *amacıyla yapılması hâlinde*, tahkim anlaşmasına sebebiyet verir" (Model Kanun m. 7/II)²⁰⁸. Görüldüğü gibi, en azından lâfzen, atfın, **tahkim kaydını** (*atfı yapılan hükümlerinin tamamı değil*) sözleşmenin bir parçası hâline getirmek amacıyla yapılması gerekmektedir ki, *kanımızca* bu durum, doğrudan, açıkça ve ayrıca tahkim kaydına yönelik bir atfın bulunması gerektiği, anlamına gelmektedir. Ne var ki, ZPO §1031/III hükmü de aynı içerikte olmasına karşın, söz konusu hükmün, tahkim kaydına

²⁰⁷ Tahkim anlaşmaları konusunda, imza yahut teati şartlarında ısrar, konişmentonun son hamili-alıcı yönünden ve özellikle kendisine karşı tahkim şartının kullanılması bakımından başkaca şart ve yorumların geçerli olmasını (*Gerling v. il Tesoro*, [1983] ECR 2503; *Tilly Russ*, [1984] ECR 2417) yahut şekil şartına ilişkin düzenlemelerde, örneğimiz yönünden konişmentonun ciro yoluyla tedavülü ve sonuçları hakkında, kimi istisna veya eklemelerin (*The Contracts –Rights of Third Parties- Act 1999 § 8*) düzenlenmesini, *kanımızca*, zorunlu kılmaktadır. Ayrıca bkz. LANDAU, s. 32; TRAPPE, *Bill of Lading*, s. 342; EKŞİ, *Incorporation*, s. 120.

²⁰⁸ Model Kanun'un ilgili hükmünün değiştirilmesine ilişkin hazırlanan taslak metinlerde, atfı içeren sözleşmenin artık yazılı olması aranmamaktadır. Sadece göndermede bulunulan ve tahkim şartını içeren metnin yazılı olması yeterlidir (SORIEUL, s. 548).

yönelik müşahhas, açık, doğrudan bir atfı öngörmediği, sonucuna ulaşılmıştır. Bu yorum, UNCITRAL Model Kanunu için de geçerlidir²⁰⁹. Kanunumuz yönünden ise lâfzen dahi böyle bir vurgu olmadığına göre ve hatta tam aksine, göndermede bulunulan belgenin (*yani içerdiği hükümlerin tamamının*) sözleşmenin bir parçası hâline gelmesi yeterli görüldüğünden, tahkim anlaşmaları için özel bir atfın gerekmediği sonucuna ulaşılabilir. **Kanımızca, hükmün bugünkü hâline karşın, yine de, tıpkı İngiliz hukukunda geçerli olduğu gibi ve özellikle ZPO §1031/IV hükmünden cesaret alarak, hiç olmazsa bir ayırım yapılmalı; konşimentolar için ve benzer özellikleri gösteren durumlarda, doğrudan, açık bir atfın varlığı aranmalıdır.** Gerçi, kanunun açık *lafzı* nedeniyle İngiliz hukukunda, zayıflayarak da olsa hâlâ savunulmaya devam eden görüşün bizim için de geçerli olmasını iddia etmek, güçtür²¹⁰. Dahası, mehaz Model Kanun yönünden de herhangi bir ayırma gidilmeksizin, genel bir atfın yeterli olacağı sonucuna varılmıştır. Ancak, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, bir ayırımın yapılması veya İsviçre hukukunda içtihatlarla geliştirilen kriterlerin²¹¹ bizler için de geçerli olması, hükmün amaçsal yorumu sayesinde, mümkündür²¹². Öyleyse, Türk hukuku bakımından, konşimentolarla ilgili olarak tahkim kayıtlarının maddi geçerliliği konusunda, varılacak sonuç, şu şekilde olmalıdır:

- a) Taraflar arasında geçerli sözleşmenin, arkasında (arka sayfasında) yer alan hükümlere yahut *ona ekli olmak kaydıyla* bir başka sözleşmeye yapılan atfın, genel atıf biçiminde olması, yeterlidir²¹³.
- b) Taraflar arasındaki sözleşmenin, *aynı taraflar* arasında, önceden yapılmış bir başka sözleşmeye yaptığı atfın da, genel atıf biçiminde olması, gerekir ve yetiştir.
- c) Taraflar arasındaki sözleşmenin, genel hükümlere (*standart hükümlere yahut genel işlem şartlarına*) yahut taraflardan biriyle üçüncü bir kişi arasında geçerli olan sözleşmeye yaptığı atıflar bakımından; *ya*
 - i) Tahkim kaydına yönelik *doğrudan* bir atfın bulunması gerekir (ZPO §1031/IV)²¹⁴; *ya da*

²⁰⁹ *Bkz. §6, III, C, s. 235, 236, dn. 192, 197.*

²¹⁰ *Karş. ŞANLI, Konşimento, s. 775.*

²¹¹ BGE 110 II 54, 60; Zurich Handelsgericht of 30 August 1993, *ASA Bulletin* 1993, s. 531, 535.

²¹² *Ayrıca bkz. ÜLGNER, s. 615; ŞANLI, Konşimento, s. 774, 775.*

²¹³ *van HOUTTE, s. 4; TRAPPE, Bill of Lading, s. 342; ŞANLI, Konşimento, s. 779, 780. Karş. KALPSÜZ, Tahkim Anlaşması, s. 1038, 1039.*

²¹⁴ *OKAY, s. 432, 433; EKŞİ, Incorporation, s. 114, 117.*

ii) İsviçre hukukunda olduğu gibi, tarafların niteliği veya taraflar arasındaki ilişkinin içeriği vb. somut olayın özelliğiyle ilgili kimi harici bulguların, tarafın tahkim kaydının farkında olduğunu, ortaya koyması gerekir²¹⁵.

Varmak istediğimiz sonuç, basittir. **Tarafların, yapılan atfın aynı zamanda, bir tahkim kaydını da içerdiğinin farkında olmaları gerekir. Taraflar, yapılan gönderme neticesinde, bir tahkim anlaşmasının da tarafları olduklarını bilebilmelidirler.** Madem ki tarafın, tabii hâkimi yerine, tahkimi tercih etmiş olması, yani uyuşmazlığın esasıyla ilgili *mahkemeye ulaşma hakkından feragat etmiş sayılması* için tahkim hakkında açık, hiçbir tereddüde yer vermeyen, sağlıklı bir iradesinin bulunması gerekir; bu şartın gerçekleşmesi bakımından, bizim için, *Alman hukukundan farklı olarak*, iki yol vardır: *Ya* tıpkı Alman hukukunda düzenlediği şekilde, doğrudan bir atfın varlığını ararız; ki bu bizim için yegâne yol değildir; *ya da* açık atfın bulunmaması hâlinde, İsviçre hukukunda geçerli olan ayrımı esas alarak somut olayda bulunması gerekli, bazı özelliklerinin tespiti yoluna gideriz²¹⁶. Zira en azından İHAS özelinde, *tabii hâkimden feragat* için hiçbir şüpheye yer vermeyecek kadar açık; sağlıklı bir iradenin varlığı aranmışsa da özel bir şekil şartı, getirilmiş değildir. Kanunumuz bakımından bu sonuçların, yapılacak amaçsal yorum yoluyla elde edilmesi, mümkündür.

Tahkim anlaşmasının kapsamına giren uyuşmazlıkların nelerden ibaret olduğu konusunda *Klein*, ikili bir ayırım yapmaktadır. Bunlardan ilki, tahkim anlaşmasının dâhili (*internal*) içeriğidir. Mesele, taraflar arasındaki temel borç ilişkisiyle bağlantılı olduğu konusunda tereddüt duyulmayan uyuşmazlığın, aynı sözleşme içinde kurgulanan tahkim kaydının da kapsamına dâhil olup olmadığıdır²¹⁷. Sorunun çözümü, çoğu kez hakemler önünde ve yine hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili çekişme içinde olmaktadır²¹⁸. Tahkim anlaşmasının (*external*) harici içeriği dendiğinde ise anlatılmak istenen husus, çoğu kez, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkilerden *birinde* bulunan tahkim kaydının, özellikle de aynı

²¹⁵ SAMUEL, s. 89; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 264; BERGER, s. 153; SCHLOSSER, Rn. 379. Avusturya hukukunda, genel bir atfın, tahkim kaydını, taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası yapmaya yetmeyeceği kabul edilmekle birlikte; tahkim kaydını içeren hükümlerin, taraflar arasındaki sözleşmeye *filen de* eklenmesi şartıyla söz konusu genel atfa geçerlilik tanınmaktadır (LIEBSCHER/SCHMID, s. 543). *Karş. KALPSÜZ, Tahkim Anlaşması*, s. 1037-1039; 11. HD. 06.05.2002, 216/4357, (EKŞİ, *Incorporation*, s. 137, 138, dn. 330); 11. HD. 04.10.2004, 189/9234, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 21.10.2006); 11. HD. 13.06.2005, 2004-9458/6114, (LegalHD Temmuz 2005, s. 2533, 2534); 11

²¹⁶ Anılan yaklaşımın, 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 2. maddesi için de egemen olduğuna ilişkin bkz. BERGER, s. 137. Ayrıca bkz. van den BERG, *Convention*, s. 592-594.

²¹⁷ Taraflar arasındaki ve tahkime konu edilmek istenen uyuşmazlığın, sözleşmesel bir temel sahip olması gerekli değildir. Kaldı ki, taraflar arasındaki ve temeli sözleşme de olmak zorunda olmayan hukuki ilişkiden kaynaklanan her uyuşmazlık da tahkime konu edilmeyebilir. Şu hâlde, tahkim anlaşmasının içeriğinin belirlenmesi, büyük önem arz eder. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin korunması bakımından, söz konusu tahkim anlaşmasının “..definede legal relationship...” *tanımlanmış, sınırları çizilmiş* bir hukuki ilişkiyle alakalı olması gerekir ve yetişir (SZURSKI, *Model Law*, s. 64).

²¹⁸ Böyle bir sorunun tahkim anlaşmasının *prima facie* geçerliliğini etkilemediği, kabul edilir (KLEIN, s. 25, 26).

yöndeki, içerikteki, bağlantılı yahut ilintili diğer sözleşmeler için de geçerli olup olmadığıdır²¹⁹. Tarafların tahkim kaydı içermeyen diğer sözleşmelerde, *suskun kalmaları, aksini de öngörmeyip başkaca alternatifler üzerinde anlaşmamış olmaları durumunda*, çoğu zaman, yakın irtibat içinde bulunan sözleşmesel ilişkilerin tek bir tahkim kaydı altında toplanması şeklinde bir eğilim olduğu, gözlenmektedir²²⁰.

Özellikle bu son ayrıma uygun olarak, tahkim anlaşmasına yönelik iradenin, taraflar arasında yapılan bir *çerçeve sözleşme* içerisinde bulunmasına karşın; bu iradenin ve rızanın çerçeve sözleşmeyi takiben (*herhangi bir atfa yer vermeksizin*) aynı taraflar arasında yapılan, sair sözleşmeler için de bağlayıcı olup olmadığı, bir başka metindeki (*özellikle taraflardan biriyle üçüncü bir kimse arasında geçerli olan*) tahkim kaydına yönelik doğrudan bir atfin gerekip gerekmediği sorunundan ayrıca, gündeme gelen diğer bir meseledir²²¹.

Çerçeve sözleşme-takip eden sözleşmeler zinciri gibi bir ilişki olmadan da acaba, taraflar arasında yapılan bir dizi sözleşme içerisinde, bunlardan bir kısmında, tahkim kaydına yer verilmiş olduğu hâlde, tahkim kaydını içermeyenler yönünden de söz konusu tahkim iradesinin bağlayıcı ve geçerli olup olmayacağı, somut olayın özellikleriyle yakından ilgilidir. Örneğin, tahkim yeri Cenevre olan bir ICC tahkiminde hakemler, taraflar arasında yapılan dört adet gemi onarım sözleşmesinin her ne kadar üçünde tahkim kaydına yer verilmiş ise de tahkim kaydı içermeyen sözleşme bakımından geçerli bir tahkim ilişkisinin varlığının, PIL Art. 178 gereği, ancak diğer sözleşmelere yapılması gereken *açık* bir atfin varlığı yoluyla mümkün olacağı sonucuna ulaşmışlardır²²².

Taraflar arasında geçerli ve tahkim kaydını da içeren bir sözleşmenin *tadiline, değiştirilmesine veya ona yapılacak eklemelere ilişkin* ve fakat ayrı bir tahkim kaydı

²¹⁹ KLEIN, s. 26.

²²⁰ KLEIN, s. 27.

²²¹ BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 178, 179; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 144. Joint venture sözleşmesindeki tahkim kaydının, bu sözleşmeyi takiben ve icrasına ilişkin yapılan, taraflar arasındaki diğer sözleşmeler için de geçerli olduğuna ilişkin bkz. *Cour d'appel Paris, UNI-KOD sarl v Quralkali*, XXVI YBCA 2001, s. 1136 vd. Ayrıca bkz. SAMUEL, s. 107. Taraflar arasındaki üç sözleşmeden sadece ikisinde tahkim kaydı bulunmakla birlikte davacı, tahkim yargılamasında, her üç sözleşmeye de dayanmıştır. Davacının hakem kararının iptaline yönelik talebinin, tahkim kaydı içeren sözleşmelerin aynı zamanda PIL Art. 192 anlamında, iptal davasından baştan feragati içeren hükümlere de yer verdiği; bizzat davacı tarafından tahkim kaydı içermeyen sözleşmenin de tahkime konu edildiği; tahkim kayıtlarının bir bütün olduğu; bu hâlde, iptal davasından feragate ilişkin hükmün, gerçekte tahkim kaydı içermeyen sözleşme için de geçerli olduğu; *kaldı ki*, feragate yönelik böyle bir iradenin Türk kamu düzenine aykırı olmasının tahkim yeri İsviçre olan yargılamalarda, İsviçre hukuku bağlamında bir anlam ifade etmediği nedenleriyle reddedilmesine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. *ASA Bulletin 2/2006*, s. 356; *Değerlendirmeleri için bkz. SCHERER M.*, Introduction to the Case Law Section, 24(2) *ASA Bulletin 2006*, s. 268, 269.

²²² ICC Case No. 7375, 11 Mealey's IAR, 1996, s. A-1, A-69. Ayrıca bkz. BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 179; JARVIN, *The source*, s. 54-55; HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, s. 312311, 312. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 144. Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 301-304. Karş. BERGER, s. 147; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 73.

içermeyen diğer sözleşmelere de, var olan tahkim iradesinin sirayet edip etmeyeceği, bir yorum meselesi olup arkadan gelen sözleşmelerin ana sözleşmeyle olan tadil, ekleme ya da değiştirme şeklindeki bağlantıları korunduğu sürece, böyle bir sirayetin mümkün olduğu sonucuna, ulaşılmaktadır²²³.

Tarafların sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan alacak-haklarını temlik etmeleri hâlinde, tahkim anlaşmasının özellikle tahkim kaydının akıbeti, milletlerarası tahkimde güncel bir diğer konudur²²⁴. Bu noktada, özellikle söz konusu temlikten tahkim anlaşmasının nasıl etkileneceği, daha açık bir ifadeyle bunun, tahkim anlaşmasının maddi ve şekli geçerliliğine olan etkisi; söz konusu temlikin tahkim anlaşmaları için geçerli *ayrılabilirlik ilkesi* ile arasındaki ilişki, hep bu kapsamda incelenmekte olan sorulardır²²⁵.

Meselenin mukayeseli olarak incelenmesine gelince: *İngiliz hukuku* bakımından sorun, *ne* tam bir açıklığa kavuşturulmuştur *ne de* üzerinde ittifak edilecek bir çözümle sonuçlandırılmıştır. Örneğin, bir kararda tahkimin, tarafları arasında, kişiye özel, şahsi ve diğer yanın kişiliğiyle alakalı özellikler göstermesi nedeniyle hak ve alacakların temlikinin kendiliğinden, tahkim kaydının da devrini sonuçlamayacağı, sonucuna varılmıştır²²⁶. Oysa sonraları, varılan sonucun, özellikle tahkimin tarafları arasında kişisel ve şahsa özel bir bağ kurduğu şeklindeki yorumun, tahkim anlaşmasıyla çoğu zaman örtüşmediği; *aslında* önceki kararın, tahkimin *sözleşmesel-nispi* niteliğinin, yine tahkim kaydının temlik edenden temlik alana geçerken diğer tarafın rızasını gerektirdiği şekilde yorumlanabileceği, içtihat edilmişti. Bugün bu şart da aranmamaktadır²²⁷.

Alman hukukunda ise çok uzun zamandan bu yana, temlikle birlikte temlik alan, *kural olarak*, tahkim anlaşmasıyla da bağlıdır; *meğer ki* tahkim anlaşması, tarafları arasında, bu

²²³ HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, s. 312, 317. ICC Case No. 8420, XXV YBCA 2000, s. 338-340. İşveren ile ana müteahhit arasında yapılan sözleşme içerisinde bulunan tahkim kaydının, müteahhit ile alt müteahhit arasında yapılan alt sözleşmeye *kendiliğinden* sirayeti, ilişkiye üçüncü bir kişinin dâhil olmuş olması nedeniyle mümkün değildir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 145, dn. 58).

²²⁴ GIRSBERGER D./HAUSMANINGER C., Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate, 8(2) Arb Int 1992, s. 121 vd.; WERNER J., Jurisdiction of Arbitrators in Case of Assignment of an Arbitration Clause, On a Recent Decision by the Swiss Supreme Court, 8(2) J Int'l Arb 1991, s. 13-17.

²²⁵ GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 123 vd; EKŞİ, *Incorporation*, s. 52 vd. Ayrıca bkz. AYDINCIK Ş., Alacağın Temlikinde Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Alacağı Temellük Eden Bakımından Geçerliliği Sorunu, HPD 2006/8, s. 164.

²²⁶ *Cottage Club Estates v. Woodside Estates Co.*, [1928] 2 KB 463, 466. İngiliz hukukunda, tahkim anlaşmasının tarafları yanında, üçüncü kişilerin durumu, özellikle 1999 Rights of Third Parties Act §8/I, II ile daha ilginç bir hâl almıştır (DIAMOND A., The Third Man: The 1999 Act Sets Back Separability, 17(2) Arb Int 2001, s. 211 vd). Aynı sonuç, *tahkim sözleşmeleri* için Amerikan hukukunda, geçerli kabul edilmiştir. *Ayrıntısı için bkz. In Re Lowenthal*, 199 App. Div. 39, 191 NYS 282, 233, (1921).

²²⁷ MUSTILL/BOYD, s. 138; GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 126; KÖTZ H., Rights of Third Parties. Third Party Beneficiaries And Assignment, *IECL*, Vol VII, Chapter 13, 1992, s. 54, 56, 57 vd.; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 146; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 96, 97; MERKIN, s. 33. Ayrıca bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 126; AYDINCIK, s. 171.

kimselerin kişiliği ve kimliği esas alınarak yapılmış yahut tahkim kaydının temlik edilemeyeceği kararlaştırılmış olsun. Önceleri, temlikin taraflarının zaten tahkim kaydının da temlik kapsamında olacağı konusunda anlaştıkları kabul edilmiş, varsayılmış; böyle farazi bir iradeye ağırlık verilmiştir. Oysa sonraları, BGB §401 esas alınarak, ayrıca farazi bir iradenin varlığını gerektirmeksizin, asıl alacağa bağlı müteferri hakların da (*Eigenschaft des abgetretenen Rechts*) bu arada tahkim kaydının da temlik alanı bağlayacağı kabul edilmiştir. Ne var ki, tahkim kaydının temlik kapsamında olmayacağını açıkça kararlaştırılması mümkün olduğu gibi, hâlin icabından da anılan sonuca varmak mümkündür²²⁸. Temlik alan, *kural olarak, kendiliğinden tahkim kaydının da tarafıdır*. Yani temlik alan, tahkim kaydı hükümlerine göre gerek davacı gerekse davalı olabilecektir²²⁹.

Aynı sonuç, özellikle gerekçeleriyle birlikte, *Avusturya hukuku* için de geçerlidir (ABGB § 1394). Ne var ki burada, özellikle muhalif görüş, tahkim anlaşmasının bir usul sözleşmesi olmasından hareket ederek maddi hukuk sözleşmeleri için geçerli bir kuralın usul sözleşmeleri için de ve ayrıca hiçbir ek koşula göndermede bulunmaksızın uygulanmasının, müessesenin hukuki niteliği ile bağdaşmadığını ileri sürmüşlerdir²³⁰.

İsviçre hukuku bakımından Federal Mahkeme, milletlerarası tahkimle de ilgili bir meselede, taraflar arasındaki, temel borç ilişkisinden kaynaklanan hak-alacakların temlikine engel olan sözleşme kaydının (OR Art. 164/I, BK. m. 162/I) tahkim kaydı için de geçerli olduğuna hükmetmiştir²³¹. Tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da, özellikle OR Art. 170 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu, tahkim kaydının temlikle

²²⁸ BGH, NJW 1979, 2567-2569; BGH, NJW 1978, 1585-1587. OLG Hamburg, XV YBCA 1990, s. 455; BERGER, *The Arbitration Agreement*, s. 391, 392; Temlik eden, temlikle birlikte, tahkim kaydından da kural olarak kurtulmaktadır (GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 147; TWEEDDALE/ TWEEDDALE, s. 97). Ayrıca bkz. von TUHR A., Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Çeviren Cevat Edege, Ankara, 1983, s. 22, 856; DAYINLARLI K., Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara, 1993, s. 195, 225; KURU, s. 5982; ŞANLI, *Konşimento*, s. 785. Karş. POSTACIOĞLU, s. 785; AKYOL Ş., Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, s. 23.

²²⁹ GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 126; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 151; WAGNER, s. 692, 693. Ayrıca bkz. ZÖLLER/GEIMER, §1029, Rn. 62; ROTH H., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§241-432), München, 1979, §401, Rn. 12. İleri sürülen bir başka gerekçe, tahkim anlaşmasının şahsa sıkı sıkıya bağlı olmayıp temlik edilen maddi hakkın-alacağın ekonomik değerinin bir parçasını teşkil etmesidir (1996 AA §82/II). Aynı yönde bkz. HARRIS/PLANTER/ROSE/TECKS, s. 380; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 96, 97; LEW/MISTELIS /KRÖLL, s. 148, 149.

²³⁰ GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 127, 128. Karş. REINER A., Some Recent Austrian Court Decisions in the Field of Arbitration, 17(2) J Int'l Arb 2000, s. 90.

²³¹ Tribunal Fédéral, 8(2) J Int'l Arb 1991, s. 21-22. Ayrıca bkz. BGE 103 II 75, 79-80.

birlikte, *kural olarak*, kendiliğinden, *-tarafarla aksi de kararlaştırılmamışsa-* borçlunun rızası aranmaksızın, temlik alanı bağlayacağı görüşü savunulmaktadır²³².

Varılan bu sonuçlar, esasen, ayrılabilirlik ilkesini, tahkim anlaşmasının, temel borç ilişkisine karşı sahip olduğu bağımsızlık fikrini, bir hayli ve olumsuz yönde etkilemekte; örselemektedir²³³. Oysa ilk bakışta, söz konusu bağımsızlık, tahkimin, temlike konu alacakla arasındaki ilişki yönünden bir *rüçhan hakkı* yahut bir *müteferri hak* olmasına engeldir (BK. m. 168/I)²³⁴. Buna karşın, yukarıda sözü edilen belli başlı hukuklar da, bu hâlde, bağımsızlık fikrine rağmen tahkim kaydının temlikin bir parçası olacağı fikrinde, birleşmektedirler. Bir görüşe göre, varılan bu sonucun, ayrılabilirlik ilkesi ile en azından amaçsal olarak çatıştığını

²³² WERNER, s. 16; ABDULLA, s. 29; WENGER, s. 354; HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, s. 263; GIRSBERGER D., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, *Herausgeber*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 1992, Art. 170, Rn. 8. Ayrıca bkz. BGE 103 II 77; BGE 117 II 94; BGE 128 III 50. Aynı sonuca, CC Art. 1692 hükmü gereği, Fransız hukukunda ve özellikle yukarıda sözü edilen hukuklara tabi olarak verilen ICC hakem kararlarında da varılmaktadır. *Ayrıntısı için bkz. GIRSBERGER/HAUSMANINGER*, s. 129-130; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 74, 75; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 36, 37; ULUOCAK, s. 996, 998. Karş. REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 151; EKŞİ, *Incorporation*, s. 127. *Corte di Cassazione*, 1958 New York Sözleşmesi'nin II. maddesinin geçerli olduğu bir kararında, temliknamede, asıl sözleşmenin tahkim kaydına yapılmış herhangi bir *açık atf-gönderme* bulunmaması ve yapılan genel atfın da Sözleşme'nin öngördüğü tahkim anlaşmaları için geçerli şekil şartını karşılamaması nedenleriyle tahkim itirazını reddetmiştir (*Zimmer -Europe S.A v. Giuliana Cremascoli*, XI YBCA 1986, s. 581).

²³³ GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 136; ŞANLI, *Konşimento*, s. 783; AYDINCIK, s. 168. *Separability*, ayrılabilirlik ilkesi, özellikle İngiliz hukukunda, 1999 Rights of Third Parties Act §8 ile daha da karmaşık bir hâl almıştır. Ancak, şunu hemen belirtmek gerekir ki, yaşanan bu değişim, tahkimin daha da yaygınlık kazanması yönünde olmuş; tahkim anlaşmasının mevcut tarafları yanında, kimi koşullar altında, üçüncü kişilere de sirayeti yahut bu kimselerde de kullanılabilmesi mümkün hâlde gelmiştir. Şu hâlde, yasanın temelde, ayrılabilirlik ilkesine muhalif kaldığı düşünülebilirse de, sonuçta, tıpkı anılan öğretiyile arzu edildiği gibi, tahkim anlaşmasının taraflarının *-yargısal temel haklarla ilgili çekinceler bir yana-* artması, genişlemesi mümkün kılınmıştır. Kısaca, (*tam*) üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişinin de talep ve dava edebileceği hakkın tahkim anlaşmasına tabi kılınması hâlinde, bu kimse, tahkim yolunu tüketmek zorundadır (1999 Rights of Third Parties Act §8/I). (*Aynı yönde bkz. HADDING W.*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, Band 2, Schuldrecht I, (§§241-432), Stuttgart, Berlin, Köln, 1990, §328, Rn. 64. Türk hukuku yönünde de aynı sonucun geçerli olduğuna ilişkin bkz. AKYOL Ş., Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976, s. 211). Ancak, söz konusu tahkim yargılamasının tek yönlü olduğunu hatırlatmak gerekir. Tahkim davası, ancak, üçüncü kimse tarafından başlatılabilir ve konusu, sadece kendisi lehine tanınan sözleşmesel hakla sınırlıdır. Kendisine karşı, başka bir hukukî ilişkiden kaynaklanan alacak-hakkının karşılık dava şeklinde, sözleşmenin tarafınca, aynı tahkim yargılaması içinde, ileri sürülmesi mümkün değildir. *Şu an için yapılan temel tartışma, söz konusu tahkim kaydının doğrudan ve münhasıran üçüncü kişi lehine tanınan hak ile bağlantılı olmasının gerekip gerekmediğidir.* Zira taraflar arasındaki temel borç ilişkisinde, üçüncü kişi lehine düzenlenen hak yanında ayrıca *genel bir tahkim kaydı* da bulunabilir ki, bu tahkim kaydının üçüncü kişi lehine olan hak ile arasındaki bağlantı, mahkeme içtihatlarıyla kurulmaya çalışılacaktır (*Aynı yönde bkz. WENGER*, s. 352). Bunun yanında ayrıca, 1999 Rights of Third Parties Act §8/II'de, bir başka ilginç hükme daha yer verilmiştir. Buna göre, örneğin, temel borç ilişkisinde, her ne kadar üçüncü kişi yararına bir *maddi hak* tanınmamışsa da, tarafların belli bir üçüncü kişiyle olan hukuki ihtilaflarını, tahkim yoluyla çözeceklerini birbirlerine taahhüt etmeleri hâlinde, bu üçüncü kişinin *arzu ettiği takdirde*, başlattığı tahkim yargılamasına, herhangi bir itirazda bulunulamayacaktır. Dikkat edileceği üzere, burada, üçüncü kişi bakımından tahkime gitmek yönünde herhangi bir yükümlülük yoktur. Başlatılan tahkim yargılaması yine gerek kişi gerek konu bakımından tek yönlüdür (DIAMOND, s. 214-215; LANDAU, s. 51; EKŞİ, *Incorporation*, s. 109-110).

²³⁴ Ne var ki tahkimin, aynı zamanda, sözleşmenin ekonomik yapısının, gayesinin ayrılmaz bir parçası olduğu da ifade edilmektedir (GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 137-138). Ayrıca bkz. DIAMOND, s. 216. Tahkim anlaşmasının *muhtariyeti* yerine temel ilişkinin *ayrılabilir, fer'i* bir kısmı olduğuna ilişkin bkz. ULUOCAK, s. 996-998; ŞANLI, *Konşimento*, s. 785, 786.

söylemek, güçtür. Zira söz konusu ilkenin temel gayesi, tahkimi, tarafların da iradesine uygun olarak ayakta tutmak; temel borç ilişkisinin yaşayabileceği olumsuzluklardan tahkimi kurtararak yaşatabilmektedir. Oysa alacağın temlikinde, ayrılabilirlik ilkesinde ısrar, bizzat söz konusu ilkenin amaçları ile çelişmekte; tahkime zarar vermekte; tahkimi işletilemez bir hâle getirmektedir. Tahkimin tarafları, temel borç ilişkisinden kaynaklanan alacak-haklarını temlik ederek, tahkimden bir anlamda kurtulmakta; kalan tarafın ise yaşanacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği konusundaki inancı, temlik alanın tahkim kaydıyla bağlı olmayacak olması nedeniyle zarar görmektedir²³⁵.

Buna karşın, tahkim anlaşmasının bir usul sözleşmesi olduğunun kabulü²³⁶, maddi hukuk normlarının kendisine, ancak kıyasen ve bünyesine, usulî yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanmasına imkân vermektedir²³⁷. Öte yandan tahkim, kendi içinde hak ve yükümlülükler içeren bir bütündür²³⁸. Alacağın temlikinde, borçlunun rızası aranmazken (BK m. 162/I); borcun naklinde, alacaklının muvafakati gerekir (BK m. 173/I)²³⁹. Kaldı ki, tahkimin ayrıca kararlaştırılmasa dahi şahsa özel, kişiyle alakalı durumu, görmezden gelinmemelidir²⁴⁰. Alacağın temlikinde, temlik alanın tahkim anlaşması ile de bağlı sayılması konusunda, herhangi bir yazılı şekil şartına gerek duyulmadığı kabul edilir²⁴¹. Ancak zaten temlik alan, tahkim anlaşması ile *kendiliğinden* bağlı sayılacaksa o hâlde, bu konuda, ayrıca ve açıkça bir irade beyanında bulunmasına da gerek yoktur. Zaten, temlik alanın, temlik metnini, imzalaması kural olarak, gerekli değildir (BK. m. 163/I)²⁴². Ne var ki temliknamede, örneğin asıl sözleşme içinde yer alan tahkim kaydına herhangi bir atfın *-özellikle tahkim*

²³⁵ GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 139. GELINAS P-A., Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 63. Ayrıca bkz. BECKER H., Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern, 1941, Art. 169, Rn. 7, 8.

²³⁶ BGE 103 II 75, 79-80.

²³⁷ GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 140; BGE 96 I 340. Ayrıca bkz. ALANGOYA, s. 53.

²³⁸ *Lachmar v. Trunkline NG 753*, F.2d, 8, 9-10 (2d Cir. 1985).

²³⁹ Ayrıca bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 252; OĞUZMAN/ÖZ, s. 938.

²⁴⁰ Temlik hâlinde, borçlunun durumu, olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte incelenebilir. Örneğin temlik alanın da tahkim kaydıyla bağlı kalması, borçlunun, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği konusundaki inancının temlik hâlinde de korunacak olması nedeniyle olumlu bir gelişmedir. Buna karşın, temlik alanın, bu sayede, temlik edenin esas alınarak belirlendiği tahkimle ilgili sair düzenlemeleri etkisiz bırakması da mümkündür. Örneğin temlik edene ve borçluya göre tarafsız olan tahkim yeri, temlik alanın ülkesi olabileceği gibi diğer pek çok şart, artık temlik alanın lehine sonuçlar doğurabilir. Üstelik temlik alanın ekonomik durumu, böyle bir tahkim yargılamasını sürdürmeye müsait olmadığı gibi, anılan bu sonuç, tahkim anlaşmasının geçersizliğini de sonuçlayabilir (GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 141, 145-146).

²⁴¹ Şekil şartının tahkim anlaşmasının ilk-oriijinal tarafları arasında geçerli olduğu; sonraki tarafların, katılanların, anılan şartla bağlı olmadığı; zira şekil şartı ile korunmak istenen menfaatin söz konusu üçüncü kişiler için de geçerli ve gerekli olmadığı düşünülmektedir. Bu kimselerin, temel borç ilişkisinin içerdiği tahkim kaydından zaten haberdar oldukları kabul edilir. *Ayrıntısı için bkz.* BGH, BGHZ 71, 162, 166; *Fisser v. International Bank* 282 F.2d 231, 233 (2d Cir. 1960).

²⁴² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 243.

kaydına yönelik müşahhas bir atfın- bulunmaması, taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığının; tahkim kaydının temlik alana da sirayet edip etmediğinin tartışılmasını zorunlu kılmaktadır. BK'nın 168/I. maddesinde öngörüldüğü şekliyle bir an için kendisi tarafından bilinmeyen hakların da temlik alana geçtiği kabul edilse dahi anılan hakların hiçbirinin temlik alanı, bir sözleşmesel yükümlülük altına soktuğu söylenemez. Oysa tahkim anlaşması ile temlik alan, *mahkemeye ulaşma hakkından* da mahrum kalmaktadır. Bu durumda, hiç olmazsa temlik metninde, temel borç ilişkisindeki tahkim kaydına bir atfın varlığını aramak ve temlik alanı, tahkim kaydından da haberdar etmek, yazılı şekil şartını aramamanın bir bedeli olmalıdır. Ancak zaten şekil şartının, tahkim anlaşmasının sonraki tarafları için geçerli ve gerekli olmadığı faraziyesi, bir hayli tartışmalıdır ve şekil şartı ile korunmak istenen menfaatlerden, örneğin temlik alanın istifade etmesinin neden gerekmediği, cevap bekleyen bir sorudur²⁴³. Öte taraftan, kabul etmek gerekir ki, BK'nın 168/II. maddesinde katı ısrar, böyle bir tartışmayı da gereksiz kılmaktadır²⁴⁴.

IV-Tahkim Anlaşmasının Kapsamı ve Yorumu

Tarafların gerçek iradelerinin ne yönde olduğunun tespitinde güçlük; tahkim anlaşmasının taraflarının karşılıklı ve aslında birbirine uygun olması beklenen iradelerindeki belirsizlik veya çatışma, söz konusu tahkim anlaşmasının da geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Tahkim anlaşmasının, tarafların uyuşmazlığın mahkemelerce çözümüne ilişkin anayasal haklarından feragati olarak görülmesi ve buna benzer yargısal sonuçları nedeniyle önceleri, dar ve katı yorumlanması gerektiği düşünülmüşse de bugün, tahkim-dostu, tahkimin lehinde bir ortamın yaratılmış ve pekiştirilmiş olması nedeniyle bu yorumun aksinin geçerli olduğu düşünülmektedir²⁴⁵. Ne var ki böyle bir yaklaşım, *ancak* tarafların gerçekten tahkim üzerinde anlaşmışının tespit edilmiş olması hâlinde, bir anlam ifade etmektedir. *Çekişmenin bizatihi kendisinin, taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı veya tarafların tahkime ilişkin karşılıklı ve uygun irade beyanlarının olup olmadığı durumlarında ise, tahkimin lehinde kimi yorumların yapılmasında, herhangi bir haklılık payı, yoktur. Zira*

²⁴³ GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 144.

²⁴⁴ Temlikin tahkimde sebebiyet verdiği sorunlar, sadece bunlarla sınırlı değildir. Özellikle uygulanacak hukuk, tartışmalı bir diğer meseledir. Yapılan temlikin tabii olduğuna karar verilen hukuka göre maddi ve şekli geçerliliğe sahip olup olmadığı, tezimizle de ilgili olarak çoğunlukla *ya* tahkim itirazı aşamasında (MTK m. 5/I) *ya da* hakemlerin aynı kanunun 7/H/V maddesine göre verdikleri *Kompetence-Kompetenece* kararlarının denetimi esnasında gündeme gelecektir. Bütün bunların, tahkim yargılamasında, bir *Kompetence-Kompetenece* sorununa sebebiyet vereceğine ilişkin bkz. GIRSBERGER/HAUSMANINGER, s. 161.

²⁴⁵ VARADY, s. 353 vd; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 150; KARRER A. P/KÄLIN-NAUER C., Is there a Favor Iurisdictionis Arbitri? Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland, 13(3) J Int'l Arb 1996, s. 31; WENGER, s. 347; 348. Aksi yöndeki bir yorumun tercih edildiği içtihat ve nedenleri için bkz. *Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH et al v Bristol Myers Squibb*, XXVI YBCA 2001, s. 821.

milletlerarası ticari hayatta, her ne kadar tahkim, uyuşmazlıkların çözümünde birincil (asli) yol olarak görülse de, *herkesin uyuşmazlıklarının mahkemelerce çözümlenmesini istemek bakımından bir o kadar meşru, anayasal hakkı bulunmaktadır*²⁴⁶.

Tahkim anlaşmaları, uygulamada olabildiğince geniş bir içerikte kaleme alınmaktadır²⁴⁷. Özellikle *tahkim kayıtlarına* ilişkin lâfzen, dar bir kurulum, sözleşmeden de kaynaklansa her uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümüne engeldir²⁴⁸. Örneğin, bu tartışma, özellikle *sözleşme öncesi sorumluluğa dayalı uyuşmazlıklar* için yaşanmaktadır²⁴⁹. Bu durumda taraf, kimi iddialarını tahkim yoluyla kimilerini ise mahkemeler aracılığıyla çözmek zorundadır. Oysa tarafların dağınık-parçalanmış bir yargılamayı arzu ettiklerini düşünmenin *aksi yöndeki açık iradenin varlığı bir yana*, tatminkâr olmadığı ileri sürülmüştür. Özellikle tahkim kayıtlarının, sözleşmeyle (taraflar arasındaki *hukuki ilişkiyle*) ilgili tüm uyuşmazlıkların, *iddianın sözleşmeye, haksız fiile veya kanuna dayalı olması fark etmeksizin*, tahkim yoluyla çözümünü mümkün kılacak genişlikte yorumlanmasının gerektiği savunulmaktadır²⁵⁰.

Tahkimde, davacının yanında, davalının da *yine taraflar arasındaki sözleşmeyle ilgili olmak kaydıyla* takas dermeyan etme ve karşılık dava açma hakkı bulunmaktadır (UNCITRAL Rules Art. 19/III)²⁵¹. *Sorun, davalı yanın, bir başka hukuki ilişkiden kaynaklanan takas veya dava açmak hakkını da söz konusu tahkim içerisinde ileri sürmesi veya kullanması hâlinde, gündeme gelmektedir*²⁵². Esasen takas ve karşılık dava konularının, gerek Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında gerekse Alman hukukundaki 1998 *Reformu* öncesinde yapılan çalışmalarda, bir hayli tartışıldığı ve fakat kanuni bir düzenlemeye kavuşturulamadığı; bunun üzerine çözümün ülke mahkemelerinin içtihatlarına bırakıldığı bilinmektedir²⁵³. Takas

²⁴⁶ VARADY, s. 353, 354; SCHLOSSER, Rn. 421, 422; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 261. Ayrıca bkz. ALANGOYA/ YILDIRIM/YILDIRIM, s. 604, dn. 2.

²⁴⁷ "All disputes arising out of or in connection with the present contract.." şeklindeki bir tahkim kaydının taraflar arasında, sadece sözleşmeye değil; ama, sözleşme dışı ve özellikle haksız fiile dayanan çekişme, ihtilaf ve sorunların da tahkim yoluyla çözümüne olanak sağladığı kabul edilmektedir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 151). Karş. VARADY, s. 374.

²⁴⁸ BERGER, s. 122-124.

²⁴⁹ Tahkim kaydının sadece akdin ihlaline dayalı uyuşmazlıklar için geçerli olduğu, sözleşme öncesi döneme ait veya sözleşmesel ilişkiden kaynaklanamayan bir çekişmenin tahkim yeri Londra olan bir tahkim yargılamasına konu edilemeyeceğine ilişkin bkz. Australian Supreme Court, *Hi-Ferty Pty Ltd et al v Kiukiang Maritime Carriers Inc et al*, 12(7) Mealey's IAR C-1 1997. Ayrıca bkz. KALPSÜZ, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 347, 348; KURU, s. 5954. Karş. 13. HD. 07.11.1977, 4360/4867, (YKD, 1978/3, s. 414, 415).

²⁵⁰ LG Hamburg, IV YBCA 1979, s. 261. Bir hukuki ilişkiyle ilgili iki farklı türdeki yargı sürecinin arzu edilmiş olamayacağına ilişkin bkz. *Ethiopian Oilseeds & Pulses Export Corp v Rio del Mar Foods Inc*, [1990] 1 Lloyd's Rep 97; *Ashville Investment Ltd v Elmer Contractors Ltd*, [1989] QB 517.

²⁵¹ WENGER W., Art. 186, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 468.

²⁵² BERGER K. P., Set-Off in International Economic Arbitration, 15(1) Arb Int, 1999, s. 54; WENGER, Art. 186, s. 468, 469; BERGER K.P., Die Aufrechnung im Internationalen Schiedsverfahren, RIW 6/1998, s. 428.

²⁵³ *Ayrıntısı için bkz. BERGER, Set-Off*, s. 54.

ve karşılık davayla ilgili çekişmelerin, usul hukukuyla ilgili olarak, özünde, hakemlerin yargı yetkilerini ilgilendirdiği bilinmektedir. Hatta çok genel bir yaklaşımla söz konusu tahkim kaydının, *kural olarak*, içerdiği hukuki ilişkilerden kaynaklanmadığı sürece, takasa da konu edilen karşı alacak hakkını, kapsamaması beklenir. **Zira hakemlerin takas dermeyanına veya karşılık davaya konu edilen mesele üzerinde yargı yetkileri, bulunmamaktadır (MTK m. 4/II; 7/H/I, III. Karş. Concordat Art. 29)**²⁵⁴. Ancak konu, özellikle milletlerarası tahkim uygulamasında yaşananların da ışığında, bir kez daha gözden geçirilmeyi gerektirmektedir. Buna göre, iki durumu birbirinden ayrılmak gerekir: Takasa konu edilen alacak için geçerli herhangi bir yetki sözleşmesinin yahut tahkim kaydının bulunmaması; Takasa konu edilen alacak için geçerli *özellikle de* bir tahkim kaydının bulunması.

Bu iki durumdan ilkinde, şayet söz konusu karşı alacak iddiası, zaten *tahkim anlaşmasının kapsamındaki* sözleşmesel ilişkiden kaynaklanıyorsa, hiçbir sorunun yaşanmayacağı açıktır (UNCITRAL Rules Art. 19)²⁵⁵. Mesele, taraflar arasında birden fazla sözleşmenin bulunması ve fakat sözleşmelerin de birbirleriyle yakın ekonomik ilişki ve birliktelik içinde olması hâlinde, daha da ilginçtir. Bir olayda, satım ve ödünç sözleşmelerinden kaynaklanan karşılıklı alacaklar, ödünç sözleşmesinin, satım sözleşmesini finanse ettiği tespit edildiği için takas edilebilmiştir²⁵⁶. Burada aslında, hakemlerin yargı yetkilerinin genişlediğini, kabul etmek gerekir²⁵⁷. Yine bir ICC tahkiminde, joint venture sözleşmesi ile bu joint venture için yapılan, malzeme alımı konulu sözleşmeden kaynaklanan karşılıklı alacaklar da takas edilebilmiştir. Ancak bu davada bir özellik daha vardı: Her iki sözleşmede, *farklı tahkim kurumları lehine* tahkim kayıtları bulunmaktaydı. Bu konu birazdan ele alınacaktır. Ancak hakemler, her iki sözleşmeyi de –*satım sözleşmesindeki koşulların önceden joint venture sözleşmesiyle belirlenmiş olması nedeniyle*- hukuki ve ekonomik bütünlük içerisinde görmüşlerdir²⁵⁸.

²⁵⁴ **BERGER**, *Set-Off*, s. s. 64; **BLESSING**, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 181. *Briner*, PIL Art. 8 hükmünün milletlerarası tahkim yargılamaları bakımından da geçerli olabileceğinden hareketle *karşılık davanın* ayrıca karşılık davaya konu edilen meselenin tahkim anlaşmasının kapsamına girip girmediği yahut hakemlerin anılan meseleyle ilgili olarak yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığı araştırılmaksızın açılabilirliği görüşündedir (**BRINER**, *Switzerland*, s. 10). Ayrıca bkz. **POSTACIOĞLU**, s. 788-789; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 948; **KALPSÜZ**, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 348; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 659.

²⁵⁵ **BERGER**, *Set-Off*, s. 64.

²⁵⁶ Court of Arbitration at the Chamber of Commerce and Industry in Sofia, 1 October 1980, Case no 60/1980, XII YBCA 1987, s. 84. Ayrıca bkz. **BERGER**, s. 123.

²⁵⁷ **BERGER**, *Set-Off*, s. 66; **BERGER**, *Aufrechnung*, s. 429, 430.

²⁵⁸ ICC Case no 5971, *ASA Bulletin* 1995, s. 728-741; **BLESSING**, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 181; **BERGER**, *Set-Off*, s.67; **BERGER**, *Aufrechnung*, s. 428. Ayrıca bkz. **LEBOULANGER P.**, *Multi-Contract Arbitration*, 13(4) *J Int'l Arb*, 1996, s. 49.

Diğer ihtimalde, takasa konu edilen alacak için geçerli ve örneğin bir *başka tahkim kurumu lehine* tahkim kaydı bulunmaktadır. Burada hakemler, bir başka tahkim kurumunun tahkim kurallarına tabi ve fakat takasa konu edilen uyuşmazlıkla ilgili yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığına karar vermek zorundadırlar (*ayırca bkz. MTK m. 7/H/II; III, karşı. Concordat Art. 29/I*)²⁵⁹.

Dava konusu edilen çekişmeyle ilgili tüm meselelerin ve bu arada savunma sebeplerinin aynı yargılama içerisinde hallolunması, en pratik yoldur. Lakin takasa konu edilen alacak için örneğin taraflar, *ayrıca* bir de tahkim kaydı kararlaştırmışlarsa, tarafların bu iradeleri de hiçe sayılmamalıdır. Söz konusu bu ortak iradeye, *en azından* şu üç noktada, istisna tanınması gerektiği de açıktır:

- a) Takasa konu alacakla ilgili bir *kesin hükmün* elde edilmesi hâlinde;
- b) Davacının tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyen, bu nedenle de hakemlerin yargı yetkisi dışında kalan ve fakat takasa konu alacakla ilgili, süresinde (**MTK m. 7/H/II; III**) herhangi bir itirazda bulunmaması durumunda;
- c) Derdest tahkim yargılamasının tabi olduğu tahkim kurallarında, örneğin, *Zurich International Arbitration Rules Art. 27*'de düzenlendiği gibi, hakemlere, takasa konu edilen ve bir başka tahkim kurumunun kurallarına tabi tahkim kayıtlarının kapsamına dâhil alacaklar üzerinde de yargı yetkisi tanınması hâlinde²⁶⁰.

²⁵⁹ *Concordat Art. 29/I*, tahkim yeri hukukunun emredici normlarından da olsa ve hakemlerin, *tahkim kaydı kapsamına dâhil olmayan ve bu nedenle de yargı yetkileri dışında kalan bir alacakla ilgili olarak takas beyanına karşı derdest yargılamayı durdurarak takası ileri süren tarafa, alacağı ile ilgili gerekli yargı yoluna başvurmaması konusunda zaman tanımları gerektiğini* düzenlese de, bunun için öncelikle hakemlerce takasın, tabi olduğu hukuka uygun olarak şartlarının oluşup oluşmadığı denetlenmeli ve her hâlükârda, takasa/*mahsuba* konu edilen alacak miktarıyla orantılı olarak böyle bir sonuca varılmalıdır. Anılan hükmün, milletlerarası tahkim için de geçerli olmadığı, düşünülmektedir (**BERGER, Set-Off**, s. 71; **BERGER, Aufrechnung**, s. 428. *Karşı. WENGER, Art. 186*, s. 469; **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 76).

²⁶⁰ **BERGER, Set-Off**, s.77- 78; **HERRMANN, Uniform Legislation**, s. 222, 223; **LEBOULANGER**, s. 50; **WENGER, Art. 186**, s. 469; **SCHLOSSER, Rn. 399**.

Ş7 TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ MÜMKÜN UYUŞMAZLIKLARIN TESPİTİ- TAHKİME ELVERİŞLİLİK (*ARBITRABILITY*)

I-Genel Olarak

Tahkime elverişlilik konusu, milletlerarası tahkimin gerek sözleşmesel gerekse yargısal niteliğinin kesiştiği bir noktada bulunmaktadır. Aslında *tahkim elverişlilik*, sözleşme özgürlüğünün bittiği; bir yargılamanın kamusal özelliklerinin görülmeye başladığı noktanın adıdır²⁶¹. *Mesele, hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceğiyle ilgilidir*. Saf irade özgürlüğü, her türlü uyuşmazlığın taraflarca tahkime konu edilebilmesini mümkün kılmakta; mahkemelerin sunduğu yargı hizmetini tercih edip etmemek, tümüyle tarafların bileceği bir iş hâline gelmektedir. Oysa millî hukuklar, tahkime elverişli konuların ne olduğu veya ne olması gerektiği konusunda, bazı sınırlamalar, içermektedir. Söz konusu sınırlamalar, büyük ölçüde, *kamu düzeniyle* de yakından ilgili olduğu düşünülen alanlarla ilintilidir²⁶². Şayet, taraflar arasındaki çekişmenin tahkime elverişli olmadığı düzenlenmişse, *hem* tahkim anlaşması sözü edilen uyuşmazlık bağlamında geçersiz sayılacaktır *hem* de böyle bir konuda, hakemlerin yargı yetkisi bulunmayacaktır (MTK m. 7/H; 15/A/II, b. 2, a)²⁶³.

Tahkime elverişlilik şeklindeki bir kullanım, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve kapsamına yönelik olabileceği gibi (*contractual arbitrability*); uygulamada ve öğretilerde, daha ziyade uyuşmazlığın esasının tahkim yoluyla hallinin mümkün olup olmadığıyla (*substantive inarbitrability*) ilişkilendirilmektedir. Bunlardan ikincisi, tahkime elverişliliğin klasik kullanımına işaret etmektedir²⁶⁴. Bu kapsamda, tahkime elverişlilik ile ilgili meseleler, genelde iki ana başlık altında toplanmaktadır: Tahkim anlaşmasının taraflarına yönelik çeşitli nedenler yüzünden, ilgili tarafın tahkim anlaşması akdetmesi, hukuken ya mümkün değildir ya da sınırlandırılmıştır. Çoğu kez, *kamu tüzel kişilerinin* tahkime taraf olamamaları veya bu konuda özel bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymaları, bu başlık altında yaşanan sorunlardır; mesele,

²⁶¹ BERGER, s. 190; CARBONNEAU T/JANSON F., Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability, 2 Tul J Int'l & Comp L 1994, s. 194.

²⁶² CARBONNEAU/JANSON, s. 195; MADL, s. 95 vd. *Ayrıca bkz.* REDFERN/HUNTER/BLACKABY /PARTASIDES, s. 138; SANDERS, *Trends*, s. 222 vd.

²⁶³ HANOTIAU B., The Law Applicable to Arbitrability, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 146; PARK W. W., The Arbitrability Dicta in *First Options v Kaplan*: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic? 12(2) Arb Int, 1996, s. 139; BÖCKSTIEGEL K. H., Public Policy and Arbitrability, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series, No. 3, 1987, s. 178, 181; HANOTIAU B., Objective Arbitrability, Its Limits, Its Problem Areas, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, ASA Special Series No. 6, 1994, s. 26; DIMOLITSA, *Arbitration Agreement*, s. 21; ABDULLA, s. 21. *Ayrıca bkz.* KÜÇÜKGÜNGÖR E., Roma Hukukunda Tahkim, (*Compromissum*), C. XIX, BATİDER 1998/3, s. 141.

²⁶⁴ CARBONNEAU/JANSON, s. 195; BÖCKSTIEGEL, *Public Policy*, s. 181. *Ayrıca bkz.* HENN, s. 8, 9.

sübjektif tahkime elverişlik olarak adlandırılmaktadır²⁶⁵. Uygulamada ilkinde göre daha sık yaşanan sorun, *hangi türdeki uyuşmazlıkların* tahkim yoluyla çözümüne ilişkin olup *objektif tahkime elverişlilik* alt başlığı altında değerlendirilmektedir²⁶⁶.

Belli bazı konuların içerdiği düşünülen *kamu düzeni* unsuru, bu tip uyuşmazlıkların *sadece* mahkemeler aracılığıyla çözümlenmesinin gerekeceği gibi bir sonucu da beraberinde getirmektedir. Milletlerarası tahkim hukuku bağlamında ise öğretide, özünde, irade özgürlüğüne yönelik sınırlandırma içeren bu tip düzenlemelerin, *ancak* millî veya milletlerarası kamu düzeni gereklerini karşıladığı ölçüde meşru ve haklı görülebileceği, savunulmuştur (*karş. MTK m. 1/IV*)²⁶⁷.

Tahkime elverişlilik ile ilgili bir sorunun, dört farklı evrede yaşanması mümkündür²⁶⁸: Milletlerarası tahkim uygulamasında, tahkime elverişlilik, sıklıkla yaşandığı üzere, *competence-competence* kapsamındaki çekişmenin özüdür; sorun, hakemlerce çözüme bağlanır (*MTK m. 7/H*). Tahkim anlaşmasının tarafı, taraflar arasındaki çekişmenin tahkime elverişli olmadığı düşüncesiyle uyuşmazlığın esasını mahkemelere taşır; tahkim itirazı üzerine mahkemece davaya konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı, karara bağlanır (*MTK m. 5/I*). Ayrıca, tahkime elverişlilik, özellikle tahkim yeri mahkemelerinin *yardıminin* talep edilmesi hâlinde de, ön sorun olarak çözümü gerekli bir meseledir (*MTK m. 6/III; 7/B*). Hakem kararının *tahkim yeri mahkemelerince* iptalinin istenmesi durumunda, tahkime elverişlilik, bir iptal nedeni olduğu gibi (*15/A/II, b. 2, a*), yabancı hakem kararının tenfizinin talep edilmesi hâlinde de mahkemelerce *kendiliğinden* gözetilen bir tenfiz engelidir (New York Sözleşmesi m. V, 2, *a*; *karş.* 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IV, 1, *a*).

²⁶⁵ BÖCKSTIEGEL, *Public Policy*, s. 181, 182.

²⁶⁶ Böyle bir ayırım, daha ziyade, Fransız hukuku kökenlidir (CARBONNEAU/JANSON, s. 210). Ayrıca bkz. FOUCARD/GOLDMAN/GAILLARD, s. 312, 313; HANOTIAU, s. 147; KIRRY A., *Arbitrability: Current Trends in Europe*, 12(4) *Arb Int*, 1996, s. 373; HANOTIAU, *Arbitrability*, s. 27; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 187, 188; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 54.

²⁶⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 188.

²⁶⁸ HANOTIAU, s. 147; PARK, *Arbitrability*, s. 139-140; HANOTIAU, *Arbitrability*, s. 28, 29; BLESSING M., *Arbitrability of Intellectual Property Disputes*, 12(2) *Arb Int* 1996, s. 194. İlginçtir, 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 1. maddesinin aksine, Model Kanun'un 8/I. maddesinde, tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunda, ayrıca, uyuşmazlığın da tahkime elverişli olması gerektiği yönünde, bir açıklığa yer verilmemiş; tam aksine, bu yöndeki bir değişikliği içeren teklif, reddedilmiştir. Salt anılan gerekçeyle ve bu aşamada, mahkemelerce, tahkime elverişlilik konusunun, denetlenmesinin istenmediğini düşünmek zordur. Kaldı ki, böyle bir hükme ihtiyaç duyulmaması bakımından dayanan gerekçe, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili tahkim anlaşmasının zaten batıl sayılacağıydı (SZURSKI, *Model Law*, s. 57; MELIS, *Courts*, s. 92; HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 303). Tahkime elverişlilik konusunun, Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, üzerinde çalışma yapılmaması konusunda fikir birliğine varılan meselelerden olduğu da bir gerçektir. Konu, tümüyle taraf ülke hukuklarının münhasır takdirlerine bırakılmıştır (Model Kanun m. 1/V). Ayrıca bkz. BROCHES, *Commentary*, s. 41; HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 38; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 200-201; DEREN-YILDIRIM, s. 27.

II- *Sübjektif* Tahkime Elverişlilik ve Uygulanacak Hukuk

Tahkimin taraflarından birinin devlet veya bir kamu tüzel kişisi olması durumunda, söz konusu kişilerce bir tahkim anlaşmasının akdedilmesi ve tahkime taraf olunması, *ya* hiç mümkün olmamaktadır *ya da* bazı sınırlamaların da gözetilmesini gerektirmektedir (CC Art. 2060; Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1676/II; 1979 İran Anayasası m. 132)²⁶⁹. Geçmiş dönemde sorun, bir *ehliyet* meselesi olarak algılandığından çözüm, *ya* taraflara *ya da* tahkim anlaşmasının (*maddi*) geçerliliğine uygulanacak hukukta, aranmıştır. ***Oysa bugün, özellikle kanunlar ihtilafı kökenli bir çözüm arayışından vazgeçilmiş; milletlerarası hukuka ait bazı maddi kurallardan yararlanılmaya başlanmıştır***²⁷⁰.

1966 tarihli *Galakis* kararı, sadece Fransız hukuku yönünden önemli bir dönüm noktası olmamış; yukarıda sözü edilen maddi kural yaklaşımının da neredeyse miladını teşkil etmiştir. Buna göre Fransız hukukunda, kamu tüzel kişilerine ilişkin getirilen tahkime taraf olma yasağının milletlerarası ilişkiler, yabancı unsurlu sözleşmeler yönünden hiçbir geçerliliği yoktur. Aynı yöndeki *Gatoil* kararı ile anılan görüş istikrar bulmuş; *bunun yanında ayrıca*, yabancı bir kamu tüzel kişisinin, kendi hukukunca tahkime taraf olabilmek için gerekli idari izne, sahip olmadığını ileri süremeyeceği; böyle bir savunmanın bizzat milletlerarası kamu düzeni tarafından yasaklandığı; iç hukuk yönünden varlığı-değeri tartışılmayacak böyle bir hükmün milletlerarası ilişkiler yönünden herhangi bir geçerliliğinin olmadığı sonucuna varılmıştır²⁷¹. Sübjektif tahkime elverişlilik konusunda, hiçbir kanunlar ihtilafı kuralına göndermede bulunmaksızın doğrudan milletlerarası hukuka ilişkin bazı maddi kriterlerden yararlanılması ve bunun yerli yahut yabancı tüm kamu tüzel kişileri için geçerli olması görüşü, *artık pekişmiş ve istikrar bulmuştur*²⁷².

Fransız hukukundaki, herhangi bir pozitif temeli olmayan bu yaklaşım, tarafı olduğumuz 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin II, 1. maddesi ile düzenlemeye kavuşturulmuş;

²⁶⁹ Belçika Yargılama Usulü Kanunu'nun 1672. maddesi ile 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin II, 1. maddesinin birlikte uygulanmasıyla ilgili olarak *Bentler v. Belgium* tahkim davasının ayrıntısı için bkz. PAULSSON, *State*, s. 93 vd.

²⁷⁰ HANOTIAU, s. 148; KIRRY, s. 381. Ayrıca bkz. PAULSSON, *State*, s. 90 vd; BÖCKSTIEGEL, *Public Policy*, s. 181, 182; LALIVE, s. 296, 297; RAESCHKE-KESSLER, *Arbitrability*, s. 44, 45; SCHWEBEL, *Three Salient Problems*, s. 62 vd; BERGER, s. 179-181; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 147, 148. Karş. KALPSÜZ, *İsviçre*, s. 15.

²⁷¹ PAULSSON, *State*, s. 98. Ayrıca bkz. CARBONNEAU, *Jurisprudence*, s. 156; SANDERS, *Arbitration*, s.71-72.

²⁷² Aynı yöndeki, *Bec Frères* kararı için bkz. *Cour d'appel Paris*, 7 Mealey's IAR 1992, s. B-5; *Gatoil International Inc v. National Iranian Oil Company*, XVII YBCA 1992, s. 591, 592; HANOTIAU, s. 150. Ayrıca bkz. MADL, s. 97-100; DE VRIES, s. 58; PAULSSON, *State*, s. 90; RAESCHKE-KESSLER, *Arbitrability*, s. 46. Bu hâlde, tahkim anlaşmasına taraf devletin, kendi iç hukukunun arkasına saklanarak tahkim anlaşmasını geçersiz saymaya çalışmasının *hem* milletlerarası kamu düzeninin ihlali *hem de* bir "*denial of justice*" olduğuna ilişkin bkz. SCHWEBEL, *Three Salient Problems*, s. 71. Ayrıca bkz. KOCASAKAL, s. 188 vd.

Sözleşme kapsamındaki uyuşmazlıklar yönünden, kamu tüzel kişilerinin de tahkime taraf olabilmek konusunda, özel hukuk kişileri ile aynı konumda olduğu, hükme bağlanmıştır. Hükme, çekince getirilebilmesi mümkün olup (1961 Cenevre Sözleşmesi m. II, 2) bu imkân, sadece Belçika tarafından kullanılmıştır (*Ayrıca bkz.* 4446 s. K ile değişik AY m. 125/I)²⁷³. Konuyla ilgili bir başka hüküm, İsviçre PIL Art. 177/II'yle düzenlenmiş olup tahkim anlaşmasına taraf olan kamu tüzel kişisi, *kendi iç hukukuna* dayanarak tahkim anlaşmasının kendisi yönünden geçersiz olduğunu ileri süremez. Hükümün uygulanabilmesi için tahkim yerinin İsviçre'de olması ve taraflara ilişkin PIL Art. 176'de düzenlenen diğer şartın tahakkuk etmesi yeterlidir²⁷⁴.

Anayasa'nın 4446 Sayılı Kanun ile değişik 125/I. maddesinin ardından, en azından Türk devleti ve kamu tüzel kişileri için tahkime taraf olmak konusunda, herhangi bir sınırlamanın bulunduğundan bahsetmek mümkün olmasa gerek. Dahası Türkiye, hem 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin hem de 1965 Washington Sözleşmesi'nin (1965 ICSID Sözleşmesi m. 26) tarafıdır ki, artık *kendisi yönünden* bir sübjektif tahkime elverişlilik sorununun gündeme gelmesi olası değildir. Milletlerarası tahkimi ilgilendirip de yabancı kamu tüzel kişileri yönünden ileri sürülen bu tip iddiaların nasıl değerlendirileceğine gelince: Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, tıpkı PIL Art. 177/II gibi bir hüküm bulunmadığından, sorun, devletler özel hukukuna ve özellikle milletlerarası tahkim hukukuna ait genel ilke ve prensipler ve şayet uygulanması mümkünse *milletlerarası sözleşmeler* (MTK m. 1/VI; MÖHUK m. 1/I) yardımıyla çözülecektir. Örneğin 1961 Cenevre Sözleşmesi'ne tabi bir tahkim yargılaması bakımından sözleşmenin II, 2. maddesi, *tahkim yerinin nerede bulunduğundan bağımsız olarak* uygulanacaktır.

III- Objektif Tahkime Elverişlilik ve Uygulanacak Hukuk

Tahkim yoluyla çözümü mümkün uyuşmazlıkların kapsamının olabildiğince genişletilmesi şeklindeki genel eğilimin varlığına karşın; millî hukukların her zaman, aynı ya da yakın bir anlayış içinde olduğunu söylemek güçtür²⁷⁵. Objektif tahkime elverişliliğin hangi

²⁷³ HANOTIAU, s. 151; PAULSSON, *State*, s. 93.

²⁷⁴ HANOTIAU, s. 151-153; POUDRET, s. 242; ABDULLA, s. 24; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 63, 64. Ancak bu hükmün, devletin yahut ilgili kamu tüzel kişisinin tahkim anlaşmasının akdedilmesi sırasında, usulünce temsil edilip edilmediği sorunu yönünden, herhangi bir uygulama alanı bulunmamaktadır (BRINER, s. 325). *Ayrıca bkz.* BERGER, s. 184; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 8; LALIVE, *Swiss Law*, s. 8; GAILLARD, *Swiss Law*, s. 25; BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 28, 29; *BT-Drs* 13/5274, s. 36.

²⁷⁵ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 189. Örneğin, münhasır dağıtım anlaşmalarıyla (*exclusive distributorship*) ilgili konular, Belçika hukukunda tahkime elverişli konulardan değildir (*karş. MTK m. 1/IV*) (*Tribunal de Commerce Brussels, Maternaco SA v PPM Cranes INC et al*, XXV YBCA 2000, s. 673). *Ayrıca bkz.* VERBIST

hukuka göre belirleneceği, söz konusu sorunun *hakemlerce* mi yoksa *mahkemelerce* mi çözümleneceği ile yakından ilgilidir. Kaldı ki, mahkemeler önünde yaşanacak bu tip bir çekişme bakımından, hüküm sonrasında veya tahkim yargılamasının devamı esnasında verilecek cevap da aynı olmayabilecektir. Zira her bir durumda, uygulanacak kriter ve hatta mevzuat değişebilmektedir²⁷⁶. Kısacası mesele, sadece kimi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmaması fikriyle ilgili olmayıp *hangi uyuşmazlıkların neye –hangi kritere- göre tahkime elverişli olmadığı*nın tespitiyle de alakalıdır²⁷⁷.

Özellikle mahkemeler nezdinde, sorun, ilk aşamada, tahkim itirazı üzerine yaşanacaktır. Tahkimin ilerleyen evrelerinde, yine mahkemelerin tahkime yardımı, daha önce çekişme konusu edilmemişse öncelikle tahkime elverişli bir uyuşmazlığın bulunması şartına bağlıdır. Hakemlerin *competence-competence* yetkilerine dayanarak vermiş oldukları kararların denetiminin mümkün olduğu hukuk sistemlerinde, anılan türdeki hakem kararının mahkemelerce denetiminin, yine bu konuya ilişkin olması, kuvvetle muhtemeldir. Mahkemelerce sorunun çözümünde uygulanacak hukuk, konuyla ilgili milletlerarası sözleşmeler bir yana, *lex fori (lex loci arbitri)* yani mahkemenin kendi millî hukuk olmaktadır²⁷⁸. Ancak bu konuda, *lex fori*'nin eş deyişle *lex loci arbitri*'nin neye daha doğrusu hangi hukuka üstünlük tanıyacağı, son derece tartışmalıdır. Söz gelimi tahkime elverişliliğin, tahkim anlaşmasına veya temel borç ilişkisine uygulanacak hukuka; *lex loci arbitri*'nin kendisine yahut taraflarca tahkimin tabi kılındığı hukuka uygun olarak belirleneceğinin düzenlenmesi, mümkündür²⁷⁹. Bu arada, *lex loci arbitri*'nin, bir *lex arbitri* olarak, sadece

H., Arbitrability of Exclusive Distributorship Agreements in Belgium: Lex Fori (and Lex Contractus)?, 22(5) J. Int'l Arb. 2005, s. 427 vd.

²⁷⁶ **HANOTIAU**, s. 153; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 189, 190; **RAESCHKE-KESSLER**, *Arbitrability*, s. 48-50; *Ayrıca bkz.* **NAKAMURA T.**, Arbitrability and The Lex Arbitri, 17(3) Mealey's IAR, 2002, s. 29.

²⁷⁷ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 330.

²⁷⁸ **HANOTIAU**, s. 162. *Ayrıca bkz.* **ARFAZADEH H.**, Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited, 17(1) Arb Int, 2001, s. 73 vd.

²⁷⁹ **KIRRY**, s. 379 vd; **RAESCHKE-KESSLER**, *Arbitrability*, s. 48; **BRINER R.**, Art. 177, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000, s. 318. *Ayrıca bkz.* **BERGER**, s. 189; **SCHÜTZE**, s. 57, 58. Öğretide, *Deren-Yıldırım*, gerek objektif gerekse subjektif tahkime elverişliliğin, ki bu son hâlin "*ehliyet*" biçimde düzenlendiği görüşündedir, yine tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir seçimin olmaması hâlinde, Türk hukukuna göre belirleneceğini yani kısaca MTK'nın 4/III. maddesine tabi olduğunu, savunmaktadır (**DEREN-YILDIRIM**, s. 34). Bu görüşe katılmıyoruz. Öncelikle MTK'nın anılan hükmü, sadece tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğiyle ilgilidir. Zaten yazarın da söz konusu hükmü mukayese ettiği İsviçre PIL Art. 178/II, yine *sadece* tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğini düzenlemektedir. Tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği yanında, *şekli geçerliliğine, tahkime elverişliliğe (MTK m. 1/IV)* ve hatta tarafların ehliyetine ilişkin maddi geçerlilikten farklı kanunlar ihtilafı kurallarının düzenlenmesi mümkündür (PIL Art. 177/I, II, 178/I; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. II, VI, 2). Kaldı ki, tahkim anlaşmasının tarafların ehliyeti ile subjektif tahkime elverişlilik, artık aynı anlamda da kullanılmamakta; hatta Fransız hukuku esas alındığında, uygulanacak hukukun belirlenmesinde, her iki mesele, son derece bilinçli bir nedenle birbirinden ayrılmaktadır. Örneğin, Türk hukuku bakımından ehliyet sorununun MÖHUK'un 8. maddesine göre çözümü mümkün olduğu hâlde; bilinen ve yaygın bir biçimde kabul edilen anlamıyla subjektif tahkime elverişlilikle ilgili herhangi bir

mahkemeler için değil; aynı zamanda hakemler için de, tahkime elverişlilik konusunda, münhasıran yol gösterdiği düşünülmektedir²⁸⁰. Ancak öğretilde, özellikle anılan sorunun, hakemler yahut mahkemeler önünde gündeme gelebilmesine nedeniyle ve hatta mahkemeler nezdinde de farklı zamanlarda yaşanabilmesi ihtimaline göre tek bir hukukun yerine farklı koşulları dikkate alan, daha esnek ve liberal bir hukuk seçiminin mümkün olması gerektiğine de inanılmaktadır²⁸¹.

A- Milletlerarası Sözleşmeler

Milletlerarası sözleşmeler yönünden, mahkemelerce *tahkim anlaşmasının* geçerli kabul edilerek icrası ve sonuçta *hakem kararının* icrası ile tenfizi, tahkime konu uyuşmazlığın da tahkime elverişli olmasına bağlıdır. Tahkime elverişliliğin hangi kritere göre, daha doğrusu, hangi hukuka göre belirleneceği, yine ilgili milletlerarası sözleşme dikkate alınarak çözümlenmelidir²⁸².

1958 New York Sözleşmesi'nin *tahkime elverişlilik* hakkındaki yaklaşımı, yabancı hakem kararlarının *tenfizi* perspektifinden olmuştur. Buna göre tahkime elverişlilik, tenfize karar verecek mahkemenin hukukuna göre belirlenecektir (New York Sözleşmesi m. V, 2, a). Oysa aynı sözleşme, hüküm öncesi dönemde, tahkime elverişlilik hakkında uygulanacak hukuk bakımından suskundur. Tahkim anlaşması olduğu hâlde, açılan davaya karşı tahkim itirazında bulunulması üzerine mahkeme, yargı yetkisinin bulunmadığına, *ancak* (New York Sözleşmesi m. II, 1, 3) davaya konu edilen ve fakat aslında tahkime konu edilmesi gereken uyuşmazlığın gerçekten de tahkime elverişliliği olduğunu tespit etmesi hâlinde karar verecektir ki, aynı düzenleme içerisinde, böyle bir belirlemenin hangi hukuka göre olacağı konusunda, bir açıklık yoktur²⁸³.

Anılan sorunla karşılaşıldığında mahkemelerin, meselenin önlerine, hüküm öncesi veya hüküm sonrası dönemde gelmesine göre, farklı esasları uygulaması, mümkündür. Örneğin Brüksel İstinaf Mahkemesi, bir kararında: Farklı durumlarda *-hakem karardan önce ve sonra-* farklı kriterlerin tatbikinin gerektiği; hüküm öncesi dönemde sorunun, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka göre çözümleneceği; New York Sözleşmesi'nin II, 1. maddesindeki ifadenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukuk doğrultusunda

doğrudan düzenleme (karş. 1961 Cenevre Sözleşmesi m. II, 1), hukukumuzda bulunmamaktadır. Bu tip bir sorunun tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğiyle ilişkilendirilmesi, alışık olunmayan bir anlayıştır.

²⁸⁰ NAKAMURA, *Arbitrability*, s. 29; BLESSING, *Intellectual Property*, s. 192.

²⁸¹ NAKAMURA, *Arbitrability*, s. 30; HANOTIAU, s. 153-167.

²⁸² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 189; NAKAMURA, *Arbitrability*, s. 30.

²⁸³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 190; NAKAMURA, *Arbitrability*, s. 30; HANOTIAU, s. 162; ARFAZADEH, s. 74; AKINCI, *Hakem Kararı*, s. 172-175.

ilgili sorunun çözümüne engel olmadığı; yine aynı Sözleşme'ye göre, tahkime elverişliliğin mahkemenin kendi hukukuna göre çözümlenmesinin ise ancak ve sadece hakem kararının verilmesinden sonra ilgili hükmün tanınması-tenfizi aşamasında mümkün olduğu; yoksa bu hâlin aynı zamanda *hükmün verilmesinden önceki aşamayla (tahkim itirazı)* da ilgili olmadığı, içtihadında bulunmuştur²⁸⁴. Oysa bir başka içtihadta Amerikan mahkemesi, Sözleşmenin II. maddesine âdeta bir maddi devletler özel hukuku kuralı gibi yaklaşmış ve ilgili hükmü, tahkime elverişlilik konusunda bağımsız, milletlerarası bir içerik kazandıracak şekilde yorumlamıştır. Buna göre, Sözleşme'nin II, 1. maddesine göre hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunun tespitinde, sözleşmeye taraf ülke hukukları da dikkate alınmak suretiyle milletlerarası ölçekte bir belirlemeye gidilmesi; *gerek* tahkim anlaşmalarının icrasını kolaylaştıran Sözleşme'nin amacı *gerekse* uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü lehindeki federal politika dikkate alınmak suretiyle Sözleşme'nin II,1. maddesine göre *istisna edilecek* uyuşmazlıkların-konuların dar yorumlanması, gerekmektedir²⁸⁵.

Öte yandan, içtihatların diğer önemli bir bölümünde, mahkemelerin tahkime elverişlilik sorununu, hüküm öncesi dönemde de kendi millî hukuklarına göre belirledikleri görülmektedir. Temel dayanak noktası, çoğu zaman, belirli bir nedeni de içermeksizin doğrudan 1958 New York Sözleşmesi'nin V, 2, a maddesidir²⁸⁶. *Fincantieri v. Iraq* davasında Cenova İstinaf Mahkemesi: Yargılamaya hâkim olan ilkeler dikkate alındığında, (tahkime elverişlilik hakkındaki) sorunun cevabının İtalyan hukukuna göre verilmesinin zorunlu olduğuna; mahkeme yargılamasında, yabancı tahkimin varlığına ilişkin bir itiraz ileri sürüldüğü takdirde, söz konusu uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının tespitinin doğrudan, derdest yargılamayı ilgilendirmesi nedeniyle İtalyan hukukuna göre olması gerektiğine; *bir mahkemenin dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak yargı yetkisinin*

²⁸⁴ *Cour d'appel Brussels, Company M v M SA*, XIV YBCA 1989, s. 618. İchtihat, öğretisi ve diğer mahkeme kararlarıncı da desteklenmiş, takip edilmiştir (HANOTIAU, s. 164). Özellikle *lex fori*'nin tahkime elverişlilik hakkında uygulanmayacak oluşu, Belçika örneğinde, söz gelimi münhasır dağıtım anlaşmalarına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime konu edilmiş olmaları hâlinde, tahkime elverişlilikle ilgili itirazların reddedilmesi gibi bir sonucu da beraberinde getirmektedir. Tahkim yeri İsviçre olan bir uyuşmazlıkta, Belçika mahkemesi, kendi hukukuna (*lex fori*) göre değil; tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka göre yani *lex contractus'a göre* tahkime elverişlilik sorunu çözmüştür. Bu çözüm tarzı, 1958 New York Sözleşmesiyle gerekçelendirilmiştir (VERBIST, *Arbitrability*, s. 429). Karş. ARFAZADEH, s. 74.

²⁸⁵ *Meadows Indemnity Co Ltd v Baccala & Shoop Insurance Services Inc*, XVII YBCA 1992, s. 686. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. HANOTIAU, s. 165, 166; HANOTIAU, *Arbitrability*, s. 35. Zaten, 1958 New York Sözleşmesi'nin II,1 maddesi ile V, 2 maddesi arasında *normatif* bir bağ kurulması önerisi, müzakereler sırasında, gerekli 2/3 oy çokluğunu sağlayamadığı için kabul görmemiştir. Bu nedenle Sözleşme'nin II,1. maddesinin bir millî hukukla ez zından tenfiz yeri hukukuyla bağlantılı olarak değerlendirilmesi, *Sözleşme* düzenleyicisinin amacına da aykırı bir yorum olur (von MEHREN R. B., *From Vynior's case to Mitsubishi: The Future of Arbitration and Public Law*, 12 Brook. J. Int'l L. 1986, s. 621).

²⁸⁶ *Ayrıntısı için bkz.* VI YBCA 1981, s. 229. Ayrıca bkz. van den BERG, s. 359-360; LUZZATTO, s. 40; NAKAMURA, *Arbitrability*, s. 31; ARFAZADEH, s. 82, 83; 85-86. Karş. HANOTIAU, s. 163.

bulunmadığına karar verebilmesinin ancak kendi yargılama ve millî hukukuna göre olabileceğine; bu durumun Sözleşme'nin hem II. hem de V. maddelerinde ele alındığına; bu nedenlerle de tahkime elverişlilik sorusunun, ancak İtalyan ambargo yasaları dikkate alınarak cevaplanmasının gerektiğine, karar vermiştir²⁸⁷.

Avrupa Topluluğu rekabet hukukuyla ilgili bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı sorunuyla ilgili olarak Bolonya ilk derece mahkemesi ise: Sözleşmenin II, 3. maddesine göre mahkemenin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığının ancak *millî bir hukuka* göre belirlenebileceğini; getirilmek istenen ilkenin, hükmün, Sözleşme'nin V, 2, a maddesiyle birlikte okunmasıyla daha açık bir hâle geldiği; bu son hükmün, yalnızca olağan uygulama alanı olan hakem kararlarının tanınması-tenfizi için geçerli olmayıp tahkim kaydı neticesinde, mahkemenin yargı yetkisine sahip olup olmadığı araştırıldığı durumlarda da geçerli olduğu; yargı yetkisine sahip ülke hukukuna göre, tenfizi mümkün olmayacak bir hakem kararı verilmesine neden olacak şekilde, hakemlerin yargı yetkisinin varlığına veya ilgili tahkim anlaşmasının geçerliliğine hükmetmenin tümüyle yetersiz olacağı, sonucuna ulaşmıştır²⁸⁸.

Mahkemelerin, tahkime elverişlilik sorusunun cevabını, *hüküm öncesi dönemde de*, kendi millî hukuklarında araması, 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 2. maddesine uygundur (**MTK m. 1/VI**)²⁸⁹. Buna göre mahkemeler, kendi hukuklarına göre uyuşmazlığın tahkim yoluyla hallinin mümkün olmadığını tespit ederse, tahkim anlaşmasına herhangi bir geçerlilik tanımayacaklardır. 1958 New York Sözleşmesi'nin V. maddesi gibi 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 2 maddesi de, ***tahkime elverişlilik hakkında uygulanacak hukuk ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku***, çok açık bir biçimde, birbirlerinden ayırmıştır. Zira tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, öncelikle tarafların seçimine, böyle bir seçim bulunmadığı takdirde, tahkim yeri hukukuna bağlıken (**MTK m. 4/III**); tahkime elverişlilik, *münhasıran* her bir ülkenin kendi hukukuna göre belirlenmektedir (*karş. MTK m. 1/IV*)²⁹⁰. ***Her ne kadar tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik bir sorun gibi gözükmeğe de, özünde bir yargılama hukuku meselesidir*** ve kamu düzeniyle de yakından

²⁸⁷ *Corte di Appello Genoa, Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara Spa v Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, XXI YBCA 1996, s. 594. Aynı yönde bkz. ARFAZADEH, s. 82.*

²⁸⁸ XVII YBCA 1992, s. 534. Kararda, her ne kadar Avrupa Birliği rekabet hukukuna ilişkin bir meselenin tahkime elverişli olmadığı sonucuna ulaşılmış ise de bu hüküm, daha sonra İstinaf Mahkemesince bozulmuştur (*Corte di Appello Bologna, XVIII YBCA 1993, s. 422; KIRRY, s. 377*). Ayrıca bkz. ARFAZADEH, s. 82; HANOTIAU, *Arbitrability*, s. 35, 36.

²⁸⁹ ARFAZADEH, s. 81-82.

²⁹⁰ ARFAZADEH, s. 74; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 193.

ilgilidir²⁹¹. Bu nedenle, öğretide de savunulduğu üzere, mahkeme yargılamasında, tahkime elverişlilik hakkındaki hukuk, *sadece* çekişmenin derdest olduğu mahkemenin kendi hukukudur²⁹².

B- Millî Tahkim Kanunları

Kıta Avrupası hukuk sistemi içinde, tahkime elverişlilikle ilgili ve içeriğinin genişletilmesi yönündeki genel eğilime uygun olarak²⁹³, iki tür yaklaşımın kabul edildiği, söylenebilir. İlki, tümüyle kendi kendine yeter; *maddi* devletler özel hukuku kuralı kriteridir²⁹⁴:

İsviçre PIL Art. 177'ye göre *mal varlığına ilişkin* her türlü uyuşmazlık, tahkimin de konusu olabilmektedir (*karş. MTK m. 1/IV*). Söz konusu hüküm, bir maddi devletler özel hukuku kuralı olarak, *hem* tahkime elverişliliği, *münhasıran* İsviçre hukukuna tabi kılmakta²⁹⁵ *hem de Concordat* Art. 5'teki hüküm nedeniyle Kanton hukuklarının kendi mahkemelerini münhasır yetkili sayarak bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaktan çıkmasına mâni olmaktadır²⁹⁶. Kaldı ki, artık, tahkime elverişlilik, *sadece lex arbitri*'ye tabi olmamakta; *ama aynı zamanda, lex causae*'nin dar ve sınırlayıcı normlarından da kurtulmaktadır²⁹⁷. Yani İsviçre'de, milletlerarası tahkim yargılamaları bakımından, yabancı ülke hukuklarının tahkime elverişlilikle ilgili kurallarının, *tıpkı* kendi ülke hukukundaki sınırlamalar gibi, *milletlerarası kamu düzeninin bir parçası olarak görülmediği sürece*, dikkate alınması mümkün değildir²⁹⁸

Benzer şekilde, Alman hukukunda da mal varlığı değerleriyle ilgili; parayla ölçülebilen; ekonomik menfaatleri haiz meselelerin tahkim anlaşmasına konu olabileceği düzenlenmiştir (ZPO §1030/I)²⁹⁹. İsviçre hukukunda olduğu gibi, bir *règle materielle* şeklinde düzenlenen

²⁹¹ ARFAZADEH, s. 80. Aynı nedenle ve daha açık bir ifadeyle *lex arbitri*'ye tabi olması gerektiğine ilişkin bkz. NAKAMURA, *Arbitrability*, s. 31.

²⁹² ARFAZADEH, s. 80; HANOTIAU, s. 163; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 193.

²⁹³ HANOTIAU, *Arbitrability*, s. 39.

²⁹⁴ BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 183; BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 37; RAESCHKE-KESSLER, *Arbitrability*, s. 49.

²⁹⁵ NAKAMURA, *Arbitrability*, s. 32; KIRRY, s. 379. Ayrıca bkz. HANOTIAU, s. 393 vd.

²⁹⁶ SAMUEL, *Swiss Law*, s. 33; BARON M. P./LINIGER S., A Second Look at Arbitrability, *Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany*, 19(1) *Arb Int* 2003, s. 33; BLESSING, *Intellectual Property*, s. 193, 194; KIRRY, s. 383; BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 24; GOLDMAN, s. 267; BRINER, s. 318; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 56. Ayrıca bkz. KARAYALÇIN, s. 146.

²⁹⁷ *G.S.A v. V.S p.A*, XVIII YBCA 1993, s. 143; KIRRY, s. 383; POUURET, s. 243; ABDULLA, s. 22; BRINER, s. 316; LALIVE, *Swiss Law*, s. 7-8; BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 25; BRINER, *Switzerland*, s. 12; BLESSING, *Arbitrability*, s. 15-16..

²⁹⁸ HANOTIAU, *Arbitrability*, s. 37. Ayrıca bkz. BRINER, s. 320, 324; BERGER, s. 189; SCHNEIDER /PATOCCHI, s. 272

²⁹⁹ BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 7; HENN, s. 9; ZÖLLER/GEIMER, §1030, Rn. 1. Objektif tahkime elverişlilik konusunda gerek İsviçre PIL Art. 177/I gerek Alman ZPO §1030/I, “*vermögensrechtlicher Anspruch*” tabirini kullanmakta olup bu şekilde, mal varlığı değerleriyle ilgili iddia ve talepler, hükmün uygulama alanına girmektedir. Oysa özellikle ZPO §1030/I'deki terimin İngilizce tercümesi, “*economic interest*”

kural, ayrıca, herhangi bir uygulanacak hukuk araştırmasına girmeksizin, sorunun sadece tahkim yeri hukuku olan Alman hukukuna göre çözümünü mümkün kılmaktadır. Tenfiz yerinde, tahkime elverişlilikle ilgili yaşanacak sorunlar ise bu aşamada değerlendirmeye alınmayacaktır³⁰⁰. Artık, tahkimin konusunun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir alanda olması gerekmediği gibi özel yahut kamu hukukuna ait bir nitelik taşınması da pekâlâ mümkündür. Dahası, özel görevli mahkemelerin varlığı da, **kural olarak**, artık, tahkime elverişliliğe mâni bir neden olarak görülmemelidir³⁰¹.

Bu tip, geniş tahkime elverişlilik kriterlerinin bulunduğu durumlarda, çok nadir sorunun yaşanacağı açıktır. Zira taraflar bakımından maddi değeri olan iddialar yahut en azından taraflardan biri için parayla ölçülebilecek bir değeri haiz hakkın varlığı, tahkime elverişlilik için yeterlidir³⁰². Ancak, ülke mahkemelerinin, söz konusu meseleyle ilgili **münhasır yargı yetkilerinin, yargı tekellerinin bulunduğu** tespit edilmesi hâlinde, anılan uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı, kabul edilecektir³⁰³. Ekonomik menfaatleri haiz konularda,

şeklinde yapılmaktadır ve tıpkı İsviçre hukukunda da anlaşıldığı gibi, ekonomik menfaatleri ilgilendiren talep ve iddiaların da tahkime elverişliliğinin sağlanmasının, objektif tahkime elverişlilik konusunda izlenen genel politikayı daha iyi yansıttığına inanılmaktadır (RAESCHKE-KESSLER, *Arbitrability*, s. 50; ALBERS, §1030, Rn. 2). Ayrıca bkz. BRINER, s. 319; DEREN-YILDIRIM, s. 28, 29.

³⁰⁰ BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 8; NAKAMURA, *Arbitrability*, s. 33.

³⁰¹ BARON/LINIGER, s. 37; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 7; WAGNER, s. 701; ZÖLLER/GEIMER, §1030, Rn. 2, 4; ALBERS, §1030, Rn. 2; BT-Drs 13/5274, s. 34-35; SCHÜTZE, s. 56, 57. Karş. HGK 03.07.1974, 1972-5-140/810, (YKD 1975/7, s. 8).

³⁰² BLESSING, *Arbitration Clause and Arbitrability*, s. 183; DIMOLITSA, s. 250; KIRRY, s. 383; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 7. Tribunal Fédéral, *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v M and arbitration tribunal*, XX YBCA 1995, s. 766 özellikle §4. BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 38. **Örneğin antitrust, rekabetle ilgili uyuşmazlıkların, tahkime elverişli olduğu konusunda tereddüt duyulmazken;** sınıai haklarla örneğin patenle ilgili meseleler bakımından tartışma hâlâ devam etmektedir. Berger, söz konusu sınıai hakkın varlık ve geçerliliği ile ilgili meseleler de dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkların, bir tescil-terkin işlemini gerektirip gerektirmemesine bakılmaksızın, tahkime elverişli olması gerektiği düşüncesindedir: a) PIL Art. 177 hükmüne göre İsviçre hukukunda, bu yönde hiçbir sınırlama bulunmamaktadır (BRINER, *Switzerland*, s. 11; BLESSING, *Intellectual Property*, s. 200); b) **Örneğin patenle ilgili meselelerde, görevli mahkemelerin bir yargı tekeliinden istifade ettiklerine dair hiçbir bilgi bulunmamaktadır;** c) Patentin terkinini veya benzeri uyuşmazlıkların saf bir özel hukuk uyuşmazlığı olmak dışında, ileri sürüldüğü üzere, **aynı zamanda kamusal yönlerinin bulunması, bir meseleyi başlı başına tahkime elverişli olmaktan çıkarmaya yetmemektedir;** d) Söz konusu uyuşmazlıkların da özünde, ZPO §1031/I'de düzenlendiği gibi ekonomik menfaatleri ilgilendirmesi nedeniyle tahkime elverişli olduklarının kabulü gerekir (Ayrıca bkz. BÖCKSTIEGEL, *Germany*, s. 9-10; BARON/LINIGER, s. 41-42; ZÖLLER/GEIMER, §1030, Rn. 14-15). Sınıai hakların konu edildiği lisans sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu konusunda, zaten bir tereddüt yaşanmamaktadır (SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 165, 166). 1998 Alman Reformu sırasında, komisyon çalışmalarında, açıkça, ilgili sınıai hakkın tescili-terkinini de gerektirse ve hatta Patentgerichte'in bu alandaki özel görevine ve münhasır yetkisine de girse anılan türdeki uyuşmazlıkların tıpkı İsviçre'de olduğu gibi tahkime elverişli olması gerektiği belirtilmişti. Ancak sonuç, önerildiği şekilde gelişmemiştir (SIMMS D. P., *Arbitrability of Intellectual Property Disputes in Germany*, 15(2) Arb Int 1999, s. 194-195; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 7. Ayrıca bkz. SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 4, Rn. 11).

³⁰³ BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 37, 38; MUSIELAK/VOIT, §1030, Rn. 2; ZÖLLER/GEIMER, §1030, Rn. 2, 4; ALBERS, §1030, Rn. 2. İsviçre hukuku yönünden, iflas kararının ve hatta bir görüşe göre ihtiyati haciz kararının verilmesi, özellikle anılan meselelerin kendi özel kanunlarında düzenleniyor olması

devletin yargı tekelini muhafaza etmesinin artık yerinde ve gerçekçi olmadığı, Alman yasama organınca da kabul edilmiştir. Madem ki, tahkimle devlet yargısı, etkin hukuki korumanın sağlanması bakımından, yani işlevsel açıdan birbirlerine eşitlenmek istenmektedir; o hâlde, sözü edilen alanda artık bir yargı tekelinden bahsedilmemelidir³⁰⁴. **Burada kastedilenin sadece, devlet mahkemeleri arasında geçerli özel bir görevlendirme olmadığını da kabul etmek gerekir**³⁰⁵. Doğrudan tahkim aleyhine kabul edilmiş bir yargı tekelinin yaratılmak istendiği tespit edilmediği sürece, tahkime elverişlilik sorunu yaşanmamalıdır. Örneğin, kişilik veya aile hukukuyla ilgili meselelerin hakemlerce görülmesinin istenmediği kabul edilir³⁰⁶. Burada, bir yargı tekelini yaratıldığında, tereddüt yoktur; ancak *iddia edildiği şekliyle* aynı boşanmanın parasal sonuçlarıyla ilgili olarak (*nafaka yahut tazminat gibi*), tahkime elverişlilik sorununun da yaşanmaması, beklenir (*karş. ZPO § 1030/II*)³⁰⁷.

İkinci kriter, *ki ilkinde göre hem daha eski hem daha yaygındır*, tarafların uyuşmazlık üzerinde, tasarrufta bulunabilme veya uzlaşabilme ehliyetlerinin bulunup bulunmamasıyla ilgilidir (**MTK m. 1/IV; Tasarı m. 412**)³⁰⁸. Belçika Yargılama Usulü Kanunu'nun 1676/I. maddesine göre, belirli bir hukuki ilişkiden kaynaklanan ve üzerinde uzlaşılması mümkün, her türlü uyuşmazlık, tahkim anlaşmasına konu olabilmektedir (*aynı yönde bkz. Hollanda CCP Art. 1020/III; MTK m. 1/IV*)³⁰⁹. Yine Alman hukukunda, yukarıda sözü edilen kriter yanında ayrıca çekişmenin, tarafların üzerinde uzlaşabilecekleri/sulh olabilecekleri bir meseleyle ilgili olması hâlinde de tahkime elverişliliğin gerçekleştiği kabul edilmektedir (ZPO §1030/I). Fransız ve İtalyan hukuklarında da yakın düzenlemeler bulunmaktadır. İtalyan Usul Kanunu'nun 806. maddesine göre, bireysel iş uyuşmazlıkları (*karş. 4857 s. K m. 20/I*), sosyal sigorta ve sağlık yardımları, kişi hâlleri ve aile hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklar ile üzerinde sulh yapılamayacak konular saklı kalmak kaydıyla taraflar, uyuşmazlıklarının çözümü için tahkime gidebilirler³¹⁰.

Fransız Medeni Kanunu'nun 2059. maddesine göre, üzerinde tam tasarruf yetkisi bulunan konular hakkında, kişinin, tahkime gitmesi mümkündür. Aslında bu hüküm, zımnen,

nedeniyle de tahkime elverişli konular olmadığı; yani, tahkim yargılamasına dâhil edilemeyecek konular olduğu kabul edilir (**BRINER**, s. 321).

³⁰⁴ **SIMMS**, s. 196; *BT-Drs 13/5274*, s. 34-35. Ayrıca bkz. **DEREN-YILDIRIM**, s. 28.

³⁰⁵ **SIMMS**, s. 196; **BERGER**, *The New German Arbitration Law*, s. 7.

³⁰⁶ **ZÖLLER/GEIMER**, §1030, Rn. 6a.

³⁰⁷ **BERGER**, *The New German Arbitration Law*, s. 7. Fransız hukukunda da geçerli olduğu kabul edilen aynı yöndeki yorum için bkz. **DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON**, s. 42. İsviçre hukuku için de aynı yorum geçerlidir (**BRINER**, s. 319).

³⁰⁸ **HANOTIAU**, *Arbitrability*, s. 28; **LIEBSCHER**, s. 168. *Karş. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 341. Ayrıca bkz. **ALANGOYA/YILDIRIM /YILDIRIM**, *Tasarı*, 215, 216.*

³⁰⁹ **SAMUEL**, *Place of arbitration*, s. 48; **NAKAMURA**, *Arbitrability*, s. 32.

³¹⁰ **BLESSING**, *Intellectual Property*, s. 193; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 644, 645.

sözleşmesel alanın dışında kalan ve kamu menfaatini yakından ilgilendiren konuların tahkime elverişli olmadığı sonucunu ortaya koymaktaysa da, aynı kanunun bu sefer 2060. maddesi, anılan gerçeği açıkça düzenlemektedir. Bu son hükümde, kişi hâlleri ve ehliyet, boşanma ve ayrılık konuları ile kamu mallarını ve genel olarak kamu düzenini ilgilendiren konuların tahkime konu olamayacağı³¹¹; lakin belli bazı kamusal sanayi ve ticari kuruluşların kararname ile tahkim anlaşması yapabilmek bakımından yetkilendirilebileceği düzenlenmiştir³¹².

Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar³¹³ ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan konular hakkında, Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanmaz; kısacası bu meseleler, tahkime elverişli değildir (**MTK m. 1/IV**; aynı yönde bkz. *Tasarı* m. 412). Gerçi, kanunda, *tahkime elverişlilikle* ilgili olarak İsviçre PIL Art. 177 veya Alman ZPO §1030 hükümlerine benzer, meseleyi ayrıca ve açıkça düzenleyen herhangi bir hükme yer verilmemiştir ve bu bir eleştiri konusu olabilir. Zira mevcut hüküm, şu hâliyle aslında sadece kanunun amaç ve kapsam maddesi içerisinde, dördüncü fıkra olarak düzenlenmektedir ki, **şöyle bir soruyla karşılaşmak pekâlâ mümkündür**: Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun kapsamına girmeyen ve HUMK’a da tabi olmayan *yani* Türk hukuku bağlamında ne *yerli-iç* ne de *milletlerarası* olarak vasıflandırılmayan bir tahkimle ilgili uyuşmazlık, Türk mahkemelerinin önüne sözgelimi tahkim def’i şeklinde gelirse mahkeme, Türkiye’deki bir taşınmazın aynıyla ilgili olarak tahkim anlaşmasını (tahkime elverişlilikle de ilgili olarak, 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 2; New York Sözleşmesi m. II, 1) geçerli sayabilecek midir? Böyle bir durumda mahkeme, şayet şartları varsa, 1961 Cenevre Sözleşmesi hükümlerine göre meseleyi çözecek olmakla birlikte (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 1) anılan türdeki bir tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının Türkiye’de tenfizinin mümkün olduğunu söylemek ve bunu iddia etmek (New York Sözleşmesi m. V, 2, a) hayli güçtür³¹⁴. Kısacası, söz konusu hükmün kanunun amaç-kapsam maddesinde düzenlendiği gerekçesiyle gerçekte, tahkime elverişlilikle ilgili olmadığı sonucuna varmak, kanımızca mümkün değildir.

Yukarıda anılan istisnai durum dışında, özellikle hükümde yer verilen ikinci şart, HUMK m. 518’den alınmış olup böylelikle *iç-yerli* tahkime ilişkin bir değer yargısı, aynen ve hatta taşınmazların aynıyla ilgili *açık* sınırlandırma dikkate alındığında belki daha da

³¹¹ Ayrıca bkz. **ALANGOYA/YILDIRIM /YILDIRIM**, *Tasarı*, s. 215.

³¹² **CARBONNEAU/JANSON**, s. 211, 212; **SAMUEL**, s. 132; **DELVOLVÉ/ROUCHE /POINTON**, s. 38. Ayrıca bkz. **KOCASAKAL**, *Uygulama Alanı*, s. 363.

³¹³ **KALPSÜZ**, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 358-360; **DAYINLARLI**, s. 36; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 644; 4. HD. 14.05.1974, 1973-2094/2496, YKD 1975/6, s. 65; 15. HD. 23.09.2002, 4321/4067, YKD, 2003/6, s. 929.

³¹⁴ **ŞANLI**, s. 348. Ayrıca bkz **§7, III, B**.

daraltılarak milletlerarası tahkime taşınmıştır³¹⁵. İç hukukta kesin yetkiye tabi uyuşmazlıkların; hakkında yetki sözleşmesi yapılamayacak meselelerin; özel görevli mahkemelerin görev alanına giren konuların, tahkime elverişli olmaktan çıkıp çıkmadığı, Türk hukuku için de bir sorundur. Söz konusu iç hukuk hükmüyle mahkemeler lehine, tıpkı Alman hukukunda kabul edildiği üzere (*BT-Drs* 13/5274, s. 35), bir *yargı tekeli* yaratılmadığı sürece, ne kesin yetkiye ne de göreve ilişkin kuralların yabancı unsurlu bir meseleyi tahkime elverişli olmaktan çıkarmaması gerekir³¹⁶. MTK'nın 1/IV. maddesi, anılan açıklıkta değildir. Hatta mehaz PIL Art. 177/I'den ayrılanarak ekonomik değeri haiz meselelerin yahut mal varlığına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunun düzenlenmesi yerine³¹⁷, tarafların iradeleriyle alakalı, klasik bir diğer kritere yer verilmiş olması, tahkime elverişlilik konusunda, milletlerarası tahkimin lehinde, ilerici yorumların yapılması konusunda, hayli ümit kırıcıdır. Önceki dönemde geçerli olan ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüyle ilgili özel görevli bir mahkemenin bulunması nedeniyle söz konusu uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı sonucuna varmak, en azından milletlerarası tahkim yönünden geçerli ve sağlam bir gerekçe olarak görülmemelidir. Yerli tahkim bakımından da bu tip bir tahkime elverişsizlik nedeni eleştirilmiş; tarafların sulh olup olamamasının (HUMK m. 518) yegâne gerekçe görülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bir yargı tekeli yaratılmadığı; hukuki korumanın münhasıran devlet yargısı aracılığıyla sağlanmak istendiği tespit edilmediği sürece, devlet yargısı içindeki ihtisaslaşmasının, tahkime elverişliliği engelleyen bir yönü olmamalıdır. Tahkimin söz konusu düzenin zaten bir alternatifi olduğu düşünüldüğünde, devlet yargısı içindeki özel görevli mahkemelerin tahkime engel bir yönü olduğunu kabul etmek mümkün olmasa gerek³¹⁸. Aksi düşüncesinin kabulü, milletlerarası tahkimin sıkça yaşandığı alanlardan biri olan *deniz ticaret hukukunu*, artık hem yerli hem de milletlerarası tahkimin dışında bırakacaktır. Zira TTK'nın 4. maddesine eklenen 3. fıkra³¹⁹ ile özel görevli deniz ihtisas mahkemeleri kurulmuştur³²⁰.

Her millî hukuk, hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu; hangi tip uyuşmazlıkların ise münhasıran mahkemelerince görülmesi gerektiği hususunu, diğer herhangi bir ülkeden, daha farklı bir anlayışı benimsemek suretiyle düzenleyebilmektedir. Burada genelde, belli tipteki uyuşmazlıkların *mutlaka* mahkemelerce çözümlenmesinin gerektiğine ilişkin *yerel* değer yargıları ile bazı etkin uyuşmazlık çözüm yollarını öngörmek suretiyle ticari

³¹⁵ *Ayrıca bkz. KOCASAKAL, Uygulama Alanı, s. 365.*

³¹⁶ *WAGNER, s. 701; ZÖLLER/GEIMER, §1030, Rn. 4; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 60, 61.*

³¹⁷ *Ayrıca bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, Tasarı, s. 216.*

³¹⁸ *Ayrıca bkz. KOCASAKAL, Uygulama Alanı, s. 351.*

³¹⁹ *RG. 28.4.2004, S. 25446.*

³²⁰ *Ayrıca bkz. ALANGOYA, s. 83 vd; KURU, s. 5946 vd; AKINCI, s. 66, 67; DEREN-YILDIRIM, s. 30; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 608, dn. 10.*

yaşamın canlandırılması ve zenginleştirilmesine ilişkin diğer bir kamusal çıkar arasında denge olduğu, kabul edilmektedir. Bu esnada, *yerli-tahkim* ile milletlerarası tahkim arasında da tahkimin özellikle kapsamı ve etki alanı bakımından fark bulunabilmekte ve bu, genelde milletlerarası tahkim lehine olmaktadır³²¹.

Her ne kadar, tahkime elverişlilik konusunda var olan sınırlamaların önemli bir kısmı, kamu düzeni kökenli görülse de, çok az düzenlemede, *doğrudan* kamu düzenine göndermede bulunulmuştur (CC Art. 2060). Oysa kamu düzeni gibi oldukça muğlâk bir kavramın böyle bir konuda gerekli açıklığı sağlayamadığına inanılır³²². Özellikle Fransız hukukunda yaşanan ve anılan kriterin sorgulanması sonucunu doğuran içtihatlar, bir hayli çoktur. Örneğin, kimi uyuşmazlıkların hiçbir şekilde tahkime elverişli olmadığı düşünülürken, kimilerinin ise kamu düzenini ilgilendirmekle beraber, özellikle bireylere talep ve dava edilebilir kişisel hakların da bahşedilmiş olması durumunda, tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir. Hatta emredici hukuk normlarıyla düzenlenmiş bir meselenin, her hâlde tahkime elverişli olmaktan çıkması da beklenmemelidir³²³. **Zira tahkime elverişlilik sorunu, emredici hukuk normlarından yahut bir meselenin salt kamu düzeniyle alakalı olmasından değil; söz konusu kamu düzeninin doğrudan ve açıkça ihlal edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır**³²⁴. Artık güncel anlayışa uygun olarak, bir meselenin/hayat olayının kamu düzeniyle olan yakın ilgisiyle yine aynı meseleyi düzenleyen hukuk kurallarının emredici niteliği yahut kamusal karakteri arasında bir ayırım yapmak gerekir³²⁵.

İşçilerin, tüketicilerin (ZPO §1031/V)³²⁶ ve kiracıların (ZPO §1030/II)³²⁷ hukukta, özel bir önemi ve ağırlığı vardır³²⁸. Örneğin, Fransız hukukunda kabul edildiği üzere, iş aktinin

³²¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 199; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 330; SAMUEL, *Place of arbitration*, s. 51; KIRRY, s. 385.

³²² KIRRY, s. 374. Ayrıca bkz. BÖCKSTIEGEL, *Public Policy*, s. 183-184, 194; SAMUEL, s. 133. Tahkime elverişlilik alanında, kamu düzeninin klasik “negative” yönünden ziyade, “positive” yönü, yabancı unsurlu mesele de olsa “immediate application” derhâl uygulanması gereken yönü, karşımıza çıkmaktadır (LALIVE, s. 261-264). Ayrıca bkz. KOCASAKAL, s. 19-24, 179.

³²³ PARK, *Public Interest*, s. 634; CARBONNEAU, *Jurisprudence*, s. 160-162; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 332; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 44. Ayrıca bkz. MOURRE A., *Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator*, 22(1) Arb Int 2006, s. 100. Karş. ALANGOYA, s. 95, 96, dn. 214.

³²⁴ ABDULLA, s. 22; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 334; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 50. Devletin ekonomik yaşamdaki etkin rolü, bugün pek çok meseleyi kamu düzeniyle sosyal yaşamla toplumun bizzat kendisiyle ilgili hâlde getirmektedir. İchtihatlarda da artık ağırlık ve önem, Fransız Medeni Kanunu’nun 2060. maddesinden, 2059. maddesine kaydırılmıştır. Örneğin, *emredici normlarla düzenlenmesinde toplumun genel menfaati bulunduğuna inanılan bir mesele, artık, her hâlükârda, tahkime elverişli olmaktan da çıkmamaktadır* (CARBONNEAU/JANSON, s. 213-214). Ayrıca bkz. BİRSEL, *Milletlerarası Tahkim*, s. 109.

³²⁵ KIRRY, s. 375.

³²⁶ Özellikle milletlerarası nitelik, Fransız uygulamasında, yine etkisini fazlasıyla göstermiştir (Karş. ZPO §1031/V) (KIRRY, s. 389). Ayrıca bkz. HENN, s. 25.

³²⁷ HENN, s. 11, 12; KOCASAKAL, s. 186.

devamı esnasında, işçiyle işveren arasında, tahkime elverişli bir uyuşmazlığın olamayacağı kabul edilirken; iş aktinin sona ermesiyle birlikte, kanundan da kaynaklansa; emredici normlarla da düzenlense, işçilik haklarıyla ilgili meselelerin, artık *droits disponibles* olması nedeniyle tahkime elverişli olduğu kabul edilir³²⁹. Yine kira hukukuyla ilgili meselelerin, son derece katı, emredici ve çoğu kez taraflardan birinin daha ziyade lehine olduğu kabul edilir. Oysa bu durum, söz konusu hükümlerin, hakemlerce de gözetilmeyecek olması anlamına gelmemektedir (ZPO §1031/II)³³⁰.

Verilen bu örneklerde, daha ziyade, hukuki ilişkinin sadece tarafları yönünden etkili ve sonuç doğurucu özellikler göstermesi nedeniyle kamu düzeninin koruyucu etkisinin (*ordre public de protection*) bulunduğu bahsedilir. Bunun yanında, kamu düzeni anlayışının *ordre public de direction* etkisi de vardır ki, burada temel kaygı, salt hukuki ilişkinin tarafları olmayıp ilişkiye yabancı ve fakat sonuçlarından etkilenmesi muhtemel üçüncü kişilerin de haklarının korunabilmesi; temel borç ilişkisinin tarafları dışındakilerin de içinde bulunduğu hukuksal yapının düzenlenmesidir³³¹. Bu son hâlde, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının tarafı da olmadığı dikkate alındığında, onların ihlale açık hak ve çıkarlarının, *kamu düzeni adı altında korunacağı bir gerçek olmakla birlikte*, özellikle milletlerarası meselelerde, *kim tarafından korunacağı*, sorunun özünü teşkil etmektedir. Artık egemen kılınmaya çalışılan anlayış, kanundan da kaynaklansa, tarafın serbest tasarrufu altındaki meselelerde, kanunun

³²⁸ DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 46.

³²⁹ Sözleşmesel bağın devam ettiği dönemde, tarafların işgal ettikleri hukuki ve sosyal konumlar, adil bir tahkimin gerçekleşmesine engeldir. Oysa anılan bağın ve dolayısıyla içinde bulunulan konumların sona ermesiyle birlikte, sahip olunan hak, kaynağı ne olursa olsun, artık tahkime elverişlidir (CARBONNEAU /JANSON, s. 216; SAMUEL, s. 142; SAMUEL, *Place of arbitration*, s. 63; DELVOLVÉ/ROUCHE /POINTON, s. 47). İş uyuşmazlıklarının, özel görevli mahkemeler olan İş Mahkemeleri'nde görüleceğinin düzenlenmesinin de (ArbGG §101/I, II), anılan uyuşmazlıkları, tahkim elverişli olmaktan çıkardığı, iddia edilmiştir (SCHWAB, s. 304; VII YBCA 1982, s. 342); BARON/LINIGER, s. 41. Fransız uygulamasında, iş hukukuyla ilgili meselelerde, *milletlerarası nitelik* dahi ancak çok sonraları, anılan meselenin tahkime elverişli olmasını sağlayabilmiştir (KIRRY, s. 387; XX YBCA 1995, s. 656). Ayrıca bkz. ALANGOYA, s. 83; POSTACIOĞLU, s. 787; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 52, 53; ÜSTÜNDAĞ, s. 943, 944; KOCASAKAL, s. 184, 187; ALANGOYA /YILDIRIM/YILDIRIM, s. 608, 609, dn. 10; 15. HD. 17.9.1990, 1169/3386, (KOSTAKOĞLU C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul, 2005, s. 234-235). Ayrıca bkz. 9. HD. 14.9.1964, 4983/5492, (ABD, 1965/1, s. 89-90).

³³⁰ KIRRY, s. 375; PARK, *Public Interest*, s. 637-638; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 54. Belçika hukuku yönünden *münhasır dağıtım anlaşmalarının* feshi hâlinde, (çoğu kez ya Belçikalı yahut Belçika'da kurulu bulunan) dağıtıcının, lisans verene karşı açacağı tazminat davaları bakımından Belçika mahkemeleri, yetkili olup taraflar arasındaki hukuk seçimi ne olursa olsun somut olaya Belçika hukuku uygulanacaktır. Böyle bir hükmün, emredici olduğunda tereddüt yoktur. Hatta böyle bir yasal düzenlemenin ardındaki temel gayenin Belçika içindeki dağıtıcının korunması ve gözetilmesi olduğu da açıktır. Lakin *bir görüşe göre*, aynı hükmün, iç hukuktaki emredicilik vasfına karşın; milletlerarası kamu düzeninin bir parçasını teşkil etmediği de rahatlıkla söylenebilir. Dahası, aynı hükmün, tahkim yeri ülke dışında olan ve yabancı hukuka tabi kılınmış uyuşmazlıklar için de uygulanması gerekli, *doğrudan doğruya uygulanan kurallar* sınıfında olduğunu söylemek de güçtür. Şu hâlde, özellikle hüküm öncesi dönemde, tahkim itirazı aşamasında, tahkime elverişlilik konusunda, *lex contractus*'a öncelik verilmeli ve ancak yukarıdaki kriterler bağlamında *lex fori*'nin bir ağırlığı olmalıdır (VERBIST, *Arbitrability*, s. 433).

³³¹ DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 39, 45.

çoğu kez kamu menfaatlerini yansıtan hükümlerinin, pekâlâ hakemlerce de gözetilebileceği, şeklindedir³³².

Geçmişte, tahkimin tarafları arasında, özellikle ekonomik bir dengenin olması gerektiği ve anılan dengenin bulunmaması yahut kaybolması durumunda, artık tahkimin batıl kabul edilmesi fikri savunulmuşsa da (ZPO eski §1025)³³³, bu düşünce tarzı, önce milletlerarası tahkim alanında ancak daha sonra iç tahkimde de değişmiş ve yerini, *hakemlerin de (milletlerarası) kamu düzenini ilgilendiren hususları kendiliğinden gözetebilecekleri ve hatta bununla zaten yükümlü oldukları* anlayışına bırakmıştır³³⁴. *Mitsubishi v. Soler* davası³³⁵, Amerikan hukukunda uzun bir süre geçerli olan ve kısaca *American Safety* prensibi³³⁶ olarak da ifade edilen anlayışın yıkılması ile sonuçlanmıştır³³⁷. Buna göre, tahkim anlaşmalarının *derhâl*, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle geçersiz sayılması, gerekli olmadığı gibi yerinde de değildir. Bir meselenin *salt* kamu düzeniyle olan ilintisi yani tahkim anlaşmasının tarafları yanında, üçüncü kişilerle de olan yakın ilişkisi, anılan sorunu tahkime elverişli olmaktan çıkarmamalıdır. Zaten, hakemlerin de bu tip uyuşmazlıkların çözümü konusunda, yetkin ve etkin olmadıkları yahut olamayacakları da, asla doğruluğu ispatlanamamış bir iddiadır. Şayet bu sayede, tahkim anlaşmasının taraflarının özellikle birbirlerine karşı korunması sağlanmak isteniyorsa, bunun tahkim usulü içerisinde gerçekleştirilmesi de pekâlâ mümkündür (*özellikle bkz* 1958 New York Sözleşmesi m. V, 2)³³⁸. Amerikan Yüksek Mahkemesi, özellikle bu kararında, mahkemelerin tahkime olan ve zamanla değişen, yumuşayan, esnek bakış açılarını dikkate almış; tahkimin artık, milletlerarası (*hukuk*) düzenin(in) ayrılmaz ve zorunlu bir ögesi olarak görüldüğü; yabancı mahkeme kararlarının

³³² **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 336; **CARBONNEAU/JANSON**, s. 217; **KIRRY**, s. 375; **PARK**, *Public Interest*, s. 640-642. *Benetton* kararında, (ECJ, Case 126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, XXIV YBCA 1999, s. 637), çok açık bir biçimde, hakemlerce, *ex officio* Avrupa Birliği kamu düzeninin bir parçası olarak görülen, rekabetin korunmasıyla ilgili EC Treaty Art. 81 vd. hükümlerinin uygulanmasının gerektiği sonucuna varılmıştır. *Ayrıca bkz.* **ALANGOYA**, s. 172; **ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM**, s. 609. "...İş Kanunu'nun iş sözleşmesinin ihbar önellerine ait ücretin peşin ödenerek sona erdirilmesi ve sonuçlarına ilişkin yasal esaslar açısından kamu düzenine aykırı düştüğünden, kararın sadece bu kısmının bozulması gerekir..." 15 HD. 19.11.1979, 10099/13883 (**KOSTAKOĞLU**, s. 256).

³³³ **KIRRY**, s. 389.

³³⁴ **ABDULLA**, s. 21, 22; **DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON**, s. 50. *Labinal* davasında, Paris İstinaf Mahkemesi, Avrupa Birliği rekabet hukukunu ilgilendiren bir meselede, milletlerarası kamu düzeniyle yakından ilgili kural ve prensiplerin *mahkemelerce de denetlenerek olması kaydıyla* hakemlerce gözetilebileceğini, hatta hakemlerin bununla yükümlü olduklarını içtihat etmiştir. Hakemler, para cezasına hükmedemeyecekse de, pekâlâ meselenin sorumluluk hukukuyla ilgili kısımlarını inceleyip bir karara varabileceklerdir. *Kararın ayrıntısı ve değerlendirmeleri için bkz.* **CARBONNEAU/JANSON**, s. 219; **KIRRY**, s. 376; **MOURRE**, s. 101.

³³⁵ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*, 473 US 614, (1985).

³³⁶ *American Safety Equipment Corp v. J.P Maguire & Co.*, 391 F. 2d 821 (2d. Cir.1968).

³³⁷ **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 140, 141.

³³⁸ **von MEHREN**, *The Future of Arbitration*, s. 612.

tanınması/tenfizi sırasında gösterilen saygı, itibar ve anlayışın aynen milletlerarası tahkim için de geçerli olması gerektiği, sonucuna varmıştır³³⁹.

Tahkimin hukuki niteliğiyle ilgili görüşler yahut mahkemelerin tahkimle arasındaki ilişkinin belirlenmesine yönelik tartışmalar, belki de en iyi, tahkime elverişlilik konusu ile somutlaşmaktadır. Tarafların yalın iradelerinin, başlı başına hukukun kendisi olmadığı; hakemlerin hukuki bir boşluk içinde bulunmadıkları, bugüne kadar ve özellikle tezimiz içinde sıklıkla dile getirilen önermeler olmuştur³⁴⁰. Tahkime elverişlilik de bu noktada, tahkimin, meşruiyet kazanabilmesi için millî hukukların öngördüğü ve yerine getirilmesi gereken bir şart hâline gelmektedir³⁴¹.

Tahkime elverişlilik, hukukun iradeye getirmiş olduğu sınırlardan biridir. Ancak böyle bir sınırlamanın ne gerekçeyle yapıldığı, özellikle de hangi kriterler çerçevesinde belirlendiği, tartışmanın ve daha ziyade millî hukuklar bağlamındaki farklılaşmanın özünde yatan konulardır. Bu kapsamda, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri ve daha somut olarak tarafların sulh olabildikleri, üzerinde anlaşmaya varabildikleri konuların, tahkime elverişli olduğunu kabulde, bir sorun yaşanmaz (MTK m. 1/IV). Buradan hareketle hayli genel ve tartışmalı, fakat aynı oranda yalın bir tarife göre, sözleşmesel kökenli her türlü ihtilaf, tahkime elverişlidir. Bunun tam zıttı olan bir sonuca göre ise kanunun bahsettiği hakların (statutory claims) tahkime konu edilmesi mümkün değildir³⁴². Tahkime taraf olmayanların, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini yakından ilgilendiren ve özellikle olumsuz yönde etkileyen meselelerin de aynı ölçüde, tahkime elverişli olmadığı; tahkimin sözleşmesel

³³⁹ Milletlerarası ticaret, sağlam bir hukuki zeminde, *öngörülebilir* koşullar altında gerçekleşir ve gelişir. Tahkim *kayıtları*, aslında bu öngörülebilirlik ihtiyacının, yani hukuki güvenliğin bir sonucudur. Bir ülke, *sadece* kendi hukukuyla kendi kural ve anlayışlarıyla dünyada, milletlerarası pazarda ve sularda ticaret yapamaz. Hiçbir yabancıyı da kendi mahkemelerine mahkum edemez. Şu hâlde, günümüzde, artık 19. yüzyıla egemen olan *bireylerin devlet mahkemesinin aksini kararlaştıramayacağı; ondan kaçamayacağı* fikrinin savunulması, mümkün değildir (von MEHREN, *The Future of Arbitration*, s. 613, 614, 618). Aynı yönde bkz. REDFERN /HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 141. "...Bugün bilgi çağı döneminde devletlerin birbirleriyle olan zorunlu sosyal ve sanayi ihtiyaçları karşısında ekonomik ilişkilerinin, kolay iletişim ve sürat araçları eliyle yoğunluk kazandığı, o nedenle ülke sınırlarını aşan sözleşmeler düzenlemek zorunda oldukları yadsınamaz. Dünya devletlerine ve dünya ekonomisine entegre olan Türkiye'nin bu gerçekten uzak durması düşünülemez. Esasen zamanımızın sosyal ve ekonomik koşullarının getirdiği zorunluluklar karşısında her devlet, devletler hukukuna dâhil olduğunu gözden kaçırmamalı ve *her türlü hukuki egoizmden uzak durmaya gayret sarfetmelidir. O nedenlerle bu tip ticari ilişkilere dayanan sözleşmelerde kararlaştırılan yetki şartı sözleşmenin vazgeçilmez bir unsuru hâline gelmiştir. Kaldı ki, tarafların gidebilecekleri yetkili devlet mahkemesini hemen akdın başında bilmelerinde ve kendilerine uygulanacak hukuk kaidelerini önceden tespit ve tayin etmek de bir çok yararları göz ardı edilemez...*", HGK. 06.05.1998, 12-287/325 (YKD 1998/9, s. 1269).

³⁴⁰ REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 77.

³⁴¹ CARBONNEAU/JANSON, s. 200.

³⁴² Aslında böyle bir ayırımın ardında yatan husus, özellikle *statutory claims* olarak da ifade edilen talep ve çekişmelerin kendi içlerinde zaten bir kamusal yön barındırmaları; sosyal hayatı ve hukuku çok yakından ilgilendirmeleri nedeniyle ancak mahkemelerde, aleni olarak yapılacak yargılamalarda çözüme kavuşturulmalarının gerekmesidir (CARBONNEAU/JANSON, s. 196).

niteliğine uygun düşmediği, aykırı kaldığı düşünülür³⁴³. Son olarak ve çok genel bir ifadeyle kamu düzenine ilişkin konuların da üzerinde yoğun tartışmalar bulunmakla birlikte, tahkime elverişli olmadığı düşünülmektedir³⁴⁴. Nispeten yeni bir başka kritere göre ise mahkemelerin söz konusu uyuşmazlıkla ilgili münhasır yargı yetkilerinin düzenlendiği durumlarda da anılan meselenin tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir³⁴⁵. Bu bağlamda, *üçüncü kişilerin ve özellikle kamunun, genel ve haklı menfaatlerini yakından etkileyen, alakadar eden öyle konular vardır ki, devlet, söz konusu meseleleri, sadece düzenlemekle kalmaz, ama aynı zamanda, münhasıran kendisince, mahkemelerince görülmesini, çözümlenmesini ister; bunu da ayrıca düzenler*. Tahkime elverişli olmayan konular, ancak ve sadece bu kapsamda olanlardır³⁴⁶. Aksi durumda, kamu düzenini hiçe sayan, görmezden gelen bir hakem kararının özellikle *söz konusu hakem kararının icrası yahut tanınması-tenfizi* aşamasında, denetlenmesi gerekir ve yetişir. Zaten *second-look* öğretisi ile hedeflenen de budur³⁴⁷.

Yukarıda sözü edilen kriterlerin, her birinin kendi içinde pek çok istisnayı içerdiğini söylemek mümkündür; dahası uygulanması da aynı ölçüde kolay ve rahat olmamaktadır. Özellikle son kriterin, yani mahkemelerin münhasır yargı yetkisiyle ilgili prensibin üzerinde durmakta fayda vardır: Ülkelerin kendi iç mevzuatlarında, kimi zaman, bazı meselelerin kesin yetki kuralları ile özel görevli mahkemelerce çözümleneceği düzenlenir. Tartışma, büyük

³⁴³ Örneğin, anonim şirketlerde, genel kurul kararlarının iptalinin *inter omnes* niteliği, yani yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin haklarının da verilecek karardan etkilenmesi (ALBERS, §1030, Rn. 2, 8), son derece tartışmalı olmakla birlikte, bu tip uyuşmazlıkları, tahkime elverişli olmaktan çıkarmaktadır (BGH, NJW 1996, 1753 vd. *Karş. BT-Drs.* 13/5274, s. 35; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 4, Rn. 4). Federal Mahkeme, anılan içtihadında, genel kurul kararının iptaline ilişkin açılacak davaların tıpkı AktG §246/III'de düzenlendiği gibi birleştirilmesini ve çekişmeyle ilgili tek bir yargı kararının verilmesini mümkün kılan herhangi bir hükmün tahkimi düzenleyen hükümler arasında olmaması ve bu nedenle de farklı hakem heyetleri önünde, birbirleriyle çelişen kararların verilebilecek olması ihtimali üzerinde durmuş; şayet tüm ortakların aynı tahkim yargılamasında yer alması temin edilse bile, bu sefer de, tahkim yargılaması sırasında adil yargılanma ve benzeri yargısal temel hakların korunmasının güç olduğunu belirtmiştir. Söz konusu içtihat, 1998 *Reformu'nun* öncesinde verilmiştir. Ancak anılan çekinceler giderilmediği sürece (ZPO §1034/II), içtihadın, hâlâ geçerliliğini muhafaza ettiği ileri sürülmektedir (BARON/LINIGER, s. 39, 40; SEMLER F. J., German Arbitration Law, The 1998 Reform and Recent Case Law, 18(5) J. Int'l Arb, 2001, s. 580, 581; *Karş. REINER, Court Decisions*, s. 88. Ayrıca bkz. RAESCHKE-KESSLER, s. 53; RAESCHKE-KESSLER, *Arbitrability*, s. 60; LIEBSCHER, s. 172; KRÖLL S., German Supreme Court: Missed Deadline Does Not Bar Defendant from Invoking Existence of Arbitration Clause, 17(4) Mealey's IAR 2002, s. 27, 28; WAGNER, s. 702.

³⁴⁴ İsviçre hukuku bakımından, söz konusu kamu düzeni anlayışının PIL Art. 190/II, e'de düzenlendiği gibi milletlerarası kamu düzeniyle sınırlı olduğuna ilişkin bkz. ABDULLA, s. 22.

³⁴⁵ BÖCKSTIEGEL, *Public Policy*, s. 193.

³⁴⁶ PARK, *Public Interest*, s. 640; BÖCKSTIEGEL, *Public Policy*, s. 193; NAKAMURA, *Arbitrability*, s. 33; ABDULLA, s. 23. Ayrıca bkz. BERGER, s. 191.

³⁴⁷ İlk aşama, *tahkim anlaşmasının geçerliliğinin denetlenmesidir* ki, bu dönemde, tahkim anlaşmasını daha baştan geçersiz saymak, milletlerarası ticaretin gereklerinin ve ihtiyaçlarının hiçe sayılması anlamına gelir. Nasıl olsa, kamu düzeni ihlal edilen söz konusu hakem kararının icrası yahut tanınması/tenfizi aşamasında, denetim ve gözetim yetkisi olacaktır. Kaldı ki, hakemlerin de, emredici normlarla desteklenmiş ve kamu düzeninden sayılan meselelerde, *her hâlde*, kamu düzeniyle çelişen kararlar vereceklerini öngörmek yahut kabul etmek mümkün olmasa gerek (PARK, *Public Interest*, s. 641 vd). Ayrıca bkz. BLESSING, *Arbitrability*, s. 19. Ancak sözü edilen denetimin gerçekleşebilmesi de hakem kararlarının gerekçeli olması şartıyla mümkündür (von MEHREN, *The Future of Arbitration*, s. 623, 628).

ölçüde, böyle bir düzenleme ile tahkimin de devre dışı bırakılıp bırakılmadığının belirlenmesinde yaşanmaktadır. Genel kabul, böyle bir düzenlemenin, öncelikle ve yalnızca devletin kendi mahkemeler teşkilatı için geçerli olduğu ve onu bağladığı; *ayrıca ve açıkça, bir yargı tekelinin yaratılmak istendiği anlaşılmadığı* sürece, böyle bir düzenlemenin, tahkime elverişliliğe mâni olmadığı yönündedir³⁴⁸. Tarafların üzerinde anlaşabildikleri; sulh olabildikleri; tarafların ekonomik menfaatlerini yakından ilgilendiren, mali konuların dahi her zaman tahkime elverişli olmayabileceği kabul edilmektedir. Örneğin Alman hukukunu da yakından ilgilendiren bir tartışmaya göre, sınaî hakların varlık ve geçerliliğine hükmedilmesine neden olacak yargılamalar, tahkime elverişli değildirler³⁴⁹. Görüleceği üzere, nispeten, kendi içinde bir istisna içermeyen yegâne kriter, **uygulanma zorluğu bir yana, kamu düzeni** olmaktadır. Kısacası kamu düzenine ait meseleler, tahkime elverişli değildirler. Gerçi, her emredici normla düzenlenmiş mesele de kamu düzeni korumasından yararlanamaz. Bundan başka, getirilen düzenleme ile bir yargı tekeli yaratılmak istendiği; açıkça, tahkimin aksinin kararlaştırıldığı tespit edildiğinde, düzenlemeye konu meselelerin aynı zamanda kamu düzeniyle de yakından ilgili olduğu görülecektir³⁵⁰.

C- Objektif Tahkime Elverişlilik Üzerine Somut Örnekler

Geleneksel olarak, tahkime elverişliliği konusunda tartışma bulunan sahalarda, kısaca ve özellikle *anti-trust* ve rekabet hukuku³⁵¹, fikri-sınaî haklar³⁵², sahtecilik, rüşvet ve irtikâp³⁵³ ile iflas hukukuna ait konular³⁵⁴ olmuştur. Sözü edilen konu başlıklarının her biri, başlı başına birer çalışma alanıdır. Bu nedenle tezimizde, bu başlıklardan ancak bir kısmına ve yine genel hatlarıyla yer verilmesi, mümkün olmuştur³⁵⁵.

³⁴⁸ BERGER, s. 192; BERGER, *The Arbitration Agreement*, s. 393; SCHÜTZE, s. 49.

³⁴⁹ BERGER, s. 192. *Ayrıca bkz.* BERGER, *The Arbitration Agreement*, s. 394.

³⁵⁰ ANCEL, s. 128. *Ayrıca bkz.* SCHMITTHOFF, s. 286.

³⁵¹ Avrupa Birliği Anlaşması'nın 81. maddesiyle ilgili olarak bkz. ECJ, Case 126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International Nv* [1999] ECR I 3305. *Ayrıca bkz.* LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 201-203; van HOUTTE H., *Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty- A State of Affairs*, 23(3) ASA Bulletin 2005, s. 431-448; GOLDMAN, s. 269; von MEHREN, *The Future of Arbitration*, s. 597 vd.

³⁵² BLESSING, *Intellectual Property*, s. 201 vd. SIMMS, s. 196.

³⁵³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 210-212; 231-218.

³⁵⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 206 vd. *Ayrıca bkz.* LAZIC V., *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, The Hague, London, Boston, 1998, s. 107 vd.; MANTILLA-SERRANO F., *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, 11(1) Arb Int 1996, 51 vd; WESTBROOK J. L., *The Coming Encounter: International Arbitration and Bankruptcy*, 67 Minn. L. Rev. 1982-1983, s. 595 vd; ROSSEL J./PRAGER H., *International Arbitration and Bankruptcy: Unites State, France and the ICC*, 18(4) J. Int'l Arb 2001, s. 418-433. *Ayrıca bkz.* SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 4, Rn. 5; ZÖLLER/GEIMER, §1029 Rn. 63; §1030, Rn. 11.

³⁵⁵ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 201 vd.

1- Rekabet Hukuku

Rekabetin korunması ve *anti-trust* kökenli uyuşmazlıklar, ülkesel ve özellikle bölgesel ekonominin gelişimini, ticari piyasanın yapısını, oluşumunu ve büyümesini yakından ilgilendiren, hayati konulardır ve bir nedenle de, kamu düzeniyle yakından ilgili bu konuların emredici kurallarla düzenlenmesi, şartırcı olmamalıdır. Rekabet ortamının zedelenmesi, ortadan kalkması sonucunu doğuracak oluşumlara mâni olunması; iş ve işlemlerin engellenmesi; geçersiz sayılması gerekir (EC Treaty Art. 81, 82). Sorun, rekabet hukukunu da ilgilendiren iş ve işlemlerin, tahkime konu olmaları hâlinde gündeme gelmektedir³⁵⁶.

Avrupa Birliği bünyesindeki rekabet hukukuyla ilgili düzenlemelerin ortak gayesinin aynı zamanda, üye ülkelerin *kamu düzenlerinin* de bir parçası olduğu ve dolayısıyla Avrupa Birliği kamu düzenini teşkil ettiği, özellikle ECJ'nin *Eco Swiss v Benetton*³⁵⁷ kararında vurgulanmıştır³⁵⁸. Rekabet hukukuyla ilgili meselelerin, anılan düzenlemeler karşısında, idari ve hatta cezai boyutu olduğu gibi, özel hukuka ilişkin yapılan anlaşmaların geçersiz sayılması şeklinde sonuçları da bulunmaktadır. Sorulan soru, şu şekildedir: Kamu düzeniyle yakından ilgili söz konusu kuralların uygulanmasının/gözetilmesinin gerektiği hâllerde hakemler, artık *önlerindeki uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı ve bu nedenle de yargı yetkileri kalmadığı gerekçesiyle* yargılamaya son mu vermek zorundadırlar³⁵⁹?

Bugün özellikle Avrupa Birliği hukuku içerisinde, artık rekabet hukukuyla ilgili meselelerin, tahkime elverişli olup olmadığı tartışılmamaktadır³⁶⁰. Yani hakemler, pekâlâ, EC Treaty Art. 81 gereği, bir anlaşmayı geçersiz sayabilecekleri gibi, aynı anlaşmayla ilgili olarak bu sefer 82. madde kapsamında, hâkim durumun kötüye kullanıldığı veya blok muafiyet kurallarına uygun davranılmadığı sonucuna da varabilirler. Kısacası, Avrupa Birliği hukuku bağlamında, rekabet hukukuyla ilgili ve özel hukuka dair meselelerin, hakemlerce çözüme

³⁵⁶ **van HOUTTE**, *EC Treaty*, s. 432. Ayrıca bkz. **KOCASAKAL**, s. 181 vd.

³⁵⁷ ECJ, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* [1999] ECR I, s. 3055; §37. Ayrıca bkz. **SENKOVIC P./LASTENOUSE P.**, *Eco Swiss China Time Ltd. And Benetton International NV Judgement: Why Arbitrators Should Not Ignore European Competition Law*, 14(9) Mealey's 1999, s. 46-51.

³⁵⁸ **REINER**, *Court Decisions*, s. 86-87; **BLANKE G.**, *Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law, A Réplique to Denis Bensuade's "Thalès Air Defenece Bv v. GIE Euromissile"* 23(3) Arb Int 2006, s. 251.

³⁵⁹ Anılan kuralların hakemlerce de gözetilmesi kaydıyla söz konusu meseleler, özellikle Fransız hukuku içerisinde, tahkimi elverişli kabul edilmektedir (**FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 350; **van HOUTTE**, *EC Treaty*, s. 434).

³⁶⁰ **SAMUEL**, *Place of arbitration*, s. 62. Aynı yönde bkz. *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 417 U.S 506, (1974); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S 614, (1985). Her iki kararında da mahkeme, baştan tahkimi anlaşmasını ve yargılamasını geçersiz saymaktansa verilecek hakem kararının tenfizi sırasında, nasıl olsa kamu düzeniyle yakından ilgili hükümlerin hakem kararıyla ihlal edilip edilmediğinin denetleneceği sonucuna vararak anılan türdeki uyuşmazlıklar bakımından tahkime elverişliliğe mâni bir durumun olmadığını içtihat etmiştir (**BARON/LINIGER**, s. 32). Ayrıca bkz. **BERGER**, s. 193-195; **LEW**, *Arbitration*, s. 196-197; **von MEHREN**, *The Future of Arbitration*, s. 583.

kavuşturulması mümkün ve caizdir³⁶¹. Bugün artık, özellikle Mayıs 2004'den sonra, *1/2003 Regulation*'u gereği (Art. 6)³⁶², mahkemeler yanında, hakemlerin de EC Treaty Art. 81/III gereği, bireysel muafiyet tanımalarının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Anılan *Regulation*'un 6. maddesi açıkça mahkemelerden bahsetmekle birlikte, hakemlere yönelik bir açıklık getirmiş değildir. Tartışmalı olmakla birlikte, bir görüşe göre, daha önce *Komisyon* tekelinde olan böyle bir inisiyatifin, artık mahkemelere *de* tanındığı gerçeği dikkate alınarak, lâfzen var olan eksikliğe karşın, hakemlerin de anılan türde bir sonuca varabilmeleri mümkündür³⁶³.

Avrupa Birliği rekabet hukukuyla ilgili özellikle vurgulanması gereken bir diğer mesele de, söz konusu kuralların hakemlerce kendiliğinden uygulanmasının gerekip gerekmediğidir. Eğilim, hakemlerce söz konusu kuralların kendiliğinden dikkate alınmasının gerektiği yönündedir. Bu aslında, anılan kuralların kamu düzenine ait olmalarının tabii bir sonucudur³⁶⁴. Gerçi, özellikle tahkim yeri Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden birinde olan tahkim yargılamaları sonucunda verilen hakem kararlarının mahkemelerce denetimi sırasında, söz konusu ülke mahkemeleri, zaten *aynı içerikte* bir denetimi gerçekleştirecektir³⁶⁵.

³⁶¹ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 350, 351; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 201; **CARBONNEAU/JANSON**, s. 202-209; **van HOUTTE**, *EC Treaty*, s. 434, 435; **JARVIN**, *The source*, s. 68, 69; **LEW**, *Jurisdiction*, s. 79-81; **HANOTIAU**, s. 161; **BERGER**, *The Arbitration Agreement*, s. 394; **KIRRY**, s. 377; **GOLDMAN**, s. 270, 271; **BÖCKSTIEGEL**, *Public Policy*, s. 192; **DERAINS Y.**, *International Commercial Arbitration in Civil Law Countries, Arbitration In Settlement of International Commercial Disputes Involving The Far East and Arbitration In Combined Transportation*, ICCA Congress Series No. 4, 1989, s. 236; **RAESCHKE-KESSLER**, *Arbitrability*, s. 51; **SANDERS**, *Arbitration*, s. 65; **ABDULLA**, s. 23; **DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON**, s. 52; **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 141, 142. *Corte di Appello*, Bologna, XVIII YBCA 1993, s. 422- 425; BGE, XVIII YBCA 1993, s. 143-149, 148. *Türk hukuku yönünden karşı*. **KOCASAKAL**, s. 181-183; **DEMİR C.**, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, Ankara, 2005, s. 495.

³⁶² Council Regulation EC No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ 2003 L1/1, Art. 6

³⁶³ **van HOUTTE**, *EC Treaty*, s. 435, 436; **LEW**, *Arbitration*, s. 193. Ayrıca bkz. **LEW**, *Jurisdiction*, s. 81; **HANOTIAU**, *Arbitrability*, s. 41.

³⁶⁴ **RAESCHKE-KESSLER**, *Arbitrability*, s. 51; **BLESSING**, s. 246 vd. *Karşı*. **van HOUTTE**, *EC Treaty*, s. 440; **BLANKE**, s. 252; **ABDULLA**, s. 23. *Eco Swiss* kararının değinilmesi gereken bir başka özelliği daha bulunmaktadır. Davada, Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin ve dolayısıyla ECJ'nin çözmekle yükümlü olduğu bir *usulî* mesele daha vardır. Hakemlerce verilen ve aslında EC Treaty Art. 81'nin gözetilmesini gerekli kılan bir *kısmi karar*, tarafça iptali istenmediğinden kesinleşmiş (Hollanda CCP Art. 1064/III); ancak nihai hakem kararının iptali esnasında, verilen nihai-kararın anılan hükme ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olduğu savunulmuştur. Şu hâlde, artık cevap bekleyen soru, kesin hüküm etkisini haiz kısmi hakem kararının nihai hakem kararının iptali istendiğinde, *kamu düzeni gereğiyle de olsa* aşılması, yok sayılması yahut görmezden gelinmesi mümkün müdür? ECJ, bununla da ilgili olarak, her ne kadar anılan hükümlerde kamu düzeni karakteri görmüşse de kesin hükmün aşılmasına olanak tanımamış; buna cevaz vermemiştir (**SENKOVIC/LASTENOUSE**, s. 49).

³⁶⁵ **van HOUTTE**, *EC Treaty*, s. 447, 447. Ayrıca bkz. ICC Case no. 5480, 2 ICC Bulletin 1993, s. 72. Lakin bu yorum ve mahkemelerce yapılacak denetim, asla, kamu düzeninin korunması adına, uyuşmazlığın bir kez daha ve bu sefer mahkemeler önünde görülmesi anlamına gelmeyecektir. Kamu düzenine aykırılık, "*flagrante, effective et concrète*" olmak zorundadır. Taraflarca iddia ve talep edilmeyen, hakemlerce *resen* de olsa farkına varılmayan, lakin Avrupa Birliği rekabet hukukunu yakından ilgilendiren bir meselenin, hakem kararının iptalinin istendiği

2- Fikrî ve Sınaî Mülkiyet Hukuku

Fikrî ve sınaî mülkiyet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların, tahkim yoluyla çözümü, hayli popüler ve güncel bir usuldür. Öğretide, özellikle tahkim yargılamalarındaki gizliliğin, bu yöndeki genel tercihin ana nedenlerinden biri olduğu iddia edilmektedir³⁶⁶.

Milletlerarası tahkim ile fikrî-sınaî mülkiyet hukukunun kesiştiği ve bu esnada millî hukuklar ile mahkemelerin herhangi bir yardım ve denetimlerinin olup olmadığı tartışılan nokta, taraflar arasındaki lisans sözleşmelerinin hukuki geleceği ile anılan sözleşmelere konu, özellikle sınaî hakların varlık ve geçerlilikleri ile ilgilidir. Tescilli sınaî hakların, doğrudan *varlık ve geçerliliğine* ilişkin uyuşmazlıkların, yani *erga omnes* nitelikli meselelerin, tahkime elverişli olmadığı kabul edilir (Bu tip uyuşmazlıklarda, Avrupa Birliği hukuku içerisinde, mahkemelerin münhasır yetkisi için bkz. *EC Regulation 44/2001 m. 22/IV*)³⁶⁷. Oysa tam aksine, İsviçre’de, ilgili patentin sicilden terkinine ilişkin hakem kararının gereği, İsviçre Patent ve Marka Ofisi’nce yerine getirilebilmektedir³⁶⁸. Buna karşın uyuşmazlığın, fikrî ve sınaî hakkın varlık ve geçerliliğinden (*in rem*) ziyade söz konusu hakkın kullanılmasına dair bir sözleşmeden kaynaklanması hâlinde, tahkime elverişlilik bakımından pek de sorunla karşılaşıldığı söylenemez. Bu anlamda, *lisans sözleşmelerinin* varlık ve geçerliliği ile ödenecek ücretlerin tahsilinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, özellikle üçüncü kişiler yönünden de bir etkisinin bulunmaması nedeniyle tahkime elverişlidirler³⁶⁹.

Neredeyse tüm fikrî-sınaî haklarla ilgili uyuşmazlıkların tahkime elverişli kabul edildiği İsviçre ve Amerika örneği bir kenara bırakılacak olursa, diğer ülkeler bakımından, tescilli gerekli haklarla –*patent, marka*- herhangi bir tescile gerek kalmadan var olabilen, örneğin telif hakkı –*copyright*- arasında bir ayırım yapılmaktadır. Önceki için tahkime elverişlilik, sadece

bir aşamada, hakemlerin *ex officio* ödevlerini ihlal ettiği gerekçesiyle ileri sürülmesi olası değildir. Ancak, *açık, bariz, sonuca etkili ve somut kamu düzeni ihlalleri*, mahkemelerce bir denetime tabi tutulur. Bu dahi uyuşmazlığın esasının bir kez de mahkemelerce görülmesi anlamına gelmez. Mevcut vakia, iddia, talep ve savunmalarla yetinilmelidir. (BLANKE, s. 252-257). Kamu düzeni denetimlerinin hiçbir şekilde, iptal davalarında, uyuşmazlığın esasının bir kez daha görülmesi anlamına gelmediği; Federal Mahkeme’nin, EU yahut başka millî rekabet hukuklarının bekçisi olmadığı; *kaldı ki*, mahkemenin iptal davalarına ilişkin yargı yetkisinin taraflarca bertaraf edilebileceği dikkate alındığında, kamu düzenine yönelik tartışmaların önce hakemlerin, sonra da tenfiz yeri hukuklarının meselesi olduğu, başta EU olmak üzere hiçbir millî rekabet hukuku normunun PIL Art. 190/II, e anlamında İsviçre (milletlerarası) kamu düzeninin bir unsuru olmadığına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. *ASA Bulletin 2/2006*, s. 363; SCHERER, *Case Law-II*, s. 270, 271.

³⁶⁶ RAESCHKE-KESSLER, *Arbitrability*, s. 52.

³⁶⁷ SAMUEL, *Place of arbitration*, s. 62. Ayrıca bkz. SIMMS, s. 196; BÖCKSTIEGEL, *Public Policy*, s. 198; RAESCHKE-KESSLER, *Arbitrability*, s. 52; BLESSING, *Arbitrability*, s. 24; LEW M. D. J., *Intellectual Property Disputes and Arbitration*, Final Report of the Commission on International Arbitration, 9(1) ICC Bulletin 1998, s. s. 42-44; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 352; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 139.

³⁶⁸ BLESSING, *Intellectual Property*, s. 200; RAESCHKE-KESSLER, *Arbitrability*, s. 53.

³⁶⁹ SANDERS, *Arbitration*, s. 67; LEW, s. 42-45.

tarafları arasında etki ve sonuçlarını gösteren meselelerle sınırlıdır. Diğerleri ise tescile de tabi olmadığından, hiçbir özel sınırlamayla bağlı olmaksızın, tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir³⁷⁰. Benzer bir ayrıma Alman hukukunda da rastlanmaktadır³⁷¹. 1998 *Reformu*'nun hazırlık çalışmaları sırasında oluşturulan kanaate rağmen, son aşamada, tescile tabi sınaî haklardan, örneğin patent veya marka hakkının hükümsüzlüğü ile geçmişe etkili olarak terkinini gerektiren uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu esnada, bir kez daha, özel görevli mahkemeler konusuna göndermede bulunulmuştur³⁷². Varılan sonuç, *Komisyon* döneminde oluşan kanaatin tam aksi yönündedir³⁷³.

3- Sahtecilik-Rüşvet ve Hukuka Aykırılık İddiaları

Hukuka aykırılık iddiaları, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı konusunda, kimi sorunları da beraberinden getirmiştir. Yaşanan örneklerden biri, Birleşmiş Milletler *ambargosuyla* ilgilidir. Irak'a yönelik ambargonun yürürlüğe girmesi ile birlikte, özellikle İtalyan ve İsviçre mahkemeleri arasında farklı içtihatlar gündeme gelmiştir. İtalyan hukuku ile ilgili olan mesele, *Fincantieri* ve diğer savaş teknolojisi temin eden İtalyan şirketlerinin, Irak donanması için talep edilen korvetlerin inşası ve teslimi hakkında yaptıkları sözleşmeler üzerine, Kuveyt'in işgaliyle birlikte, önce Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu ambargo kararı, ardından da Avrupa Birliği'nin ve İtalya'nın Irak ile girilen her türlü ilişkiyi yasa dışı sayan düzenlemeleri nedeniyle Cenova İlk Derece Mahkemesi'nde, ifa imkânsızlığı dolayısıyla sözleşmesel ilişkinin sona erdiğinin tespiti ile uğranılan zararın tazmini amacıyla açtıkları davayla ilgilidir. Irak tarafı, tahkim anlaşmasına dayanmış ve mahkemenin yargı yetkisine itiraz etmiştir. İtalyan taraflar, bunun üzerine, ambargo öncesi tahkime elverişli olan konunun, artık bu hâlde olmadığını; tahkime elverişlilik bakımından

³⁷⁰ LEW, s. 41 vd; DERAİNS, s. 235.

³⁷¹ ZÖLLER/GEİMER, §1030, Rn. 14, 15; ALBERS, §1030, Rn. 8. Ayrıca bkz. *Corte di Cassazione, Scherk v. Grandes Marques*, IV YBCA 1979, s. 289.

³⁷² ZÖLLER/GEİMER, §1030, Rn. 14, 15. Karş. BÖCKSTIEGEL, *Public Policy*, s. 198. Ayrıca bkz. ICC Case No. 6097, 2 ICC Bulletin 1993, s. 75. Bu tip mahkemelerde görülen davaların, ancak *idarenin bir işlemi* ile hayat bulan haklarla ilgili olduğu belirtilmiştir. Patent hakkının tesisinde, ilgili kamu kurumunun katılımı, asli ve kurucu olup söz konusu kurum, ne taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının ve ne de yargılamanın tarafıdır. Üstelik ilgili sınaî hakkın geçersizliğinin tespitinin, anılan kamu kurumunun yine kamu hukukundan kaynaklanan hak ve yetkilerini etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Sonuç olarak, sadece taraflar arasında geçerli değil; ancak üçüncü kişileri de etkileyecek bu tip *inşai kararların*, mahkemelerce verilmesi gerekir (DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 45, 46. Ayrıca bkz. LIEBSCHER, s. 168; WAGNER, s. 702). Bir görüşe göre, hakemlerce madem ki, doğrudan uyuşmazlık konusu sınaî hakkın geçersizliğinin tespiti ile terkinine karar verilememektedir; o hâlde, özellikle Alman hukukundaki ZPO §894, 896 yardımıyla dolaylı bir biçimde de olsa "adına sınaî hakkın tescilli olduğu kişinin hükümle birlikte, söz konusu sınaî hakkın sicilden terkinini için gereken başvuruyu yapmasına" karar verilebilir. Böyle bir kararın, taraflar arasında kaldığı ve sözleşmesel temele dayandığı için geçerli olduğu konusunda tereddüt yoktur (RAESCHKE-KESSLER, *Arbitrability*, s. 53).

³⁷³ SIMMS, s. 196, 197; BARON/LINIGER, s. 41, 42; BLESSING, *Intellectual Property*, s. 201, 202; RAESCHKE-KESSLER, *Arbitrability*, s. 52; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 7; LEW, s. 43; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 4, Rn. 11.

dikkate alınacak hukukun İtalyan Yargılama Usulü Kanunu'nun 806. maddesi olduğunu, buna göre, tarafların ancak üzerinde tasarruf imkânı bulunan konularda tahkime gidilebileceğini; ambargo düzenlemeleri dikkate alındığında, tarafların sözleşmesel hakları üzerinde artık tasarruf imkânlarının bulunmadığını, bu nedenlerle tahkime elverişli olmayan konu bakımından geçerli bir tahkimden de söz edilemeyeceğini, savunmuşlardır. Sonuçta, İstinaf Mahkemesi, İtalyan ve Avrupa Birliği ambargo düzenlemelerini dikkate alarak artık tahkime elverişli olmayan bu konu bakımından sadece *mahkemenin* yargı yetkisine sahip olduğu, sonucuna ulaşmıştır³⁷⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi ise aynı konuda, İtalyan taraf ile bu sefer temsilcisi arasındaki Irak'a yapılması kararlaştırılan satışlardan ödenecek komisyon bedelleriyle ilgili uyuşmazlık hakkında, tümüyle aksi bir sonuca ulaşmıştır³⁷⁵. Temsilci, yapmış oldukları sözleşme gereğince, kendisine ödenmesi gereken komisyonun tediyesi amacıyla tahkim yoluna başvurmuştur. Hakemler, ambargo düzenlemelerine rağmen yargı yetkilerinin bulunduğu karar vermiştir (PIL Art. 186/III; 190/II, b; *karş. MTK m. 7/H/V*). Bu şekildeki hakem kararının iptali için İsviçre Federal Mahkemesi'ne yapılan başvuru sonunda, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına ilişkin iddia reddedilmiştir. Mahkeme, İsviçre hukukuna göre uyuşmazlığın tahkime elverişli olması bakımından aranan yegâne hususun, söz konusu uyuşmazlığın mal varlığına ilişkin olması gerektiğini; ambargo rejimi içerisinde yer alan ve kamu düzenine ilişkin unsurlar gereğince, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaktan çıkmasının ise ***ancak ve sadece, ilgili uyuşmazlığın mahkemelerce çözümlenmesine yönelik bir zorunluluğunun açıkça getirilmesi hâlinde mümkün olacağını***; bunun dışında, temel borç ilişkilerinin geçersiz veya batıl sayılmasının ya da icralarının engellenmiş olmasının hele

³⁷⁴ *Corte di Appello Genoa, Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara Spa v Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, XXI YBCA 1996, s. 594 vd.* Oysa Küba aleyhindeki ambargo yasasını ihlal eden *çarter parti* içerisindeki tahkim kaydının, temel borç ilişkisinin kanuna aykırı olmasına rağmen geçerli sayılmasına ilişkin bkz. *Bleship Navigation Inc v Sealift Inc, XXI YBCA 1996, s. 799 vd; Westacre Investment v Jugoimport-SDPR Holdings Co Ltd et al, XXIII YBCA 1998, s. 859. Ayrıca bkz. EKŞİ, Incorporation, s. 51.*

³⁷⁵ *Tribunal Fédéral, Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara Spa v M and arbitration tribunal, XX YBCA 1995, s. 766, §10-11.* Aynı yöndeki bir başka içtihat, bu sefer *Québec* Yüksek Mahkemesi tarafından *La compagnie nationale Air France v. Libyan Arab Airlines* davasında verilmiştir. Libya'ya karşı geçerli olan, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 883(93) Sayılı Kararı ile yürürlükte bulunan ambargonun, bu ülkelye olan tüm ticari ilişkilerin devamını yasakladığı, böylece tahkime konu edilen uyuşmazlığın da tahkime elverişli olmaktan çıktığı iddia edilmişse de; mahkeme, Kararın, tahkimde, *hakemlerin yargı yetkisini etkiler bir yönü olmamakla birlikte, milletlerarası kamu düzeninin de bir parçası olması nedeniyle* ancak uyuşmazlığın esasının çözümünde, hakemlerce dikkate alınmasının gerekeceğini hükme bağlamıştır (*Kararın ayrıntısı ve değerlendirmeleri için bkz. FORTIER, s. 178*).

ki, ambargo kapsamındaki sözleşmelerle bağlantılı diğer tali/yan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları, tahkime elverişli olmaktan çıkarmaya yetmediği sonucuna varmıştır³⁷⁶.

Milletlerarası tahkim uygulaması içerisinde, gündeme gelen bir başka somut durum, karşılaştırılan *komisyon* ya da hizmet bedellerinin ödenmesinin talep ve dava edilmesi üzerine, taraflar arasındaki uyuşmazlığa neden olan anlaşmanın gerçekte bir “*rüşvetin*” ödenmesiyle ilgili olduğu; bu nedenle de geçersiz sayılması gerektiğine ilişkin itirazların ileri sürülmesi hâlinde yaşanmaktadır (*karş.* HUMK m. 528)³⁷⁷. 1963 yılında 1110 sayılı ICC kararında³⁷⁸, hakem olan yargıç *Lagergren*, rüşvetle ilgili bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı sonucuna ulaştı. Kararda hakem, yargı yetkisinin olup olmadığını, resen dikkate almış ve *ne* tahkim yeri ülkesi de olan Fransız *ne de* uyuşmazlığın esasına uygulanacak Arjantin hukukunun uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümüne imkân tanıdığını içtihat etmiştir. *Lagergren*'e göre rüşvetin varlığına dair *ciddi iddialar*, sadece temel borç ilişkisini etkilememekte, ama aynı zamanda uyuşmazlığı, tahkime elverişli olmaktan da çıkarmaktaydı. Bu hâlde, hakemlerin herhangi bir yargı yetkisi olamayacağına göre rüşvete dair iddiaların hakemlerce araştırılması da mümkün olmayacaktı³⁷⁹.

Pakistan Yüksek Mahkemesi de, anılan içtihadı takip etmiş; meşhur *HUBCO v. WAPDA*³⁸⁰ davasında, her ne kadar, yalın yolsuzluk ve sahtecilik iddiaları, bir konunun tahkime elverişli olmadığı sonucuna varmak için yeterli değilse de; iddia edilen hususların gerçekleştiğinin *prima facie* tespiti hâlinde, söz konusu durumun aynı zamanda cezai bir takım sonuçları içermesi nedeniyle kamu düzeninin bir gereği olarak, uyuşmazlığın çözümüne artık tahkim yoluyla devam edilemeyeceği sonucuna varmıştır. ***Temel düşünce, taraflar arasındaki çekişmenin cezai boyutlarının da bulunması hâlinde, artık tahkime elverişliliğin son bulmasıdır.*** Oysa en azından, Avrupa uygulaması içerisinde hâkim düşünce, iddia edilen hususların rüşvet ve yolsuzlukla ilgili olması durumunda da tahkime elverişliliğin korunduğu

³⁷⁶ Anılan karar, *kamu düzeni* kavramının tahkime elverişlilik içindeki önemini bir hayli örselemiş; ağırlığı, söz konusu türdeki uyuşmazlıkların münhasıran, *âdeta bir yargı tekeli yaratılmışçasına* devlet mahkemeleri önünde görülmesi gerektiği şeklindeki zorunluluğa kaydırmıştır (**BARON/LINIGER**, s. 35; **KIRRY**, s. 383-384); **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 358, 359.

³⁷⁷ **MOURRE**, s. 95 vd. *Ayrıca bkz.* **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 354.

³⁷⁸ ICC Case No. 1110, **WETTER G. J.**, Issues of Corruption before the International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunner Lagergren's 1963 Award in ICC Case no 1110, 10(3) Arb Int 1994, s. 277-281 vd.

³⁷⁹ **WETTER**, *Corruption*, s. 280; **GOLDMAN**, s.272. *Karş.* BGE 119 II 380.

³⁸⁰ *Supreme of Court Pakistan, The Hub Power Company Ltd (HUBCO) v Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan*, 15(7) Mealey's IAR A1, 2000.

noktasındadır³⁸¹. Sadece temel borç ilişkisini etkileyen bu tip iddiaların, ayrılabilirlik ilkesi sayesinde tahkim anlaşmasını da geçersiz kılmaması ve hakemlerin yargı yetkisini etkilememesi gerekir. ***Hakemlerin, milletlerarası kamu düzeni değerlerini dikkate almak kaydıyla yine de, temel borç ilişkisi yönünden bir hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığına karar verebilmeleri gerekir. Bu bağlamda, milletlerarası tahkim uygulamasında, hem ilmî hem de kazai içtihatlar bakımından, artık bir yeknesaklığın oluştuğundan bahsedilmektedir***³⁸².

Konuyla yakından ilgili bir başka örnek, *Westacre v. Jugoimport* davasında yaşanmıştır³⁸³. Buna göre Westacre Investments, Inc ile Jugoimport-SDPR Holding Co Ltd ve Beogradsk Banka arasında, Kuveyt Savunma Bakanlığı'nın M-84 tanklarının modernizasyonuna ilişkin projesi kapsamında, takip edilecek işler için bir *danışmanlık sözleşmesi* akdedilmiştir. *Westacre, Jugoimports'a* sağladığı danışmanlık hizmetinin karşılığında, kazanılacak ihale bedelinin bir bölümünü, hizmet bedeli olarak alacak; sözleşmeye İsviçre hukuku uygulanacaktır. Tahkim yeri Cenevre olup ICC kuralları takip edilecektir. Her ne kadar, Savunma Bakanlığı'ndan gerekli iş alınmış ise de, *Westacre* ile olan sözleşme derhâl feshedilmiş; Kuveyt Savunma Bakanlığı'nca yayınlanan bir düzenlemede, bu ve benzeri işler bakımından temsilci veya aracı bulundurulmasının yasaklandığı gerekçesiyle sözleşmenin geçersiz olduğu iddia edilmiştir. Ödenmesi gereken hizmet bedelinin tahsili amacıyla *Westacre* tarafından başlatılan tahkim sonucunda hakemler, davacı lehine yaklaşık 50 milyon US\$ ve faizine hükmetmişlerdir. Hakemler, danışmanlık sözleşmesinin geçersiz olmadığına, *bona mores'i* de zedelediğine karar vermişlerdir. Dahası, Savunma Bakanlığı'nın ilgili sirküsünün *ne* M-84 sözleşmesi için de geçerli olduğu ve Kuveyt hukukunun emredici hükümleri arasında yer aldığı *ne de* milletlerarası kamu düzeninin bir parçası olduğu ispatlanabilmiştir. Davalı, danışmanlık sözleşmesinin esasen Kuveyt Hükümeti ile yasal olmayan yollardan temasa geçebilmenin bir aracı olarak kurulmuş olduğunu ispatlayabilmiş de değildir. Sözleşme, milletlerarası kamu düzeni gerekleri ile çatışma içinde olmadığı gibi; *idari sözleşmelerin akdedilebilmesi için özel şirketlerin sürdürdükleri lobi*

³⁸¹ Oysa anılan içerikteki iddiaların, ayrılabilirlik ilkesi sayesinde, birer *husumet* sorunu olarak algılanıp yargısal ve usulî bir mesele olan *tahkime elverişlilik* üzerinde, olumsuz etki yaratmasına mâni olunabilir (MOURRE, s. 98). Ayrıca bkz. SAMUEL, s. 134.

³⁸² Kaldı ki, mahkemeler de, bu sözleşmeleri geçerli sayan hakem kararlarının icrası/tenfizi esnasında, özellikle *kamu düzenine aykırılık bakımından* denetimlerini sürdürmeye devam edeceklerdir (ROSSEL J./PRAGER H., Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof, 15(4) Arb Int, 1999, s. 330). Ceza hukukuyla da ilgili meselelerin, kendine has özellikleri ön plana çıkarılarak tüm bir tahkim yargılamasının sabote edilmesine, milletlerarası tahkimde izin verilmemelidir (MOURRE, s. 114). Derdest ceza yargılamasına rağmen hakemlerin önlerindeki yargılamayı ertelemek veya durdurmak şeklinde herhangi bir yükümlülük altında olmadığına ilişkin bkz. BGE 119 II 386. Karş. KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1050.

³⁸³ *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SPDR Ltd*, [1999] 2 Lloyd's Rep 65; [1999] 1 All ER 865.

faaliyeti, ilgili sözleşmeleri hukuka aykırı hâle de getirmemektedir. Sonuç olarak hakemler, *ayrılabilirlik ilkesini* uygulamakla kalmamış, kendilerini rüşvet/yolsuzluk yönündeki iddiaları inceleyebilmek bakımından da yetkili görmüşlerdir. Davalı, davacının aslında Kuveyt Hükümet Üyesi'ni gizlemek amacıyla kurulmuş bir paravan şirket olduğu iddiasıyla hakem kararının iptalini istemiş; İsviçre Federal Mahkemesi, hakemlerden böyle bir bilginin kendileri önünde de ileri sürülüp sürülmediğini sormuş, bu hususun hakemler önünde dile getirilmediği bilgisi üzerine, her ne kadar yeni bir vakıa-delil ileri sürülmüş ise de, hakemlerce incelenen vakıaların ötesine geçmeyerek; talebi 1995 yılında reddetmiştir³⁸⁴.

1995 yılında, hükmün bu sefer, İngiltere'de tenfizi talep edildiğinde, davalılar, bu talebe, yine davacının Kuveyt Hükümet yetkilisini gizleyen, paravan bir şirket olduğu; şirketin Kuveyt Hükümet Üyesi'nin damadı tarafından yönetildiği gerekçesiyle ve fakat *bu sefer* daha güçlü delillerle itiraz etmişlerdir. İngiliz mahkemeleri önündeki sorun *artık*, yeni deliller ışığında ve olası sonuçlarının İngiliz kamu düzenini de olumsuz yönde etkileyeceği dikkate alındığında, uyuşmazlığın esası ile ilgili tahkikatın yeniden açılmasının mümkün olup olmadığıdır. *Court of Appeal*, tahkikatın yeniden açılmasını reddetmiş; *milletlerarası hakem kararlarına mevcut vakıalar ışığında katlanılması yönündeki kamu düzeninin **milletlerarası ticari yolsuzlukla mücadeledeki kamu düzenine daha ağır bastığı*** sonucuna varmıştır³⁸⁵.

Öğretide yapılan bir değerlendirmeye göre, bu olay ile birlikte gündeme gelen sorun, özünde, çeşitli türdeki kamu düzeni anlayışlarının yaratmış olduğu, farklılaşmadır: *Tarafların her türlü uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla giderme konusundaki iradelerine katlanmak şeklindeki ve artık yaygın bir biçimde kabul edilen kamu düzeni* ile *hukuka açıkça aykırı sözleşmelerin icrasına izin verilmemesine ilişkin kamu düzeni*, bu davada, önemli ölçüde çelişmiştir³⁸⁶. *Öte yandan hakemlere, bu tip sözleşmeler üzerinde yargı yetkisinin tanınması, söz konusu sözleşmelerin her şekilde geçerli kabul edilerek icra edileceği anlamına da gelmemektedir.* Hakemler de söz konusu sözleşmelere geçerlilik tanımayarak icralarına engel

³⁸⁴ Karar için bkz. XXI YBCA 1996, s. 172 vd.

³⁸⁵ *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SPDR Co Ltd and other*, [1998] 4 All ER 570, (QBD); [1999] 1 All ER 865. Ayrıca bkz. *ILA Report*, s. 31, 32. Milletlerarası tahkimde, bir meselenin tahkime elverişli sayılarak hakem kararı ile sonuçlanmasına müsaade edilmesi, aynı hakem kararının, icrası yahut tanınması/tenfizi istendiğinde, denetimsiz bırakılması, anlamına gelmez. Buradaki yegâne sorun, kamu düzeninin korunması amacıyla hizmet edilirken, uyuşmazlığın esasının ne kadar; nereye kadar denetlenebileceğidir. Aslında bu soru, *second-look* öğretisinin en zayıf yanıdır (**PARK**, *Public Interest*, s. 649, 671-673).

³⁸⁶ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 217, 218.

olabilirler³⁸⁷. Aksi durumda, zaten mahkemeler, söz konusu hakem kararının icrasına/tenfizne engel olabilecek konumdadırlar³⁸⁸.

Mevcut sistem içerisinde, mahkemelerin, *vakıaların sunumuna ilişkin temel kurallar ihlal edilmediği sürece*, hakemlerce incelemeye alınan vakıaları aşması yahut görmezlikten gelmesi, beklenmemelidir. Şu hâlde, bir hakem kararının kamu düzenini ihlal edip etmediği, ancak hakemlerce de hükme esas alınan vakıalarla sınırlı olarak denetlenebilecektir³⁸⁹. Oysa bu yolla kimi kez, hukuka aykırı sözleşmelerin tenfizi mümkün hâlde gelebilecektir ki, İngiltere, *Pakistan'ın aksine*, tercihini, tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme konusundaki iradelerinin korunmasının, kendisi yönünden daha öncelikli bir kamu düzeni meselesi sayma yönünde, kullanmıştır³⁹⁰. **Belki de üzerinde yoğunlaşılması gereken husus, milletlerarası tahkimin ve hakemlerin, tenfiz yolu üzerinden hukuka aykırı sözleşmelerin icrasını mümkün kılmak amacıyla kullanılan birer piyon hâline gelebilmesi tehlikesidir.** *Oysa HUBCO-WAPDA kararında olduğu gibi, yabancı bir yatırımcıyı, bir şekilde, millî mahkemelere mecbur etmek de aynı ölçüde arzu edilmeyen bir sonuçtur.* Sonuç olarak, **uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı ve bu nedenle hakemlerin artık yargı yetkilerinin kalmadığı sonucuna ulaşmaktansa iptal veya tenfiz yargılamasında, gerek ana sözleşmenin gerekse tahkim anlaşmasının icrasının hukuka aykırılık nedeniyle lekelenmesini engelleyecek ölçüde, vakıa ve tahkikat temelindeki eksikliğin oluşmasını engellemek, daha tercihkârdır**³⁹¹. *Westacre* kararının yarattığı sonuç, öğretilerde benimsenmemiştir: Tahkim yargılaması sırasında ilgili vakıaların ispat edilememiş olması, hukuka aykırı bir sözleşmenin icrasına neden olmuştur. Gündeme gelen soru, yeni deliller ışığında, *neden* tenfiz yargılamasında, söz konusu iddiaların incelenemediğidir. Aksi düşünce, hakemlerin ve mahkemelerin açıkça hukuka ve kamu düzenine aykırı olan sözleşmelerin icrası amacıyla araç olarak kullanılmalari sonucunu doğurabilecektir³⁹².

³⁸⁷ LEW, *Jurisdiction*, s. 83; PARK, *Public Interest*, s. 654; BÖCKSTIEGEL, *Public Policy*, s. 202; LALIVE, s. 290-292. Ancak bu görüş de sorunsuz değildir. Zira hakemler önünde, söz konusu hukuka aykırılığın ne derecede ve nasıl ispatlanmasının gerektiği, hâlâ bir meseledir (ROSSEL/PRAGER, s. 331-332; MOURRE, s. 103 vd).

³⁸⁸ *Soleimany v Soleimay* [1998] 2 WLR 811 (CA).

³⁸⁹ TRAPPE, s. 95.

³⁹⁰ *Westacre Investments Inc v Jugoinport-SPDR Co Ltd*, [1998] 4 All ER 570 (QBD).

³⁹¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 217, 218; LEW, *Jurisdiction*, s. 83-84; PARK, *Public Interest*, s.654; GOLDMAN, s. 273. Karş. TRAPPE, s. 95.

³⁹² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 218. Fransız hukukunda ise bu hâlde, tam bir denetim yapılmakta; kamu düzenini yakından ilgilendiren tüm *hukuki* ve *fiilî* unsurların yeniden ele alınması mümkün olmaktadır. *European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd.* 1993, XX YBCA 1995, s. 198. Ayrıca bkz. PARK, *Public Interest*, s.649, 650. Hatta Avrupa Birliği kamu düzeninin bir parçası olan EC Art. 81'in ihlal edilip edilmediği konusunda, taraflardan herhangi bir itirazın beklenmesi dahi gerekmez (ILA Report, s. 32, 33). Karş. TRAPPE, s. 95. Ayrıca bkz §7, III, C, I, s. 271, dn. 364.

4- İflas Hukuku

Tahkimin, daha açık bir ifadeyle tahkim anlaşmasının yahut derdest bir tahkim yargılamasının iflas hukukuyla ilgili meselelerden veya düzenlemelerden kendini soyutlaması, mümkün değildir. Bu iki alanın, oldukça iyimser bir yaklaşımla kesiştiği, ancak daha ziyade çatıştığı durumlarda, hangisine üstünlük tanınacağı, kimin lehine düşünüleceği yahut davranılacağı bir meseledir³⁹³. Konunun ayrıntılarına geçmeden önce, iflas hukukuna ait şu temel ilkelerin üzerinde, kısaca durmakta fayda vardır: İflasın açılmasıyla birlikte, müflis, iflas masası olarak da adlandırılan mal varlığına ait değerler (İİK m. 184/I) üzerindeki tasarruf yetkisini kaybeder (İİK m. 191, 192)³⁹⁴. Artık, kural olarak iflas idaresi, *düzenlendiği şekliyle* masanın kanuni temsilcisidir (İİK m. 226). İflasın açılması, yani iflasa karar verilmesi (İİK m. 154/III) ve özellikle iflas tasfiyesi sırasında, iflas hukuku meseleleriyle ilgili olarak (İİK m. 235) özel görevli ve çoğu kez de kesin yetkili mahkemelerin bulunması, olağandır ve kendi içinde bir çok haklı menfaati içerir (*vis attractiva concursus*)³⁹⁵. Müflis borçlunun alacaklıları, yani iflas alacaklıları, alacaklarını ancak, sıra cetveline göre (*pro rata*) ve bir eşitlik anlayışı içinde (*par condito creditorum*) tahsil eder. İflas alacaklılarının belli istisnalar bir yana, alacaklarının tahsili için takip yapması yahut dava açması, olası ve zaten gerekli değildir (İİK m. 193, 194). İflas idaresi, alacaklarını masaya kaydettirmiş olan (İİK m. 219, 231) iflas alacaklılarının alacağı hakkında bir karar vereceği gibi (İİK m. 232), bazen, müflisin, taahhütlerinin aynen ifasını da deruhte edebilir (İİK m. 198); iflasın açılmasından önce akdedilmiş olan sözleşmenin ifasına, icrasına katılabilir. İflasın açılmasıyla müflisin borçları, muaccel hâle gelmiştir; mevzuu para olmayan alacaklar ise ona muadil bir kıymette para alacağına çevrilir (İİK m. 195, 198, c.1). Söz konusu alacağın, masadan tahsiline karar verilip verilmeyeceği ise iflas idaresinin işidir³⁹⁶. Bu temel ilkeler ışığında, tahkimle iflasın muhtemel çatışma alanlarını, iki ana başlık altında toplamak mümkündür:

- a) İlk mesele, iflasın tahkim anlaşmalarına olan etkisiyle alakalıdır. Özellikle borçlunun iflasın açılmasından önce yapmış olduğu tahkim anlaşmalarının, iflasın açılmasıyla birlikte akıbeti, sonra da, iflas idaresince örneğin masanın vadesi gelmiş alacaklarının

³⁹³ MANTILLA-SERRANO, s. 51-52; WESTBROOK, s. 595-596.

³⁹⁴ *Ayrıntısı için bkz. BAŞÖZEN A.*, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara, 2005, s. 121 vd, 167; PEKCANITEZ H/ATALAY O/SUNGURTEKİN ÖZKAN M/ÖZEKES M. İcra ve İflas Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2006, s. 428-430.

³⁹⁵ *Ayrıca bkz. 19. HD. 4.5.2000, 2716/3489, s. 244-245.*

³⁹⁶ *Ayrıca bkz. KURU B.*, İcra ve İflas Hukuku, C. III, Ankara, 1993, s. 2939-2946; ÜSTÜNDAĞ S., İflas Hukuku, İstanbul 2002, s. 88-91; ÖZKAN, s. 461; LAZIC, s. 35-41.

tahsili sırasında (İİK m. 229), tahkim anlaşması akdedilmesinin mümkün olup olmadığı (İİK m. 226), çözüm bekleyen konulardan olmaktadır³⁹⁷.

b) İkinci ve daha ziyade üzerinde durulan konu, iflas prosedürü sırasında, gündeme gelen meselelerin objektif açıdan tahkime elverişli olup olmadıkları, hakkındadır. Gerçi, ittifakla kabul edildiği gibi, *iflasın açılması, yani bir kimsenin iflasına karar verilmesi, ancak mahkemelerin işi olup hakemlerce böyle bir karar verilemez; bu konuda, mahkemelerin münhasır yargı yetkisi bulunmaktadır*. Acaba bu sonuç, iflasla ilgili diğer meseleler yönünden de geçerli midir? *Vis attractiva concursus*, yani iflasla ilgili tüm sorunların tek ve belli bir yerde, mümkünse özel görevli mahkemelerce çözümlenmesi ilkesi, hangi durumlarda, tahkim için de geçerlidir? Sıra cetveline itiraz davasının hakemlerce görülmesi mümkün müdür? İflas idaresi, *masa alacaklarının* tahsili amacıyla hiç mi tahkime başvuramayacaktır? İflasın açıldığı sırada derdest bir tahkim yargılamasına, taraflarından birinin müflis olması nedeniyle devam edilemeyecek midir? Bu son hâlde, uyuşmazlığın *artık* tahkime elverişli olmadığı, tahkim anlaşmasının geçersiz kaldığı sonucuna mı varılacaktır³⁹⁸?

İflasın açılmasıyla birlikte, müflisin iflas masası olarak adlandırılan mal varlığı üzerinde tasarruf yetkisi kalmamaktadır. Aynı şekilde müflisin, masayla ilgili yapılacak yargılamalar bakımından davayı yürütüm yetkisi (*davayı takip yetkisi*) de bulunmamaktadır³⁹⁹. Buna göre müflisin iflas masasıyla ilgili konularda, tahkim anlaşması yapması da, mümkün değildir⁴⁰⁰. Bu sonuç, örneğin, iflas idaresi için de geçerli midir? İİK'nın 226. maddesinin açık lafzı, belli bir miktara kadar olan uyuşmazlıklar bakımından doğrudan; bu miktarı aşanlar yönünden ise alacaklılar toplanmasının vereceği yetkiyle iflas idaresinin ***tahkim anlaşması yapabilmesini*** (“...*tahkim yapabilir*...”) mümkün kılmaktadır. Aslında hüküm, dolaylı olarak, iflasın her hâlükârda, kendisiyle ilintili bir meseleyi, tahkime elverişli olmaktan çıkarmadığını, ortaya koymaktadır. Yalnız, bu konuda hemen bir sınırlama getirmeye ihtiyaç vardır: İflas idaresinin yapacağı tahkim anlaşmaları, iflas alacaklıları ile olmayıp, aktif masa kapsamında, müflisin alacaklarının tahsili amacıyla sınırlıdır (İİK m. 229)⁴⁰¹.

³⁹⁷ LAZIC, s. 41, 42.

³⁹⁸ LAZIC, s. 42, 43.

³⁹⁹ KURU, *İcra*, C.III, s. 2893; ÜSTÜNDAĞ, *İcra*, s. 75, 76; ÖZKAN, s. 430, 431.

⁴⁰⁰ LAZIC, s. 110; LIEBSCHER, s. 165; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 94.

⁴⁰¹ Bu yönde bir düzenleme olmasa da, masayı yöneten ve tasfiye etmekle mükellef olan iflas idaresinin (İİK m. 226) kendisine verilmiş olan görevler kapsamında (İİK m. 229), tahkim anlaşması yapabilmesinin mümkün olduğuna inanılmaktadır (LAZIC, s. 113 vd). Aynı yönde bkz. SAMUEL, s. 145. İİK m. 226/II kapsamında sözü edilen alacaklılar toplanması, ikinci ve daha sonraki alacaklılar toplanmasını ifade etmektedir. İkinci alacaklılar toplanması, bu yetkiyi, iflas idaresine, belli bir miktar belirlemek suretiyle *de* bir seferde verebileceği gibi, iflas

Müflisin iflasın açılmasından önce yapmış olduğu bir tahkim anlaşmasının, iflasın açılmasıyla birlikte akıbetinin ne olacağına, değinmek gerekir. Kabul edildiği üzere, iflas idaresi, önceden yapılmış tahkim anlaşmasıyla bağlıdır. İflasın açılmasıyla birlikte, söz konusu tahkim anlaşması, müflisin masa üzerindeki tasarruf yetkisini yahut davayı takip yetkisini kaybettiği gerekçeleriyle geçersiz hâle gelmez⁴⁰². Tahkim anlaşmasının, taraflarından birinin ölümüyle dahi sona ermediği düşünülduğünde, bu sonuç şaşırtıcı değildir (HUMK m. 524; 1996 AA §8). Böyle bir tahkim anlaşmasıyla bağlılık için iflas idaresinin, ayrıca yetkilendirilmesine de ihtiyaç yoktur. Yani, İİK'nın 226/II. maddesine göre bir yetkilendirme, önceden akdedilmiş olan tahkim anlaşmaları için aranmaz⁴⁰³. Bu sayede, İİK'nın 226/II. maddesi yönünden gerekli olan yetkilendirmenin, hangi tahkim anlaşmaları için geçerli olduğu da bir kez daha ortaya çıkmaktadır. İflas idaresinin, önceden akdedilmiş bu tip tahkim anlaşmalarıyla bağlı olabilmesi için, İngiliz hukukunda kabul edildiğinin aksine, temel borç ilişkisinin aynen ifasını deruhte etmesi, icrasına katılması (İİK m. 198/I) gerekmediği gibi, herhangi bir mahkeme kararına da ihtiyaç duyulmaz⁴⁰⁴. İflâs idaresinin, müflisin önceden yapmış olduğu bir sözleşmenin icrasına katılması, ifasını deruhte etmesi hâlinde ise tahkim anlaşmasıyla da bağlı olacağı konusunda, zaten şüphe etmemek gerekir (İİK m. 198/I)⁴⁰⁵. Aksi düşüncenin dürüstlük kuralı ile bağdaşır bir yanı olmadığı gibi, bu hâlde, uyumsuzluğun esasıyla ilgili olarak herhangi bir tahkime elverişlilik itirazının ileri sürülmesi de olası değildir. Zira böyle bir durumda, iflas idaresince, masa kaynakları kullanılarak ifa edilmesi beklenen borç, bir masa borcu hâline gelmekte⁴⁰⁶; alacaklı ise artık bir masa alacaklısı olmaktadır. İflas alacaklıları için geçerli olan sınırlamalar, masa alacaklıları için geçerli olmadığı gibi, bu alacaklı grubu, alacağının tahsili için sıra cetveli usulüne de tabi değildir⁴⁰⁷. Bütün bu durumlar, iflasla ilgili olarak görevlendirilen mahkemenin münhasır yetkisinin de dışında kalmaktadır. İflas idaresinin önceden akdedilmiş tahkim anlaşmalarını kabul etmemek, reddetmek gibi bir yetkisi bulunmadığı gibi; tahkim anlaşmasından kaynaklanan haklarının bir

idaresinin her bir başvurusu üzerine, ayrı ayrı da verebilir (YILMAZ E., İflas İdaresi, Ankara, 1978, s. 129; ERDÖNMEZ G., İflâsta Alacaklılar Toplanması Yetkileri, İstanbul, 2005, s. 81, 82).

⁴⁰² MANTILLA-SERRANO, s. 54; WENGER, s. 355; LIEBSCHER, s. 165, 172; TWEEDDALE /TWEEDDALE, s. 94; WAGNER, s. 746; SCHÜTZE, s. 44. İflasın açılmasıyla birlikte hakemlerin yargı yetkisi de kendiliğinden son bulmaz (GERHARDT W., Insolvenzrechts-Handbuch, Herausgeber von Peter Gottwald, München, 1990, §64, Rn. 42).

⁴⁰³ LAZIC, s. 185, 188. Ayrıca bkz. LIEBSCHER, s. 172; SCHLOSSER, Rn. 276.

⁴⁰⁴ LAZIC, s. 189, MUSTILL/BOYD, s. 152.

⁴⁰⁵ LAZIC, s. 195. Birinci alacaklılar toplanması, müflisin taraf olduğu sözleşmenin aynen ifasının masanın yararına olduğu sonucuna ulaşırsa iflas masası, sözleşmeye girecektir. Bunun dışında, iflas idaresi, birinci alacaklılar toplanmasından sonra da masanın yararını gözeterek (İİK m. 226) sözleşmelere girilip girilmeyeceğine, serbestçe karar verebilir. Bu esnada, iflas idaresi, İİK'nın 226/II. maddesiyle bağlı değildir (TERCAN E., İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara, 1996, s. 46, 89, 90, 99, 135; ERDÖNMEZ, s. 106, 107).

⁴⁰⁶ TERCAN, s. 99.

⁴⁰⁷ KURU, İcra, C. III, s. 2861, 2862; ÖZKAN, s. 428.

para alacağına dönüşmesi ve masaya kaydı yahut sıra cetveline geçirilerek iflas idaresince reddi olası değildir⁴⁰⁸.

Tahkim, cebri icra prosedürü değildir. Oysa bir kolektif icra hukuku müessesesi olan iflasın, çoğu kez, herhangi bir ayrıma yahut istisnaya yer verilmeksizin, tahkime elverişli olmadığı düşünülür⁴⁰⁹. Bu konuda, kimi zaman, “saf iflas hukuku” meseleleri şeklinde bir sınırlamaya da gidilmektedir⁴¹⁰. Oysa çoğu kez, sorun, tahkime elverişli olmadığı kabul edilen bu, saf iflas hukuku konularının nasıl ve neye göre tespit edileceğinde yaşanmaktadır⁴¹¹.

İflasla iflas tasfiyesi ile ilgili sorunların, tek ve belli bir yerde, mümkünse de özel görevli bir mahkemece çözümlenmesi yönündeki düşünce, aynı zamanda, anılan durumların tahkime elverişli olmaması gibi bir sonucu, beraberinde getirmektedir. Zaten, mahkemelerle ilgili münhasır/kesin yetkiye ilişkin düzenlemelerin, tahkime elverişliliğe mâni olması, tahkime elverişlilik hakkında, kabul edilen kriterlerdendir⁴¹². Hakemlerce, iflas kararı verilemeyeceği konusunda, bir tereddüt yoktur. İflas idaresinin masa alacaklarının tahsili amacıyla tahkim anlaşması yapabilmek için gereğinde yetkilendirilebileceğinin açıkça düzenlendiği bir durumda, söz konusu uyuşmazlıkların artık tahkime elverişli olmadığı düşünülmesi de olası gözükmemektedir. İflas idaresince ifası deruhte edilen bir sözleşme içerisinde bulunan tahkim kaydının, iflas idaresini de bağladığı kabul edildiğine göre ve zaten, tahkime konu edilmesi muhtemel uyuşmazlığın bir iflas alacağı olmadığı düşünüldüğünde, bu hâlde de tahkim elverişlilik sorununun yaşanması beklenmemelidir⁴¹³. Müflisin yapmış olduğu bir sözleşmenin ifasını deruhte etmese dahi iflas idaresinin, söz konusu sözleşmenin içerdiği tahkim kaydını, tek taraflı olarak reddetmesi, yahut geçersiz kılması da mümkün görülmediğine göre; bu durumda, aynı zamanda, iflas alacaklısı olan diğer tarafın, örneğin sıra cetveline itiraz yargılamasının tahkimde görülmesini isteme yetkisi var mıdır? Hatta bir adım geri atıldığında, böyle bir iflas alacaklısının diğer iflas alacaklılarından ayrılarak, alacağının tahsili amacıyla doğrudan hakemlere başvurması mümkün müdür? *İflasla tahkimin özellikle tahkime elverişlilik ekseninde çatıştığı, temel mücadele alanı, burasıdır.*

⁴⁰⁸ LAZIC, s. 199 vd. Ayrıca bkz. SCHÜTZE, s. 44. Karş. WESTBROOK, s. 621, 624. Ancak burada bir ayırım, yapılmalıdır. Müflisin alacaklarının tahsilinde, iflas idaresi, salt tahkim anlaşmasını geçersiz sayarak, kendisini anılan yükümlülükten kurtaramaz. Kararlaştırılan tahkim yoluyla alacağın tahsili gerçekleştirilmelidir. Oysa iflas alacağının reddi ile birlikte, iflas alacaklısı için geçerli yol, kendisi bakımından sıra cetveline itiraz etmek olduğuna göre, hâlâ tahkim anlaşmasının geçerli olduğundan yahut iflas idaresinin tahkim anlaşmasını reddedemeyeceğinden bahsetmenin pratik bir faydası olmasa gerek. Zira çekişme, artık, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmaması değil; uyuşmazlığın tahkime elverişli bulunup bulunmamasıdır.

⁴⁰⁹ LAZIC, s. 154. Ayrıca bkz. von MEHREN, *The Future of Arbitration*, s. 597.

⁴¹⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 206, 207; LAZIC, s. 155.

⁴¹¹ LAZIC, s. 156-157. Muhtelif örnekler için bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 206, 207.

⁴¹² LAZIC, s. 175.

⁴¹³ LAZIC, s. 195-201.

İflasta, alacaklılar arasındaki eşitlik ve bu eşitliğin tabii sonucu olarak, alacaklıların, alacaklarını ayrıca herhangi bir takip yahut dava usulüne girişmeksizin ancak sıra cetveline göre tahsil edebilecekleri, iflas hukukuna ait, temel ilkelerdendir. Hatta iflasın açıldığı esnada, derdest davaların belli bir süre için duracağı, ancak istisnai olanlar için yargılamaya devam edilebileceği, kamu düzeninin bir gereği olarak da görülmüştür⁴¹⁴. İflas hukukunun kollektif mantığı, birey olarak her bir alacaklının kendi başına, diğer alacaklılardan ayrı ve bağımsız olarak hareket etmesine mânidir; zaten eşitlik de ancak herkes için geçerli, tek bir tahsil prosedürüyle sağlanabilir. Buradan hareketle söz konusu iflas tasfiyesi içinde, yaşanacak sorunların yine tek ve belli bir yer mahkemesince *iflas hukukuna özgü kurallar gözetilerek* hükme bağlanması da söz konusu ilkenin tabii sonuçlarından⁴¹⁵. Şu hâlde, özellikle sıra cetveline itiraz davalarının, *saf iflas hukuku meseleleri* olarak kabulü ve bu nedenle de tahkime elverişli olmadıklarını söylemek kolaylıkla mümkündür⁴¹⁶. Ne var ki, böyle bir sonuç dahi tartışmadan uzak değildir. Zira kesin yetkiye yahut özel görevli mahkemeye ilişkin düzenlemelerin, her hâlde tahkime elverişliliğe mâni olduğu hususu, başlı başına bir çekişme konusudur. Dahası, iflas hukukuna özgü kural ve prensiplerin kamu düzeninden olduğu düşünülse dahi bunların, hakemlerce de gözetilebilmesi, mümkündür. Kaldı ki, hakemlerce verilecek hükmün, gerek iptal davası sırasında, gerekse tanıma-tenfiz kurallarına göre denetimi her hâlükârda, gündeme gelecektir⁴¹⁷. İİK'nın 235. maddesine göre, sıra cetveline itiraz davasını, alacağı reddedilen iflas alacaklılarından biri açabileceği gibi (*kayıt kabul davası*), aynı iflas alacaklısına karşı, bir başka bir iflas alacaklısı da açılabilir (*kayıt terkin davası*) (İİK m. 235/III)⁴¹⁸. Bu noktada, bu iki iflas alacaklısı arasında, iflas alacaklılarından biriyle müflis arasında akdedilen tahkim anlaşmasının geçerli olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Sıra cetveline itiraz yargılamalarında, alacağın esası yanında, sıra cetvelindeki *sirasının* da çekişme konusu edilmesi mümkündür (İİK m. 235/IV)⁴¹⁹. Hakemlerin, saf bir iflas hukuku konusu olan *sıra* hakkında da karar verebileceğini kabul etmek, bir hayli güçtür⁴²⁰. Dahası, iflas idaresince hazırlanan sıra cetveliyle ilgili tüm uyuşmazlıkların tek ve belli bir yerde, merkezîleştirilerek görülmesindeki, kamu menfaati, daha ağır basmaktadır.

⁴¹⁴ LAZIC, s. 238.

⁴¹⁵ LAZIC, s. 245-246; ROSSEL/PRAGER, s. 418 vd.

⁴¹⁶ LAZIC, s. 247; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 207. Ayrıca bkz. MANTILLA-SERRANO, s. 69, 72.

⁴¹⁷ LAZIC, s. 246-247, 275.

⁴¹⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 153; ÖZKAN, s. 464; 19. HD. 1.3.2001, 97/1626 (YKD 2002/4, s. 592, 593).

⁴¹⁹ KURU, *İcra*, C. IV, s.3259.

⁴²⁰ Sıra cetveliyle alakâli *şikâyet* yargılamalarına benzer uyuşmazlıkların, Fransız hukuku bakımından da tahkime elverişli sayılmadıklarına ilişkin bkz. LIEBSCHER, s. 170, 171.

İflâsın açılmasıyla birlikte gündeme gelen ve istisnai durumlar bir yana (İİK m. 194/I, c.2), hukuk davalarının tatiline (İİK m. 194/I, c.1) ilişkin kuralın, derdest tahkim yargılamaları için de geçerli olup olmayacağına üzerinde durmak gerekir. Gerçi, bir adım daha atıldığında, özellikle ülke hukukunda bulunan bu kuralın, milletlerarası tahkim pratiğinde, ülke dışında yürütülmekte olan tahkim yargılamalarına olan etkisi, çözüm bekleyen bir diğer sorun olmaktadır⁴²¹.

Fransız hukukunda, iflas hukukuna ait bazı ilkelerin örneğin, *davaların tatili*, müflisin tasarruf ve davayı takip yetkisini kaybetmesi, iflas tasfiyesi sırasında alacaklılarca ayrıca herhangi bir dava ve takip prosedürünün başlatılmaması ve son olarak alacaklılar arasındaki eşitlik (*ayrıca bkz.* İİK m. 200), hem yerli hem de *milletlerarası kamu düzeninin* bir parçası olarak görülmektedir⁴²². Ancak zaten, NCPC Art. 1465, yine NCPC Art. 369'a, açık bir göndermede bulunarak, iflasın açılmasıyla birlikte gündeme gelen tatil etkisinin, tahkim yargılamaları için de geçerli olacağını düzenlemiştir⁴²³. Alman hukukunda ise tahkime ilişkin kurallardan, ZPO §240 hükmüne, tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi, açık bir göndermede bulunulmuş değildir. Ancak lafzına rağmen, ZPO §240'ın, tahkim yargılamaları için de geçerli olması gerektiği konusunda, haklı kimi nedenlere dayanılmaktadır: Tahkim yargılamasına, tasarruf yetkisini kaybeden müflisin huzurunda devam edilmesi, alacaklıların zararınadır;

⁴²¹ MANTILLA-SERRANO, s. 56-58; ROSSEL/PRAGER, s. 418, 422 vd. Sorun daha ziyade, örneğin İİK'nın 194. maddesine aykırı olarak devam ettirilip tamamlanan bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının, Türk hukukunca tanınması yahut tenfizi istendiğinde, yaşanacaktır. İİK'nın 194. maddesinin ülke dışında da etki göstermesi, hakemlerce de dikkate alınmasının gerektiği söylenemese de bu tip bir hakem kararının ülke içinde, *kolaylıkla* tenfiz edileceği de zannedilmemelidir (LAZIC, s. 250-251). Bu hâlde, muhtemelen üç tenfiz engeli, olacaktır. Bunlardan ilki, 1958 New York Sözleşmesi'nin V, 2, b maddesi; diğeri, V, 2, a maddesi ve üçüncüsü de V, 1, a maddesi kapsamındadır. Tatil etkisinin (*ratio legis* ve işlevi bir yana) milletlerarası kamu düzeninin bir parçası olarak görülmesi, hayli tartışmalıdır. İflâsın açılması ile birlikte, derdest yargılama konusunun tahkime elverişli olmaktan çıkmadığı, yaygın bir biçimde kabul edilmektedir. Ancak, tahkim yargılamasına da, iflasın açılmasından sonra, masa mevcudu üzerinde, tasarruf yetkisini kaybetmiş müflisle devam etmek, olası gözükmemektedir (LIEBSCHER, s. 172). Bu son nedenin, en kuvvetli tenfiz engeli olduğu ileri sürülmüştür. Tatil etkisi, tahkim yargılamasına devam edecek iflas idaresinin (*trustee*) seçilip göreve başlaması için gereken mehili de vermektedir. Bu dönem, aynı zamanda, "*breathing room*" olarak da adlandırılmaktadır. Sözleşme'nin V, 1, a maddesinin sadece tahkim anlaşması yapılırken değil, tahkim yargılamasının devamı esnasında da geçerli olduğu ve bu dönemde de tarafın gereken ehliyete sahip olması gerektiği, kabul edilmektedir (WESTBROOK, s. 604). *Karş. Fotochrome Inc. v. Copal Co.*, 517 F.2d 512 (2d Cir 1975). Bu son davada mahkeme, iflas hukukuyla alakalı kamu düzeni değerlerini, tahkime özellikle de milletlerarası tahkime ilişkin değer yargılarından ve prensiplerden daha üstün görmemiştir. Anılan davada, tahkim yeri Japonya'dadır (SCHWEBEL/LAHNE, s. 222). İlginçtir, aynı sonuca, *République de Côte-d'Ivoire et autre c/société Norbert Beyrard* davasında, *Cour d'appel* Paris de varmıştır. Ancak olayda, tahkim yargılaması Paris'te görülmekte olup iflas yabancı bir ülkede açılmıştır. Söz konusu iflas kararının tahkim yeri Paris olan bir milletlerarası tahkim yargılaması için de *kendiliğinden* etki göstermesi, mümkün görülmemiştir. Buna karşın, iflasın Fransa'da açıldığı, bir davada, *Cour de cassation*, Fransız iflas hukukuna ilişkin hükümleri, hem *domestic* hem de *milletlerarası* kamu düzeninin bir parçası olarak görmüştür. Bu nedenle söz konusu tahkim yargılamasının da *tatil etkisinin* altında kalacağı sonucuna varılmıştır (ROSSEL/PRAGER, s. 428-430; SAMUEL, s. 145). *Ayrıca bkz.* WENGER, s. 355; DELVOLVÉ/ROUCHE /POINTON, s. 109; FOUCHARD /GAILLARD/GOLDMAN, s. 356.

⁴²² LAZIC, s. 253; MANTILLA-SERRANO, s. 57.

⁴²³ ROSSEL/PRAGER, s. 423; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 45, 109.

alacaklılar arasındaki eşitliğe zarar verir ve iflas tasfiyesini zedeler. Bu, sadece iflas idaresinin varlığının inkârı anlamına gelmekle kalmaz; ama aynı zamanda, iflas idaresi oluşana kadar, masanın söz konusu tahkim yargılamasında, usulünce temsil edilmemesi sonucunu doğurur⁴²⁴. Bu konuda, müflisin borçlu ve alacaklı olduğu durumların da birbirlerinden ayrı değerlendirilmesi gerektiği; müflisin borçlu ve davalı olduğu durumlarda, tatil etkisinin tereddütsüz gündeme geleceği savunulmuşsa da⁴²⁵, kanımızca bu konuda bir ayrıma gitmek, özellikle hukukumuz açısından yerinde olmayacaktır.

İİK'nın 194. maddesine göre davaların II. alacaklılar toplanmasının 10 gün sonrasına kadar tatilinde, özel kimi menfaatler bulunmaktadır. Örneğin, yargılamaya devam edilmemesi, iddia edilen alacağın kabulü ve masaya kaydı, söz konusu toplantı sonucunda alınabilecek kararlardandır. Yine, İİK'nın 245. maddesine göre derdest yargılamaya, iflas idaresince değil ama iflas alacaklılardan birisi tarafından devam edilebilmesi de ancak böyle bir toplantı sonucunda gündeme gelebilecektir⁴²⁶. Mahkemeler önünde görülmekte olan davalar için geçerli bu kuralın yine bir yargılama olan ve iflas masası ile diğer tüm iflas alacaklılarını yakından ilgilendiren tahkim için de geçerli olması, mümkündür. Kaldı ki hükmün lafzı, üç noktada bize fazlasıyla yardımcı olmaktadır. Düzenlemede, müflisin davacı yahut davalı olmasına ilişkin bir ayırım getirilmiş değildir; tam aksine, her iki hâlde de tatil etkisi gündeme gelecektir. Üstelik müflisin, *nerede* davacı yahut davalı olacağı da düzenlenmiş, yahut sınırlandırılmış değildir. Müflisin, tahkim yargılamasında (*davasında*) da davacı yahut davalı olması mümkündür. Son olarak tatil etkisinin geçerli olmayacağı durumlar arasında, tahkime yer verilmiş değildir (İİK m. 194/I).

Bu hâlde, özellikle tahkime elverişliliği de yakından ilgilendiren bir diğer ihtimalin de üzerinde durmak gerekir: İflas idaresince davanın devamına karar verildiğinde, söz konusu yargılama, bir *sıra cetveline itiraz davası* olarak görülecek ve sonuçlandırılacaktır. Sıra cetveline itiraz davalarının tahkime elverişli olmadığı kabul edildiğinde ise söz konusu tahkim yargılaması bakımından artık gerçektenden de bir tahkim elverişlilik sorunu, gündeme gelmiş demektir. Örneğin, Fransız hukuku bakımından, tatil etkisinin gözetilmesi ve iflas idaresinin usulünce haberdar edilmesi hâlinde, söz konusu yargılamaya devam etmek, alacağın tahsiline

⁴²⁴ WAGNER, s. 747. Karş. GERHARDT, §33, Rn. 11. Ayrıca bkz. WESTBROOK, s. 604, 607; YEĞENGİL, s. 280; 13. HD. 12.6.1989, 3062/4063, (YKD, 1990/7, s. 1027).

⁴²⁵ LAZIC, s. 254-255, 292; MANTILLA-SERRANO, s. 57, 58.

⁴²⁶ ÜSTÜNDAĞ, s. 77, 78; ÖZKAN, s. 468. Bu hâlde, davayı takip yetkisi devredilen iflas alacaklısının da müflisin yapmış olduğu tahkim anlaşmasıyla bağlı kalacağına ilişkin bkz. ULUOCAK, s. 1001.

hükmetmemek; sadece varlığının ve miktarının tespitiyle yetinmek kaydıyla mümkündür⁴²⁷. Türk hukuku bakımından da, tatil etkisine tabi kalınarak söz konusu tahkim yargılamasına devam etmek mümkün olmalıdır: Bu davada, sıraya alınan ve fakat varlığı/miktarı hakkında karar verilmeyen alacağın sadece varlık ve miktarının tespitiyle yetinileceğinden; alacaklının sıraya ilişkin şikâyetlerini ancak icra mahkemesinde ileri sürmesi mümkün olduğundan; alacaklılar toplanmasında, derdest yargılamaya iflas idaresince devam edilip edilmeyeceği karara bağlanırken, dava hakkında tüm alacaklılar bilgilendirildiğinden; *ya* iflas idaresince *ya* da İİK'nın 245. maddesine göre kendilerine yetki verilen alacaklılar bu davaya devam edeceğinden ve bu kimseler, her hâlde, iflasın açılmasıyla geçerliliğini muhafaza eden tahkim anlaşmasına tabi olduklarından, iflas hukukuna ait kural ve ilkeler gözetildiği sürece, söz konusu yargılamaya hakemlerce devam edilebilmeli; tespit edilen alacak miktarı, iflas idaresince kesinleşen sırasına kaydedilmelidir.

D- Tahkime Elverişliliğin Kendiliğinden Dikkate Alınıp Alınamayacağı Sorunu

Tahkime elverişlilik çoğu zaman, taraflarca, uyuşmazlığın mahkemelerce görülmesinin kendilerince daha iyi olduğu düşüncesinden hareketle iddia edilir. Ancak, tarafların böyle bir iddiayı taşımadığı *veya* bilerek ileri sürmediği *ya da* tarafların henüz böyle bir durumun farkında olmadığı hâller de, söz konusu olabilir. Konu, ilk defa 1110 sayılı ICC davasında tek hakem *Lagergren* tarafından gündeme getirilmiş ve kendi yargı yetkisi hakkında resen aldığı kararda, adaletin usulüne uygun tecellisi ve idaresi için kendi yargı yetkisini sorgulamaktan kaçınamayacağı, sonucuna ulaşmıştır⁴²⁸.

1958 New York Sözleşmesi'ne göre, mahkeme, hükme konu uyuşmazlığın kendi hukukuna göre (resen) tahkime elverişli olmadığı sonucuna ulaşırsa tenfiz talebini, reddeder (New York Sözleşmesi m. V, 2, *a-b*; aynı yönde bkz. Model Kanun m. 34/II, b; 36/I, b; **MTK m. 15/A/II, b. 2**). Oysa bu hüküm, *mahkemelere* yöneliktir. *Hakemlerin*, ilgili ülkenin yargı düzenine ait unsurlar olmadıkları; taraflara karşı geçerli olan, *tenfiz edilebilir bir hüküm verme* yükümlülüklerinin ancak tarafların üzerlerine düşenleri yerine getirdikleri ölçüde geçerli olduğu, düşünülmektedir. Ancak, hakemlerin böyle bir hususu resen dikkate almalarını, *ne*

⁴²⁷ MANTILLA-SERRANO, s. 72, 73; ROSSEL/PRAGER, s. 423; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 53; LIEBSCHER, s. 170. Ayrıca bkz. PARK, *Public Interest*, s. 664. Hollanda hukuku bakımından, sıra cetveline itiraz yargılamalarında, geçerli olan tahkime elverişlilik engeli, sadece iflasın açıldığı esnada, derdest bir davanın bulunmaması durumuyla sınırlıdır. Yani, *vis attractiva concursus* ilkesi, sadece, iflas idaresince reddedilen iflas alacaklılarının açmış olduğu sıra cetveline itiraz davalarıyla sınırlıdır. İflasın açıldığı sırada, derdest yargılamalar, bu kurala tabi değildir. Fransız hukukunda ise sıra cetveline itiraz yargılamaları bakımından, *iflas hukukuna ait ilke ve prensiplerin gözetilmesi kaydıyla* zaten hiçbir tahkime elverişlilik engeli bulunmamaktadır (LAZIC, s. 264 vd; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 208).

⁴²⁸ ICC Case No. 1110, *Argentine engineer v British compnay*, 3(3) Arb Int 1987, s. 222. Ayrıca bkz LEW, *Jurisdiction*, s. 84-85; WETTER, *Corruption*, s. 280, 281; SZURSKI, *Model Law*, s. 75.

ultra petita, yani talep edilmeyen bir şey hakkında karar vermek şeklinde değil (New York Sözleşmesi m. V, 1, c; **MTK m. 15/A, b.1, e**); hukukun vakıalara uygulanması biçiminde, görmek de mümkündür. *Hakemler, her ne kadar ve öncelikle taraflara karşı yükümlülük altına girmişlerse de kamuya yönelik ödevleri de bulunmaktadır*⁴²⁹. Tarafların, her türlü uyuşmazlıklarını, tahkime götürme şeklindeki özgürlükleri, kanun koyucular tarafından ellerinden alınmış; bu konuda *emredici* nitelikte ve çoğu kez *kamu düzeniyle ilgili* hükümler-sınırlamalar, getirilmiştir. *Tahkimin uyuşmazlıkların çözümünde, bir usul olarak başarısı, devletlerin münhasıran mahkemelerince çözümlenmesini istediği meseleler hakkındaki düzenlemelerinin kötüye kullanılmamasını, dolanılmamasını gerektirir*. Ancak zaten, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması, *gerek* tahkim yargılaması süresince *gerekse* hüküm sonrası dönemde ihtiyaç duyulan mahkeme desteğine engeldir⁴³⁰.

⁴²⁹ LEW, *Jurisdiction*, s. 85; von MEHREN, *Conflict of Law*, s. 64.

⁴³⁰ HANOTIAU, s. 154; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 221.

§8 TAHKİMDE SÜREYLE İLGİLİ OLARAK MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ

I- Genel Olarak

Hakemlerin hangi sürede, ne kadarlık bir zaman içinde kararlarını verecekleri meselesi, aynı zamanda, hakemlerin görev sürelerini gösterir ki, bu durum çoğu kez, tahkimin pek çok evresi için geçerli olduğu gibi, taraflar arasında bir anlaşmanın bulunup bulunmadığıyla ilgilidir.

Taraflar arasında, tahkim anlaşmasının yapılması sırasında, yukarıda sözü edildiği türde, *doğrudan* ve *açıkça* bir anlaşmaya varılmamış olabilir. Buna karşın tahkim anlaşmasının, hükmün verilmesi için gerekli asgari süre yönünden, yine de *tamamlanması* mümkündür. Bu durum, karşımıza iki şekilde çıkacaktır: Tahkime uygulanacak hukukun böyle bir belirlemeyi yapmış olması karşısında hakemler, *lex arbitri*'nin düzenlediği şekilde ve sürede kararlarını vermek durumundadırlar. Tahkime (yargılamasına) uygulanacak hukuktan bahsedildiğinde, yine bunun iki şekilde olabileceğinin hatırlanması gerekir. Örneğin tarafların, tahkim usulüne Fransız hukukunun uygulanacağını kararlaştırmış olmaları, NCPC Art. 1456'da düzenlenen, tahkimde süreye ilişkin hükmün, söz konusu tahkim yargılaması için de geçerli olacağı anlamına gelmektedir (*karş. MTK m. 1/II; 10/B; ayrıca bkz. Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1698*). Bir diğer hâlde ise, taraflarca tahkim usulüne uygulanacak *ne* kurallar *ne de* hukuk üzerinde bir belirlemeye gidilememesine rağmen; bu sefer *tahkim yeri hukuku* (*lex loci arbitri*), tahkim usulü üzerinde kendiliğinden geçerli ve bağlayıcı olur (**MTK m. 1/II, 8/A; 10/B**). Taraflar, tahkimin süresi hakkında, doğrudan bir anlaşma yapmamakla birlikte böyle bir kaydı içeren *tahkim kuralları* üzerinde anlaşmış olabilirler. Söz konusu tahkim kuralları, taraflar arasında yapılan bir sözleşme hükmü niteliğinde olacağından, *dolaylı olarak*, süreye ilişkin *tahkim kuralı*, yapılacak tahkim yargılaması için de geçerli olacaktır (ICC Rules Art. 24; *karş. MTK m. 8/A*)⁴³¹.

II- Tahkimde Süre Meselesi

Tahkimin süresine ilişkin, *yani* hakemlerin kararlarını vermesi için tanınan azami süreyle ilgili olarak, özellikle milletlerarası tahkim alanında ve millî tahkim kanunları bağlamında, bir hükmün bulunup bulunması hususunda, her iki duruma da örnek teşkil edecek düzenlemeler, bulunmaktadır.

⁴³¹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 753-755; DERAİNS/SCHWARTZ, s. 281-284.

Fransız hukuku bakımından, iç tahkimler için geçerli olan hükmün (NCPC Art. 1456/I, II), doğrudan ve kendiliğinden milletlerarası tahkimler için de geçerli olacağı, ne 1981 *Reformu* öncesinde ne de sonrasında, hiçbir zaman düşünülmediği gibi, mesele *milletlerarası kamu düzeniyle* de ilişkilendirilmemiştir⁴³². *İç-tahkimde* uygulanan hükme göre, tahkim anlaşmasında ayrıca kararlaştırılmamışsa, hakemlerin görevi, son hakemin ***görevini kabul ettiği tarihten itibaren*** 6 ay sonra sona erer⁴³³. Söz konusu düzenleme, milletlerarası tahkim meselelerinde, kendiliğinden geçerli olmayacak (*karş.* NCPC Art. 1495); ***ancak*** tahkime Fransız hukukunun uygulanacağını kararlaştırılmış olması hâlinde, uygulanabilecektir (NCPC Art. 1493)⁴³⁴.

Milletlerarası tahkim alanında, süreyle ilgili olarak İsviçre hukukunda, benzer bir suskunluk geçerli olup UNCITRAL Model Kanunu da anılan yönde bir hükme yer vermiş değildir (*karş.* Model Kanun m. 14)⁴³⁵. Hollanda hukukunda, aksi kararlaştırılmamışsa *hakemlerin*, hükmün verilmesine ilişkin gereken süreyi kararlaştırmakta serbest oldukları düzenlenerek benzer yöndeki liberal eğilime uyulmuştur (Hollanda CCP Art. 1048)⁴³⁶.

Belçika hukuku yönünden, biraz daha farklı bir düzenlemenin geçerli olduğu görülecektir. Buna göre taraflar, *ilk hakemin görevini kabul ettiği ana kadar*, hükmün verilmesi için gerekli süreyi, *doğrudan* kendileri kararlaştırabilecekleri gibi, bu yönde hüküm içeren tahkim kurallarına da göndermede bulunabilirler (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1698/I). Böyle bir belirlemenin olmaması hâlinde ise hakemlerce henüz bir hükme varılamaması ve bu arada, tüm hakemlerin görevlerini kabul ettikleri tarihten itibaren 6 aylık bir sürenin geçmiş olması durumunda, taraflardan birinin talebi üzerine ilk derece mahkemesi, hakemler için hükmün verilmesiyle ilgili, bir süre belirleyecektir. Mahkemenin bu kararı kesindir (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1698/II). Taraflarca bu sürenin uzatılması konusunda anlaşılamazsa, süre sonunda *hakemlerin görevi* kendiliğinden sona erer (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1698/III). Ancak, tahkim anlaşmasında, hakemlerin ismen belirlenmesi ve söz konusu sürede de hakemlerin bir karara varamamış olması durumunda, ***tahkim anlaşması, taraflarca aksi yönde anlaşılmadığı sürece, ipso jure*** feshedilmiş

⁴³² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 755; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 88, 179. Ayrıca bkz. ULUOCAK, s. 992. *Karş.* YEĞENGİL, s. 306; *Sempozyum*, s. 64, 238; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 237; 15. HD. 19.1.1995, 94-2876/164, (YKD 1995/9, s. 1433, 1434).

⁴³³ Bu hüküm, son hakemin görevini kabul ettiği ana kadar aslında, usulünce teşekkül etmiş bir hakem heyetinin olmadığını teyit etmektedir (NCPC Art. 1452). 1980 Reformu öncesi süre, hem 3 aydı hem de *compromis'in* yani tahkim sözleşmesinin akdedilmesiyle işlemeye başlamaktaydı (CARBONNEAU, *The Reform*, s. 290).

⁴³⁴ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 755-756; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 179; 183.

⁴³⁵ Mesele, daha ziyade, görevini gereği gibi ifa etmeyen hakemin, reddi yahut çekilmesinin temin edilmesi şeklinde ele alınmakta; hayli uzun tahkim yargılamalarına karşı taraflar bu şekilde korunmaya çalışılmaktadır (Model Kanun m. 14/I) (SAMUEL, s. 120). *Karş.* 15. HD. 02.07.1997, 2567/3420 (YKD, 1997/10, s. 1581).

⁴³⁶ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 75.

sayılacaktır (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1698/IV)⁴³⁷. Dikkat edileceği üzere kanunda, asgari bir süre belirlemesi yapılmış değildir; 6 aylık bir sürenin geçmesinin ardından *sadece* taraflarca yapılacak başvuru üzerine, sürenin belirlenmesi imkânı getirilmiştir. Bir başka dikkat çeken husus, taraflarca süreye ilişkin yapılacak belirlemenin ancak ilk hakemin görevini kabul ettiği ana kadar mümkün olabilmesidir. **Yargılamanın devamı esnasında tarafların, hakemlerin görevlerini de ilgilendiren bu konuda, hakemlerden bağımsız olarak, kendi aralarında, bir anlaşmaya varmaları mümkün değildir.**

Millî tahkim kanunları arasında, tahkimde süreye ilişkin oldukça ayrıntılı hükümler içeren bir ülke de İngiltere'dir. Buna göre kanunda, üç ayrı yerde, tahkimde süreye ilişkin hüküm bulunmaktadır: Bunlardan ilki, *tahkime başlamak* için gereken azami sürenin uzatılması hakkındadır (1996 AA §12). Burada uzatılacak olan süre, sadece tahkim için geçeli olmayıp tahkimden önce, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm tekniklerine başvurmak konusunda, azami bir süre karşılaştırılmışsa söz konusu sürenin de bu yolla uzatılması mümkündür (1996 AA §12/I; ayrıca bkz. 9/II). Dahası ***mahkemenin yardımı, sürenin geçmesinden sonra da talep edilebilmektedir.*** Hüküm, emredici nitelikte olup aksini kararlaştırmak, yani mahkeme yardımından vazgeçmek, mümkün değildir; tahkim yeri İngiltere olan her tahkim için kendiliğinden uygulanır (1996 AA §4/I; *Schedule 1*)⁴³⁸.

Diğer bir durum ise bizim de aşına olduğumuz, hakemlerce *hükümün verilmesi* için gerekli azami sürenin uzatılmasıdır (1996 AA §50)⁴³⁹. Aslında, kanunda, herhangi bir süre belirlemesi, yapılmış değildir. Tahkimin, belli bir süreye tabi olması gerektiği de düşünülmemiştir. Düzenlenen yegâne husus, *şayet taraflarca* bu yönde bir süre öngörülmüşse,

⁴³⁷ POSTACIOĞLU, s. 806.

⁴³⁸ HARRIS/PLANTER/ROSE/TECKS, s. 98-103; RUTHERFORD/SIMS, s. 65 vd; MERKIN, s. 43, 44. Ayrıca bkz. HARBST, s. 65. “Any claims or arbitration declaration addressed by any of the parties after six (6) months after completion to be considered null-and void.”, “Taraflardan birinin boşaltmanın tamamlanmasını izleyen 6 aylık süreden sonra ileri süreceği her türlü talep yahut tahkim beyanı, hükümsüz addedilecektir” şeklindeki sözleşme hükümlerine, özellikle de deniz ticaretiyle ilgili uyuşmazlıklarda rastlamak mümkündür. Türk hukukunda, kanuni zaman aşımı sürelerinin kısaltılması ve hatta meselenin hak düşürücü sürelerle bağlanmasının mümkün olmadığı, tartışmanın bir yönünü oluşturmaktadır (ÜSTÜNDAĞ S., İki Farklı Görüş ve Bir İçtihat, İBD 1995/7-8-9, s. 341-359). Ne var ki, bu ve benzeri kayıtlarda, tahkime başvurmak için de süreler getirilmekte; söz konusu (*hak düşürücü*) sürelerin geçmesinin ardından, taraflar arasında, herhangi bir **yargısal çekişmenin** de yaşanması istenmemektedir. Tahkim anlaşmasının süreye bağlanmasının mümkün olması ve fakat sürenin geçmesinin ardından artık sadece mahkemeye başvurulabileceği şeklindeki görüşler (ÜSTÜNDAĞ, s. 938), *kanımızca*, özellikle de bu tip kayıtların taraflar arasında *neden* karşılaştırıldığıyla örtüşmemektedir. Zira aksi düşüncenin kabulü, tahkim kaydı ile devlet yargısının aksini kararlaştıran taraflara, bu sefer sadece sürenin geçmesini bekleyerek tekrar mahkemeye başvurma imkânı tanır. Oysa tahkim anlaşması ile zaten mahkeme yolu, açıkça kapatılmıştır. Bu sefer, bir adım daha atılarak, tahkime başvurmak konusunda da süre sınırı getirilmekte; sürenin geçmesinin ardından taraflar arasında herhangi bir yargısal uyuşmazlığın da yaşanması istenmemektedir. Cevap bekleyen ilk soru, tarafların bahsettiğimiz içerikte anlaşmalarının mümkün olup olmadığıdır. Şayet mümkün ise ikinci soru, sürenin geçmesinin ardından, hak düşümünün gerçekleştiğine kimin (*hakemin mi, mahkemenin mi*), karar vereceğidir.

⁴³⁹ RUTHERFORD/SIMS, s. 168, 170.

söz konusu sürenin kim tarafından, nasıl uzatılacağıdır. Hüküm, tahkim yeri hukukunun emredici normlarından değildir; aksini kararlaştırmak mümkündür (1996 AA §4/II). Bu nedenle taraflar, mahkemenin yardımı yerine başkaca bir usulü, *ayrıca ve açıkça kararlaştırılmış olması hâlinde* belirleyebilirler (*karş.* ICC Rules Art. 24)⁴⁴⁰. Hükme göre, mahkemenin yardımı, gerek taraflarca gerekse *hakemlerce* istenebilecektir (1996 AA §50/II). Sürenin uzatılması şeklindeki bir karar, ancak, aksi hâlde esaslı bir adaletsizliğinin meydana gelecek olması hâlinde verilecektir (1996 AA §50/III)⁴⁴¹. Mahkeme, tahkim süresinin daha ne kadar ve hangi şartlarla uzatılacağına karar verebileceği gibi, uzatılacak sürenin zaten geçmiş olması hâlinde, bu sefer *sürenin uzatılmış sayıldığına* dahi karar verebilir (1996 AA §50/IV; *aynı yönde bkz.* §12/V)⁴⁴². Karar, denetlenmesine izin verilmediği sürece *-leave for appeal-* kesindir (1996 AA §50/V)⁴⁴³.

Üçüncü ve son ihtimal ise *tahkim yargılaması içerisinde*, taraflar arasında kararlaştırılan veya tahkim kanunda yine bu kapsamda öngörülen kimi sürelerin uzatılması hakkındadır (1996 AA §79). İçerik itibariyle düzenleme, öncekilerle büyük ölçüde aynıdır⁴⁴⁴.

Tahkim kuralları arasında, hakemlerin kararlarını verirken uymaları gereken azami süre konusunda, ICC Rules, özel bir önemi haizdir (ICC Rules Art. 24). Zira benzer açıklıktaki bir kurala, *ne* LCIA Rules *ne* AAA International Rules (*karş.* AAA Rules Art. 24) *ne de ad hoc* tahkimler için geçerli UNCITRAL Rules yer vermiştir (*karş.* WIPO Arbitration Rules Art. 63)⁴⁴⁵. ICC Rules içerisinde yer alan bu hüküm ve içeriği, *hem* tahkimin hızla tamamlanmasını sağlamak ve böylece tarafların tahkimden olan beklentisini karşılamak amacındayken *hem de* yine kurallar arasında düzenlendiği üzere, söz konusu sürenin geçirilmiş olması, hakemin görevden alınması konusunda âdeta bir neden, somut kriter kabul edilmektedir (ICC Rules Art. 12/II). Divan, hakemlerin talebi ve hatta kimi hâllerde *kendiliğinden* sürenin uzatılmasına karar verebilmektedir (ICC Rules Art. 24/II)⁴⁴⁶. Hakemlerin kararlarını vermeleri yönünden

⁴⁴⁰ Bu durumda İngiliz mahkemelerinin yargı yetkilerini devre dışı bırakabilmek teorik olarak mümkünse de, söz konusu anlaşmanın ayrıca ve açıkça olması gerekir. Örneğin sürenin uzatılmasına ilişkin taraflarca anlaşılan tahkim kuralları içerisinde salt özel bir usulün bulunması, İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisini bertaraf etmeye yetmemektedir. En güncel örnek ICC Rules Art. 24 olmaktadır ki, bu hâlde dahi İngiliz mahkemelerine başvurmak mümkündür (**HARRIS/PLANTEROSE/TECKS**, s. 253; **MERKIN**, s. 115, 116).

⁴⁴¹ **MERKIN**, s. 116. Bu hüküm, kanunda düzenlenen ve buna benzer diğer kurallar için de geçerlidir (1996 AA §12; 50/III, 79/III). Hüküm, başvurunun *hakemlerden* gelmesi hâlinde, daha esnek yorumlanmaktadır (**LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 372).

⁴⁴² **MERKIN**, s. 116.

⁴⁴³ **HARRIS/PLANTEROSE/TECKS**, s. 251- 253; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 371, 372.

⁴⁴⁴ **MERKIN**, s. 161, 162. Böyle bir hükme, kanunda zaten yer verildiğine göre, bir de, hakemlerin kararlarını vermeleri için gerekli azami sürenin uzatılması konusunda, ayrı bir düzenlemeye (1996 AA §50) neden ihtiyaç duyulduğunun anlaşlamadığı, ileri sürülmüştür (**HARRIS/PLANTEROSE/TECKS**, s. 252; 370-373).

⁴⁴⁵ Süreye ilişkin düzenlemenin tarihi gelişimi için de bkz. **DERAINS/SCHWARTZ**, s. 281-282.

⁴⁴⁶ Gerçi Divan, çoğu kez, sürenin uzatılmasına karar vermekle eleştirilmekte ise de tahkimin, esasa ilişkin bir kararla sona erdirilmesinin temini yönünden, bu şekilde bir karar vermek, kaçınılmaz olmaktadır. Özellikle,

geçerli azami süre, altı aydır. Sürenin taraflarca *daha kısa* olarak belirlenmesi mümkündür (*karş.* ICC Rules Art. 32/I, II).

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda meselenin düzenlenmesine gelince (**MTK m. 10/B/I, II**): Söz konusu kanuna tabi tahkim yargılamaları, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, belli bir süreyle (1 yıl) sınırlıdır⁴⁴⁷. Öncelikle burada, “*Taraflar aksini kararlaştırmadıkça...*” şeklindeki ifadenin neye yönelik olduğunun belirlenmesi gerekecektir. Örneğin taraflar, tahkim yargılamalarının hiçbir süreye bağlı olmamasını, doğrudan veya dolaylı olarak kararlaştırabilecekler midir? Yoksa, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri konu, sadece bulunması zorunlu olan bir sürenin ancak ne kadar olabileceği midir? Bu konu, aşağıda tekrar ele alınmaya çalışılacaktır.

Sürenin başlangıç anı, tek veya birden fazla hakemin bulunması ihtimaline göre düzenlenmiştir (*karş.* HUMK m. 529). Tek hakemli davalarda, hakemin *seçildiği andan*; birden fazla hakemin bulunduğu davalarda ise ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren söz konusu süre işlemeye başlayacaktır (*karş.* NCP Art. 1456/I; ICC Rules Art. 24/I). Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine, Asliye Hukuk Mahkemesi'nce uzatılabilir. Başvurunun *hakemlerce de yapılabilmesi olasılığı*, düzenlenmiş değildir (*karş.* 1996 AA §50). Mahkemenin kararı kesindir; sürenin sona ermesiyle yargılama da sona erer (*karş.* **MTK m. 13/B/I, b. 4; 15/A/II, b. 1, c**).

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden, özellikle tahkimin süresiyle ilgili olarak taraflarca neler yapılabileceğinin üzerinde durmak gerekir. Hükme göre, aksi kararlaştırılmadığı sürece, kanunda öngörülen tarihten itibaren bir yıl içinde, hakemlerce karar verilmesi gerekir; bu süre, tarafların *anlaşmasıyla* uzatılabilir (**MTK m. 10/B/II**).

Çözüm bekleyen soru, şu şekilde formüle edilebilir: *Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun geçerli olduğu bir meselede, tarafların örneğin LCIA Rules üzerinde de anlaşmaları hâlinde, söz konusu tahkim kuralları bakımından tahkimde süreye ilişkin bir belirleme olmamasına rağmen Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B/I maddesinin her hâlükârda uygulanması gerekecek midir? Soru, tarafların tahkimleri yönünden geçerli bir sürenin bulunmamasını istemek, bunu kararlaştırmak haklarının olup olmadığıyla ilgilidir. Kanımızca yukarıdaki soruya verilecek cevap, olumsuzdur. Zira aynı kanununun 8/A. maddesiyle çok açık bir biçimde,*

hakemlerin reddine (ICC Rules Art. 11) veya görevlerinin sona ermesine karar verildiğinde (ICC Rules Art. 12/III), sürenin de uzatılmasına karar vermek, çoğu kez zorunludur (**DERAINS/SCHWARTZ**, s. 283-284). İleri sürüldüğü şekliyle Divan'ın kendiliğinden alacağı bu yöndeki kararlar bakımından, tarafların dinlemesi gerekli olmadığı gibi, verilen kararlar yargısal değil; idari nitelikte olduğundan, gerekçe de içermemektedir (**FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 754).

⁴⁴⁷ İç-yerli tahkimde geçerli HUMK m. 529'un niteliği konusunda bkz. **ÖZBAY**, s. 117-121.

kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla tahkim usulünün serbestçe belirlenebileceği düzenlenmiştir. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi, taraflarca, tahkimde süreye ilişkin hiçbir hükmün bulunmadığı tahkim kuralları üzerinde anlaşmış olmasına rağmen, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B/I maddesinin yine de uygulanacağını kabulü, ancak bu hükmün *lex loci arbitri*'nin emredici normlarından olduğunun tespiti ile mümkündür⁴⁴⁸. Oysa milletlerarası tahkimle ilgili mehzazlarımız olan ne UNCITRAL Model Kanunu'nda ne İsviçre hukukunda bu yönde bir hüküm, bulunmaktadır. Konuya ilişkin açık düzenleme bulunan Fransız hukuku yönünden ise iç (yerli) tahkim için geçerli söz konusu hükmün, *kural olarak*, milletlerarası tahkimde geçerli olmayacağı, kabul edilmektedir. ***Kanaatimizce benzer bir durum, bizler için de geçerlidir.*** Tahkimde süreye ilişkin bir düzenleme, milletlerarası tahkim uygulamasında, millî tahkim kanunları düzeyinde, sıkça kabul edilen bir husus değildir. Hükmün bu hâliyle ICC Rules Art. 24 ile de bir tutulmaması gerekir. Zira anılan kural, ancak tarafların açıkça ICC Rules üzerinde anlaşmış olmaları hâlinde geçerli olacak, yürürlük kazanacaktır. Oysa tahkim yerinin Türkiye olduğu, milletlerarası tahkim yargılamaları bakımından (MTK m. 1/II) kanunun ilgili hükmünün (emredici niteliği gereği) kendiliğinden ve ***belki de tarafların rızası hilâfına***, uygulanması düşünülebilir ki, tartışmalı olan saha, burasıdır.

Mesele, tahkim yerini Türkiye olarak seçen milletlerarası tahkimin taraflarının, yargılamaya uygulanacak kurullarla ilgili zaten bir belirlemede bulunmuş ve bu yolla tahkimde herhangi bir süreyi istemediklerini ***açıkça*** ifade etmiş olmalarına rağmen, anılan hükmü, tahkim yeri millî hukukunun emredici bir normu olarak kabul edip ***tarafların belki de beklentileriyle çelişmek pahasına***, söz konusu tahkim yargılaması için geçerli saymanın mümkün olup olmadığıyla (gerekip gerekmediğiyle) ilgilidir⁴⁴⁹. Kaldı ki kanun koyucu, hükme

⁴⁴⁸ İç/yerli tahkim yönünden bkz. 15. HD. 02.7.1997, 2567/3420 (YKD 1997/10, s. 1581 vd); Ayrıca bkz. ÖZBAY, s. 119, 120. Karş. TANRIVER, *Kamu Düzeni*, s. 490.

⁴⁴⁹ Bir milletlerarası tahkim yargılamasına (*tahkim usulüne*), Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanacağını kararlaştırılması (MTK m. 1/II), taraflarca, kanunun 10/B/I maddesinin, tahkim yargılamaları için zaten ***açıkça*** geçerli olmasının istendiği anlamına gelmektedir ki, bu durumun, üzerinde çalıştığımız örnekle bir ilgisi bulunmamaktadır. Kanunun uygulama alanıyla da ilgili olarak esasen, üç olasılık gündemdedir: a) Milletlerarası tahkimin taraflarınca sadece tahkim yerinin İzmir olacağına ilişkin bir belirleme yapılmışsa bu hâlde, kanunun 10/B maddesinin doğrudan ve kendiliğinden; belki de tarafların rızası hilâfına (***örneğin taraflarca sadece LCIA Kurallarının uygulanacağını kararlaştırılmış olması hâlinde***) uygulanıp uygulanmayacağı meselesi, yukarıda değerlendirilmiştir. b) Taraflar, sadece tahkim usulüne uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu seçmekle kalmazlar; ama aynı zamanda, tahkim yerini de Türkiye olarak belirlerler. Bu hâlde, tahkim yeri Türkiye olduğundan zaten Milletlerarası Tahkim Kanunu söz konusu tahkim yargılaması için geçerlidir ki (MTK m. 1/II), tarafların ayrıca, tahkim usulüne de Türk hukukunun uygulanacağını kararlaştırmış olmaları karşısında, artık, ***yukarıda dile getirdiğimiz, tarafların beklentisiyle ilgili endişeyi gereksiz kılacaktır.*** Bu durumda, Kanunun 10/B. maddesi, her hâlükârda ve özellikle ***tarafların da ortak iradelerinin bir ürünü olarak*** kendisine uygulama alanı bulacaktır. c) Tahkim yerinin Berlin olduğunu kabul edelim. Öncelikle, tarafların tahkim usulüne Türk hukukunun uygulanacağını kararlaştırmış olmalarının, Türk hukuku ve Alman hukuku yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, Alman hukuku yönünden, taraflarca böyle bir seçimin yapılması, mümkündür

“*Taraflar aksini kararlaştırmadıkça...*” şeklinde başlayarak düzenlenen meselenin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bir alan olduğunu kabul etmiş gözükmektedir. En azından, taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği husus, sadece *sürenin uzunluğu* değildir; şayet böyle olması istenseydi, kanun metninin şu şekilde kaleme alınması beklenirdi: “Tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren *taraflar aksini kararlaştırmadıkça* bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir...”⁴⁵⁰. Öyleyse tarafların aksi yöndeki belirlemeleri, tahkimdeki sürenin *altı ay* (ICC Rules Art. 24/I) veya örneğin *iki yıl* olarak uygulanması olabileceği gibi, tahkimin LCIA Rules veya UNCITRAL Rules’a tabi olması nedeniyle hiçbir sürenin geçerli olmaması şeklinde de olabilir. Tahkimde süreyle ilgili, olası bir tasarrufun sadece tek yönlü olabileceğini; yani, kanundakinden daha kısa veya daha uzun; ama mutlaka süreye ilişkin bir belirlemenin olması gerektiğini düşünmek, makul değildir; zaten bu nedenle de milletlerarası tahkime ilişkin mukayese edilebilecek bir örnek, bulunamamaktadır (*karş.* Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1698)⁴⁵¹.

Bu noktada, *yerli (iç) tahkim* için geçerli kural ve *içtihatların*, milletlerarası tahkim için de aynen geçerli olması beklenmemelidir (*karş.* HUMK. m. 529; **MTK m. 17/I**). Aksi, millî tahkim kanununun (*lex loci arbitri*’nin), milletlerarası tahkim uygulaması üzerinde, tarafların iradesiyle çatışan, aşkın, bu nedenle de olumsuz bir müdahalesi olarak görülebilir. ***Tahkimin bir süreye tabi kılınması gerektiği fikrindeki ısrar***, şayet temellerini, yine tarafların *makul sürede yargılanmalarıyla* ilgili yargısal temel haktan alıyorsa, *tahkimin belli bir süreye tabi olmaması şeklindeki tasarrufun* da her zaman, söz konusu yargısal temel hakkı ihlal ettiği

ve geçerlidir (ZPO § 1042/III). Taraflar arasındaki bu tip bir anlaşma, tahkim anlaşmasından daha değerli ve etkin de değildir. *Mülkîlik ilkesini* kabul eden Alman hukuku için, tahkime uygulanacak hukuk (*lex arbitri*), tahkim yeri hukuku olan (*lex loci arbitri*) Alman hukukudur (ZPO §1025/I). Tahkimde süre belirlemesi yapıldığına göre; sürenin uzatılması, süreye uyulmaması, hakemlerin sürenin geçmiş olması hâlindeki yargı yetkisi ve şayet verilmişse hükmün bu nedenle iptal edilip edilmeyeceği, hep Alman hukukunun meseleleridir. Ne var ki bu sorun, *Türk hukukunu ve mahkemelerini de yakından ilgilendirmektedir*. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden sadece mülkîlik ilkesi değil; ama aynı zamanda *kısıtlı bir irade teorisi* de kabul edildiğinden, tahkim yeri Berlin olan ve fakat tahkime Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun uygulanacağı kararlaştırılmış böyle bir milletlerarası tahkim meselesinde (**MTK m. 1/II**), Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunmaktadır (**MTK m. 3/I**) ve taraflardan birinin Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 10/B/II. maddesine göre sürenin uzatılmasını ve hatta süresinden sonra verilen böyle bir hükmün Türk mahkemelerinden iptalini, Berlin *Kammergericht* yanında (ZPO §1062) ayrıca talep etmesi mümkündür. ***Süreye ilişkin kaydı içeren millî kanun, taraflarca açıkça seçildiğinden, bu hükmün uygulanacak olmasının tarafların beklentisi ile çelişip çelişmediğinin artık bir önemi kalmamaktadır.***

⁴⁵⁰ Gerçi, özellikle hükmün ikinci fıkrasının lafzı (**MTK m. 10/B/II**), kanuna tabi tahkim yargılamaları yönünden, herhangi bir sürenin geçerli olmayabileceği yorumuna pek açık gözükmemektedir. Zira aksi durumun geçerli olması hâlinde, kanun metninin “*Şayet kararlaştırılmışsa, tahkim süresi...*” şeklinde, kaleme alınması gerekirdi.

⁴⁵¹ *Karş.* AKINCI, s. 121.

düşünülmemelidir. Zira en basitinden tarafın, gecikmeye sebebiyet veren hakemin yetkisinin sona erdirilmesini sağlaması, mümkündür (Model Kanun m. 14/I; **MTK m. 7/F/I**)⁴⁵².

Bu arada, özellikle Belçika hukukundaki hükmün bir özelliğine işaret etmek gerekir: Sürenin geçmiş ve fakat henüz hakem kararının da verilmemiş olması durumunda, *tahkimin akıbetine ilişkin olarak gerçekleşecekler*, bir hayli ilginçtir. Örneğin, böyle bir durumda, sürenin geçmesi, sadece hakemlerin görevine son verirken, **yani tahkim anlaşması ve sonradan seçilen hakemlerin yargı yetkisi devam etmekteyken; taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının da sona ermesi**; yani artık uyuşmazlığın ancak mahkemeler aracılığıyla çözümlenebilmesi (*ayrıca bkz.* 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX), ancak, tahkim anlaşmasında hakemlerin de ismen belirlenmiş olması hâlinde gündeme gelecektir (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1698/IV; *karş.* **MTK m. 13/B/I, b. 4; 15/A/II, b. 1, c**). Türk hukukunda olan ve tarafların tahkim iradesiyle çelişmesi muhtemel durum ise sürenin geçmiş olması hâlinde, *doğrudan*, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçersiz sayılarak hakemlerin yargı yetkilerinin ellerinden alınmasıdır. Tahkim yeri millî hukukunun tarafları böyle bir sonuca mecbur etmesinin mümkün olup olmadığı; şayet mümkünse de uygun düşüp düşmediği, çözmeye çalıştığımız sorunun da cevabını oluşturmaktadır.

Yukarıdaki sorunun bir özelliği vardır. Orada, tahkim anlaşmasının tarafları, tahkimde süreye ilişkin herhangi bir kayıt içermeyen kimi tahkim kuralları üzerinde ayrıca ve açıkça anlaşmaktadırlar. Böyle bir anlaşmaya, öncelikle *lex loci arbitri*'nin kendisi izin vermektedir (**MTK m. 8/A**). Sorun, *lex loci arbitri*'nin bazı hükümlerinin, nitelikleri gereği, taraflar arasındaki bu tip özel anlaşmalara rağmen, yine de uygulanıp uygulanmayacağıdır. Oysa kurumsal tahkimin öngörülmediği durumların çoğunda, yani *ad hoc* tahkimlerde, taraflarca tahkim yargılamasına ilişkin herhangi bir belirlemeye gidilmediğinden, *lex loci arbitri*, âdeta tek başına, *lex arbitri*'yi oluşturmaktadır. *Artık, üzerinde durulması gereken soru*, önceden de değindiğimiz üzere, salt tahkim yerini İzmir olarak seçen Yunan ve Gürcü tarafların tahkimlerinde, *bir yıllık sürenin*, hiç de ummadıkları ve çoğu hâlde de bilmedikleri bir biçimde, geçerli olup olmayacağıdır. Aslında, konunun üzerinde etraflıca durmaya da gerek yoktur. Zira taraflarca, aksi de kararlaştırılmadığı sürece, *en azından bu konuda suskun kalınarak*, tahkim yerinin İzmir olarak seçilmesi, kanunun **milletlerarası tahkim pratiğine aykırı, en azından onunla uyum içinde olmayan** bu hükmünün de uygulanmasına neden olmaktadır⁴⁵³.

⁴⁵² *Ayrıca bkz.* § 4, II, D.

⁴⁵³ *Ayrıca bkz.* §1, I, E.

Tahkim yeri hukukunun kendine has; tarafların iradesiyle ve beklentileriyle örtüşmeyen; milletlerarası tahkim pratiğiyle uyumsuz hükümlerine karşı verilen savaş, geçen yüzyılda yaşanmış ve UNCITRAL Model Kanunu ile diğer *modern* tahkim kanunlarının galibiyeti ile sonuçlanmışsa da Türkiye için bu mücadelenin galibi, kanunun 10/B/I; II maddesidir.

III- Tahkim Süresinin Başlangıcı

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, sürenin başladığı an, tek hakemli davalarda, *hakemin seçildiği*; birden fazla hakemin bulunduğu durumlarda ise *ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarih* olarak belirlenmiştir (MTK m. 10/B/I; karş. HUMK m. 529)⁴⁵⁴. Oysa Fransız hukuku yönünden süre, herhangi bir ayrıma gidilmeksizin; belki buna da gerek kalmaksızın, son hakemin *görevi kabul ettiği* andan itibaren başlamaktadır (NCPC 1456/I; *benzer yönde bkz.* Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1698/II; karş. ICC Rules Art. 24).

Tahkim süresi, hakemin kararını vermesi için kendisine tanınan, azami süredir. Kararın bu sürede veril(e)memesi, sürenin de uzatılmayarak uyuşmazlığın, *en azından Türk hukuku yönünden*, mahkemeler önünde baştan görülmesi, taraflarla hakemler arasında yapılan hakemlik sözleşmesi gereğince bir sorumluluk nedenidir⁴⁵⁵. Hakemin ileride sorumluluğuna neden olacak bir meseleden haberdar edilmiş olması; sürenin de bu andan itibaren başlatılması daha doğrudur. Bu anlamda, birden fazla hakemin bulunduğu hâllerde, sürenin başlaması için kabul edilen ilk toplantı tarihi (*benzer hüküm için bkz.* ICC Rules Art. 24/I), mukayeseli düzenlemelerden daha geç bir ana denk gelmesine *ve başkaca sorunları beraberinde getirmesine karşın* (NCPC Art. 1456/I; Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1698/II), yerindedir. Böylelikle hakemler, tahkim yargılaması için gerekli *azami sürenin* işleyişi ve sorumlulukları konusunda, ***tam bir bilgi sahibidirler***⁴⁵⁶.

Tek hakemli tahkim yargılamaları yönünden, kanunun düzenlemiş olduğu “...*hakemin seçildiği*...” anının, üzerinde durmak gerekir (MTK m. 10/B/I)⁴⁵⁷. Kanımızca, hükmün yorumu şu şekilde olmalıdır: Süre, şayet tek hakem, taraflarca seçilmiş ise hakemin görevi kabul ettiği andan itibaren; mahkeme tarafından atanmış ise mahkeme kararının hakem olarak atanan kimseye tebliğinden itibaren işletilmelidir. Özellikle, tek hakemin mahkeme tarafından atanması hâlinde, aksi bir düşüncenin kabulü durumunda, mahkeme kararının atanan hakeme tebliğ edilmediği her an, tahkim süresi işleyecek ve fakat bundan habersiz olan hakem ise

⁴⁵⁴ HUMK m. 529 kapsamındaki eleştirileri için bkz. ÖZBAY, s. 123.

⁴⁵⁵ TAŞKIN, s. 139-146.

⁴⁵⁶ Karş. Sempozyum, s. 254.

⁴⁵⁷ HUMK. m. 529 kapsamındaki görüşler için bkz. ALANGOYA, s. 206; ÖZBAY, s. 125; DAYINLARLI, s. 103, 104. Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki düzenlemeye yönelik eleştirisi için bkz. KALPSÜZ, *Seminer*, s. 23, 24.

yargılamayla ilgili hiçbir iş yap(a)mamış olacaktır⁴⁵⁸; böyle bir durumda, geçen süre nedeniyle hakemi sorumlu tutmak da mümkün olmasa gerekir. Kaldı ki, sürenin bu şekilde, *boşa geçmesine neden olacak bir yorum da* her hâlükârda, kanunun düzenleniş amacıyla çelişecektir. Anılan süre, yargılamaya dair hiçbir işlemin yapılmaksızın boşa geçirilmesi için düzenlenmiş değildir; tam aksine, *tahkim yargılamasının hızla tamamlanıp uyuşmazlığın karara bağlanması içindir*. Bu durumda, hiç şüphesiz ki, hukuken ve fiilen, hakemliği kabul eden veya hakem olarak atandığını bilen bir kimseye ihtiyaç vardır. Kanunun ilgili hükmünün, sürenin başlangıç anıyla ilgili olarak, birden fazla hakemin bulunduğu tahkim yargılamalarına kıyasen tek hakemin hazırladığı tensip zaptı tarihi şeklinde yorumlanması, kanımızca mümkün değildir. **Tek hakemin seçildiği anı**, lafzına *olabildiğince* uygun ve aynı zamanda amaçsal bir yoruma tabi tutarak mukayeseli hukuktaki düzenlemelere benzer bir biçimde, **görevin kabul edildiği an** (*görevden haberdar olduğu an*) şeklinde yorumlamak daha uygundur. Bu hâlde, tek hakemli yargılamalarla birden fazla hakemli yargılamalar arasındaki paralellik bozulacaksa da; aksi hâlde, kanunun açık lafzına rağmen bir yorumun gerçekleştirilmiş olacağı da muhakkaktır⁴⁵⁹.

IV- Tahkim Süresinin Uzatılması

Taraflar arasındaki tahkimin belli bir süreye tabi olması durumunda, çözümü gerekli iki soru, karşımıza çıkacaktır: Sürenin uzatılması mümkün müdür? Mümkünse, *kim-kimler* tarafından ve *nasıl*? Süreye uyulmaması hâlinde tahkimin akıbeti ne olacaktır⁴⁶⁰?

Öğretide de kabul edildiği üzere, böyle bir sürenin öncelikle taraflarca *anlaşarak* uzatılması, mümkündür. Söz konusu anlaşma açık olabileceği gibi *zımni* de olabilir (*karş. HUMK m. 529*)⁴⁶¹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B maddesinin uygulandığı bir tahkim yargılamasında da sürenin uzatılması, tarafların anlaşması ile mümkündür. *Kanımızca*, söz konusu anlaşma, **açıkça** yapılabileceği gibi, tıpkı Fransız hukukunda geçerli olduğu üzere **zımnen** de gerçekleşebilir. Zira kanunda, anlaşmanın ancak nasıl yapılması gerektiğine ilişkin bir kayda yer verilmiş değildir (*karş. HUMK m. 529*)⁴⁶². Sürenin sona ermesine karşın taraflarca yargılamaya devam edilmesi, sürenin zımnen de olsa uzatıldığı, hakemlerden

⁴⁵⁸ KALPSÜZ, *Seminer*, s. 23, 24.

⁴⁵⁹ *Karş. KALPSÜZ, Seminer*, s. 24. Ayrıca bkz. AKINCI, s. 122.

⁴⁶⁰ *Karş. 19 HD. 19.03.1998, 585/2013, (YKD 1999/2, s. 224).*

⁴⁶¹ FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 757. Tarafların, *sürenin uzatılmayacağını; mahkemeden süre uzatımının istenmeyeceğini* kararlaştırmalarının mümkün olduğuna ilişkin bkz. 15. HD. 4.5.1976, 4227/2044, (YKD 1977/11, s. 1594-1596); KURU, s. 6066; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, *Tasarı*, s. 229.

⁴⁶² HUMK m. 529/III bağlamındaki görüşler için bkz. ÖZBAY, s. 130.

yargılama devam edilmesinin istendiği şekilde, yorumlanabilir (MTK m. 7/H/III). Bu hâlde, tahkim süresinin süresiz bir hâle geleceği ise artık eleştiri konusu olmamalıdır. Zira tarafların, milletlerarası nitelikteki tahkimleri için bir süre belirlemesi, gerekmemektedir. Bu nedenle de iç tahkime ilişkin görüş ve içtihatların artık geçerli olması beklenmemelidir.

Taraflardan birinin, sürenin sona ermesinin ardından, hakemler nezdinde, *hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili bir itirazda* bulunması hâlinde ise artık taraflar arasında, zımmen de olsa bir anlaşmanın bulunduğu veya kurulduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Hakemlerin yargı yetkisine yönelik taraflarca yapılan itirazın süresinde olup olmadığı hususunun takdiri, öncelikle hakemlere ait olup söz konusu itirazın süresinde yapılmadığı kanaatine varıldığında bu, aynı zamanda, sürenin (*belirsiz bir süreyle de olsa*) uzatıldığı anlamına gelecektir.

Hakemlerce, sürenin sona ermiş olması nedeniyle *yapılan itiraz üzerine*, kendi yetkileri hakkında bir karar verinceye kadar, tarafların *her zaman* sürenin uzatılmasına ilişkin bir anlaşmaya varmaları da mümkündür. Bu hâlde, önceki içtihatların etkisiyle sürenin sona ermesinden sonra, geçmişe etkili olarak taraflarca sürenin uzatılmayacağı fikrinin, milletlerarası tahkim için bir geçerliliği kalmamıştır. Zira artık, hakemlerin yargı yetkisi meselesi, bizzat hakemlerin kendilerince incelenmekte olup verilen karar, doğal olarak, sürenin bittiği tarihten itibaren geçerlidir; yani geçmişe etkilidir. Dahası, taraflarca yargılamaya *itirazsız devam edilseydi* bu, zımmen sürenin uzatıldığı; hakemlerin yargı yetkisinin –*sürenin bitmiş olmasına rağmen*- benimsendiği anlamına gelecekti. O hâlde, tarafların, sürenin sona ermesine rağmen, zımmen zaten yapabileceklerini, artık *açıkça* yapabilmeleri konusunda bir engel çıkarılmamalıdır.

Model Kanunu'nun 4. maddesinin “Tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir kanun hükmünün veya tahkim anlaşmasının herhangi bir kaydının gereğinin yerine getirilmediğini bilen taraf, buna gecikmeksizin yahut süresinde herhangi bir itirazda bulunmaksızın yargılama devam ederse, söz konusu itiraz hakkından vazgeçmiş sayılır.” (*I. Taslak m. 4*), kanunumuza alınmamış olmasının, bu aşamada, bir eksiklik olduğunu söylemek, mümkündür (*ayrıca bkz. ZPO §1027; 1996 AA §73; PIL Art. 186/II*). Anılan hükme göre, örneğin, tahkim süresine ilişkin taraflarca yapılan anlaşmaya rağmen, yargılamaya devam edilmesi ve özellikle taraflardan birinin bu hâlde *derhâl* itirazda bulunmaması hâlinde, ilgili taraf, söz konusu meseleye ilişkin itiraz hakkından feragat etmiş sayılacaktı. Bu hâliyle hüküm, *aslında*, (usulî) dürüstlük kuralının özel ve somut bir örneğini teşkil etmektedir (*karş. UNCITRAL Rules Art. 30*)⁴⁶³.

⁴⁶³ UNCITRAL Model Kanunu'ndaki düzenleme, (Model Kanun m. 4; *ayrıca bkz. ICC Rules Art. 33; LCIA Rules Art. 32*), tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri meselelerle ilgili olup *derhâl itiraza*

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden ise özellikle hakemlerin yargı yetkisine ilişkin düzenlemelerden hareketle de aynı sonuca varmak mümkündür (MTK m. 7/H/III). *Tahkim süresinin sona ermesi ile birlikte, tahkim anlaşması, uyuşmazlık konusuyla sınırlı olarak geçersiz kalmakta ve hakemlerin uyuşmazlık üzerindeki yargı yetkileri sona ermektedir* (MTK m. 10/B/II). *Süresinden sonra verilen, şayet varsa bir kararın, iptali de mümkündür* (MTK m. 15/A/II, b.1, c) . Esasen bu, bir *competence-competence* meselesidir. Hakemlerin yetkilerini aştığı hususunun da taraflarca derhâl ileri sürülmesi gerekir (MTK m. 7/H/III; ayrıca bkz. Model Kanun m. 16/II; ZPO §1040/II; 1996 AA §31/II). Sürenin geçmiş olmasına rağmen taraflardan birinin, hakemlerin yargı yetkisine *derhâl* itirazda bulunmaması hâlinde, (*hakemlerin yargı yetkileri konusunda resen bir karar vermeleri, kural olarak mümkün değildir*) -olası bir gecikmiş itirazın reddi (*karş. MTK m. 7/H/IV*) ile- yargılamanın kaldığı yerden devamı gerekeceğinden bu durum, *aynı zamanda*, zımnen de olsa, taraflar arasındaki tahkim süresinin uzatılması şeklinde, değerlendirilecektir⁴⁶⁴. Bütün bu nedenlerle: Süresinin sona ermesinden sonra da tarafların açıkça veya *zımnen* (MTK m. 7/H/III; *karş.* HUMK m. 519; 529) tahkim süresi konusunda anlaşmaya varmaları, mümkündür. Bu son hâlde, tahkim süresi, zorunlu olarak *belirsiz* kalacaktır⁴⁶⁵. Kaldı ki, söz konusu hükmün, tahkim yeri hukukunun emredici normlarından sayılması da mümkün değildir; yani, tarafların daha baştan, tahkimde süreye ilişkin herhangi bir belirleme yapmaları gerekmez.

Öğretide de ileri sürüldüğü üzere, hakemlerin bizzat kendilerinin, tahkim süresini uzatmaları mümkün değildir; böyle bir yetki sadece taraflara tanınmıştır⁴⁶⁶.

uğramayan uygulama, âdeti taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının bir parçası veya değiştirilmiş yeni hâli olarak kabul edilmektedir (aynı yönde bkz. *Tasarı* m. 413). Hükmün etkisi, sadece tahkim yargılamalarıyla sınırlı olmayıp özellikle hakem kararlarının iptali ve hatta tenfizi noktasında da görülmektedir (Model Kanun m. 34, 36) (ROTH, s. 1179-1181; BINDER, s. 34-42; BROCHES, *Commentary*, s. 30-31). Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 100.

⁴⁶⁴ İç/yerli tahkime ilişkin değerlendirmeleri için bkz. ÖZBAY, s. 149. Hakemlerin yargı yetkisine karşı yapılacak itirazın derhâl ileri sürülmemesine rağmen; anılan sorunun yine de bir iptal sebebi sayılıp sayılmayacağına ilişkin olarak, öğretide, artık anılan sebebe dayanılarak hükmün iptal edilemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür (EKŞİ, s. 331). Söz konusu düşünceye tümüyle iştirak etmekle birlikte, bunun bir istisnası olduğunu da belirtmek gerekir. Objektif tahkime elverişliliğe ilişkin meselelerin, gerek hakemlerce gerekse mahkemelerce kendiliğinden dikkate alınması gerekeceğinden, bu hâlde, hakemlerin yargı yetkisine ilişkin olarak derhâl bir itirazda bulunulmaması, aynı hakemlere herhangi bir yargı yetkisi kazandırmaz; hükmün yine de iptali mümkündür. Şu hâlde, yanıtlanması gereken soru şudur: Tahkimde süreye ilişkin MTK'nın 10/B/I maddesi ile objektif tahkime elverişliliğe ilişkin 1/IV. maddesinin hukuki nitelikleri aynı olabilir mi? Bir başka ifadeyle her iki hüküm de, tahkim yeri hukukunun (*lex loci arbitri*) yabancı unsurlu meselelerde, doğrudan uygulanması gereken emredici normu mudur?

⁴⁶⁵ İç/yerli tahkimde, uzatılan sürenin de belirli olması gerektiğine ilişkin görüşleri için bkz. KURU, s. 6061; ÖZBAY, s. 131; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 634; DAYINLARLI, s. 107, 108; 15. HD. 19.1.1995, 94-2876/164, (YKD 1995/9, s. 1433, 1434). Ayrıca bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 659.

⁴⁶⁶ Bu durum, Fransız hukuku yönünden tahkimin sözleşmesel niteliğinin sadece doğal bir sonucu olmayıp aynı zamanda gerek *milli* gerekse *milletlerarası kamu düzeninin* de bir parçasıdır. Süresinden sonra verilen hükmün, söz konusu sürenin taraflarca da uzatılmamış olması hâlinde, (*ki bu durumda, hakemlerin yargı yetkisine derhâl*

Taraflar arasında *tahkim süresinin sona ermesinden önce*, sürenin uzatılmasına ilişkin bir anlaşmaya varılamaması hâlinde ne olacağı, özellikle tahkim yeri mahkemelerinin rolünü gündeme getirmektedir. Hukukumuzda, bu durumda, Asliye Hukuk Mahkemesi'ne (MTK m. 3/I) *tarafardan* birinin yapacağı başvuru, mümkün görülmüştür (MTK m. 10/B/II). Ne var ki, yine taraflar arasındaki anlaşmanın önceliği, bulunmaktadır. Zira taraflar, tahkimde süreyle ilgili sorunların nasıl çözüleceği konusunda, nadiren de olsa, doğrudan bir anlaşmaya varabilecekleri gibi, sıklıkla görüldüğü üzere, böyle bir usulü içeren tahkim kuralları üzerinde anlaşmış olabilirler. Örneğin, tarafların ICC Rules üzerinde anlaşmış olmaları durumunda, Divan'ın tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin sahip olduğu yetki yanında, ayrıca tahkim yerinin İzmir olduğu bir milletlerarası tahkim meselesinde, Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin hâlâ bulunup bulunmadığı, çözüm bekleyen bir sorun olmaktadır⁴⁶⁷.

Kanunun ilgili hükmü, özellikle *lâfzen*, her iki yoruma da müsait gözükmektedir:

- a) Taraflarca üzerinde tasarruf edilebilen, yani aksi kararlaştırılabilen husus, tahkimde böyle bir sürenin öngörülüp öngörülmeceği; şayet öngörülmüşse sürenin ne olacağına ilişkindir⁴⁶⁸. Taraflarca ICC Rules üzerinde anlaşılmışsa, o hâlde, süre ve sürenin başlangıcı, söz konusu tahkim kurallarına göre belirlenecek (ICC Rules Art. 24/I) ve fakat, Divan'ın sahip olduğu yetkiye rağmen (ICC Rules Art. 24/II), Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B/II. maddesi, geçerli olacak ve sürenin uzatılması talepleri yönünden uygulama alanı bulabilecektir⁴⁶⁹.
- b) Bir diğer yoruma göre ise madem ki taraflar, tahkim usulü üzerinde, tahkim yeri hukukunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbestçe tasarruf etmişlerdir (MTK m. 8/A); kanunun tahkimde süreye ilişkin ilgili hükmü, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları tahkim kuralları, yani ICC Rules ile devre dışı kalmıştır. Kanunun

itirazda bulunulmuş, en azından söz konusu yargı yetkisinin taraflarca kabullenilmemiş olması gerekir) iptal edileceği muhakkaktır. *Böyle bir hükmün tenfizinin de istenmesi olası değildir* (NCPC Art. 1502/I) (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 757). Karş. TAŞKIN, *Hakem Sözleşmesi*, s. 49; ÖZBAY, s. 133. **Hakemlerin de süre uzatımı konusunda karar verebilmelerini, ne tahkim alanında hakemlere tanınan geniş yargı yetkisi ile ne de competence-competence ile açıklamak mümkündür.** Zira aksi düşüncenin kabulü, hakemlere, hakemlik sözleşmesinin de tarafı olarak tek yanlı bir biçimde, *kararlaştırılan sürede karar verememek şeklindeki kusurlarından* kurtulabilmeleri, anlamına gelir. Tahkimdeki sürenin geçmesinden sonra hakemlerin yargı yetkisinin kalıp kalmadığı konusunda, *competence-competence* ilkesine başvurulabilirse de bu hiçbir zaman, hakemlerin *süre uzatımı konusunda* da karar verebilecek olmaları anlamına gelmez. Zira bu hâlde, çekişme konusu olan husus, taraflar arasındadır; hakemin de taraflar arasındaki böyle bir meselede artık karar verebileceği konusunda tereddüt duyulmamaktadır. Oysa hakemlik sözleşmesinin bir yanında hakem, diğer yanında da taraflardan her ikisinin olduğu düşünüldüğünde, hakemin süre uzatımı, *(taraflar arasında bu konuda bir çekişme olsa da)* sözleşmesel yükümlülüğü konusunda bizzat kendisinin karar verecek olması anlamına gelir.

⁴⁶⁷ Ayrıca bkz. AKINCI, *Hakem Kararı*, s. 39; ŞANLI, *Yabancı Hakem Kararı*, s. 400, 401.

⁴⁶⁸ Gerçi, taraflarca doğrudan veya dolaylı olarak, tahkimin belli bir süreye tabi olmayacağı kararlaştırılmışsa, o hâlde, artık kanunun ikinci fıkrasının uygulanmasına da ihtiyaç kalmayacaktır (MTK m. 10/B/II).

⁴⁶⁹ İngiliz hukukunda geçerli olan tercih, budur (HARRIS/PLANTEROSE/TECKS, s. 252, 253. MERKIN, s. 116). Ayrıca bkz. AKINCI, s. 113.

ilk fıkrası geçerli olmadığına göre (**MTK m. 10/B/I**), ikinci fıkrasına da gerek yoktur (**MTK m. 10/B/II**). Tahkim süresinin uzatılması, *münhasıran* ilgili tahkim kurallarına göre mümkün olup verilecek karar, taraflar için bağlayıcıdır.

Her iki yorumun da tercihi mümkündür. Zira somut örnek üzerinden gidildiğinde, Divan'ın tahkim süresini, çoğunlukla uzattığına yukarıda değindik. Şu hâlde, Türk mahkemelerine, tahkim süresinin uzatılmasına yönelik bir talepte bulunmak, en azından fiilen artık gerekli değildir⁴⁷⁰. Tarafların sadece, süreye ve başlangıç anına ilişkin tasarruf imkânlarının bulunduğu düşünülse de; bunun tam aksine, hükmün tümüne yönelik olduğunu kabul etmek; *kanunun lafzına rağmen*, daha yerinde olacaktır. Zira düzenleme, (*özellikle hükmün ikinci fıkrası*) tarafların tahkim kuralları üzerinde anlaşmak suretiyle tahkim süresini, *dolaylı olarak* da kararlaştırabilecekleri ihtimalini dikkate almamıştır (**MTK m. 10/B/II**). Hükme göre, tahkim süresi hakkında *ya* taraflar doğrudan anlaşacaklar *ya da* kanunun ilgili hükmü kendiliğinden uygulanacaktır. Her iki durumda da mahkemelerin yardımı, gerekebilir. Oysa sürenin uzatılması konusunda, anlaşılan tahkim kuralları da, bir usul düzenlemiş olabilir. *Kanımızca*, bu durumda öngörülen usulün, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin tahkimde süreyle ilgili yargı yetkisine göre *öncelikle* dikkate alınması gerekeceği, açıktır (1996 AA §50/II). Aksi düşüncenin kabulü, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının da bir parçası olan sözleşme hükmünün mahkemeler aracılığıyla ihlali anlamına gelir⁴⁷¹.

Tereddüt yaratacak nokta, söz konusu usulün kullanılmasının ardından, *hâlâ* Türk mahkemelerinin bir yargı yetkisinin olup olmayacağıdır. *Kanımızca* uygulanması gereken ilke şöyle olmalıdır: Tahkim süresinin uzatılmasıyla ilgili taraflarca kararlaştırılmış usul, *öncelikle* tüketilmelidir. Tahkim süresi bu hâlde uzatılmış ise alınacak karar, taraflar için bağlayıcı olacaktır; *yani*, diğer tarafın, tahkim süresinin sona ermiş olması nedeniyle hakemlerin yargı yetkisine karşı koyması mümkün değildir. Böyle bir durumda, tarafın *competence-competence* ilkesini çiğneyerek doğrudan mahkemelere başvurması (HUMK m. 519) ve hakemlerin yargı yetkisinin kalmadığının tespitini istemesi, zaten mümkün değildir (**MTK m. 3/II, 17/I; 15/A/II, b. 1, d**). Süre uzatımına ilişkin usulün *işlememesi veya işletilememesi* hâlinde, tarafların tahkim iradelerinin korunması ve milletlerarası tahkimin yaşatılması için *bir anlamda milletlerarası tahkimin lehine olarak* Türk mahkemeleri, kanunun ilgili hükmüne

⁴⁷⁰ Esasen, Divan'ın vermiş olduğu böyle bir kararın niteliği dikkate alındığında, tahkim yeri mahkemeleri önünde tartışmaya açılması yahut iptalinin istenmesi, mümkün gözükmemektedir. En azından hâkim öğreti, Divan tarafından verilen kararların yargısal değil; idari nitelikte olduğunu kabul etmekte; *açıkça düzenlenmemişse de* tarafların zaten anılan yöndeki kararların mahkemelerce denetlenmesinden zımnen feragat etmiş olduklarını savunmaktadır (*Karş. ICC Rules Art. 28/VI*) (**DE LY F.**, Judicial Review of Decisions of the ICC Court of International Arbitration, 7(1) J Int'l Arb, 1990, s. 155-156).

⁴⁷¹ *Karş. AKINCI*, s. 113.

göre süreyi uzatabilmelidirler. Kurumsal tahkim yönünden, çok nadiren de olsa, tahkim süresinin uzatılmaması, *teorik olarak* mümkündür. Bu hâlde, Türk mahkemelerinin âdeta *rezerv* yargı yetkisi gündeme gelse ve tahkim süresi bu yolla uzatılacak olsa dahi (*örneğin bkz.* 1996 AA §79/I) tarafların tahkimi *ad hoc* olmadığından, yani tahkime **ancak** kurumsal tahkim olarak devam etmek gerekeceğinden, süreyi uzatmayarak bu tahkime, bir anlamda ev sahipliği yapmak istemediğini bildiren tahkim kurumunun, Türk mahkemesinin böyle bir kararı ile bağlı olup olmayacağını; tahkimin hâlâ bir kurumsal tahkim faaliyeti olarak devam edip etmeyeceğinin çözümü gerekir.

Tahkim süresinin uzatılması bakımından, mahkemelerin yardımına ihtiyaç duyulduğunda, öncelikli sorun, bu yardımın *kimler* tarafından istenebileceğidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu, bu yetkiyi sadece *taraflara* tanımıştır (*aynı yönde bkz.* Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1698/II). Oysa *Fransız hukuku* bakımından, taraflar yanında *hakemlerin* de mahkemeye sürenin uzatılması yönünden başvuruları mümkündür (*aynı yönde bkz.* 1996 AA §12/II; 50/II; *ayrıca bkz* ICC Rules Art. 24/II)⁴⁷². Bu bağlamda, hakemlerin de başvuru hakkının olmasının gerekip gerekmediği noktasında, her iki yönde görüş geliştirmek mümkündür. Örneğin kanunumuz bakımından hakemler, delillerin toplanmasında, mahkemenin yardımını bizzat isteyebilmektedirler (**MTK m. 12/B**; *aynı yönde* PIL Art. 184/II). Şu hâlde, hakemlerin tahkim yargılaması içerisinde, bizzat kendilerinin mahkemenin yardımını isteyemeyeceğini söylemek, emsal düzenlemeler dikkate alındığında güçtür. Hatta PIL Art. 183/I'de hakemler, vermiş oldukları geçici hukuki koruma tedbirlerinin cebren icrası için *bizzat* mahkemenin yardımını talep edebilmektedirler (*karş.* **MTK m. 6/III**).

Tahkim süresinin uzatılmasında, taraflar yanında, *hakemlerin* de mahkemeye başvurabilmeleri yönünde, şöyle haklı menfaatlerin olduğu, belirtilmektedir: Tahkimin süresinde tamamlanamaması, aynı zamanda, taraflarla hakemler arasındaki hakemlik sözleşmesine göre bir sorumluluk nedenidir; tarafların herhangi bir talepte bulunmaması ve fakat haklı nedenlerin de varlığı hâlinde, hakemlik sözleşmesinin diğer tarafını teşkil eden hakemlerce yapılan başvuru üzerine, mahkeme tarafından uzatılacak tahkim süresi, ileride doğması olası sorumluluk çekişmesini, baştan izale edecektir⁴⁷³. Hakemlerin, *tarafların tahkimi için dahi olsa*, mahkemeye başvurarak sürenin uzatılmasını talep etmesi yadırganmamalıdır. Esasen, buradaki başvurunun, (sadece) taraflar ***için-onların lehine***

⁴⁷² *Karş.* 15. HD. 15.4.1977, 781/896 (YKD 1978/9, s. 1525, 1526). “...Buna rağmen *hakemlerin* tahkim süresinin uzatılmasına dair istekleri üzerineAsliye Hukuk hâkiminin... ve ... günlü kararı yoklukla özür (yoklukla malûl) bir karardır...” 15. HD. 14.6.1979, 964/1467 (**KOSTAKOĞLU**, s. 258, 259). *Ayrıca bkz.* **YEĞENGİL**, s. 312; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 961; **KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 148

⁴⁷³ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 758.

olduğunu söylemek de güçtür⁴⁷⁴. En azından, böyle bir başvuru, hakemi, hakemlik sözleşmesinin tarafı olarak, ileride açılacak bir sorumluluk davasında, kendisini savunmaktan kurtarmakta; yahut daha iyi şartlarda kendisini savunabilmesine sebep olmaktadır. Öte yandan, hakemlerin olası bir başvurusu üzerine, sürenin uzatılmasının mahkemece reddi ve buna ilişkin kararın gerekçesi, tarafların, söz konusu hakemlere karşı açacakları sorumluluk davasında, ellerini güçlendirecektir. Kanımızca, hakemlere, *tahkim yargılaması adına* mahkemelere başvurabilmek hususunda, yetki tanınması meselesi değerlendirilirken, (sadece) tahkim anlaşması değil; hakemlik sözleşmesinin ve taraflarının kimler olduğunun da dikkate alınması gerekir⁴⁷⁵. Örneğin, şu an için, hakemlik sözleşmesinin sadece taraflarından birinin (yani tahkimin taraflarının) sürenin uzatılması için mahkemeye başvuru hakkı düzenlenmişken; diğer taraf, yani hakemler için mahkemeye ulaşma hakkı, kısıtlanmıştır. Bütün bunlara rağmen, pozitif hukukumuz açısından, hakemlerin sürenin uzatılmasına ilişkin mahkemeye başvurmaları, mümkün gözükmemektedir⁴⁷⁶.

Yapılacak böyle bir başvurunun ne zaman olması gerektiği konusunda ise örneğin Fransız hukuku, bunun ancak tahkim süresinin sona ermesinden önce mümkün olduğu yönündedir. Geçirilen sürenin, mahkemece uzatılması mümkün değildir⁴⁷⁷. Kanunumuz

⁴⁷⁴ SAMUEL, s. 121.

⁴⁷⁵ Hakemlerin sürenin uzatılması konusunda, mahkemelere başvuramamalarının kabulü hâlinde dahi yine kendi içinde tutarlı bir yaklaşım sergilenmektedir. Şöyle ki, hakemlik sözleşmesi esas alındığında, bir tarafta hakem, diğer yanda ise taraflardan *her ikisi* yer almaktadır. Tarafların, kendi aralarında anlaşmalarıyla hakemlik sözleşmesine göre bir anlamda, tek taraflı olarak, tahkimde süreyi uzatmaları mümkünken; hakemlerin bunu, tek taraflı olarak yapması olası değildir. Aynı şekilde, tarafların, gereğinde mahkemeye de müracaat etmeleri mümkünken; zaten tek taraflı olarak süreyi uzatamayan hakemlerin bu paralellik neticesinde, mahkemeye de başvurmaları söz konusu olmamalıdır. Şeklen de olsa kurulan bu paralellik, kanımızca, her zaman, sağlıklı sonuçlara yol açabilecektir. Hakemlerin tek taraflı olarak süreyi uzatamamaları son derece yerindedir. Zira aksi düşüncenin kabulü, hakemlerin kendi eylemleri neticesinden sorumluluktan kurtulması anlamına gelecektir ki, bu, mümkün olmamalıdır. Hatta kimi millî hukuklar bakımından tarafların da hakemin görevini kabul etmesinin ardından, tahkim süresi hakkında, tek taraflı bir belirlemeye gidemeyeceği, düzenlenmiştir (Belçika Yargılama Usul Kanunu m. 1698/I). Yine, aksi düşünce, hakemlik sözleşmesinde, tek taraflı bir değişikliğe gidilmesi anlamına gelir ki, hakemlik sözleşmesinin tarafları arasında, böyle bir eşitsizliği haklı kılan hiçbir neden olmasa gerek. Tarafların sürenin uzatımı konusunda anlaşamamaları hâlinde, tahkime devam etmek isteyen tarafın mahkemeye de müracaat etmemiş olması durumunda, hakemin sürenin uzatılması konusunda, mahkemeye başvurabilmesi, kendisini, ileride açılması muhtemel bir sorumluluk davasında (TAŞKIN, s. 161; ÖZBAY, s. 144), oldukça faklı bir konuma getirecektir. Örneğin mahkemece sürenin uzatılması hâlinde, artık tahkimin sonuçsuz kalmasından dolayı tarafın bir zarara uğramış olmasından bahsedilemez. İleride, bu tip çekişmelere sebebiyet vermektense, hakemlik sözleşmesinin her iki yanına aynı imkânın baştan tanınması, kanımızca son derece yerinde olacaktır. Kendi kusurundan ileri gelmeyen sebepler yüzünden, kararlaştırılan yahut geçerli olan sürenin yetmemesi hâlinde, hakemin de hâkimin müdahalesini talep edebilmesi; böylece de, örneğin *ücretine tam olarak hak kazanabilmesi* gerekir.

⁴⁷⁶ ÖZBAY, s. 134, 135.

⁴⁷⁷ Başvurunun sürenin bitmesinden önce yapılmasının gerekmesine karşın, kararın sürenin bitmesinden sonra da verilebilmesi mümkündür. Mahkemeler, tahkim yeri Fransa olan ve fakat Fransız hukukuna tabi olmayan milletlerarası tahkim uyuşmazlıklarında da bu yetkilerini sıklıkla kullanmaktadırlar. Bu hâlde, gözetilmekte olan temel değer yargısı, tahkim anlaşmasının işletilmesi; tahkim yargısının korunması ve yargılamanın bir hükümlerle sona ermesini sağlamaktır. Bu hâlde, *ne* taraflarca *ne de* hakemlerce yargılamaya Fransız hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmamışsa da çoğu hâlde, Paris ilk derece mahkemesi, kimi zaman tahkim yerinin Fransa

bakımından herhangi bir açıklık olmadığı gibi; sürenin sona ermesine rağmen böyle bir başvurunun yapılabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır (MTK m. 10/B; *karş.* 1996 AA §12/IV, V; 50/IV, V). Sürenin geçmiş olması hâlinde, artık mahkemelerin bu konudaki yardımı talep edilememelidir. Zira tahkim süresinin geçmiş olması ile birlikte, *teorik olarak*, yargı yetkisini kaybeden hakemlerin kendilerinin *resen* yargı yetkileri üzerinde karar vermeleri de mümkün olmadığına göre, tahkim yargılamasına devam edilmesini isteyen tarafça yapılacak olan, *sadece*, diğer yanın hakemlerin yargı yetkisine karşı derhâl bir itirazda bulunup bulunmayacağını beklemektir (MTK m. 7/H/III; IV). Sürenin sona ermesinden önce, uzatılması hakkında bir anlaşmaya varılamazsa tahkime devam etmek isteyen taraf, aynı süre içinde mahkemeye başvurmasa dahi (*ve hatta sürenin geçmesinin ardından zaten mahkemeye başvuramayacaksa da*, MTK m. 10/B/II) şayet diğer taraf, derhâl hakemlerin yargı yetkisine itiraz etmezse, tahkim süresi zımnen uzatılmış sayılacağından, yargılamaya kalındığı yerden devam edilebilecektir.

V- Tahkimde Sürenin Durması

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi bir tahkim yargılaması yönünden, geçerli tahkim süresinin yargılama içerisinde yaşanan kimi durumlardan nasıl etkileneceği, önemli bir meseledir. Örneğin, *bir veya birden çok hakemin değiştirilmesi, işlemekte olan tahkim süresini durdurmuyacaktır* (MTK m. 7/G/II; *karş.* *Tasarı* m. 425/II). Gerçi bu hâlde, tahkim yargılaması, ciddi bir sekteye uğradığından; tahkim süresi, âdeta boşa geçmekteyse de; bu durum, *sadece* sürenin uzatılması yönünden haklı bir neden teşkil etmektedir (MTK m. 10/B/II); yoksa kendiliğinden sürenin işlemlerini durdurmamaktadır⁴⁷⁸.

Tahkim süresinin işlemeyeceğinin kanunda *açıkça* düzenlendiği tek hâl, yargılamanın devamı esnasında, taraflardan birinin *taraf olma niteliğini kaybetmesidir* (MTK m. 11/B)⁴⁷⁹.

olması nedeniyle kimi zaman da Fransız hukukunun zımnen seçilmiş olması yoluyla mahkemenin tahkim süresini uzatabilmesi için gerekli yargı yetkisini temin etmektedir. Bu, yaygın bir uygulamadır (*karş.* NCPC 1493/II; 1494; 1495) (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 372; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 759; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 183, 184). Ayrıca bkz. YEĞENGİL, s. 312; ALANGOYA, s. 267; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 632, 635; DAYINLARLI, s. 83; 15. HD. 15.4.1977, 781/896, (YKD 1978/9, s. 1525-1526).

⁴⁷⁸ İç/yerli tahkim yönünden *ayrıntısı için bkz.* ÖZBAY, s. 136, 139-142; 15. HD. 51059/920, (YKD, 1977/9, s. 1279).

⁴⁷⁹ HUMK m. 528 hükmü, iç/yerli tahkimde uygulanacak hükümlerden olmakla birlikte (ÖZBAY, s. 137; DAYINLARLI, s. 114), milletlerarası tahkimde de uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. MTK m. 17/I hükmü, bu yönde, HUMK'a ait düzenlemelerin önünü kesmekle birlikte, tartışılacak olan husus, bu konunun, kanunda düzenlenen meselelerden olup olmadığıdır. Soruna Milletlerarası Tahkim Kanunu bağlamında bir açıklık getirilmediği sabittir. Ancak meseleyi, kendisine kanunda yer verilmediği şeklinde yorumlamak da, ayrı bir tartışmadır. Zira kanun koyucu, bu hâlde de sürenin durmasını arzu etseydi, bunu rahatlıkla düzenleyebilirdi. Tam aksine, *ne* iç hukuka açık bir göndermede bulunmuş *ne de* tahkimde süreye yahut sürenin durmasına ilişkin

Hükmün karşıt anlamından, kanun koyucunun, tahkim süresini durduracak başkaca bir durumu kabul etmediği; düzenlemediği; bunların olsa olsa tahkim süresini uzatmak bakımından mahkemeye yapılacak başvuru için haklı bir neden olduğu, düşünülebilir. Tahkim süresinin işlemediği, yani sürenin durduğu hâl, kanunda, “...yargılamanın taraflarından birisinin taraf olma niteliğini kaybetmesi...” şeklinde ifade edilmiştir. Burada neyin kastedildiğinin tespiti gerekir.

Hüküm, ilk defa, Adalet Bakanlığı Milletlerarası Tahkim Kanunu Tasarısı’nda 25. madde olarak düzenlenmiştir. Öncelikle burada, *taraf olma* niteliğinden ne anlaşılması gerektiği, ortaya konulmalıdır. Hiç şüphesiz ki, Medeni Usul Hukuku’nda kullanıldığı biçimiyle *taraf “olma niteliğinin”*-ehliyetinin kaybı, örneğin taraflardan birinin ölümü yahut tüzel kişi olan tarafın tüzel kişiliğinin sona ermesiyle gündeme gelmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, *yerli* tahkim için geçerli olan HUMK’un 524. maddesine benzer bir hükme, yer verilmiş değildir (*karş.* 1996 AA §8). Söz konusu düzenleme, tahkim yargılamasının devamı esnasında, taraflardan birinin ölümü ile tahkimin son bulmayacağı, geçersiz kalmayacağına ilişkindir. Esasen benzer bir sonucun, milletlerarası tahkim için *bir süreyle de olsa* geçerli olduğunu kabul etmek gerekir (MTK m. 11/B/II). Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi bir milletlerarası tahkim yargılamasında, taraf olma niteliğinin kaybedilmesi hâlinde, hakemlerce, yargılama öncelikle ertelenecek; bu arada yargılamanın akıbeti konusunda *ilgililere* bildirimde bulunulacaktır. Bu esnada, tahkim süresi işlemeyecektir. Kanuna göre, alt ay içinde bildirim yapılmaz veya kendisine bildirimde bulunulanlar, tahkim yargılamasına devam edeceklerini açıkça bildirmezlerse tahkim yargılaması, sona erer.

Hükmün bir milletlerarası tahkim yargılaması ve onun kendine has özellikleri dikkate alınarak düzenlenmediği, açıktır. Öncelikle böyle bir düzenlemeye, milletlerarası tahkim uygulamasında, ihtiyaç olup olmadığı, tartışmalıdır. Hüküm, sanki devlet yargısı için düzenleniyormuşçasına ve tarafların her ikisinin de Türkiye’de bulunduğu varsayılarak düzenlenmiştir. Tahkim yeri mahkemesinin tahkim yargılamasındaki rolüne ilişkin doğrudan bir düzenleme içermediğinden, tartışmalı bu hükmün ayrıntılı değerlendirmesinden özenle kaçınıyoruz. Ne var ki, bizi ilgilendiren kısmı için dahi pek çok sorun bulunmaktadır:

hükümler arasında, bu konuda bir düzenlemeye yer vermiştir. HUMK m. 528 hükmünün milletlerarası tahkim yargılamalarında da uygulanacağını kabulü, *lex loci arbitri*’nin milletlerarası tahkime ölçsüz bir müdahalesi olarak da pekâlâ yorumlanabilir. Esasen bu tartışmalar, ülke içinde, tahkime dair iki farklı düzenlemenin bulunmasının doğal sonuçlarıdır. Bütün mesele, hangi konuların kanunda düzenlendiğidir. Zaten düzenlenen konularda, açık bir atfın aranacağı muhakkaktır. Düzenlenmeyen hususlarda ise kanun koyucunun bilinçli bir suskunluk içinde olup olmadığının yorumu, bize sorunun cevabını verecektir.

- a) *Taraf olma niteliğinin* kaybı ile sadece taraf ehliyeti mi kastedilmektedir? Taraf ehliyeti dışında, örneğin *davayı takip yetkisinin* de kaybedilmesi durumunda, benzer bir sonuç geçerli olacak mıdır?
- b) Taraf olma niteliğinin kaybı şeklindeki bir durum, hakemlerce *hangi hukuka* göre belirlenecektir? Bu belirleme, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka mı; tarafların tabi olduğu hukuka mı; yoksa tahkime uygulanacak hukuka göre mi yapılacaktır?
- c) Hükümün emredici bir tahkim yeri hukuku kuralı olduğunun kabulü hâlinde (*ki bu sonuç, gerçeğe daha yakındır*), *lex loci arbitri* ve dolayısıyla *lex arbitri* olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu, Alman ve Azerbaycan taraflar arasında, tahkim yeri İzmir olan bir uyuşmazlıkta, taraf olma niteliğinin kaybedilmesini, yargılamaya devam edilmesine bir engel olarak görürken milletlerarası tahkim hukuku ve uygulaması bağlamında, hangi haklı menfaati dikkate almıştır? Bu hükümle tahkim yeri hukukunun nasıl bir menfaati korunmaktadır?
- d) Yargılamanın ertelenmesi, en erken, söz konusu niteliğin kaybedildiğinin hakemlerce de bilinmesi hâlinde gündeme gelecektir. Taraf olma niteliğinin kaybindan itibaren sürenin (*erteleme süresi*, altı ay) işletilmesi, yani bir anlamda yargılamanın kendiliğinden ertelendiğinin kabulü, sözü edilen altı aylık sürenin *kimi* hâllerde önemli bir kısmının *kimi kez de* tamamının daha hakemlerce meselenin öğrenilmesinden önce geçmesi anlamına gelecektir. Şu hâlde, gerek ilgililere yapılacak bildirim gerekse yargılamanın ertelenmesinin en erken bu tarihten, yani hakemlerin taraf olma niteliğinin kaybedildiğini öğrendikleri tarihten itibaren geçerli olması gerekir⁴⁸⁰.
- e) Bildirimin tahkim yargılamasının devamı amacıyla *ilgililere* yapılacağı belirtilmektedir. Bu ilgililer kimlerdir? Neye göre belirlenecektir? En basit bir meselede, yani gerçek kişinin ölümü hâlinde dahi hakemler, bu gerçek kişinin, ki ***bu kimse, Türk olmak zorunda değildir***, mirasçılarını neye göre, nereden ve nasıl bulacaklardır?
- f) Kanunda, taraflardan *birinin* taraf olma niteliğinin kaybindan bahsedilmiş, bu kimsenin davacı veya davalı olma niteliğine önem atfedilmemiştir. Örneğin davalının ölümü hâlinde, söz gelimi *ilgili* sıfatıyla kendisine bildirimde bulunan mirasçılar, tahkime devam etmek istemediklerini bildirirse, ***davacının iradesi ne yönde olursa olsun, yargılama sona mı erecektir?*** Bir yargılamanın geleceği (*ki o*

⁴⁸⁰ Karş. AKINCI, s. 174, 175.

yargılamanın temelleri, taraflar arasındaki sözleşmeyle atılmıştır), o zamana kadar yargılamaya dâhil olmamış, ilgili sıfatını taşıyan üçüncü kişilerin ellerine mi bırakılmaktadır (karş. 1996 AA §8/I⁴⁸¹)?

- g) Hakemlerce altı aylık sürenin bildirim yapılmaksızın geçirilmiş olması hâli de tahkim yargılamasının sona ermesi için yeterli görülmüştür. Taraf iradesini aşan böyle bir hükmün milletlerarası tahkim uygulamasında, örnek bir yeri olmayacaktır. Gerçi hakemler de, altı aylık süre içinde, bildirim yapacakları *ilgilileri* bulamayabilirler. Bu hâlde, yargılamaya devam etmek isteyen örneğin davacı için de tahkim yargılamasının sona erecek olmasını kabul etmek, mümkün değildir. Diğer tarafın (örneğin davacının) bu konuda çıkarı olduğundan bahisle hakemlere zaten yardım edeceğinin düşünülmesi, hukuki bir yaklaşım olamaz. *Mesafeler arası gerçekleştirilen milletlerarası ticaret, istense de böyle bir yardımı, olanaksız kılmaktadır. Bu dönemde tahkim süresi, zaten çalışmadığı için uzatılmasını istemek de mümkün değildir.* Kaldı ki, altı aylık erteleme süresinin uzatılmasının mümkün olmadığı da kanunun lafzından son derece açık bir biçimde anlaşılmaktadır.
- h) Kanunda öngörülen altı aylık süre, hakemlerce bildirim yapılması için geçerli olan süredir. Bir an için bu sürede, bildirim ilgililere başarıyla yapıldığı kabul edilse dahi ilgililerin hangi sürede iradelerini bildirmelerinin gerektiği, belirsizdir.

Bütün bu sorunlar arasında, *kanımızca*, tahkimde işlemeyeceği hükme bağlanan altı aylık sürenin, hakemlerin taraf olma niteliğinin kaybedildiğini öğrendikleri tarihten itibaren başlaması gerekir. Bu, *gerek* tahkim yargılamasının *gerekse* kendisine hiçbir söz hakkı tanınmayan, yargılamanın ve tahkim anlaşmasının diğer tarafının lehine olan bir yorumdur. Hükmün, yargılamanın diğer tarafın yokluğunda görülmesine mâni olmak şeklinde, son derece haklı bir menfaati gözettiği, anlaşılmaktadır. Ne var ki, yukarıdaki sorular dikkate alındığında, sağlanmak istenen iyiniyetli sonucun çok ötesinde, diğer bir takım sorunlara ve haksızlıklara da neden olunabilmektedir.

⁴⁸¹ RUTHERFORD/SIMS, s. 57.

§9 ÇOK TARAFLI TAHKİMDE MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ

I- Genel Olarak

Tahkimin kural olarak, iki taraf arasında, daha doğru bir ifadeyle davacı ve davalının birer kişiden oluştuğu hâllerde, gerçekleştiği düşünülmeğe de artan oranda tahkim, artık ikiden fazla kişinin ortak meselesi durumuna gelmiştir⁴⁸². Milletlerarası ticari ilişkilerde, temel borç ilişkisinin, yaygın bir biçimde, ikiden fazla kişiyi ilgilendirmesi; söz konusu hukuki ilişkinin, bir anlamda sözleşmeler yumağının, ikiden fazla kimse arasında icra ediliyor olması, böyle bir tahkim uygulamasını da zorunlu kılabilir⁴⁸³.

Sadece iki taraf arasında yaşanacak bir tahkim yargılamasının olası sonuçlarının, üçüncü kişilerin hukuki durumlarını etkileyecek olması da mümkündür. Yine, çekişme konusu vakıaların birden fazla yargılamaya konu olması hâlinde arzu edilen, söz konusu yargılamaların birlikte yürütülmesi ve sonuçlandırılmasıdır⁴⁸⁴. Böylelikle, aynı vakiaya dayalı ve ikiden fazla kişiyi ilgilendiren uyuşmazlık, her bir yargılama bakımından aynı şekilde sonuçlanacak; özellikle taraflar bakımından süre ve masraf tasarrufu dışında, hukuki güvenlik de sağlanmış olacaktır. Çekişmeli tüm vakıalar ve bu vakıaların aydınlatılması için gerekli tüm deliller, tek bir yargılama içerisinde değerlendirileceğinden, hakemlerin de uyuşmazlığı doğru bir biçimde vasıflandırması ve aynı çözümlere ulaşması mümkün olacak; tahkime has bir sorun olan hakem ücretlerinde sağlanan tasarruf dışında, farklı yargılamalar sonrası birbirleriyle çelişen hükümlerin verilmesi tehlikesi de asgariye inecektir⁴⁸⁵.

Ne var ki çok taraflı tahkim, anılan yararlarına karşın, sorunsuz da değildir. Tahkime katılan her bir tarafın, böyle bir tahkim usulünü istemiş ve ona rıza göstermiş olup olmadığının tespiti bir yana, taraflardan her birine eşit muamele edilip edilmediği; her bir taraf için

⁴⁸² **PLATTE M.**, When Should an Arbitrator Join Cases? 18(1) Arb Int, 2002, s. 67; **DELVOLVÉ J. L.**, Final Report on Multi-Party Arbitrations, 6(1) ICC Bulletin 1995, s. 27; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 377.

⁴⁸³ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 377; **STIPANOWICH J. T.**, Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions, 72 Iowa L Rev 1986-1987, s. 477-482.

⁴⁸⁴ Üçüncü bir kişinin davaya müdahalesini önlemek bakımından herhangi bir kamu yararının olmadığına ilişkin bkz. **PEKCANITEZ H.**, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara, 1992, s. 1.

⁴⁸⁵ **LEBOULANGER**, s. 43, 44; Çok taraflı tahkim yönünden, bazen hukuki bir zorunluluk da bulunmaktadır. Bugün hâlâ kimi hukuk sistemlerinde, uyuşmazlığın taraflarının ikiden fazla olması hâlinde ve tahkim anlaşmasının bunlardan sadece ikisi için geçerli olması durumunda, tahkim anlaşması, özellikle söz konusu uyuşmazlığın çözümünde, birbirleriyle çelişen nihai kararların verilebilecek olması ihtimaline dayanılarak geçersiz sayılabilmektedir. Aynı uyuşmazlığın, farklı yargı mercileri önünde, farklı zamanlarda ve farklı biçimlerle sonuçlandırılabilir olması, böyle bir anlayışın temel nedenidir (**STIPANOWICH**, s. 484). Ayrıca bkz. **POSTACIOĞLU**, s. 786; **PEKCANITEZ**, s. 17, 18; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 658.

gözetilmesi gereken yargısal temel hakların bu hâlde de korunup korunmadığı, gündeme gelen önemli sorunlardandır⁴⁸⁶.

Çok taraflı tahkimle neyin kastedildiği konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekecektir⁴⁸⁷: Tek bir sözleşmenin ikiden fazla tarafı olabilir veya tarafları farklı ve fakat yakın ilişki içinde, ekonomik bir bütünlüğün parçaları olan birden çok sözleşme, bulunabilir. Çözümü gereken sorunlar, ilk durumda, ağırlıklı olarak taraflara, özellikle hakem heyetinin oluşumunda ve daha sonra yargılamanın icrasında, eşit muamele edilip edilmediği noktasında toplanmaktadır. *Çok sözleşmeli/çok taraflı tahkimde* ise çözümü beklenen meseleler, mevcut bir tahkim yargılamasının tarafları dışında, bir üçüncü kişinin bu yargılamaya katılmasının (*joinder*) veya taraflardan birinin söz konusu üçüncü kişiyi, bu yargılamaya dâhil edebilmesinin ya da paralel, birden fazla tahkim davasının birleştirilmek suretiyle (*consolidation*) tek bir yargılama içerisinde tamamlanabilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bu son durum, yani birden fazla tahkim yargılamasının birleştirilmesi, sadece ikiden fazla taraf arasında geçerli olmayıp salt iki taraf arasındaki, birden fazla hukuki ilişkiden kaynaklanan tahkim yargılamalarının birleştirilmesi durumunda da gündeme gelebilmektedir⁴⁸⁸.

II- Tek Bir Hukuki İlişkiden Kaynaklanan Çok Taraflı Tahkim

Bir sözleşmenin birden fazla tarafının bulunması, iş ve ticaret yaşamında oldukça sık yaşanmaya başlanmıştır. Özellikle inşaat ve finans alanında, mali büyüklüğü, içerdiği riskler ve yönetim güclüğü nedeniyle tek bir kişinin kaldıramayacağı ölçüdeki projeler, birden fazla kimseyi, bir araya gelmek suretiyle sözleşmesel ilişkiler kurmaya yahut çok ortaklı şirketleri, mecbur etmektedir⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ DELVOLVÉ, *Multi-Party Arbitration*, s. 27; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 169; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 378.

⁴⁸⁷ *Ayrıntısı için bkz. BERBER L. K.*, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, İstanbul 1999, s. 26 vd.

⁴⁸⁸ Çoğu kez, özünde, *takas* şeklinde hukuki sorun barındıran böyle bir yol, taraflara, birden fazla tahkim süreci yaşamaktansa, tek bir tahkim prosedüründe, karşılıklı tüm sorunlarını çözüme kavuşturma imkânı sağlamaktadır. Aynı taraflar arasında görülmekte olan birden fazla tahkim yargılamasının birleştirilmesi ihtimalinde, tahkim davalarının birleştirilmesine karşı ileri sürülen sakıncaların önemli bir kısmı, geçerli değildir: Taraflar, kendisiyle tahkim anlaşması yapmadıkları üçüncü bir kişiyle tahkime zorlanmadıkları gibi, tahkimin gizliliği de zedelenmemektedir. Hakemlerce uygulanacak usul ise çok taraflı tahkimin aksine, tarafların beklentilerine uygun, onların iradeleriyle örtüşür bir nitelik taşıyacaktır (ICC Rules Art. 4/VI) **LEBOULANGER**, s. 76; **LEVEL**, s. 39-41; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 378, 405-406. *Ayrıca bkz. ÖZBEK N.*, MTO Kuralları Işığında Yeni Bir Tahkim Türü ve Şartı Olarak Çok Taraflı Tahkim (Multiparty Arbitration), XX BATİDER 1999/2, s. 97-100.

⁴⁸⁹ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 379.

Bu başlık altında incelenen meselelerde, ikiden fazla taraf, birbirleriyle tek bir temel borç ilişkisi ve yine tek bir tahkim anlaşması ile bağlıdır. Böyle bir tahkim anlaşmasının yapıldığı esnada, tarafların, olası bir uyuşmazlığın çözümünde, çok taraflı tahkim yargılamasının gündeme geleceğinin farkında olmaları gerekir veya en azından beklenir. Bu nedenle de artık tarafların, çok taraflı tahkime rızalarının bulunup bulunmadığını araştırmak gerekli değildir⁴⁹⁰. Zaten bu gibi hâllerde tarafların, çok taraflı tahkime rızalarının bulunup bulunmadığı sorunu, pek yaşanmaz. *Asıl mesele, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kimsenin, söz konusu tahkim anlaşmasının kendisini de bağladığı iddiası ile uyuşmazlığa-yargılamaya taraf edilmesi hâlinde gündeme gelmektedir.* Bu durumda hakemler, söz konusu kimsenin de tahkim anlaşmasının tarafı olup olmadığına; eş deyişle bu kimse hakkında da yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığına (*competence-competence*) karar vereceklerdir. En azından böyle bir ihtimalde, derdest tahkim yargılaması yönünden, çok taraflı tahkimin geçerli olup olmadığı sorunu, hakemlerin bu kimse için de yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığı meselesi altında, çözümlenmiş olacaktır⁴⁹¹.

Çok taraflı tahkime özgü en güncel sorun, hakem heyetinin oluşumudur. Çok taraflı tahkimle ilgili hükümler de, zaten çoğu kez bu konuyu, düzenlemektedir. Özellikle üç kişilik hakem heyetinin oluşumu, en problemlili sahadır⁴⁹².

Şu hâlde her bir tarafa, kendi hakemini seçme hakkının tanınması, bir çözüm değildir. Bu *sadece*, heyetin hiçbir pratik değer içermeyecek biçimde büyümesi ve hantallaşması sorununu yaratmakla kalamayacak; *ama aynı zamanda*, özünde, bir başka eşitsizliğe daha sebebiyet verecektir. Zira sadece *bir* davacının bulunduğu uyuşmazlıkta, böyle bir davacının, *üç* davalının bulunduğu ve her birinin de birer hakem seçtiği durumda, hakem heyetinin oluşumunda, davalı yanla aynı oranda ve eşit bir biçimde etki sahibi olduğu; hakem heyetinde davacı ve davalı etkisi-etkinliğinin eşit bir şekilde gerçekleştiği, söylenemez⁴⁹³. Tam tersine, davalı ve davacı *yanların*, söz konusu yanlarda ne kadar *taraf* bulunduğu önemli olmaksızın

⁴⁹⁰ **PLATTE**, s. 70. Böyle bir ihtimal, kimi zaman öğretilde, gerçek anlamda bir *çok taraflı tahkim* olarak dahi kabul edilmemektedir. Zira her hâlükârda, *tek bir* uyuşmazlığın-davanın *davacısı* ve *davalısı* vardır. Mesele, sadece anılan sıfatları taşıyan birden fazla kişi olmasıyla ilgilidir. Oysa gerçek anlamdaki çok taraflı tahkim, yakın ilişki ve ekonomik irtibat içinde olan birden fazla hukuki ilişkinin, uyuşmazlığın *ayrı ayrı davacı ve davalılarının* olması ve bunların aynı tahkim yargılamasında, uyuşmazlıklarını çözmek istemeleri hâlinde gündeme gelmektedir (**DELVOLVÉ**, *Multi-Party Arbitration*, s. 30). Ayrıca bkz. **SCHLOSSER**, Rn. 559; **ÖZBEK**, *Çok Taraflı Tahkim*, s. 112.

⁴⁹¹ **DELVOLVÉ**, *Multi-Party Arbitration*, s. 28, 34. Ayrıca bkz. **ÖZBEK**, *Çok Taraflı Tahkim*, s. 110; **BERBER**, s. 151, 219.

⁴⁹² **PLATTE**, s. 74, 75. Tek hakemin seçimi, çok taraflı tahkimde, önem arz etmez. Zira *seçilecek* tek hakem üzerinde, tarafların tümünün anlaşmış olmaları beklenir yoksa *atama*, her şekilde ilgili atama makamınca gerçekleştirilir. Bu durum, gerek iki taraflı gerekse ikiden fazla tarafın bulunduğu tahkim yargılamalarında da aynen böyle gerçekleşmektedir; arada bir fark bulunmamaktadır (**LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 380).

⁴⁹³ **BERGER**, s. 314.

eşit sayıda hakem seçecek olmaları da, başlı başına eşitsizlik kaynağıdır. Davalı *yanda* bulunmaktan başka hiçbir ortak özellikleri olmayan *tarafaların*, çok farklı hukuki çıkar ve menfaat sahibi olmaları, mümkündür. Bu hâlde davacı olan taraf, dilediği şekilde hakemini seçerken; bir araya gelmek konusunda hiçbir ortak iradeleri bulunmayan; ortak bir çıkara da sahip olmayan davalıların tek ve müşterek bir hakemi seçmeye zorlanması, gayriadil bir tutumdur⁴⁹⁴.

Dutco kararı⁴⁹⁵, bir sanayi tesisinin inşaatı hakkındadır. Sözleşme, ICC Rules altında, üç hakemli bir tahkim şartını içermektedir. *Dutco*, konsorsiyumun diğer iki üyesi aleyhine tahkim yolunu işletmiş, diğer iki üye olan *Siemens* ve *BKMI* ise tek bir hakemi aday göstermek zorunda kalmışlardır. O zamanlar için geçerli ICC Rules'a göre, davalıların tek bir hakemi aday göstermeleri gerekmekte olup aksi hâlde atama, kendiliğinden Divan tarafından, yapılacaktır. Böyle bir baskı altında kalan davalılar, tek bir adayı belirleme mecburiyetinde kalmışlar, ancak söz konusu seçimin usulsüzlüğüne ilişkin itiraz haklarını da açıkça saklı tutmuşlardır. Hakem heyeti, kurulmasının ardından, derhâl vermiş olduğu bir (*interim award*) kararda, hakem heyetinin oluşumunda, bir usulsüzlük bulunmadığı sonucuna varmıştır. Söz konusu karara karşı yapılan başvuruda, *Cour de cassation*, Paris *Cour d'appel*'in "... üç taraflı bir sözleşmedeki tahkim kaydı, üç hakemden oluşan bir hakem heyeti önünde, uyuşmazlıkların çözümleneceği iradesini içerdiğine göre doğal olarak bu, *gereğinde*, aynı *yanda* bulunan taraflardan ikisinin *tek* bir hakem üzerinde anlaşmak zorunda kalmaları anlamına gelecektir ki, tarafların bu yöndeki iradelerine saygı duyulmalı ve gereği yerine getirilmelidir..." şeklindeki kararını bozmuş; hakem kararını, davacının diğer iki davalıya nazaran, hakem heyetinin teşekkülünde sahip ve kullanmış olduğu gayriadil güç ve etki nedeniyle iptal etmiştir. Mahkeme, "Hakemlerin tayininde tarafların eşitliği ilkesi, bir kamu düzeni meselesi (*ordre public*) olup bu husustan, ancak *uyuşmazlığın çıkmasından sonra* feragat edilebilir." sonucuna varmıştır (NCPC Art. 1502/II)⁴⁹⁶. Böyle bir içtihadın ardından tarafların, artık tahkim anlaşmasında, *daha baştan*, hakemlerin seçiminde, söz konusu içtihatla çelişir bir usulü kararlaştırmış olmalarının hiçbir değeri ve geçerliliği, kalmamıştır⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ DELVOLVÉ J. L., Multipartism: The Dutco Decision of the French Cour de cassation, 9(2) Arb Int, 1993, s. 199; DELVOLVÉ, *Multi-Party Arbitration*, s. 32; SCHWARTZ E. A., Multi-Party Arbitration and the ICC, *In the Wake of Dutco*, 10(3) J. Int'l Arb 1993, s. 14-15; BERGER, s. 314, 315; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 380-381. Ayrıca bkz. BERBER, s. 92.

⁴⁹⁵ SCHWARTZ, s. 12 vd.

⁴⁹⁶ *Cour de cassation*, *Siemens AG/BKMI Industrieanlagen GmbH v Dutco Construction Company*, XVII YBCA 1993, s. 140, 141; ayrıca bkz. SEPPALA, *Multi-Party Arbitration*, s. 223, 224; GRAVER, s. 47-49; ANCEL, s. 125; DELVOLVÉ, *Multipartism*, s. 198. Kararda sözü edilen *public policy*, kamu düzeni tabirinin tıpkı NCPC 1502/V'de geçerli olduğu gibi *milletlerarası kamu düzeni* şeklinde yorumlanması gerekir. Ayrıca bkz. van den BERG J. A., *The ICC Arbitration Rules and Appointment of Arbitrators in Cases Involving Multiple Defendants*, FS für Ottoarndt Glossner, Heidelberg, 1994, s. 29, 30; BERBER, s. 137 vd, 144.

⁴⁹⁷ DELVOLVÉ, *Multipartism*, s. 198; SCHWARTZ, s. 13.

Dutco kararı, pek çok tahkim kurumunun kendi tahkim kurallarında, çok taraflı tahkimde, hakem heyetinin oluşumu konusunda, değişiklik yapması sonucunu doğurmuş; genel olarak (aynı *yanda* bulunan) tarafların ortak bir hakem üzerinde anlaşamamaları hâlinde, bu sefer (*tüm*) hakemlerin (*veya kimi zaman sadece her iki taraf hakeminin*) ilgili tahkim kurumunca atanması ve taraflar arasındaki eşitliğin böyle sağlanması yoluna gidilmiştir (ICC Rules Art. 10/II; LCIA Rules Art. 8; DIS Rules §13/II)⁴⁹⁸. Bu yöntemin de tarafları, tahkim yoluyla sahip oldukları önemli bir avantaj olan (inandığı ve güvendiği) kendi hakemini seçebilme imkânından alıkoyduğu ortadır⁴⁹⁹.

Çok taraflı tahkimde, hakem heyetinin nasıl oluşacağı sorununda, *davacı* ve *davalı* yönünden bir ayrıma gitmek gerekir (DIS Rules § 13). Davacı *yanda* bulunan birden fazla tarafın, tek bir yargılama usulüne katılmak isteyip istemedikleri hususunda, kendi aralarında önceden anlaşmaları mümkünken; aynısının, davalı *yanda* yer alan birden fazla taraf için de geçerli olduğu söylenemez. Uyuşmazlığın çıkmasının ardından davacı *yanda* yer alan taraflar, anlaşarak bir araya geldiklerinden; onları, tek bir hakem üzerinde anlaşma konusunda külfet altına sokmak, *Dutco* kararında getirilen ilkeye aykırı değildir⁵⁰⁰.

Davalı *yanda* birden fazla tarafın bulunması hâlinde, yukarıda sözü edilen hükümler dışında, uygulanmakta olan bir başka örnek düzenleme, Viyana Tahkim Kuralları'nda yer almaktadır. Buna göre, davanın birden fazla davalı aleyhine açılması hâlinde, *davalıların* hakemlerin sayısı hakkında, *tek* veya *üç* hakem üzerinde, tercihte bulunmaları mümkündür. Şayet üç hakem tercih edilirse bu hâlde davalılar, *ya* kendi aralarında tek bir hakem üzerinde uzlaşacaklar *ya da* hakemleri, davalılar adına kurum tarafından seçilecektir. Hükümün özelliği, davalılara, tek bir hakem önünde yargılanmayı seçme hakkı tanıyarak davacı ile aralarında olması gereken eşitliği sağlama imkânını sunmasıdır (Vienna Arbitration Rules Art. 10)⁵⁰¹. UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi nispeten eski tahkim kurallarında, çok taraflı tahkime ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi UNCITRAL Model Kanunu ve pek çok millî tahkim kanununda da, anılan yönde düzenlemeler bulmak güçtür. Oysa Alman hukuku, Model

⁴⁹⁸ SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 211, 212; DELVOLVÉ, *Multi-Party Arbitration*, s. 42; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 382; BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 39. Ayrıca bkz. BERBER, s. 74 vd.

⁴⁹⁹ GRAVEL, s. 47; Ayrıca bkz. van den BERG, *Cases Involving Multiple Defendants*, s. 20; HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, s. 341. Taraflar arasındaki eşitliğin korunması, milletlerarası kamu düzeninin bir gereği olup aksi hâlde hükmün iptal edileceği muhakkaktır. Şu hâlde, böylesine bir müdahale, tarafların nihai menfaatleri için daha tercihî olmalıdır. Bu noktada, tahkimin yargısal boyutu, irade serbestisine dayalı sözleşmesel niteliğine baskın gelmiştir (BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 39). Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 563; BERBER, s. 76 vd, 85.

⁵⁰⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 384.

⁵⁰¹ DELVOLVÉ, *Multipartism*, s. 201; PLATTE, s. 75, 76.

Kanun'un iktibası sırasında, hakem heyetinin oluşumunda, taraflardan birinin diğerine göre üstün bir konumda bulunması hâline ilişkin, özel bir hüküm, getirmiştir. Söz konusu hüküm, doğrudan çok taraflı tahkimle ilgili değildir; lakin bu hâlde de uygulanabilirliği konusunda, şüphe yoktur (*aynı yönde bkz.* Hollanda CCP Art. 1028; *karş.* eski ZPO §1025/II)⁵⁰². ZPO § 1034/II'ye göre tahkim anlaşmasının, taraflardan birine, hakem heyetinin oluşumuna ilişkin diğer taraf aleyhine üstün kimi haklar bahşetmesi hâlinde diğer taraf, yapılan atamadan veya atama usulünden sapılarak hakem veya hakemlerin bu sefer mahkemece atanmasını isteyebilir. Söz konusu talebin, böyle bir hakem heyetinin teşekkülünden haberdar olunmasını takiben, iki hafta içinde yapılması gerekmektedir (*ayrıca bkz.* Hollanda CCP Art. 1028)⁵⁰³.

Gerek tahkime uygulanacak hukukun, örneğin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun *gerekse* seçilmesi hâlinde ilgili tahkim kurallarının böyle bir durum karşısında, sessiz kalması hâlinde hakem heyetinin nasıl oluşacağı yahut oluşturulan hakem heyetinin geçerliliği, bir meseledir⁵⁰⁴. Sorunun ağırlık merkezi, taraflar arasında olması gereken eşitliğin gerçekte, *kural boşluğu* da dikkate alındığında, nasıl sağlanacağıdır. Örneğin, *Dutco* kararında getirilen ilkenin, her zaman bu şekilde anlaşılmadığı; söz konusu eşitlik ilkesinin taraflarca *önceden* üzerinde tasarruf edilebilecek bir husus olduğuna, işaret eden içtihatlar da bulunmaktadır⁵⁰⁵.

⁵⁰² **van den BERG**, *Cases Involving Multiple Defendants*, s. 31; **BERGER**, *The German Arbitration Law*, s. 39; **KREINDLER/MAHLICH**, s. 81 vd; **BÖCKSTIEGEL**, *New German Arbitration Act*, s. 25.

⁵⁰³ Önceki Alman hukukunda ise (ZPO §1025/II) çok farklı bir yaklaşım sergilenmişti. Buna göre, tahkim yargılamasıyla ilgili olarak ve özellikle hakemlerin seçiminde, bir tarafın diğer tarafa nazaran sahip olduğu ekonomik, sosyal üstünlüğünü, anılan koşulların kabulü için kullanması durumunda, söz konusu tahkim anlaşması geçersiz olmaktadır. Bugünkü hüküm, 1986 tarihli Hollanda CCP Art. 1028'e yakındır (Hükümün bu hâliyle çok daha tatminkâr olduğuna ilişkin bkz. **BÖCKSTIEGEL**, *New German Arbitration Act*, s. 25). *Ayrıca bkz.* **BERGER**, *The New German Arbitration Law*, s. 13; **van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS**, s. 40; **BERGER**, s. 242; **GRANZOW**, s. 97, 98. Oysa Belçika Yargılama Usulü Kanunu'nun 1678/I. maddesine göre, hakemlerin seçiminde taraflardan birine, diğerine nazaran tanınan üstünlük, tahkim anlaşmasını geçersiz kılacaktır. Taraflardan birinin diğerine nazaran sahip olduğu üstünlük, özellikle sadece bir tarafın tüm hakemleri ataması veya diğerinden daha fazla sayıda hakem ataması hâlinde, gündeme gelecektir. Yine, hakemlerin sadece taraflardan birinin hazırlamış olduğu listeden seçilecek olması hâlinde de durum böyledir (**van den BERG**, *Cases Involving Multiple Defendants*, s. 31). *Berger*, özellikle ZPO §1034/II'de düzenlenmekte olan hükümün bir özelliğine işaret etmektedir. Öncelikle anılan hüküm, doğrudan, çok taraflı tahkim için geliştirilmiş değildir. Hükümün uygulanabilmesi için taraflar arasında, *daha başlangıçta*, tahkim anlaşmasının akdedildiği esnada, bir eşitsizliğin bulunması gerekir. Oysa çok taraflı bir hukuki ilişki, *her zaman* çok taraflı tahkime sebebiyet vermez. *Kaldı ki, tarafların da böyle bir durumda, anılan türde bir tahkimin gündeme gelebileceğini öngörmüş olmaları beklenir.* Dahası, ileride, bir çok taraflı tahkim gündeme gelirse kimin bundan zarar göreceği de belirsizdir; zaten bu da, çok taraflı tahkimin *sonradan oluşan* bir sonucudur. Şu hâlde, anılan hükümün özellikle çok taraflı tahkimde, uygulanmasında ısrar etmek, kimi zaman dürüstlük kuralıyla bağdaşmayabilecektir (**BERGER**, *The German Arbitration Law*, s. 40; **BERGER**, *The New German Arbitration Law*, s. 13).

⁵⁰⁴ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 385.

⁵⁰⁵ **BERGER**, s. 319; **PLATTE**, s. 67. *Dutco* kararına konu olan ICC hükmünün uygulandığı bir başka davada, hakemlerin seçilmesine ilişkin takibedilen ICC yönteminin onandığı içtihat için bkz. *Court de justice*, Geneva, *Arab Republic of Egypt v Westland Helicopters Ltd.* Karar, İsviçre Tribunal Fédéral tarafından, 1983 tarihinde onanmıştır (*ASA Bulletin* 1984, s. 203). Özellikle bu içtihatla vurgulanan, davalıların gereğinde tek hakem üzerine uzlaşmaları, aksi hâlde atamanın Divan tarafından yapılacağı şeklindeki ICC hükmünün ve uygulamasının artık bir *gelenek* hâline geldiği; ICC hükümlerinin tercih edilmiş olması hâlinde, bu geleneğe de tabi olunacağı fikri ilgi çekicidir, ancak eleştiriden de uzak değildir (**DELVOLVÉ**, *Multi-Party Arbitration*, s.

Konu, *lex arbitri*'nin ve özellikle *lex loci arbitri*'nin hükümlerinin altındadır. Davacının özellikle birden fazla davalının bulunduğu bir durumda, hakemini seçerken diğer tarafa nazaran sahip olduğu üstünlük; buna cevaz veren sözleşme hükümleri, yahut kararlaştırılmışsa bu yöndeki tahkim kuralları, *lex loci arbitri* ve özellikle onun yansıttığı kamu düzeni anlayışı karşısında, geçerlilik kazanmayacaktır. **Bu durumda, tahkim anlaşmasının ve özellikle hakemlerin yargı yetkilerinin akıbeti, *lex loci arbitri*'nin takınacağı tavır ile yakından ilgilidir.** Gündeme gelecek tercihlere ilişkin en açık örnek, herhâlde ZPO *eski* §1025/II ile şimdiki ZPO §1034/II hükümleri olacaktır⁵⁰⁶.

Çok taraflı tahkim, incelediğimiz olasılıkta, hakem heyetinin oluşumunun ardından yanlardan birine, bir tarafın daha katılması hâlinde de gündeme gelebilir. Böyle bir katılım-müdahale, zaten katılanın ve davaya taraf olanların ortak iradesinin bir sonucu olduğuna göre söz konusu anlaşma, hakem heyetinin teşekkül etmiş biçimi için de geçerli olacaktır⁵⁰⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi tahkim yargılamalarında, *Dutco* kararına benzer bir çekişme ile karşılaşan Türk mahkemelerinin nasıl bir karara varacağı, düzenleme boşluğu da dikkate alındığında, hayli zor ve ilginç bir meseledir⁵⁰⁸. Kanunda ZPO §1034/II'ye yahut Hollanda CCP Art. 1028'e benzer bir hüküm yoktur. Benzer yöndeki içtihatların etkisiyle ZPO *eski* §1025/II'de düzenlendiği gibi, tahkim kaydının tümüyle geçersiz sayılması, ihtimal dâhilindedir⁵⁰⁹. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 17/I. maddesinin *hem* lafzına *hem de ruhuna* uygun olarak, önceki dönem, *yerli* tahkime ait hükümlerin ve *anlayışların* milletlerarası tahkim yargılamalarına da uygulanıp uygulanmayacağı, tartışmaya değerdir. Öte yandan, aynı kanunun 3/II. maddesinde, mahkemelerin sadece bu kanunun hükümlerine göre müdahale edebileceği düzenlenmiştir. Yani, kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, mahkemelerin milletlerarası tahkim yargılamalarında, kural olarak bir rolünün bulunması mümkün değildir. Ne var ki, böyle bir hükmün, mahkemelerin *yardıminin ve desteğinin* gerektiği durumlarda, özellikle düzenleme boşluğunun bulunduğu hâllerde, geçerli olması da

37; SCHWARTZ, s. 10, 11). Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 564. Zira kamu düzenine ait taraflar arasındaki eşitlik prensibinin zedelenmesi pahasına, bir uygulamanın gelenek hâline geldiğinden bahsetmek, son derece güçtür (van den BERG, *Cases Involving Multiple Defendants*, s. 26). Ayrıca bkz. ÖZBEK, *Çok Taraflı Tahkim*, s. 115-118; BERBER, s. 120-123.

⁵⁰⁶ van den BERG, *Cases Involving Multiple Defendants*, s. 34-36. Öğretide, şayet tahkim anlaşmasının grup şirketlerine de sirayet ettirilmesi yoluyla bir çok taraflı tahkim meydana gelmekteyse, anılan grup şirketleri bakımından tek bir hakem üzerinde anlaşma külfetinin, özellikle grup şirketleri arasındaki sık bağ ve yakın ilişki nedeniyle bir sorun yaratmayacağı ileri sürülmüştür (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 385).

⁵⁰⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 386. Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 570; BERBER, s. 61; DELVOLVÉ, s. 38.

⁵⁰⁸ BERBER, s. 220, 221.

⁵⁰⁹ 13. HD. 25.04.1991, 8778/4492, (YKD 1991/8, s. 1222 vd); HGK. 12.2.1992, 1991-606/56, (İKİD 1996/11, s. 12217, 12218). Ayrıca bkz. ALANGOYA, s. 86; ALANGOYA /YILDIRIM/YILDIRIM, s. 613

beklenmemelidir. Zira söz konusu hükmün gayesi, tahkim yeri mahkemelerinin, milletlerarası tahkime, düzenlenenin dışında, olumsuz yönde müdahale etmesine, mâni olmaktır. Oysa milletlerarası tahkimde, mahkemelerin rolü, sadece *denetim* değil; ama aynı zamanda tahkimin *desteklenmesi*, korunması biçimlerinde de olabilmektedir. Böyle bir durumda mahkemelerin, düzenleme boşluğuna rağmen; *hem* tarafların tahkim iradesini koruması *hem de* taraflar arasındaki, örneğin hakem heyetinin oluşumundaki eşitsizliği gidermesi gerekir⁵¹⁰.

Taraflar arasında, tahkime gitmek konusunda geçerli olan *ortak iradenin*, yine taraflar arasında eşitsizlik yaratan ve tahkim anlaşmasının da bir parçasını oluşturan sair kayıtlardan soyutlanarak tahkim anlaşmasının koruma altına alınması; sadece sözü edilen ve eşitsizliğe sebebiyet veren kaydın geçersiz sayılarak kalan boşluğun, kanunun yedek hükümleri ile doldurulması, mümkündür ve bir yorum meselesidir. Türk hukuku yönünden anılan mesele, içtihatlarla çözülecek olmakla birlikte; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun gerek amacının gerekse hükümlerinin bu tarz bir anlayışı kabul etmek bakımından müsait olduğu, söylenebilir⁵¹¹.

III- Birbirinden Ayrı veya Bir Dizi Hukuki İlişkidен Kaynaklanan Çok Taraflı Tahkim

Tipik bir eser sözleşmesinde, iş sahibi ile müteahhit; müteahhit ile alt müteahhit(ler); müteahhit veya alt-müteahhitler ile (malzeme) sağlayıcılar(1) arasında ayrı ayrı sözleşmesel ilişkiler bulunabilmektedir. Sözleşmelerden birinin tarafları arasında bir uyumsuzluk çıktığında, bu durumun diğer sözleşmelere *hukuken*, doğrudan bir etkisi, bulunmamakta; başka bir anlatımla tahkimle ilgili olarak her sözleşme, kendi tahkim kaydına diğerlerinininkinden bağımsız sahip olmaktadır. Ne var ki, iş sahibi ile ana-müteahhit arasında yaşanan bir uyumsuzluğun konusunu, alt-müteahhit tarafından yapılan bir işin oluşturması hâlinde, ana-müteahhit ile ayrıca bir sözleşmesel ilişki içinde bulunan başta alt-müteahhit olmak üzere, diğer kimselerin hukuki durumlarının söz konusu uyumsuzlıktan etkilenmeyeceğini söylemek de güçtür. Böyle bir durumda, ***ana-müteahhit, gerek iş sahibi gerekse örneğimizde olduğu***

⁵¹⁰ *Ayrıca bkz. §1, II, B.*

⁵¹¹ *Karş. 13. HD. 02.10.1995, 7761/8331 (YKD, 1996/1, s. 55 vd).* Kararda, davacı, adi ortaklık şeklindeki konsorsiyumu davalı göstererek, onun için hakem seçimi konusunda mahkemeye başvurmuş; dava dilekçesi, konsorsiyum liderine tebliğ edilmiştir. Somut olaydaki, *başkaca meseleleri*, göz ardı ederek, şu hususu ön plana çıkarmak mümkündür: Mahkeme, davacının *tek başına* hakemini seçmiş olmasına rağmen; adi ortaklıkta taraf teşkili için diğer ortakların da davaya katılması gerektiği sonucuna varmış ancak adi şirket ortaklarının tek bir hakem üzerinde neden uzlaşmak zorunda kalacaklarını cevapsız bırakmıştır. Mahkeme, hangi yetkiyle ve gerekçeyle davalı tarafta yer alan tüm ortaklar için hakem atayacaktır? Bu hâlde neden davacı, özgürce, tek başına, hakemini seçebilmekteyken, adi şirket ortakları için mahkemece hakem atanmaktadır? **Kararda, diğer tüm ortakların da davaya katılması sağlanarak hukuki dinlenilme haklarının güvence altına alınmasına çalışılırken bir başka hakları, örselenmiş olmaktadır.**

gibi alt-müteahhit ile olan sorunlarını, tek bir seferde ve birlikte, aynı yargılama usulü içinde çözmek isteyebilir; bu konuda haklı bir takım gerekçelere de sahip olabilir. Şöyle ki, ayrı ayrı yürütülen yargılamalar sonucunda hakemler, birbirleriyle çelişir hükümler verebilirler. Öte yandan örneğimizde olduğu gibi, iş sahibi ile ana-müteahhit arasında, alt-müteahhidin yapmış olduğu bir iş ile ilgili yaşanan uyuşmazlığın çözümünde, *alt-müteahhidin*, ileride verilecek ve kendisi için de olumsuz bir takım sonuçlar içerecek hükümlerle bağlı kalmamak için söz konusu yargılamada yer almak, gereğinde savunma-açıklama yapmak istemesi de mümkündür⁵¹².

Gündeme gelen sorunların kaynağında, önemli ölçüde, tahkimin sözleşmesel niteliği ve tahkim yargılamasının, tıpkı devlet yargısında geçerli olduğu üzere klasik *iki taraflı* yapısı yatmaktadır⁵¹³. **Tahkim yargısı, tüm tarafları arasında bir sözleşmesel bağı gerektirir.** Ne var ki bir uyuşmazlığın ardından, tarafların bu türdeki, bir çok taraflı tahkim üzerinde anlaşacak olmalarını beklemek de gerçekçi değildir⁵¹⁴. O hâlde yük, önemli ölçüde, tarafların aralarında yapmış oldukları tahkim anlaşmalarına; varsa uygulanmasını kararlaştırdıkları tahkim kurallarına ve her şekilde tahkime uygulanacak hukuka düşmektedir⁵¹⁵. Dahası, klasik iki taraflı yargılama esasından farklı olarak *çok taraflı tahkimin bu türünde*, aynı hakem heyeti önünde, çok yönlü davalar bir arada görülmektedir. Yani yukarıdaki örneğimize dönüldüğünde, iş sahibinin *davacı*; ana-mütteahhidin ise *davalı* olduğu yargılama dışında; bir de bu kez, ana-mütteahhidin *davacı* alt mütteahhit ya da mütteahhitlerin *davalı* olduğu ikinci bir yargılamanın aynı hakem heyeti önünde, çözümü beklenmektedir (*karş. HUMK m. 57, son cümle*)⁵¹⁶.

⁵¹² LEVEL P., Joinder of Proceedings, Intervention of Third Parties, and Additional Claims and Counterclaims, 7(2) ICC Bulletin 1996, s. 38, 39; NICKLISCH F., Multi-party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects, 11(4) J Int'l Arb, 1994, s. 57, 58; LEBOULANGER, s. 63 vd; STIPANOWICH, s. 479-481; BERGER, s. 295; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 388. Ayrıca bkz. ÖZBEK, Çok Taraflı Tahkim, s. 118-122.

⁵¹³ NICKLISCH, s. 58, 59. Ferî müdâhil, taraf değildir; bu nedenle ferî müdâhilin katılımıyla davanın taraflarında bir değişiklik söz konusu olmaz (PEKCANITEZ, s. 40-42).

⁵¹⁴ DELVOLVÉ, s. 27; LEVEL, s. 37; PLATTE, s. 7. Ayrıca bkz. BERBER, s. 51, 52.

⁵¹⁵ STIPANOWICH, s. 492, 493.

⁵¹⁶ NICKLISCH, s. 60, 65. Ferî müdâhil, taraf olmadığından, katıldığı davada, kendisi bir talepte bulunamaz; kendisine karşı bir talepte bulunamaz; sonuç olarak kendisi hakkında bir karar da verilemez. Müdâhil, ister ihbar üzerine isterse kendiliğinden davaya katılmış olsun; hakkında hüküm tesis edilemez. Ne var ki asıl taraf, davayı kaybederse, ferî müdâhile rücu davası açabilir. Asıl taraf, henüz dava sonuçlanmadan da aynı mahkemede, ferî müdâhile karşı rücu davası açabilir. Mahkeme, bu hâlde, müdahale edilen asıl dava ile rücu davasını, birlikte inceleyip karar verebilir (HUMK m. 57, c.3). Müdâhile karşı açılan davada, yetkili ve görevli mahkeme, asıl davanın görüldüğü mahkeme olmaktadır. Bu hâlde mahkeme, her iki davayı, birlikte inceleyip karara bağlayacaktır (PEKCANITEZ, s. 165-167). Çok taraflı tahkim, burada anlatılanlara benzerdir. Gerçi, tahkim anlaşmasının asıl tarafları dışındaki üçüncü kişi, ferî müdâhilin aksine yargılamada taraf sıfatını taşımaktaysa da; kendisinin taraf olduğu yargılama, aslında kendisine karşı açılmış rücu davası hakkındadır. Yoksa, ilk dava bakımından, üçüncü kişinin aslında ferî müdâhil gibi bir sıfatı/işlevi dahi yoktur. Böyle bir olasılık yönünden karşılaşılan güçlük, söz konusu üçüncü kişinin, seçiminde rol almadığı bir hakem heyeti

Üçüncü bir kişinin tahkim yargılamasına *taraf olarak* dâhli-müdahalesi yanında (*joinder*); paralel süreçte yer alan tahkim yargılamalarının tek bir yargılama içerisinde birleştirilmesi (*consolidation*), meselenin iki farklı yüzünü oluşturmaktadır⁵¹⁷.

A- Tahkim Yargılamasına Üçüncü Kişilerin Müdahalesi- Katılımı (Joinder and Intervention)

Üçüncü kişilerin derdest bir yargılamaya dâhil edilmek istenmesi veya onların anılan yargılamaya müdahalesi, mahkemeler önünde görülmekte olanlar bakımından, son derece doğaldır. Taraflar arasında ayrıca bir anlaşma bulunmasa da davanın üçüncü kişilere ihbarı (HUMK m. 49-52) ya da bu kimselerin davaya müdahalesi (HUMK m. 53-58) mümkündür. Bu hâlde, ya taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, yakın ilişki ve irtibat içindedir ya da böyle bir usul, usul ekonomisi açısından da son derece gerekli ve yerindedir⁵¹⁸. İlgilileri böyle bir katılıma, bir anlamda, mecbur eden ya da bunu, onlar için mümkün kılan husus, özünde mahkemelerin devlet egemenliğinden kaynaklanan gücü ve özellikle *herkes için zaten daha baştan geçerli olan yargı yetkisidir* (*ayrıca bkz.* HUMK m. 51). Oysa bu manzara, tahkimde tümüyle farklıdır. Tahkimin kaynağı, öncelikle tarafların aralarında yaptıkları sözleşme olup (tahkimin) yargılamanın üçüncü bir kimseye ihbarı ve onun katılımının temin edilmesi veya bu kimsenin yargılamaya müdahalesi, anılan sözleşmesel nitelikte çelişmektedir⁵¹⁹. Böylelikle tahkim hukuku bağlamında, en azından, usulî verimlilik-usul ekonomisi ile irade özgürlüğü, karşı karşıya gelmektedir. Bu nedenlerdir ki, tarafların ortak ve açık iradeleri bulunmamasına karşın böyle bir katılımı veya müdahaleyi öngören, mümkün kılan pek az kanuni düzenleme bulunmaktadır; hâkim anlayış, anılan hususların ancak tarafların birlikte rıza göstermeleri hâlinde gerçekleşebilmesidir⁵²⁰.

önünde yargılanacak oluşudur. Bu nedenledir ki, üçüncü kişinin böyle bir katılımı rıza göstermesi, *tahkim anlaşmasının taraflarının bu konuda da anlaşmış olmaları bir yana, zorunludur* (SCHLOSSER, Rn. 570; BERBER, s. 61).

⁵¹⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 389; PLATTE, s. 67, 68.

⁵¹⁸ PEKCANITEZ, s. 21-25; 54 vd.

⁵¹⁹ PLATTE, s. 68, 69; LEVEL, s. 37.

⁵²⁰ DELVOLVÉ, *Multi-Party Arbitration*, s. 30, 31; ÖZBEK, *Çok Taraflı Tahkim*, s. 112. Çok taraflı tahkimin, ferî müdahale yahut davanın ihbarı dışında, Türk hukukunda bilinen müesseselerden, asli müdahil ile karşılaştırılması da doğru olmayacaktır. Gerçi, asli müdahale, *ferî müdahaleden farklı olarak* bir dava olduğundan, çok taraflı tahkimde, davalının yaptığına, bu anlamda benzemektedir. Lakin asli müdahalede, derdest davanın tarafları, asli müdahale davasında birlikte, pasif tarafta yer almakta, yani davalı olmakta; üçüncü kişi ise asli müdahale davasının davacısı olmaktadır (PEKCANITEZ, s. 44-47; ÖZEKES, *Asli Müdahale*, s. 22 vd). Oysa çok taraflı tahkim, üçüncü kişinin *davalı* olduğu, derdest tahkim yargılamasının davalısının açtığı ve fakat aynı hakem heyetince görülen bağımsız bir davadır. Tahkimde, asli müdahâlenin olup olmayacağını tartışmak mümkündür. Ancak üçüncü kişinin, oluşumunda hiçbir katkısının olmadığı hakem heyeti önünde derdest yargılamanın taraflarını dava etmektense, bu kimseleri, kendisinin de oluşumunda (*tek başına*) rol alacağı

Tahkim anlaşmasının görünen tarafları yanında, yargılamaya üçüncü kişilerin de katılımlarının sağlanması, devlet yargısına nazaran bazı farklılıklar içermektedir. Milletlerarası tahkim yargılamalarında, üçüncü kişilerin davaya dâhil edilmesiyle ilgili sorunlar tartışılırken, şu örnek gözden uzak tutulmamalıdır: Davanın mevcut tarafları yanında, *davalı*, büyük bir olasılıkla kendisine rücu edeceği üçüncü bir kişiyi, aynı davada, *davalı olarak göstererek* yargılamaya dâhil etmek istemekte; rücu alacağıyla ilgili meseleyi, *davacının* zaten kendisine karşı açmış olduğu davada ve fakat bu sefer kendisini davacı hâline getirerek yargılamaya konu etmektedir⁵²¹. Mevcut davaya, (*davalının karşısında*), yeni bir davalı olarak katılmak istenen üçüncü kişinin, asıl taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının da tarafı bulunup bulunmadığı yahut söz konusu tahkim anlaşmasının kendisi için de bağlayıcı olup olmadığı bir

yeni bir hakem heyeti önünde dava etmesi, çok daha gerçekçi ve pratik bir yol olur. Ayrıca bkz. **BERBER**, s. 218; 15. HD. 21.06.2004, 3418/3451, MİHDER 2005/1, s. 239 vd. Bu son karardaki *Karşı Oy* yazısında, kısaca, "...HUMK.nun 516 ve izleyen maddeleri hükümleri, hakem heyetince somut olayda uygulandığına göre, asli müdahilin de yine uygulanması gereken HUMK.nun hükümlerini gözeterek asli müdahale isteminde bulunması gerektiği kuşkusuzdur....ortaklardan A.S.P.A'nin *hakemde açmış olduğu bu davaya asli müdahil olarak katılması, adi ortaklığın iştirak kurallarına tabi olması sebebiyle de zorunludur...*" sonucuna varılmıştır. Karar, özellikle adi ortaklık şeklindeki hukuki yapılarda, ortaklardan birinin aslında, adi ortaklıkla ilgili bir konuda, tek başına açmış olduğu davadan ve muhtemelen kendi adına alacağı bir hükümden, kendisinin ve ortaklığın zarar göreceğini düşünen diğer ortağın mevcut tahkim yargılamasına dâhil olmak istemesiyle ilgilidir. Dava konusu hakkın sahibinin davacının değil; ama adi ortaklık olması vb. nedenler yüzünden, çoğu kez davayı takip yetkisi yahut husumet olarak *hakemlerce* görülüp değerlendirilebilecek bir mesele, artık, bu noktada, usulî bir boyut kazanmıştır. İç hukukta, devlet yargısı için geçerli kimi prensip ve uygulamaların, doğrudan tahkime uygulanması ya çok zordur ya da mümkün değildir. Zira öncelikle asli müdahâlenin bağımsız bir dava olduğu dikkate alındığında, davacıyla mevcut tahkim davasının tarafları arasında, bir tahkim anlaşmasının olup olmadığı, sorulması gereken ilk sorudur. Üstelik mevcut tahkim davasının hakemlerinin bu yeni asli müdahale davasının da hakemleri mi olacağı, yoksa yeni hakemlerin mi seçilmesinin gerekeceği, cevap bekleyen bir başka sorudur. Temel borç ilişkisi dikkate alındığında, adi şirket ortağı, ortaklığı ilgilendiren bir meselede, kendi adına hüküm aldirmaya çalışan ortağın, böyle bir tutumuna mâni olmak bakımından, derdest yargılamaya katılmak-müdahale etmek istemekteyse de, *ne ferî ne de* asli müdahale temelinde, bu ihtiyacı karşılamak mümkün değildir. Kaldı ki, hakemlerin de hakkın gerçek sahibini dikkate alarak, davayı bu yönde sonuçlandırmaları, kuvvetle muhtemeldir. Verilecek hükmün, davanın tarafı olmayan ortak ve hatta ortaklık yönünden nasıl bir etkisinin/bağlayıcılığının olduğu da şüphelidir. En nihayetinde, tahkimin sözleşmesel yönü dikkate alındığında, mevcut yargılama, kural olarak üçüncü kişilere kapalıdır.

⁵²¹ **WHITESSELL A. M./SILVA-ROMERO E.**, Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience, Complex Arbitrations, Perspectives on their Procedural Implications, ICC Bulletin Special Supplement, 2003, s. 10, 11. *İç tahkimle ilgili olarak*, (tahkim anlaşmasının) taraflar(ı) arasında, bir anlaşma yoksa ferî müdahilin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Taraflar izin vermedikçe üçüncü bir kişi, bu davaya müdahale edememelidir. Müdahâlenin etkisi içinse üçüncü kişinin taraflar arasındaki anlaşmaya katılması ve müdahâlenin etkisini açıkça kabul etmesi gerekir. Bu hâlde, davanın ihbar edilmesi de, ihbar edilen hakkında müdahâlenin etkisine neden olmaz. Çünkü, ihbar edilen üçüncü kişi, anlaşmaya tabi değildir (*Concordat* Art. 28/I). *Ayrıntısı için bkz. WAGNER*, s. 697; **YEGENGİL**, s. 297; **PEKCANITEZ**, s. 202-205; **ERTEKİN /KARATAŞ**, s. 235, 236; **AKINCI**, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 208-211; **ÖZEKES**, s. 224. Ayrıca bkz. **BERBER**, s. 57 vd, 202 vd. Çok taraflı tahkimin bilinen *ferî müdahil* ilişkisinin kalıplarını aştığı açıktır. Öncelikle yargılamaya katılan kimse, *müdahâlenin etkisinden de öte* çok taraflı tahkimde, doğrudan taraf sıfatını kazanmakta; kendisiyle ilgili de bir hüküm kurulabilmesini sağlamaktadır. Burada, özellikle rücu davası da aynı hakem heyetince görülmektedir. Davalının, kendisine karşı açılan davada, şayet rücu etmesi gerekecekse, rücu edeceği bu üçüncü kişiyi de, kendisinin zaten davalı olduğu davaya katabilmesi, *hem* davacının *hem de* davalının (ve belki de *hakemlik sözleşmesi gereği, hakemlerin*) rızasını gerektirir. Üçüncü kişi, âdetâ, *ferî müdahil* olmadan, *tahkimin tarafı* hâline gelmektedir. Oysa HUMK m. 57, c.3 için üçüncü kişinin önce ferî müdahil olması gerekir.

yana, çözümünü bir hayli güç olan diğer sorun, *şayet henüz kurulmamış ve söz konusu üçüncü kişinin de buna rızası alınmamış* ise hakem heyetinin nasıl oluşacağıdır⁵²².

Tahkim yargısının (tahkimin) irade özgürlüğüne dayanan (sözleşmesel) temeli, tarafların, tahkim anlaşmasında, üçüncü bir kişiyi *-iradesi hilafına-* söz konusu yargılamaya katılmak yönünde bir mecburiyet altına sokmalarına ve herhangi bir üçüncü kişinin de tahkim anlaşmasının taraflarının iradelerine aykırı olarak yargılamaya müdahale etmesine mânidir⁵²³. Tahkimin *tüm* tarafları için aranan iradenin sonradan ve özellikle de uyuşmazlık çıktıktan sonra sağlanması kolay ve pratik olmadığından; çok taraflı ve çok yönlü ilişkilerden oluşan böyle karmaşık bir hukuki oluşumun, her bir kısmı için geçerli tahkim iradesinin, bu türdeki bir tahkimi mümkün kılacak yapıda olması gerekir. Varlığı şart olan rızanın, her zaman tahkim anlaşmasında açıkça bulunması da gerekli değildir. Söz gelimi, tahkim anlaşmasının taraflarının yargılamaya üçüncü bir kişinin katılımını mümkün kılan kurallar üzerinde anlaşmış olmaları hâlinde, *üçüncü kişinin yargılamaya dâhil edilmek istenmesi esnasında*, tarafların böyle bir talebe karşı çıkması artık olası değildir (*bkz.* LCIA Rules Art. 22/I, *h*)⁵²⁴.

UNCITRAL Model Kanunu'nun hazırlanması esnasında, böyle bir konuda düzenleme yapmaktan özenle kaçınılmıştır⁵²⁵. Yine pek çok millî hukuk, bu konuda düzenleme içermezken ilginç bir örnek, Hollanda CCP Art. 1045'de (*lex loci arbitri*) görülmektedir. Tahkim yargısına üçüncü bir kişinin katılımını sağlama veya üçüncü kişinin tahkime müdahalesi konularında (Hollanda CCP Art. 1045/I, II), hakem heyetince karar verilmesi gerekmektedir; böyle bir karar için öncelikle ve her şekilde, *tahkime taraf olanlar ile söz konusu üçüncü kişi arasında, yazılı bir anlaşmanın yapılması aranmaktadır* (Hollanda CCP Art. 1045/III). **Hakemlerin de kabulü üzerine, tahkim yargısına dâhil edilen bu üçüncü kişi, taraf hâline gelmektedir** (Hollanda CCP Art. 1045/IV)⁵²⁶. Tüm tarafların ortak iradesinin aranması ve katılanın da *taraf hâline* gelmesi hükmü, örnekleri devlet yargısında görülen düzenlemelerden ayırmaktadır. Kaldı ki dikkat çekici husus, tarafların ortak iradesine

⁵²² WHITESELL/SILVA-ROMERO, s. 11, 12. Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 570.

⁵²³ STIPANOWICH, s. 494. Ayrıca bkz. AKINCI, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 209; BERGER, s. 312.

⁵²⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 390. LCIA Rules Art 22/I, *h*, hükmü dikkate alındığında, mahkeme yargılamasından farklı olarak üçüncü bir kişinin yargılamaya dâhil edilmesi, bu kimsenin de rızasını gerektirmektedir (*karş.* HUMK m. 51); bu da ilgili tahkim kuralının kapsamını ve uygulama alanını, devlet yargısına göre oldukça daraltmaktadır. Ne var ki bu esnada, tahkim anlaşmasının diğer tarafının da ayrıca rıza göstermesi, artık gerekli değildir. Zira aranan rıza, baştan, ilgili tahkim kuralı üzerinde anlaşılmakla verilmiştir. Ayrıca bkz. PLATTE, s. 71; NIKCKLISCH, s. 65.

⁵²⁵ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 312; DELVOLVE, *Multi-Party Arbitration*, s. 30, 31.

⁵²⁶ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 69, 70.

rağmen müdahalenin gerçekleşmesi, hakem heyetince de bu yönde alınacak bir kararla olmaktadır⁵²⁷.

Çok taraflı tahkimin bu türü, klasik devlet yargısına çok yabancısıdır. Aynı anda, tarafları da farklı iki yargılamanın bir arada yürütülmesi, sadece iki taraflı yargılama esasını değil; tahkime özgü –*nispilik*, *gizlilik* vb.- kimi değer yargılarını da zorlamaktadır. Lakin mevcut bir yargılamanın üçüncü kişiler üzerinde, özellikle kimi olumsuz sonuçlara sebebiyet verebilecek olması da son derece doğaldır. Tahkim yargılamasının tarafının, bu ilk yargılamada özellikle kendisiyle ilgili varılan *sonuçlara* dayanarak bu sefer başkaca kimseler aleyhine, kimi hukuki yollara başvurması durumunda, dayanılan sonuçların aksine ve onlarla çelişen yeni hükümlere varılmaması beklenir. Anılan bu son ve haklı menfaatin sağlanması yönünden, çok taraflı tahkimin sözü edilen türünden yararlanmak yerine, özellikle usul hukuklarında geçerli olan ve klasik *ihbar- (ferî) müdahale* anlayışlarından yararlanılması; benzeri hükümlerin tahkim yargılamaları için de geçerli kılınması, öğretide önerilen bir çözüm yoludur⁵²⁸.

B- Tahkim Davalarının Birleştirilmesi

Tahkim davalarının birleştirilmesi için de tüm tarafların rızası gerekir. Bu hâlde, en kolay yol, tarafların tahkim anlaşmalarında, anılan durumu öngörmüş ve düzenlemiş olmalarıdır⁵²⁹. Önem arz eden husus, sadece tek bir tahkim anlaşmasının böyle bir imkânı düzenlemiş olmasının yetmemesidir⁵³⁰. Çözümü beklenen sorunlardan ilki, böyle açık düzenlemeler olmamakla birlikte, aynı tip tahkim kaydını içeren, tarafları farklı ve fakat ortak bir ekonomik amaca hizmet eden sözleşmelerin yapılmış olması hâlinde, tarafların tahkim davalarının birleştirilmesine de rıza göstermiş sayılmalarının mümkün olup olmadığıdır⁵³¹.

⁵²⁷ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 69; LEVEL, s. 42.

⁵²⁸ NIKCKLISCH, s. 67. Ayrıca bkz. BERBER, s. 54 vd.

⁵²⁹ BERGER, s. 296; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 175; LEBOULANGER, s. 72 vd.

⁵³⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 393. Farklı tahkim yerlerini içeren; farklı yargılama kurallarına göndermede bulunan ve özellikle hakem heyetinin oluşumunda, farklı esaslar benimseyen tahkim anlaşmalarına dayalı yargılamaların birleştirilmesi, mümkün görülmemektedir. ICC Rules Art. 4/VI'nın uygulanmasının mümkün olduğu bir olayda, *tarafları aynı ve birbirleriyle irtibatlı olan uyuşmazlıkların birleştirilmesi talebi dahi* tahkim anlaşmalarının anılan farklılıklardan birini içermesi nedeniyle reddedilebilecektir (WHITESSELL/SILVA-ROMERO, s. 16). Ayrıca bkz. PLATTE, s. 72.

⁵³¹ GAILLARD E., The Consolidation of Arbitral Proceedings and Court Proceedings, Complex Arbitrations, Perspectives on their Procedural Implications, ICC Bulletin Special Supplement, 2003, s. 35, 36.

Varılan ortak sonuç aynı, tipik, yeknesak tahkim kayıtlarının kararlaştırılmış olmasının böyle bir rızayı ya da iradeyi içermediğidir⁵³².

Taraflar arasında ne *doğrudan* tahkim kaydında ne de *dolaylı* olarak, tahkim kuralları üzerinde anlaşmak suretiyle bir anlaşma bulunuyorsa meselenin hukuki temeli konusunda, *geriye* sadece tahkime uygulanacak hukuk (*lex arbitri*, bir anlamda, *lex loci arbitri*) kalmaktadır. Gerçi bizzat tarafların açık iradesi olmaksızın böyle bir birleştirilmeye gidilmesinin, tahkime hâkim olan temel anlayışla uyum içinde olmadığı söylenebilirse de, kimi millî hukuklar, kanundan kaynaklan böyle bir birleştirmeyi mümkün kılmıştır. Konunun millî tahkim kanunlarında düzenlenmesi bakımından UNCITRAL Model Kanunu'nda bir hüküm bulunmamakta ise de birkaç ülke, anılan hususu, düzenleme yolunu tercih etmiştir (1996 AA §35/II)⁵³³. Burada ağırlık, yine de tarafların iradesine üstünlük tanınması yönündeyken; *taraf iradesinin aranmadığı, çok daha istisnai bir düzenlemeye* Hollanda hukukunda rastlanmaktadır (Hollanda CCP Art. 1046)⁵³⁴. Söz konusu hükmün asıl kullanıcısı ve böyle bir düzenlemenin kanunda yer almasını sağlayan itici güç, Hollanda inşaat sektörü olmuştur⁵³⁵. **Buna göre, hükmün aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa, tahkim yeri Hollanda olan, tahkim davalarının birleştirilmesi kararını veren hakemler değil; mahkemelerdir.** Hüküm, milletlerarası tahkim pratiğindeki tereddütlere karşın, Hollanda hukukunda ve özellikle inşaat sektöründe, yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Ancak bu noktada, özellikle şu fiilî gerçeğin hatırlanmasında fayda vardır. Özellikle Hollanda hukukunda ve anılan uyuşmazlık türünde, *taraf-hakemi*, kullanılan ve tercih edilen bir usul değildir. Bu nedenle mahkemenin böyle bir kararı neticesinde tarafın, sonuç olarak kendi hakeminden koparılması ve oluşacak yeni heyete mahkum edilmesi gibi bir durum, söz konusu değildir⁵³⁶.

Böyle bir düzenleme ile mukayese edilebilecek en yakın hükmün, İsviçre PIL Art. 185 olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre tahkim yeri mahkemeleri (*juge d'appui*), tahkime

⁵³² DELVOLVÉ, s. 32; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 393; NICKLISCH, s. 60; HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, s. 305. Ayrıca bkz. BERGER, s. 308 vd; ICC Case No. 5989, XV YBCA 1990, s. 74; aynı yönde bkz. XXII YBCA 1997, s. 191.

⁵³³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 398. Ayrıca bkz. van HAERSOLTE J. J./van HOF H., Consolidation under the English Arbitration Act 1996: A View from the Netherlands, 13(4) Arb Int, 1997, s. 427; RUTHERFORD/SIMS, s. 129, 130; MERKIN, s. 87; HARRIS/PLANTEROSE/TECKS, s. 193.

⁵³⁴ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 70, 71; BERGER, s. 300. Bu tarz bir düzenleme, İngiliz Kanunu'nun hazırlanması sırasında kabul görmemiştir (REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 174).

⁵³⁵ van HAERSOLTE/van HOF, s. 427-428.

⁵³⁶ van HAERSOLTE/van HOF, s. 428. Ayrıca bkz. BERGER, s. 305; GAILLARD, *Consolidation*, s. 38; SANDERS, *Arbitration*, s. 85. Ayrıca bkz. SAMUEL, s. 112-113; FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 84; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 72, 73.

yönelik *diğer her türdeki yardımlar* için yetkilidir. Tahkim davalarının birleştirilmesi bakımından, mahkemelerin tahkime olan katılımlarının sağlanması, anılan düzenleme ile mümkün olduğu görüşü, öğretilerde yer almaktadır⁵³⁷.

Yukarıda sözü edilen düzenlemelerin tahkimin özü olan, irade özgürlüğü ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı, ileri sürülmektedir. Zira tarafların *ne* aksinin düzenlenebilecek olması yönünden; *lex loci arbitri*'nin farkında olduklarını *ne de* tahkim yerine ilişkin seçimleriyle tahkim davalarının birleştirilmesi bakımından gereken rızayı da verdiklerini söylemek, kolaydır. Böyle bir birleştirme neticesinde tarafın, *tahkim temelinde*, hiçbir bağının bulunmadığı bir kimse ile aynı yargılama içinde bir arada bulunması, söz konusu olabilecektir. Bu şartlar altında, tarafların kendi aralarında, önceden kararlaştırmış oldukları tahkim usulünün önemli ölçüde değişmesi de kaçınılmazdır.. Örneğin, teşekkül eden hakem heyetlerinden hangisinin yaşayacağı, başlı başına bir sorundur⁵³⁸. Belki de kaçınılmaz soru, birleştirme sonunda elde edilecek menfaatler ile irade özgürlüğü karşı karşıya geldiğinde, hangisinin tercih edileceğidir⁵³⁹. Öğretilerde tarafların, sadece tahkim yerini seçmekle tahkim yeri hukukunun içerdiği, *örneğin Hollanda hukukundaki gibi* bir düzenlemeyi de kabul ettiklerini düşünmenin zor olduğu ileri sürülmektedir. Taraf iradelerini çok aşan bu tip düzenlemelerin, *iddia edildiği şekliyle* ileride verilecek bir hakem kararının tenfizine de engel olma tehlikesi vardır (1958 New York Sözleşmesi m. V, 1, d)⁵⁴⁰.

Tahkim davalarının birleştirilmesiyle elde edilecek veya korunacak değerlerin, yaşanan bunca zorluk ve yapılan eleştiri karşısında, daha pratik başka yollarla sağlanmasının mümkün olup olmadığı da gündemdedir. Örneğin yasal birleştirmenin mümkün olmadığı bir hâlde, *fiilî* birleştirmenin, irtibatlı uyuşmazlıkların çözümünde, aynı hakem veya hakemlerin seçilmesi-atanması yoluyla sağlanması, önerilen çözümlerden ilkidir⁵⁴¹. Mahkemelerin, irtibatlı uyuşmazlıklar bakımından aynı hakemi atamaya eğilimli oldukları, bilinmektedir. Böylelikle

⁵³⁷ BERGER, s. 306; BERTI, Art 185, s. 457. Fransız hukuku yönünden meselenin NCPC Art 1493 bağlamında, değerlendirilmesi için bkz. LEBOULANGER, s. 61.

⁵³⁸ NIKCKLISCH, s. 61-63; LEBOULANGER, s. 60, 67.

⁵³⁹ BERGER, s. 301; JARVIN S., Consolidated Arbitrations, The New York Arbitration Convention and the Dutch Arbitration Act 1986- a Critique of Dr. van den BERG, 3(3) Arb Int, 1987, s. 254-256; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 401. Ayrıca bkz. GAILLARD, Consolidation, s. 36, 37. Taraf iradesinden yoksun bir birleştirmenin önündeki bir diğer engel ise gizlilik (confidentiality). Tarafın sahip olduğu bilgi ve belgeyi, tahkim anlaşması yapmış olduğu kimse yanında, ayrıca rekabet içinde olduğu veya zıt menfaatleri taşıdığı bir başka kimseyle de paylaşacak olması, tahkimle bağdaşır gözükmemektedir (LEBOULANGER, s. 65 vd). Hollanda hukuku bakımından karşı. van HAERSOLTE/van HOF, s. 428, 429.

⁵⁴⁰ JARVIN, s. 255, 256. Ayrıca bkz. BERGER, s. 302-304; PLATTE, s. 76. Karşı. van den BERG J. A., Consolidated Arbitrations, The New York Arbitration Convention and the Dutch Arbitration Act 1986- A Replique to Mr Jarvin, 3(3) Arb Int, 1987, s. 257-262.

⁵⁴¹ NIKCKLISCH, s. 69.

yakın veya ortak konulardaki birden fazla yargılamada, farklı ve hatta birbirleriyle çelişen kararların verilmesi ihtimali, azaltılmaya çalışılmaktadır⁵⁴².

IV- Çok Taraflı Tahkimin Yerindeligi Sorunu

Çok taraflı tahkimi, olumlu karşılayabilmek için en azından, para ve zaman tasarrufu sağlamak yoluyla usul ekonomisine hizmet edilmesi; birbirleriyle çelişir kararların verilmesi ihtimalini ortadan kalkması; vakıaların ve delillerin birlikte, eşitlik içinde ve adilane bir biçimde değerlendirilmesinin mümkün olması; tahkimin gizliliğinin korunması; hakem heyetinin teşekkülünde tarafların eşit etkinliğe sahip olması (veya hakemlerin seçiminin tümüyle atama makamına bırakılması) gibi koşulların varlığı aranmalıdır. Oysa ayrı tahkim davalarında, zaten hakem heyetleri oluşmuş ise; taraflardan birinin farklı tahkim davaları için farklı hakemler atamayı istemesi hâlinde; birden çok tarafın uyum içinde ve birlikte çalışmalarının mümkün olmadığı, aksi yolun gecikmelere sebebiyet vereceğinin anlaşılması durumunda; hükmün sırf bu sorunlar nedeniyle iptalinin istenebileceği ya da tenfizine direnilebileceği hâllerde, çok taraflı tahkime şüpheyle yaklaşılmalıdır⁵⁴³.

Çok taraflı tahkimin hükmün iptali ve özellikle tenfizi sırasında, verebileceği zararları da dikkate almak gerekir. 1958 New York Sözleşmesi bağlamında, hakem kararlarının tenfizi bakımından temel üç unsur bulunmaktadır: Tarafların tahkim üzerinde anlaşmış olmaları gerekir. Hakemlerin yetkilerini aşmamış olmaları beklenir. Tahkim usulü, adil olmalıdır. Bunlar, aynı zamanda, tahkim yeri hukuklarının hakem kararlarının geçerliliğini denetlerken kabul ettikleri kriterlerdir. Tahkim anlaşmasının tarafları aynı zamanda, tahkim davasının da taraflarıdır. Söz konusu yargılamaya üçüncü bir kimsenin katılımı veya davanın başka dava ve taraflarla birleştirilmesi, mevcut davanın taraflarının yapmış olduğu ve konusu, “*aralarında*” çıkacak uyuşmazlık olan tahkim anlaşmasıyla *kural olarak* bağdaşmamaktadır⁵⁴⁴. ***Sorun, karara ve dahası yargılamaya taraf olan herkesin, böyle bir katılıma ve genişlemeye rızalarının olup olmadığıdır.*** Tarafların, böyle bir genişleme üzerinde açık ve tereddütsüz rızalarının bulunmadığı bir hâlde (*söz konusu genişleme,*

⁵⁴² *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co Ltd v Eastern Bechtel Corp* [1982] 2 Lloyd’s Rep 425, 427. Bu ihtimal, hakemlerin *aynı atama* makamlarınca atanacak olması hâlinde bir değer ifade etmektedir. *Ayrıca bkz. LEVEL, s. 43; GRAVEL, s. 49 vd; PLATTE, s. 80; LEBOULANGER, s. 61; HANOTIAU, Complex Arbitrations, s. 350, 351; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 171.* Bir başka çözüm ise *bekletici mesele* kabul etmek yoluyla yargılamalardan birinin diğerini beklemesidir. Ne var ki, böyle bir sonuç, tahkimden beklenen, yargılamanın gecikmeksizin, hızla tamamlanması ilkesi ile bağdaşır olmadığı gibi tahkim usulünün gizliliği prensibinin ihlali anlamını taşıyabilmektedir. Erteleme talebinin hakemlerce reddine ilişkin bkz. ICC Case No. 6610, XIX YBCA 1994, s. 162 vd); **LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 403.** *Ayrıca bkz. ÖZBEK, Çok Taraflı Tahkim, s. 127; BERBER, s. 109-111.*

⁵⁴³ **STIPANOWICH, s. 502-508; PLATTE, s. 77-80.**

⁵⁴⁴ **LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 408-409.**

mahkemelerce de sağlansa), özellikle tahkim yeri hukuklarıyla tenfiz yeri hukukları arasındaki farklılaşma, en azından teorik açıdan, hayli tartışmalı olacaktır. Zira hükmün tarafları arasında, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı, dikkat edilmesi gereken bir meseledir (New York Sözleşmesi, m. V, 1, b, d)⁵⁴⁵.

Tarafların çokluğu ile birlikte gündeme gelen bir diğer sorun, hakemlerin her bir tarafa eşit davranıp davranmadığıdır. Hakemlerin yargı yetkilerinin kapsamı, yani hangi konular üzerinde karar verebilecekleri, tarafların çokluğu ile birlikte *karişmaya* oldukça müsait bir hâle gelmektedir ki, böyle bir durumda, hem hakem kararının iptali hem de tenfizinin reddi gerekir⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 409.

⁵⁴⁶ JARVIN, s. 254; LÉBOULANGER, s. 68-69. Oysa *van den BERG*, tahkim yargılamasının örneğin Hollanda CCP Art. 1046/I gibi bir düzenlemeye tabi olmasının ardından, tenfiz yönünden hiçbir sorunun yaşanmayacağı inancındadır. Tahkim yeri hukuklarının tahkim yargılamaları üzerinde ve özellikle hakem heyetinin oluşumuyla ilgili etkin, baskın kimi düzenlemeler içermesi mümkündür. Buna benzer bir başka düzenleme örneği, 1966 AA § 17'dir (XI YBCA 1986, s. 527; IX YBCA 1984, s. 462). Bütün bu hükümlerin *tahkim yeri hukukunun emredici normlarından sayılması hâlinde yahut aksi kararlaştırabilmekle birlikte, somut olayda taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa* söz konusu hükümlerin uygulanması durumunda, artık taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı davranıldığından bahsetmek mümkün değildir (SAMUEL, s. 113-116). Bir başka açıdan, tahkim yeri hukukunun normları, artık taraflar arasındaki anlaşmanın da bir parçasıdır. Taraflar arasında aksi yöndeki bir anlaşmanın mümkün olup olmaması, sadece anılan normun emredici nitelikte olup olmamasıyla ilgilidir. 1958 New York Sözleşmesi'nin V, 1, d maddesi de bu yönde yorumlanmalıdır. *Anılan hüküm, tarafların ortak iradesine, tahkim yeri hukuku üzerinde, mutlak bir hükümranlık tanımamaktadır*. Zaten, aksi de aynı Sözleşme'nin V, 1, e maddesinde düzenlenmiştir. (van den BERG, *Consolidated Arbitrations, Replique*, s. 260, 261, LUZZATTO, s. 58). Aynı yönde bkz. VARADY, s. 365, 367; MANN F. A., *Zur Nationalität des Schiedsspruchs*, FS für Walter Oppenhoff, München, 1985, s. 223. Karş. KAPLAN, *Usul*, s. 46.

§10 MUKAYESELİ HUKUK MÜESSESESİ OLARAK *ANTI-SUIT INJUNCTIONS*

I- Genel Olarak

Ülke mahkemelerinin milletlerarası tahkimle ilgili sahip oldukları yargı yetkileri hakkında, üzerinde durulabilecek bir diğer müdahale alanı da *anti-suit injunctions*'dir. Bu müessese, tümüyle *common law* ve özellikle İngiliz hukukuna özgüdür⁵⁴⁷. Mesele, İngiliz yargı sistemiyle diğer ülkelerin yargı sistemleri arasındaki uyumun sağlanmasıyla ilgilidir. Geleneksel İngiliz hukukunda, mahkemelerin milletlerarası yetkisi, Kıta Avrupası hukuk sisteminin aksine, *forum (non) conveniens* esasına dayanmaktadır. Bu hâlde, bir İngiliz mahkemesi, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak kendisinin milletlerarası yetkisinin bulunmadığını *takdir edip* diğer ülkelerin mahkemeleri lehine geri çekilebilirken; asıl kendisinin söz konusu uyuşmazlıkla ilgili yargı yetkisine sahip olduğu kanaatine ulaşırsa, bunu korumak için *anti-suit injunctions yoluyla dolaylı da* olsa diğer ülkelerin yargı sistemlerini etkileyecek kararlar verebilmektedir⁵⁴⁸.

Anti-suit injunction, bir mahkeme kararıdır/emridir. Amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir başka *forumda* dava edilmesine mâni olmaktır⁵⁴⁹. Böyle bir mahkeme kararına çoğu kez, yabancı ülkede görülmekte olan davanın davalısı tarafından, **esasen uyuşmazlığın ya İngiliz mahkemelerince ya da taraflar arasındaki anlaşma gereğince tahkim usulüne tabi olarak ve fakat İngiltere'de görülmesi gerektiği için ihtiyaç duyulur.** Kararın muhatabı ise diğer bir ülkede, ilgili uyuşmazlık hakkında dava açıp oradaki davanın davacısı olan kimsedir. Karar, tümüyle kişiye münhasır (*in personam*) bir etki göstermektedir⁵⁵⁰. Söz konusu mahkeme kararının diğer ülke mahkemelerince de tanınması; ona uyulması şeklinde bir beklenti, hiçbir zaman olmamıştır. İngiliz mahkemelerinin diğer ülke mahkemelerine emir veya talimat vermesi mümkün değildir; kararın böyle bir amacı da yoktur. **Ne var ki doğurduğu etki, yabancı ülke de görülmekte olan davanın, -emrin de**

⁵⁴⁷ STACHER M., You Don't Want to Go There-Antisuit Injunctions in International Commercial Arbitration, 23(4) ASA Bulletin, 2005, s. 641. Bugün, İngiliz hukuku yönünden sorun, büyük ölçüde, Avrupa Birliği içerisinde, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin önce Brüksel Konvansyonu ardından da 44/2001 Regulation'u ile kesin sınırlar içinde, takdir hakkına yer verilmeksizin düzenlenmiş olmasına karşın; geleneksel İngiliz hukukuna ait bu müessesenin İngiliz mahkemelerince kimi kez Avrupa Birliğine üye ülke mahkemelerini de etkileyecek şekilde kullanılıp kullanılmayacağıdır (BRIGGS A. The Conflict of Laws, 2002, s. 107). Ayrıca bkz. Turner v. Grovit, Case C-159/02, [2004] 2 Lloyd's Rep. 169, 172; HADİMOĞLU N. Ö., Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Ankara, 2002, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 23-37.

⁵⁴⁸ BRIGGS, s. 107; STACHER, s. 644-645.

⁵⁴⁹ Bu türden mahkeme kararları, özünde, derdest yargılamalara mâni olup birbirleriyle çelişen iki farklı kesin hükmün oluşmasını engellemek amaçındadır (STACHER, s. 641).

⁵⁵⁰ CLARKSON C.M.V/HILL J., Jaffey on the Conflict of Laws, 2002, s. 143, 144. İngiliz mahkemeleri, diğer ülke mahkemeleri üzerinde herhangi bir karar alamaz; aldığı kararın onlar tarafından gereğinin yerine getirilmesini de isteyemez; ama, *kendi yargı yetkisine dâhil bir kimseye, söz konusu yabancı ülkede böyle bir yargılamayı sürdürmemesini emredebilir* (COLLIER J. G., Conflict of Laws, 2001, s. 100).

muhatapı olan- davacı tarafından sürdürülmemesi, devam ettirilmemesidir. Böylece İngiliz mahkemelerinin ülke dışında, diğer ülkelerin yargı sistemlerini de etkileyecek bir karar verdiği söylendiğinde bu, hiç de yanlış olmayacaktır⁵⁵¹.

Anti-suit injunctions gücünü, mahkeme emrine riayetsizlik hâlinde, kararın muhatabının hükmedilen maddi yaptırımını ödemesinden; *aksi hâlde*, mallarının haczedilecek olmasından alır. Son derece istisnai hâllerde, kişinin hürriyeti bağlayıcı ceza almasının da mümkün olduğu bilinmektedir⁵⁵².

İngiliz mahkemelerince böyle bir kararın verilebilmesi için, klasik İngiliz hukukundaki tarif dikkate alındığında, kararın muhatapı olan kimsenin *İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisi içinde* bulunması gerekmektedir. Bununla anlatılmak istenen, *İngiliz mahkemelerinin geleneksel hukukta kabul edilen ilke ve prensiplere uygun olarak öncelikle söz konusu uyuşmazlıkla ilgili milletlerarası yetkisinin bulunmasıdır.* Aslında, böyle bir mahkeme kararıyla İngiliz mahkemelerinin *yargı yetkisi* korunmak istenmektedir⁵⁵³.

Anti-suit injunction 'ların özellikle milletlerarası takımle ilgili, iki türü bulunmaktadır: Bunlardan ilki, kararın muhatabının artık söz konusu tahkim yargılamasına devam etmeyerek, olması gerektiği gibi, mahkemede dava açmasını temin etmeye yöneliktir⁵⁵⁴. İkinci türün ise uygulaması daha yaygındır ve mahkemelerce daha rahat hükmedilirler. Bu türdeki karar ile kararın muhatabının yabancı ülkede (çoğu kez de kendi ülkesinde), geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, dava açmışsa *artık* böyle bir davayı sürdürmemesi; henüz açmamış ise bundan böyle açmaması, sağlanır. Kişiye münhasır (*in personam*) verilen ve etki gösteren böyle bir karar sonucunda, söz konusu kararın muhatabının *tahkim anlaşmasının da ihlali sonucunu doğuran bir yargı sürecini, mahkemelerde başlatmamasına, sürdürmemesine* karar verilir⁵⁵⁵.

Türk hukuku yönünden özellikle bizleri de yakından ilgilendiren, bu ikinci tür *anti-suit injunction* 'lardır. Tahkim yeri Londra olan bir tahkim anlaşmasına rağmen milletlerarası ilişkinin Türk tarafının, Türk mahkemelerinde uyuşmazlığın esası ile ilgili olarak dava açması

⁵⁵¹ *Philip Alexander Securities and Futures Ltd v. Bamberger*, XXII YBCA 1997, s. 872 vd. Aynı karar için bkz. OLG Düsseldorf, IPRax 1997, s. 245; **BRIGGS**, s. 107; **CLARKSON/HILL**, s. 144; **STACHER**, s. 642. Ayrıca bkz. **MALES S.**, Comity and anti-suit injunctions, LMCLQ 1998, s. 548.

⁵⁵² **COLLIER**, s. 100; **MALES**, s. 550.

⁵⁵³ **BRIGGS**, s. 108; 91 vd; **CLARKSON/HILL**, s. 144; 99 vd; **STACHER**, s. 643.

⁵⁵⁴ **STACHER**, s. 652. Endonezya mahkemeleri tarafından, görülmekte olan bir tahkim yargılamasına devam edilmemesi hususunda verilen böyle bir mahkeme kararı için bkz. *Himpurna California Energy Ltd (Bermuda) v Republic of Indonesia*, XXV YBCA 2000, s. 11 vd. Aynı yöndeki talep, Hollanda Mahkemelerince reddedilmiştir, *President Arrondissementsrechtbank, The Hague, Republic of Indonesia v Himpurna California Energy Ltd.*, XXV YBCA 2000, s. 469, §8 vd. Ayrıca bkz. **SCOTT**, s. 328 vd.

⁵⁵⁵ **STACHER**, s. 646. *Smith Enron Cogeneration Limited Partnership, Inc et al v Smith Cogeneration International, Inc*, XXV YBCA 2000, s. 1088; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 363, 364.

hâlinde, İngiliz muhatabı tarafından çoğu hâlde, başvurulacak hukuki çare ve Türk tarafın maruz kalacağı tehlike, bir *anti-suit injunction* olacaktır. Gerçi özellikle Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ardından, milletlerarası tahkimin korunması ve desteklenmesi fikri ile getirilen düzenlemeler dikkate alındığında, derdest davanın davalısının *tahkim itirazını* ileri sürmek suretiyle davayı usulden reddettirmesi mümkündür (MTK m. 5/I, 1/VI; New York Sözleşmesi m. II, 3; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 1). Ne var ki bütün bu hükümler, *ne* yabancı tarafın İngiliz mahkemelerinden böyle bir kararı/emri talep etmesine *ne de* İngiliz mahkemelerince bu tip bir karar verilmesine engeldir⁵⁵⁶.

Bir *anti-suit injunction*'a hükmedebilmek için yine mahkeme içtihatlarıyla geliştirildiği üzere, iki ana nedenin bulunması gerekir; *ya* uyuşmazlığın esası ile ilgili olarak İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisinin korunması *ya da* taraflar arasında bir sözleşmesel ilişki bulunmasına karşın söz konusu sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşmeye de aykırı olarak yabancı bir ülkede dava açması, gerekmektedir. Bu son durumda, İngiliz mahkemeleri, *ya* bir milletlerarası yetki sözleşmesiyle tercih edilmiş olmalıdır *ya da* taraflar arasında, örneğin *tahkim yeri Londra olan bir tahkim anlaşması* bulunmalıdır. Bu nedenlerle de yabancı ülkedeki derdest yargılamanın bir an evvel sona erdirilmesi gerekmektedir⁵⁵⁷.

II- Tahkimden- Tahkim Usulünden Alıkoyan Kararlar-Emirler

Mahkemelerce, tahkimden alıkoyan emirlere hükmedilmesi, ancak tahkimin açıkça yanlış temeller üzerinde icra edildiğinin tespiti hâlinde mümkündür⁵⁵⁸. Kısacası, hakemlerin, geçerli bir yargı yetkisine sahip olmamaları, gerekir⁵⁵⁹. Böyle bir durumda, özellikle milletlerarası tahkim uygulamasında, genel olarak iki ihtimal vardır: *Ya* söz konusu mahkeme

⁵⁵⁶ *Stacher*, özellikle milletlerarası tahkimle ilgili ve 1958 New York Sözleşmesi'nin II. maddesini esas aldığı görüşlerinde, Sözleşmeci devletlerden hiçbirinin bir diğeri üzerinde üstünlüğü ve bağlayıcılığı olmadığı; sözleşme bağlamında, *derdest* yargılamalarla ilgili sorunların bir risk olduğu; buna ilişkin ayrıca ve açıkça bir düzenleme de getirilmediği dikkate alındığında devletlerden herhangi birinin diğeri de bağlayacak, kendisine mecbur edecek şekilde tahkim anlaşmaları hakkında karar veremeyeceği sonucuna ulaşmaktadır. Her *forum*, tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar vermek konusunda, diğeriyle eşit düzeyde yargı yetkisine sahiptir. İsviçre özelinde sorun, PIL Art. 7 yardımıyla ve derdestlik prensiplerine uygun olarak çözüme kavuşturulmaktadır (BGE 127 III 279) (SCOTT, s. 334-335). Tahkim anlaşmasının inkârı sonucunu doğuran ve aslında İsviçre hukukuna göre aksi yönde olması gereken mahkeme kararları, İsviçre'de tenfiz edilmeyecektir. Ancak, yabancı *forumun*, tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerine vereceği karara saygı duyulmalı; engellenmesi, hiçe sayılması yoluna gidilmemelidir (STACHER, s. 647-649).

⁵⁵⁷ CLARKSON/HILL, s. 146, 147; BRIGGS, s. 110; MALES, s. 550. Salt tahkim yerinin Londra olarak seçilmesinin böyle bir kararın verilebilmesi için yeterli olduğuna ilişkin bkz. *Tracomina SA v. Sudan Oil Seeds Ltd.*, [1981] 1 WLR 1026, 1031. Tahkim yerinin Londra olması (veya tahkim anlaşmasının İngiliz hukukuna tabi olması) ile İngiliz mahkemeleri lehine münhasır bir yetki anlaşmasının hukuken aynı konumda bulunduğu ilişkin bkz. *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v. Pagnan SpA (Angelic Grace)*, [1995] 1 Lloyd's Rep 87-96; XXII YBCA 1997, s. 838.

⁵⁵⁸ STACHER, s. 652; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 363; Ayrıca bkz. *Industry Chimiche Italia Centrale v Alexander G Tsavlis and Sons Maritime Co (The Choko Star)*, [1987] 1 Lloyd's Rep 508.

⁵⁵⁹ SCOTT, s. 328.

kararına uyulur ya da görmezlikten gelinerek tahkim yargılamasına devam edilir. Ancak, her iki durum da, bir diğeri kadar sorunlu ve tartışmalıdır. Böyle bir kararı alan ülke hukukuna göre, *artık* söz konusu tahkim yargılamasının ve sonuçta verilen hakem kararının hukuki hiçbir anlamı ve değeri kalmamaktadır. Tahkim yargılamasının devamı esnasında, artık söz konusu ülke mahkemelerinin yardımını da talep etmek mümkün olmayacaktır. Özetle böyle bir karara duyarsız kalmak güçtür. Buna karşın, ülke mahkemelerinin, özellikle de tahkim yerinin ülke dışında bulunduğu milletlerarası tahkim yargılamalarında, yargı yetkisini böylesine aşkın ve müteceviz (*long arm jurisdiction*) bir şekilde kullanması da, kolaylıkla kabul edilebilir bir husus olmasa gerek⁵⁶⁰.

Bu tip kararlar (emirler), *kural olarak* ancak taraflara yönelik olarak verilir⁵⁶¹. Öğretide, söz konusu mahkeme kararlarının, hakemlerin kendi yargı yetkileri üzerinde hükmedebilme (*Kompetence-Kompetence*) imkânlarını hiçe saydığı, işlevsiz hâle getirdiği, kabul edilmektedir⁵⁶². Böyle bir kararın varlığına rağmen, yargılamanın taraflar veya hakemlerce yürütülmüş olması hâlinde, söz konusu tahkim yargılaması sonrasında verilen hakem kararının en azından bu tür bir mahkeme kararının verildiği ülkede tenfizi/icrası mümkün değildir⁵⁶³.

III- (Yabancı Ülkede) Derdest Mahkeme Yargılamasından Alkoyan Kararlar-Emirler

Uygulamada sıklıkla görülen kararlar, tahkimin aleyhine olarak yürütülen ve onun ihlali anlamına gelen mahkemedeki davaların engellenmesine yönelik olanlardır. Böyle bir kararın amacı, taraflar arasındaki geçerli bir anlaşmanın korunması ve icrasıdır. Bu yöndeki bir kararın verilmesine genellikle sebebiyet veren durum, tahkim anlaşmasının da konusunu oluşturan uyuşmazlıkla ilgili yargılamanın bir başka ülkede, o ülke mahkemeleri önünde başlatılması veya sürdürülmesidir⁵⁶⁴.

Taraflarca başlatılan paralel yargı süreçleri, sadece devam etmekte olan tahkimi baltalamakla kalmamakta; ama aynı anda, zaman ve paraya ilişkin kaynakları ciddi bir biçimde tüketerek uyuşmazlık hakkında birbirleriyle çelişen hükümlerin verilmesi tehlikesine neden olmaktadır⁵⁶⁵. Uyuşmazlıkla ilgili mahkeme kararının hakem kararıyla bağdaşmaz bir

⁵⁶⁰ SCOTT, s. 329.

⁵⁶¹ Mahkemelerin, taraflar yanında, *hakemler* üzerinde de bu tür kararlar alabilmesinin mümkün olabileceğine ilişkin bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 363. Böylece hakemler (*âdeta*) davayı görmekten men edilmişlerdir. Bu yönde ve fakat olumsuz sonuçlanan bir talep ve ilgili karar için bkz. President Arrondissementsrechtbank, The Hague, 21 September 1999, *Republic of Indonesia v Himpurna California Energy Ltd.*, XXV YBCA 2000, s. 469, §8 vd.

⁵⁶² STACHER, s. 653.

⁵⁶³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 364; KERR, *Arbitration*, s. 121 vd.; DESPANDE, s. 132.

⁵⁶⁴ Böyle bir hukuki çare, bizzat İngiliz mahkemelerince de istisnai bir yol olarak vasıflandırılmıştır (CLARKSON/HILL, s. 147).

⁵⁶⁵ COLLIER, s. 100; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 364..

nitelik arz ettiği hâllerde, söz konusu hakem kararının artık tenfizi de büyük oranda tehlikeye girmiş demektir⁵⁶⁶.

İngiliz mahkemelerince bu yönde bir karar verilebilmesi için uyuşmazlıkla ilgili olarak İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunması; geçerli bir tahkim anlaşmasının ve uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil olduğunun tespit edilmesi⁵⁶⁷; talep sahibinin mazeretsiz bir gecikme olmadan söz konusu başvuruyu yapmış⁵⁶⁸ ve yabancı ülkede devam etmekte olan yargılamanın da çok ilerlememiş olması; böyle bir kararın verilmemesini gerektiren daha iyi ve sağlam bir takım gerekçelerin bulunmaması veya ileri sürülmemesi, gerekir⁵⁶⁹. İngiliz mahkemelerinden böyle bir emrin verilmesini talep etmek, istisnai bir yoldur. Bu nedenle mahkemeden böyle bir emrin verilmesini talep eden tarafın, yabancı ülkede görülmekte olan yargılamada, tahkim itirazında bulunmayarak uyuşmazlığın esası hakkında savunması yapması, artık böyle bir emrin verilmemesi gerektiği konusunda, son derece haklı ve güçlü bir neden teşkil etmektedir⁵⁷⁰.

Anti-suit injunction 'ların tenfizi problemlidir. *In personam* niteliğe sahip bu kararlar, yabancı mahkemelerce, özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olanlarca, yargılama sistemleri üzerine kabul edilemez bir müdahale olarak görülmektedir. Kararın muhatabının, kararın verildiği ülkede, mahkeme emrine riayetsizlik nedeniyle haczi derhâl mümkün bir mal varlığı bulunmadıkça tenfizi/icrası neredeyse olanaksızdır⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ Geleneksel İngiliz hukuku içinde, yabancı ülke mahkemesinin geçerli bir tahkim anlaşmasının ihlali sonucunu doğuracak bir biçimde, uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapıp karar vermiş olması hâlinde, bu hükmün İngiliz mahkemelerince tanınıp tenfiz edilmesinin engellenmesi, kural olarak, mümkündür. Böyle bir neden, Avrupa Birliği'ne dâhil ülkeler arasında geçerli *44/2001 Regulation*'unda bulunmamaktadır; bu durum, sadece *common law* için geçerlidir (BRIGGS, s. 139).

⁵⁶⁷ COLLIER, s. 107. Tahkim anlaşmasının varlığı konusunda yapılacak denetim, tam bir denetim olmayıp *prima facie* düzeydedir; gerisi hakemlere aittir (1996 AA §32). Ne var ki, bu da ancak, 1996 Tahkim Kanunu sonrası geliştirilen bir görüştür (*XL Insurance Ltd. v. Owens Corning*, [2001] 2 Lloyd's Rep 500) (AEBERLI P., *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*, 21(3) Arb. Int. 2005, s. 280).

⁵⁶⁸ CLARKSON/HILL, s. 147.

⁵⁶⁹ MUSTILL/BOYD, s. 518-521; STACHER, s. 643; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 365-366; *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v. Pagnan SpA* [1995] 1 Lloyd's Rep 87-96; *Airbus Industries GIE v. Patel* [1998] 1 Lloyd's Rep, 631, 637.

⁵⁷⁰ CLARKSON/HILL, s. 147; AEBERLI, s. 279; MALES, s. 547.

⁵⁷¹ Mahkemenin, kamu düzenine ilişkin nedenlerle bu şekildeki bir karara geçerlilik tanımayı reddettiği durum için bkz. OLG Düsseldorf, IPRax 1997, s. 245. Avrupa Birliği hukuku bağlamında, üye ülkelerden birinde görülmekte olan yargılamaya, bu şekilde mâni olunmamalıdır (LEW/MISTELIS /KRÖLL, s. 367; BRIGGS, s. 111; CLARKSON/HILL, s. 147-149). Ayrıca bkz. *Overseas Union Insurance Ltd. v. New Hampshire Insurance Co.* Case C-351/89, [1991] ECR I-3317; *Turner v. Grovit*, Case C-159-02, [2004] 2 Lloyd's Rep 169.

§11 *COMPETENCE-COMPETENCE* (YETKİYE HÜKÜM YETKİSİ) SORUNU-UYUŞMAZLIĞIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜNÜN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI MESELESİ

I- Genel Olarak

Milletlerarası tahkim hukuku ve uygulaması, uzun bir süre, tahkim hukukuyla ilgili iki temel ilkenin üzerinde durmuş; özellikle millî hukuklarca da kabulü konusunda ısrarcı olmuştur. Bunlardan ilki, tahkim anlaşmasının –*temel borç ilişkisine karşı olan*- bağımsızlığı; diğeri ise hakemlerin yargı yetkileri üzerine kendilerinin karar verebilmesinin mümkün olmasıdır. Aslında üzerinde durulan nokta, bunların milletlerarası hukukun birer maddi kuralı (*règles matérielles*) hâline gelmesidir. Milletlerarası sözleşmeler, bu isteğe kayıtsız kalmamış (*örneğin bkz.* 1961 Cenevre Sözleşmesi m. V, 3); millî hukuklar içinse UNCITRAL Model Kanunu, önemli bir kılavuz işlevi görmüştür (Model Kanun m. 16/I). Her iki ilke üzerinde neden *birlikte* ısrar edildiğine, aşağıda detayları ile değinilecektir. Söz konusu ilkelerin farklı işlevleri içermesine ve farklı sonuçlara sebebiyet vermesine karşın, ancak bir arada bulunmaları hâlinde, milletlerarası tahkimin işlerlik kazanarak tahkimde mahkeme müdahalesinin azalması, her iki ilke üzerinde de ısrar edilmesinin ana nedenleridir. Bu nedenle *competence-competence* öğretisi, *ya* tahkim anlaşmasının bağımsızlığı konusu ile birlikte, çoğu kez de mukayeseli olarak değerlendirilir *ya da* bu iki ilke, sıklıkla birbirlerine karıştırılır⁵⁷².

Yargı yetkisine, yani *uyuşmazlığın esası hakkında hüküm kurabilme yetkisine* sahip olunmadan verilen bir kararın, haklı ve meşru hiçbir yönü olamaz (MTK m. 15/A/II, b. 1, d). Kaldı ki hakemlerin yargı yetkilerinin olup olmadığı, *gerek* hükmün iptali *gerekse de* tanınması/tenfizi aşamasında dikkate alınan, oldukça sınırlı birkaç neden içinde yer alır⁵⁷³.

Böyle bir sorunun, *özellikle tahkim yargılamasında, erken bir aşamada* gündeme gelmesinin belli sakıncaları yanında, faydaları da bulunmaktadır. Bu meselenin halli, mahkemeler yanında bizzat hakemlerden de beklenebilmektedir. Hakemlerin kendi yargı

⁵⁷² DIMOLITSA, s. 217; SMIT R. H., Separability and Competence-Competence In International Arbitration: *Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come From Nothing?* 13 Am Rev Int'l Arb, 2002, s. 19. Ayrıca bkz. SCHWEBEL, *Three Salient Problems*, s. 11, 12.

⁵⁷³ GOTANDA, s. 13; PARK, *Arbitrability*, s. 139, 140; WENGER, Art. 186, s. 460, 461. Model Kanun'un gerek 4. gerekse 16/II. maddeleri (MTK m. 7/H) birlikte değerlendirildiğinde, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili pek çok meselenin, *aslında* nihai hakem kararının verilmesine kadar zaten çözümlenmiş olacağı ve iptal davası aşamasına gelindiğinde, birer iptal nedeni olarak düzenlenen hususların, *artık ya* ileri sürülmesinin *ya da* hakem kararının iptaline neden olmasının mümkün olmayacağı, ileri sürülmektedir (HERRMANN, *The Role*, s. 172; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 482, 483; BERGER, s. 356). Ayrıca bkz. RUTHERFORD/SIMS, s. 204; CALAVROS, s. 87 vd., 91; GRANZOW, s. 130; HARBST, s. 130; ZÖLLER/GEIMER, §1027, Rn. 3; §1040, Rn. 12; ALBERS, §1027, Rn. 4; YEĞENGİL, s. 133; KAPLAN, *Usul*, s. 195; EKŞİ, *Incorporation*, s. 66-68. Karş. HUSSLEIN-STICH, s. 91-95.

yetkileriyle ilgili bir sorunu çözebilmeleri, tahkim ile ilgili, bir başka sorunun daha aydınlatılmasını gerekli kılmaktadır. Bu da hakemlerin, *yargı yetkilerine hükmedebilmek bakımından gerekli yargı yetkisine de sahip olup olmadıkları*; yoksa bütün bu meselelerin (ancak) mahkemelerce mi çözümlenmesinin gerekeceği sorusudur⁵⁷⁴.

Mahkemeler açısından sorunun çözümü, yine farklı zaman dilimlerinde, gündeme gelebilmektedir. Bu yöndeki bir çekişmenin, daha tahkim yargısı başlamadan önce çözümü gerekebileceği gibi, hakem kararının verilmesinden sonra da meselenin mahkemelerce hâlli, gündeme gelebilir. İlk hâlde, yani tahkim yargılaması başlamadan önce, mahkemenin tahkim anlaşmasının taraflarından birinin uyuşmazlığı mahkemeye taşınması üzerine, gerek 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesinin gerekse millî kanunlarda buna eş düzenlemelerin sonucu olarak (MTK m. 5/I; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 1), tahkim itirazı üzerine, kendi yargı yetkisi hakkında, *dolayısıyla hakemlerin, (mahkeme önündeki uyuşmazlıkla ilgili olarak) yargı yetkisine sahip olup olmadıkları hususunda, bir karar vermesi gerekecektir*. Tahkim süresince, hakemlerin ya da tahkim yargısına taraf olanların, mahkemelerin desteğine ve yardımına ihtiyaç duydukları ve bunu talep ettikleri her hâlde, *-taraf hakeminin ya da baş hakemin tayini durumunda olduğu gibi-*, hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıkları sorunu, -bir kez daha- gündeme gelebilecektir. Hakem kararının verilmesinin ardından, hükmün tahkim yeri mahkemelerince iptali ya da bir başka ülkede tanınması-tenfizi talep edildiği durumlarda, hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıkları hususunun ne dereceye kadar denetleneceği ve olası etkilerinin ne yönde olacağı sorunu da, gündeme gelen bir diğer konu, olmaktadır⁵⁷⁵.

II- Hakemlerin Kendi Yargı Yetkilerine Karar Verebilmesi Sorunu

Uyuşmazlığın esası hakkında bir karara varılabilmesi, öncelikle hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıkları hususunun kesinlik kazanmasını gerektirir. Gerçi taraflardan bu yönde bir itiraz gelmediği durumlarda yahut tarafların hakemlerin yargı yetkilerini *-açıkça-* kabul etmelerini hâlinde, o zamana kadar, tahkim anlaşmasına göre yargı yetkileri bulunmasa dahi hakemlere bundan sonra, gerekli yetkiyi sağlayacaktır (MTK m. 4/II; 7/H/II, III; 10/E; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 1; Model Kanun m. 4; 16/I, II)⁵⁷⁶. Bir çok ülke hukukunda,

⁵⁷⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 330; GOTANDA, s. 13-14.

⁵⁷⁵ BROCHES, *Commentary*, s. 74; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 330; LEW, *Jurisdiction*, s. 74-76; BARCELO III J. J., Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective, 36 Vand. J. Transnat'l L., 2003, s. 1118.

⁵⁷⁶ SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 64; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 405. Model Kanun'un 4. maddesi (1996 AA §73), sadece tahkim yargılamasından değil; anılan yargılamayla ilintili ve mahkemeler önünde görülmekte yargılamalar için de sonuçlarını gösterecektir. Hakemlerin yargı yetkisine

tarafının, hakemlerin yargı yetkisine herhangi bir itiraz getirmeksizin uyuşmazlığın esası hakkındaki tahkim yargılamasına katılmaları, başlı başına, tahkim üzerinde bir anlaşma olarak kabul edilmektedir (*ayrıca bkz. MTK m. 4/II*). Model Kanun'un 16/II. maddesinde (**MTK m. 7/H/I**) açıkça, yargı yetkisine yönelik itirazın, esas hakkındaki savunmanın ardından yapılamayacağı; esasa girilmezden evvel yapılmasının gerektiği; aksi hâlde tahkime konu uyuşmazlık ve tahkim anlaşması bağlamında hakemlerin yargı yetkisinin kabul edilmiş sayılacağı; bundan sonra yapılacak itirazların ise *hak düşümü* yaptırımını ile karşılaşacağı, düzenlenmiştir (*aynı yönde bkz. 1996 AA § 31, 73; ZPO § 1027, 1040/II; Hollanda CCP Art. 1052/II; PIL Art. 186/II; 190/II, b; MTK m. 7/H/II-IV*)⁵⁷⁷. Bu sınırlamaya ve aksi hâldeki kabule getirilebilecek tek istisna, *objektif tahkime elverişlilik* konusudur⁵⁷⁸. Tarafların aksi

yönelik süresinde yapılmayan bir itirazın (*kamu düzeniyle alakalı olanlar ve tarafın bilmediği eksiklikler hariç olmak üzere*) iptal davasında ve hatta tanınma-tenfiz usulü içerisinde bir kez daha gündeme getirilmesi mümkün değildir (**HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 200; 482; **BROCHES**, *Commentary*, s. 31, 78; **RUTHERFORD/SIMS**, s. 223). *Ayrıca bkz. ZÖLLER/GEIMER*, §1027, Rn. 3; **ALBERS**, §1027, Rn. 4; *Sempozyum*, s. 100, özellikle 248, 249; **ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM**, *Tasarı*, s. 216, 217; **AKINCI**, s. 82, 83; **EKŞİ**, *Incorporation*, s. 67, 69, dn. 173.

⁵⁷⁷ **HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 479. Karışıklığa meydan vermemek yönünden, getirilen bir açıklık da tıpkı, Belçika Yargılama Usulü Kanunu'nun 1697/IV. maddesinde düzenlendiği gibidir. Buna göre, *sadece* hakem heyetinin teşekkülüne katılmış olmak, kurulan heyetin yargı yetkisine sahip olduğunun kabulü, anlamına gelmez (Model Kanun m. 16/II; ZPO §1040/II; Hollanda CCP Art. 1052/III; **MTK m. 7/H/II**; *Tasarı* m. 426/II). (*Ayrıca bkz. van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 82, 83). Özellikle Model Kanun nezdinde güdülen temel gaye, bir an evvel hakemlerin seçilmesini ve heyetin oluşumunu sağlamaktır. Madem ki hakemler, yargı yetkileriyle ilgili konularda yargı yetkisine sahiptirler o hâlde, bu yönde bir karar alabilmek için de öncelikle söz konusu hakem heyetinin süratle oluşması gerekir. Hakemlerin seçimi sırasında, muhtemel yargı yetkileriyle ilgili konularda çekişme yaşanması, *hem* hakem heyetinin oluşumunu geciktirir *hem de* *Kompetence-Kompetence* ilkesini zedeler ve örseler (**FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 413; **BROCHES**, *Model Law*, s. 86; **BROCHES**, *Commentary*, s. 76). *Aynı yönde bkz. POSTACIOĞLU*, s. 794. Öte yandan, örneğin ICC Rules Art. 18'e göre hakemlerce hazırlanan Terms of Reference'ın taraflarca *-hakemlerin yargı yetkisine ilişkin bir itiraza yer vermeden-* imzalanması, söz konusu belgeyi, artık bir tahkim sözleşmesine dönüştürdüğü gibi, hakemlerin yargı yetkisinin de taraflarca kabul edildiği, anlamına gelir (**MTK m. 10/E**) (**DAVID**, s. 198; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 668, 673; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 331; **SMIT**, *ICC Court*, s. 67, 68; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 938; **AKINCI**, s. 146, 147). Tahkim anlaşması ile *görev belgesi* arasındaki farklılığın, sonraki tarihli ikincisinin lehine çözümlenmesinin gerektiğine ilişkin bkz. **AKINCI**, *Görev Belgesi*, s. 981.*

⁵⁷⁸ **HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 479. *Husslein-Stich*, hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili kararlarına karşı konulması hususunda, çeşitli ihtimallere yer vermektedir. Söz gelimi, *aksi kararlaştırılabilir* hükümlere uyulmamış ve fakat hakemlerin yargı yetkisine karşı da süresinde karşı konulmamış olması durumunda, artık *sonraki* mahkeme denetimini talep etmek olası değildir. Oysa *emredici hükümlere riayet edilmemesi* nedeniyle yargı yetkisine yönelik bir sorunun ortaya çıkması hâlinde (*ki bu durumda, Model Kanun'un 4. maddesinin işletilmesi de mümkün değildir*) nihai hakem kararının bir kez de bu yönden denetlenmesi, pekâlâ mümkündür (*Aynı yönde bkz. CALAVROS*, s. 89). Yine, hakemlerce yargı yetkilerinin bulunduğu karar verilmiş ve söz konusu karar, derhâl, süresinde mahkeme denetimine tabi tutularak *onaylanmışsa*, artık aynı kararın bir kez daha nihai hakem sonrası, mahkeme denetimine konu edilmesi mümkün değildir. Model Kanun yönünden hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili kararlarına karşı geçerli olan ve 16/III'de düzenlenen usulün aksinin kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı hususu bir yana, şayet taraflar tıpkı önceki dönem Alman hukukunda geçerli olduğu üzere, hakemlere *Kompetence-Kompetence* konusunda, nihai karar verme yetkisi tanımışsa bu hâlde de, artık aynı kararın, mahkeme denetimine konu edilmesi, beklenmemelidir. Buna karşın, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili bir eksikliğin yahut kusurun, en erken nihai hakem kararı ile birlikte öğrenilmesi durumunda yahut hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili derhâl başvuru usulün henüz sonuçlanmamış olması ihtimalinde (Model Kanun m. 16/III, *son cümle*), artık, nihai hakem kararları için geçerli olan usul, yani sonraki mahkeme müdahalesi, bu hâlde de tüketilebilecektir. Bununla birlikte *Yazar*, sonraki (özellikle de nihai hakem kararı sonrası) mahkeme müdahalesini, yargılamaya taraflardan birinin katılmamış olması durumunda da mümkün görmüştür ki, bu son

yöndeki iradelerine rağmen, *irade özgürlüğünün sınırları dışında kalan bu durumda*, itirazda bulunmak yönünden herhangi bir süre sınırlaması olmadığı gibi, hakemlerce de anılan sorunun kendiliğinden dikkate alınması ve gereğinde yargı yetkilerinin bulunmadığı konusunda, karar vermeleri mümkündür (Hollanda CCP Art. 1052/II; 1020/III)⁵⁷⁹.

Hakemlerin yargı yetkilerine yönelik itirazların, çoğu kez, iyiniyetli olmadığı; tahkimi ertelemek ve geciktirmek için oyalama taktiğinin bir gereği olarak yapıldığı, sıklıkla ifade edilen bir kanıdır. Bütün bunların yansıması olarak, *gerek* hakemlerin yargı yetkilerinin güçlendirilmesi *gerekse* iyiniyetle bağdaşmayan itirazların önüne geçilebilmesi yönünden, modern *lex arbitri*, hakemlerin kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilmesi ilkesini – *yetkiye hüküm yetkisini*⁵⁸⁰ - (*competence-competence*) benimsemiş durumdadır⁵⁸¹.

A- Yargı Yetkisine Karar Verebilme Yetkisi (Competence-Competence/Yetkiye Hüküm Yetkisi)

Bu ilke, hakemlerin kendi yargı yetkilerine hükmedip hükmedemeyecekleri sorunu için geliştirilmiştir⁵⁸². Hakemlerin yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusuna, sadece tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği ile kapsamının değil; tahkime elverişlilik (*gerek objektif gerekse sübjektif*) de dâhil olmak üzere hakemin seçimi; hakem heyetinin oluşumu gibi tahkim anlaşmasının icrasına ilişkin meselelerin de dâhil olduğunu belirtmek gerekir (1996 AA §30)⁵⁸³.

Hakemlerin örneğin, geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığına ve dolayısıyla yargı yetkilerinin olmadığına hükmetmeleri, beraberinde bu sonuca dahi ulaşabilmek bakımından

ihtimalin derhâl ve tereddütsüz bir biçimde kabulü, kanımızca mümkün değildir. *Ayrıca bkz. HUSSLEIN-STICH*, s. 95, 96; *DEREN-YILDIRIM*, s. 77.

⁵⁷⁹ *SAMUEL*, s. 26-262; *BERGER*, s. 352; *HOLTZMANN/NEUHAUS*, s. 479; *LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 331; *ABDULLA*, s. 30; *WENGER*, Art. 186, s. 472, 473; *van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS*, s. 82; *CALAVROS*, s. 87; *HUSSLEIN-STICH*, s. 88; BGE 120 II 155, 162.

⁵⁸⁰ *ALANGOYA*, s. 100.

⁵⁸¹ *LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 332; *SMIT*, *Separability*, s. 19; *SAMUEL*, s. 178. Model Kanun'un 16. maddesinin, yani *competence-competence* yetkisinin, aksi taraflarca kararlaştırılmaz; hakemler anılan yetkiden mahrum bırakılmaz. Aksi yöndeki bir öneri, hazırlık çalışmaları sırasında reddedilmiştir (*HOLTZMANN/NEUHAUS*, s. 480). *Karş.* 1996 AA §30/I; *hatta ZPO §1040/I; TWEEDDALE /TWEEDDALE*, s. 75; *MERKIN*, s. 74; *HARBST*, s. 40.

⁵⁸² *DIMOLITSA*, s. 228. Buna ek olarak geliştirilen *-negative competence-competence-* öğretisi ile de mahkemelerin, hakemlerin yargı yetkisi üzerinde, hakemlerden önce karar verebilmelerine mâni olunmaktadır. (*FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN*, s. 401, 407).

⁵⁸³ *DIMOLITSA*, s. 228; *CARBONNEAU*, s. 143; *GOTANDA*, s. 18, 19. *BARCELO*, s. 1118-1119; *SCHLOSSER*, *The Competence*, s. 200; *PARK*, *Arbitrability*, s. 144-145; *MERKIN*, s. 74; *BERGER*, s. 322-324; *TWEEDDALE/TWEEDDALE*, s. 73; *HARRIS/PLANTEROS/TECKS*, s. 166; *REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES*, s. 250. Tahkim anlaşmasında kararlaştırılmış ve tahkimden önce tüketilmesi gerekli sair uyuşmazlık çözüm tekniklerine başvurulmamış olmasına yönelik itiraz için bkz. *Tradex Hellas S.A v. Albania*, XXV YBCA 2000, s. 223. Bu son kararla ilgili olarak *karş.* 15. HD. 10.7.1991, 2384/3668 (*ERTEKİN/KARATAŞ*, s. 113, 114).

gerekli yargı yetkisinin nereden kaynaklandığı sorusunu, gündeme getirmektedir. Bu kısır döngü, hakemlerin, *tarafların (hiç) tahkim anlaşması yapmamış olmaları* sonucuna ulaşmaları hâlinde daha belirgindir. Taraflar arasında hiçbir tahkim anlaşması yapılmadığına ve dahası hakemlerin yetkileri de tümüyle tahkim anlaşmasından kaynaklandığına göre, böyle bir sonuca, hangi yargı yetkisine dayanılarak ulaşıldı? Eğer, *ex nihilo nihil fit*, olmayandan, kurulmayandan yahut hukuken geçersiz sayılandan, geçerli-yaşayan başkaca bir şeyin türetilmesinin mümkün olmadığı kabul edilirse, *ne* tahkim kaydının ayakta tutulması *ne de* hakemlerin özellikle yargı yetkileriyle ilgili bir konuda bir karara varması, mümkün olur⁵⁸⁴. Bir an için aynı tarafların, hakemleri, yargı yetkilerine hükmedebilmek bakımından *özel olarak* yetkilendirdiklerini kabul etmek, nasıl mümkün olacaktır? Anılan yetkinin, tahkim *kurallarında* bulunması da meselenin çözümüne katkı sağlamaz (ICC Rules Art. 6/IV; LCIA Rules Art. 23.1). Zira anılan düzenlemelerin hayata geçebilmesi, öncelikle söz konusu kurallar üzerinde anlaşılmasını gerektirir. Oysa tarafların hiçbir şekilde tahkim iradesine sahip olmadığı sonucuna da varılabilir. Eğer tarafların tahkim iradesi yok ise söz konusu tahkim kuralları üzerinde nasıl anlaşmış olabilir? Bir başka dikkate alınması gereken durum da; söz konusu itirazın yapıldığı esnada, olası sonucun ne yönde olacağına hakemlerce de bilinmemesidir. Bütün bu soruların ardından, varılacak ilk sonuç; bu ve benzeri meselelerin ancak ve yalnızca, mahkemelerce çözümlenebileceğidir (HUMK m. 519; *karşı*. 1996 AA §32; ZPO §1032/II). Ne var ki bunun da, tahkimi, uyuşmazlıkların çözümünde etkin bir yol olmaktan çok uzaklaştıracağı, açıktır⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ SMIT, *Separability*, s. 20. Ayrıca bkz. SCHWAB, s. 307.

⁵⁸⁵ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 479; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 332-333.

Competence-competence öğretisi⁵⁸⁶, sözü edilen tüm bu soruların cevabını vermek üzere geliştirilmiştir ve bir hukuki kabul (*fiksyon*) olarak hakemlerin, her hâlde, kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilmesini mümkün kılmaktadır (İlk pozitif düzenleme örneği için bkz. ICJ Statute Art. 36/VI; aynı yönde bkz. 1961 Cenevre Sözleşmesi m. V, 3; 1965 Washington (ICSID) Sözleşmesi m. 41/I)⁵⁸⁷. Bugün pek çok ülke hukuku yanında (PIL Art. 186/III; 1996 AA §30; ZPO § 1040/I; Belçika Yargılama Usulü Kanun m. 1697/I; Hollanda CCP Art. 1052/I; **MTK m. 7/H/I**), Model Kanun madde 16/I'de de hakemlerin, tahkim anlaşmasının *varlık* ve geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Söz konusu ilkenin, kimi içtihatlarda⁵⁸⁸, *milletlerarası hukukun örfi bir normu* olarak yüz yılı aşkın bir süredir kabul edildiği; öğretinin de bu yönde tam bir ittifak içinde olduğu, belirtilmektedir. Anılan prensip, hakemlerle mahkemeler arasındaki ve tahkimde yargı yetkisiyle ilgili iş bölümünü, düzenlemektedir. Hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili bir itirazın öncelikle ve kim tarafından çözümleneceği; şayet mümkünse hakemlerce verilecek böyle bir kararın denetlenip denetlenmeyeceği⁵⁸⁹;

⁵⁸⁶ Öğretinin bu hâli, *bir zamanlar*, Alman hukukunda kabul edilen **Kompetence-Kompetence** anlayışından farklıdır. Zira Alman hukukunda, hakemlerin bu yöndeki kararlarının mahkemeler için de bağlayıcı ve kesin olduğu kararlaştırılabildi. Yani yargı yetkisiyle ilgili konularda son sözün, hakemlere ait olması mümkündü (**ALANGOYA**, s. 101 vd). Alman hukukundaki anlayışa göre, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı meselesi de, tahkime elverişli bir konuydu. Şu hâlde, tarafların, anılan çekişmenin de tahkimde görülmesine yönelik yapacakları ikinci bir anlaşmaya (eine *Kompetence-Kompetence Klausel*) karşı gelinmemesi gerekir. Dahası, tahkim anlaşmasının kendisi, taraflar arasında, *tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili çıkacak uyuşmazlıkların da tahkim yoluyla çözümü* iradesini içerir ve âdeta özünde, ikinci bir tahkim anlaşmasını barındırır. Tahkim anlaşmasının geçerliliğiyle ilgili verilecek kararın denetimi, doğal olarak, uyuşmazlığın eş deyişle tahkim anlaşmasının geçerliliğiyle ilgili olmayacak; sadece *Kompetence-Kompetence* yetkisiyle sınırlı kalacaktır (**BERGER**, s. 359; **SCHLOSSER**, *The Competence*, s. 199; **SAMUEL**, s. 179; **WAGNER**, s. 704; **HUSSLEIN-STICH**, s. 84. Ayrıca bkz. **SONNAUER**, s. 58, 62-63; **HENN**, s. 46; **HARBST**, s. 33; **BERBER**, *Yetki*, s. 126, 127; **DEREN-YILDIRIM**, s. 72). Oysa ilginçtir, Fransa özelinde, *compétence-compétence*, hakemlere, yargı yetkisiyle ilgili olarak “*ilk söz hakkının*” verilmesiyle alakalıdır (NCPC Art. 1458). Fransız *compétence-compétence* anlayışı, Model Kanun’un 8. maddesinden farklı olarak (**HOLTZMANN/NEUHAU**, s. 484-486; bu sırada geçerli *tam denetim* için bkz. *Tribunal Fédéral, Compagnie de Navigation et Transport SA v MSC (Mediterranean Shipping Company)*, XXI YBCA 1996, s. 690-698) özel bir zamanlama kuralı getirmekte olup hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili meselelerin yine *öncelikle* hakemlerce görülmesi gerektiği fikrine dayanmaktadır. Bu öncelik anlayışı, mutlakdır (NCPC Art. 1458/I, II). Bu yöndeki hakem kararlarının ancak *sonradan* mahkemelerce denetlenmesi mümkündür (**FOUCHARD/GAILLARD /GOLDMAN**, s.401; **PARK**, *Arbitrability*, s. 150, 151; **SAMUEL**, s. 180).

⁵⁸⁷ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 400; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 333; **REDFERN /HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 252; **BARCELO**, s. 1121-1122. Böyle bir varsayım bulunmasaydı da anılan ilkeyi *meçbur kılan* pek çok *pratik* gerekçenin bulunduğuna ilişkin bkz. **SMIT**, *Separability*, s. 27. *Karş. Sempozyum*, s. 242.

⁵⁸⁸ *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, IV YBCA 1979, s. 176 vd; **BERGER**, s. 351, 352; **SAMUEL**, s. 178; **GOLDMAN**, s. 263; **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 255.

⁵⁸⁹ Böyle bir denetim fikrini içeren görüş, *provisional* (şartlı) *Kompetence-Kompetence* olarak da vasıflandırılmıştır (**DIMOLITSA**, s. 228-229; **SCHLOSSER**, *The Competence*, s. 200). Ayrıca bkz. **HARBST**, s. 32, 33; **ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM**, *Tasarı*, s. 226. *Yetkiye hüküm verme yetkisi*, sadece *lex fori*'nin de kabul ettiği bir fiksyon değil; ama aynı zamanda, millî hukukun tahkim lehine tanımış olduğu bir *imtiyazdır*. Böyle bir imtiyazın tanınmasında tereddüt edilmesini gerektiren bir hâl, yoktur. Zira hakem, işlevsel açıdan bir hâkim gibi kabul edildiğinden, böyle bir yetkiyle de donatılması kaçınılmazdır. Kaldı ki, bu yetki

mahkemelerce hakemlerin yargı yetkisi üzerine yapılacak incelemenin ölçüsünün ne olacağı, aslında hep bu kapsamda cevap bekleyen sorular olmaktadır⁵⁹⁰.

Competence-competence öğretisi, *asgari düzeyde*, hakemlerin kendi yargı yetkileri hakkında da karar verebilmelerini *mümkün* kılmaktadır⁵⁹¹. Şu hâlde anılan ilke, yine asgari düzeyde, hakemlerle taraflar arasındadır. Böylece yargı yetkisine yönelik bir itiraz, temelde, *ne* tahkimi tümüyle devre dışı bırakmakta yahut etkisizleştirmekte *ne de* uyuşmazlığın çözümü konusunda mahkeme müdahalesini zorunlu kılmaktadır. Bunun yanında mahkemelerin, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili konularda, *hangi evrede, nasıl bir tavır takınacağı; bu konuda yapacağı yargılamanın içeriği*, söz konusu ilkenin çeşitli türlerinin doğmasına sebebiyet vermiştir⁵⁹². Söz gelimi, *compétence-compétence* anlayışında, yargı yetkisiyle ilgili sorunların *öncelikle* hakemlerce görülmesi sağlanmaktadır ki, mahkemelerin ancak bir denetim işlevi söz konusudur. Yine bu kapsamda, tahkimin başlamasından önceki dönemde mahkeme müdahalesi, *anılan önceliğe ve rüçhaniyete uygun olarak* son derece sınırlı bir denetim düzeyinde de tutulabilir (NCPC Art. 1444; 1457; 1458; 1493)⁵⁹³. Varılmak istenen bu sonuç, *negative competence-competence* olarak adlandırılmakta ve daha ziyade, hakemlerle mahkemeler arasındaki ilişkiyi hedef almaktadır⁵⁹⁴.

B- Hakemlerin Yetkiye Hükmetme Yetkisiyle (Competence-Competence) İlgili Olarak Ayrılabilirlik İlkesi ve Diğer İmkânlar

Hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili ve bir anlamda onların bu yetkilerinin güçlendirilmesine yarayan bir diğer ilke, *tahkim anlaşmasının bağımsızlığı* yahut *ayrılabilirlik prensibidir*⁵⁹⁵. *Competence-competence*, hakemlere kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilmeleri imkânını tanıırken; *ayrılabilirlik ilkesi*, bu yöndeki bir kararın daha ziyade *sonucuyla* ilgilidir. Ayrılabilirlik ilkesi yoluyla temel borç ilişkisine yönelik savunma ve itirazlar, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilememekte; hakemler, uyuşmazlığın esası

altında verdiği kararlar da, her hâlükârda, kamu düzeni gerekçesiyle denetlenebilmektedir (SONNAUER, s. 62, 63).

⁵⁹⁰ SMIT, *Separability*, s. 25.

⁵⁹¹ Karş. *Sempozyum*, s. 243.

⁵⁹² SMIT, *Separability*, s. 25; PARK, *Arbitrability*, s. 150-152; SAMUEL, s. 182-183; KARRER/KÄLIN-NAUER, s. 31; BERBER, *Yetki*, s. 135.

⁵⁹³ SMIT, *Separability*, s. 25-26; PARK, *Arbitrability*, s. 150, 151; KARRER/KALIN-NAUER, s. 31; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 394, 395, 495; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 83.

⁵⁹⁴ GAILLARD, s. 28. İsviçre hukuku yönünden, hakemlerle mahkemeler arasında, özellikle hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili tahkim lehine herhangi bir öncelik yahut üstünlük tanınmış değildir. Mahkemelerin tahkimin geçerliliğiyle ilgili öncelikle hakemlerin karar vermesini beklemesi şeklinde, bir zorunluluk yoktur (KARRER/KALIN-NAUER, s. 32)

⁵⁹⁵ BARCELO, s. 1116; PARK, *Arbitrability*, s. 153-154.

hakkında hâlâ karar verebilmektedirler⁵⁹⁶. Eş deyişle taraflar, tahkim kaydı da içeren bir sözleşme akdettiklerinde, aslında konuları ve nitelikleri birbirinden farklı, iki ayrı sözleşme yapmışlardır; sözleşme ikizlerinden tahkim olanı, temel borç ilişkisinin varlık ve geçerliliğine ilişkin her türlü soruna rağmen, **kural olarak**, ayaktadır ve taraflar arasında geçerlidir. Tersî durumda da, aynı sonuç gündeme gelmektedir⁵⁹⁷. Böyle bir sonuca varılırken, sıklıkla dayanılan argüman, tarafların aslında, temel borç ilişkisini içeren ana sözleşmenin yanında, *tahkim kaydıyla* birlikte, aslında başka bir türde ve amaçla ikinci bir sözleşme daha yapmış olduğudur. Bu ikinci sözleşmenin gayesi münhasıran, ana sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüdür. Şayet ana sözleşme için geçerli her hukuki sonucun (*özellikle de geçersizlik hâlinin*) tahkim kaydına da kendiliğinden sirayet edeceği ve onu geçersiz kılacağı kabul edilirse böyle bir kaydın ve taraflar arasındaki tahkim iradesinin neredeyse hiçbir ihtimalde anlamı kalmayacaktır⁵⁹⁸.

Yukarıda geçen, “*kural olarak*” ibaresinin özel bir önemi vardır. Zira temel borç ilişkisinin varlık ve geçerliliğini tehdit eden mesele, sözleşmenin bir hükmü olan tahkim kaydı için de geçerli olabilir ki, bu hâlde, tahkim anlaşmasının kendisi de, varlık ve geçerlilik yönünden sorgulanır duruma gelmiştir⁵⁹⁹. Artık bu aşamada çözümü gereken sorun, hakemlerin geçerli bir yargı yetkisine sahip olup olmadığıdır. Bu sorunun bizi de ilgilendiren kısmı ise, hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadığı sorunun kim tarafından, *hakemlerce mi yoksa mahkemelerce mi* çözümlenmesinin gerektiğidir⁶⁰⁰. **Competence-competence öğretisinin etkinliği, bu noktadan itibaren görülür.** Bir başka açıdan meseleye

⁵⁹⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 214; PARK, *Arbitral Jurisdiction*, s. 27 vd; PARK, *Arbitrability*, s. 154, 155; DIMOLITSA, s. 219; SMIT, *Separability*, s. 20-21; SCHLOSSER, *The Competence*, s. 199-200; HUSSLEIN-STICH, s. 37, 38. Model Kanun, her iki ilkeye, aynı hükümde yer vermişse de (Model Kanun m. 16/I; MTK m. 7/H/I) kimi millî kanunlar, söz konusu ilkeleri, ayrı ayrı düzenlemişlerdir (1996 AA §7-30; PIL Art. 178/III, 186).

⁵⁹⁷ BARCELO, s. 1119; SMIT, *Separability*, s. 21; JARVIN, *The source*, s. 64-65; PARK, *Arbitrability*, s. 154. Bu görüşün doğal devamı, tahkim anlaşmasının, tereddütsüz bir biçimde, temel borç ilişkisi için geçerli olan hukuka tabi olmamasıdır (DIMOLITSA, s. 219; SCHWEBEL, *Three Salient Problems*, s. 5). *Sojuznefteexport v. JOC Oil Co.* (XV YBCA 1990, s. 384 vd), davasında, temel borç ilişkisi, Rus hukukuna göre taşınması gerekli geçerlilik şartını taşımadığından geçersiz sayılmış; aynı anlaşma içinde yer alan tahkim kaydı ise, yine tabi olduğu sonucuna varılan Rus hukukuna göre sağlaması gerekli asgari geçerlilik koşullarını taşıdığından geçerli kabul edilmiştir. Bu ve benzeri durumlar, özellikle temel borç ilişkisinin-ana sözleşmenin, tahkim anlaşmalarından daha ağır bir takım geçerlilik şartlarına tabi tutulması hâlinde gündeme gelmektedir. *Ayrıca bkz. ALANGOYA*, s. 92; ŞANLI, s. 245, 246.

⁵⁹⁸ SCHEBEL, *Three Salient Problems*, s. 9; SMIT, *Separability*, s. 22; SCHMITTHOFF, s. 288-289.

⁵⁹⁹ ABDULLA, s. 29; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 254; LEW/MISTELIS /KRÖLL, s. 102-103; 334. Oysa imza inkârı; ehliyet meseleleri; karşılıklı ve uygun irade beyanlarının bulunmaması ve *ab initio* geçersizliğe sebep olan tüm hâllerde, Amerikan uygulaması, uzun bir süre ve sıkça eleştirilmekle birlikte ayrılabirlik ilkesini kabul etmemiş; bu durumda, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili sorunların mahkemelerce görüleceğini benimsemiştir (*Void/voidable* ayrımı ve eleştirisi için bkz. SMIT, *Separability*, s. 33-36).

⁶⁰⁰ DIMOLITSA, s. 220; SCHLOSSER, *The Competence*, s. 200; SANDERS, *Arbitration*, s. 61, 62; SAMUEL, s. 174. *Harbour Assurance Co. Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd. et al.*, XX YBCA 1995, s. 771.

bakıldığında, ayrılabilirlik ilkesi kabul edilmeseydi, *competence-competence* yetkisine sahip bir hakem heyeti, uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapılamayacak olması nedeniyle *yine* yargı yetkisinin olmadığına karar vermek zorundaydı; zira temel borç ilişkisine yönelik geçersizlik; tahkim anlaşmasına da sirayet edecek ve onu da geçersiz kılacaktı⁶⁰¹.

Hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili ve daha ziyade bu yetkiyi desteklemeye yönelik millî kanunlarca kabul edilen *bir diğer ilke*, hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıkları sorununun mahkemeler önünde derdest olmasına karşın; hakemlerin **kendi tahkim yargılamalarına başlayıp devam edebilmelerinin mümkün olmasıdır** (Model Kanun m. 8/II, 16/III; ZPO § 1032/III, 1040/III; 1996 AA §67/III)⁶⁰². *Yeri gelmişken hemen belirtelim; böyle bir hükme, Milletlerarası Tahkim Kanunu içerisinde yer verilmiş değildir*⁶⁰³. Hakemlerin kendilerine tanınan böyle bir yetkiyi kullanıp kullanmayacakları, tahkim yargısının somut durumu ile yakından ilgilidir. Buna karşın böyle bir hükmün doğrudan etkisi, hakemlerin, mahkemeler önünde derdest bir yargılama nedeniyle kendi yargılamalarını ertelemek veya yargı yetkilerinin olmadığına karar vermek, zorunda olmamalarıdır⁶⁰⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi, *Formento de Construcciones v. Colon Container Terminal* kararında⁶⁰⁵, İsviçre PIL Art. 9'da düzenlenmekte olan *lis pendens-derdestlik* kuralı gereğince hakemlerin, **yabancı ülke mahkemesinde** görülmekte olan ve makul bir sürede, İsviçre'de de tanınabilecek bir kararla sonuçlanacak yargılamayı dikkate alması; bu nedenle kendi yargılamalarını ertelemesi; âdeta yabancı mahkemede görülmekte olan davayı, bekletici mesele sayması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin, *tahkim yargılamasının başlamasından önce* bir başka ülkede (Panama'da) devlet yargısı sürecini başlatmış olması durumunda, Panama'da verilecek kararın tanın(a)mayacağı sonucuna ulaşılmadığı sürece, hakemlerin önlerindeki tahkim yargılamasını durdurmaları gerekmektedir. Böyle bir bulgu da bulunmadığı için tahkim yeri İsviçre olan yargılamada, hakemlerinin yargı yetkilerinin bulunduğu ilişkin kararı, (PIL Art. 186/III, 190/II, *b; karş. MTK m. 7/H/V*) iptal edilmiştir⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 214, 215, 399; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 334; DIMOLITSA, s. 223; SMIT, *Separability*, s. 31; PARK, *Arbitrability*, s. 154; BÖCKSTIEGEL, *Public Policy*, s. 186; CALAVROS, s. 44; BERBER, *Yetki*, s. 125; DEREN-YILDIRIM, s. 52. Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 244, 245, 247.

⁶⁰² RUTHERFORD/SIMS, s. 204. Karş. SAMUEL, s. 222, 223. Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 243.

⁶⁰³ *Sempozyum*, s. 113-114.

⁶⁰⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 335; ayrıca bkz. BÖCKSTIEGEL, *New German Arbitration Act*, s. 24; SAMUEL, s. 221.

⁶⁰⁵ *Fédéral Tribunal, Formento de Construcciones y Contratas Sa v Colon Container Terminal SA*, *ASA Bulletin* 2001, s. 555 vd; BGE 127 III, 279 vd.

⁶⁰⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 335. Ayrıca bkz. PERRET F., *Parallel Actions pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: the Solution under Swiss Law*, 16(3) *Arb Int* 2000, s. 333 vd.; PERRET F., *Parallel*

Yukarıda sözü edilen içtihat, Türk hukukunda da yaşanması mümkün bir olayla ilgilidir. Bu nedenle üzerinde durulması, uygun olacaktır: Uyuşmazlık, konusu Panama’da inşa edilecek bir liman olan sözleşmenin icrası esnasında, yaşanmıştır. Sözleşme, “ICC, Cenevre” kaydını içermektedir. Buna karşın taraflardan biri, sözleşmeyi feshederek Panama mahkemelerine başvurmuştur. Diğer taraf, her ne kadar tahkim itirazında bulunmuşsa da, mahkeme süre aşımı nedeniyle tahkim itirazını reddederek uyuşmazlığın esasını görmek üzere tahkikata devam etmiştir. Yerel mahkemenin bu kararına rağmen davalı taraf, sözleşmede de kararlaştırıldığı üzere, Cenevre’de ICC tahkim prosedürünü başlatır. Buna karşın davacı, kendisinin *zaten* devlet yargısına müracaat etmiş olması nedeniyle tahkim anlaşmasını feshettiğini; davalının da süresi içinde tahkim itirazında bulunmayarak buna katıldığını; bu yüzden artık ortada geçerli bir tahkim anlaşması olmadığından, hakemlerin de yargı yetkisinin kalmadığı, itirazında bulunur. Oysa aynı esnada, Panama İstinaf Mahkemesi, tahkim itirazının süresinde yapıldığını tespit eder ve yerel mahkeme hükmünü bozar. Bu kararı esas alan hakemler de, yargı yetkilerinin bulunmadığına yönelik itirazı reddederler. Ancak İstinaf Mahkemesi’nin kararı, bu sefer temyiz mahkemesi tarafından, tahkim itirazının süresinde yapılmamış olması nedeniyle kaldırılır ve mahkeme önündeki yargılamanın devamına karar verilir. Bu karara dayanarak da Panamalı taraf, hakem kararının iptali için İsviçre Federal Mahkemesi’ne başvurur (PIL Art. 186/III, 190/II, b)⁶⁰⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi bu olayda, özellikle kesin hüküm ile derdestlik arasında bir ilişki-denklik kurmuş; *birbirleriyle çelişen hükümlerin verilmemesine yönelik kamu düzeni fikrinden* hareket etmiştir: Hakem kararlarının, belli prosedürlerin ardından, tıpkı mahkeme kararları gibi olduğu gerçeği karşısında tarafları, sebebi ve konusu aynı olan bir meselede, birbirinden farklı hakem kararı ile mahkeme kararının olmasına izin verilemez; bu, kamu düzeninin (*milletlerarası tahkim için geçerli olan kamu düzeni anlayışının da*) tabii bir sonucudur. **Kesin hükmün öncüsü olan derdestlik anlayışı da bu kamu düzeni fikrinden**

Actions pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: the Solution under Swiss Law, Arbitral Tribunals or State Courts Who Must defer to Whom, ASA Special Series No. 15, 2001, s. 65 vd, **SCHERER M.**, When should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration, 19(3) *ASA Bulletin* 2001, s. 451 vd; **MULLER M. R.**, Recent Swiss Case Law on the New York Convention- An Update, 21(4) *ASA Bulletin* 2003, s. 703-712. *Karş. Sempozyum*, s. 113-115.

⁶⁰⁷ **OETIKER C.**, The Principle of Lis Pendens in International Arbitration: The Swiss Decision in Fomento v. Colon, 18(2) *Arb Int* 2002, s. 137, 138. *Ayrıca bkz. SÖDERLUND C.*, Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings, 22(4) *J. Int’l Arb* 2005, s. 312, 313; **GEISINGER E./LEVY L.**, Lis Alibi Pendens in International Commercial Arbitration, Complex Arbitrations, Perspectives on their Procedural Implications, *ICC Bulletin Special Supplement*, 2003, s. 57, 58; **POUDRET J. F.**, Concluding Remarks on Relationship Between State Courts and Arbitral Tribunals, Arbitral Tribunals or State Courts Who Must defer to Whom, ASA Special Series No. 15, 2001, s. 147 vd.

istifade etmelidir⁶⁰⁸. Bütün bu nedenlerle PIL Art. 9 hükmünün, *yani* İsviçre mahkemeleri ile yabancı ülke mahkemeleri arasındaki derdestliğe ilişkin hükmün, burada ve fakat *kıyasen* uygulanması gerekmektedir⁶⁰⁹.

Sorunun çözümüne geçmeden önce, yine İsviçre hukukunda, *Formento* kararından önce verilen, aynı konuyla ilgili bir başka içtihadın da olduğunu belirtmek gerekir. *Compania Minera Condesa S.A and Compania de Minas Buenaventura SA v. BRGM-Pérou S.A.S* davasında, tıpkı *Formento* kararında olduğu gibi, yabancı ülkede görülmekte olan ve tahkim itirazının yapıldığı mahkeme yargılaması yanında, tahkim yeri olan İsviçre’de, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğuna ilişkin kararın İsviçre Federal Mahkemesi’nce iptali talep edilmiştir. Mahkeme, her ne kadar iptal istemini reddetmişse de ***ve bu yönüyle Formento içtihadından ayrılmaktaysa da***, PIL Art. 9’un bu davada uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorununa değinmeksizin, Peru mahkemesinin tahkim itirazının reddine ilişkin kararının, 1958 New York Sözleşmesi’nin II, 3. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle zaten İsviçre’de tanınamayacak olduğu sonucuna ulaşmıştır: Peru mahkemesinin, uyuşmazlığın taraflarının tamamının tahkim anlaşmasının da tarafları olmamaları nedeniyle tahkim anlaşmasını, Sözleşme’nin II, 3. maddesi bağlamında “*inoperataive*” sayması, 1958 New York Sözleşmesi’nin ihlali anlamına gelmektedir. Şu hâlde, Peru mahkemesi, PIL Art. 25 vd. anlamında, artık milletlerarası yetkiye sahip bir mahkeme olmadığından, hakemlerin yargı yetkilerine ilişkin verecekleri karar bakımından, Peru mahkemesinin kararını beklemeleri yahut esas almaları gerekli değildir⁶¹⁰.

Formento (Buenaventura kararı da dâhil olmak üzere) kararı, milletlerarası tahkimde, tahkim yerinde cereyan eden bir tahkim yargılaması ile özellikle yabancı ülkelerde görülen devlet yargısı arasındaki derdestlik ilişkisi üzerine, İsviçre kanununda yer alan bir boşluğu da doldurduğundan, son derece önemli bir içtihadı içermektedir. Ancak kararın önemi (*özellikle bizler için*) bununla da sınırlı değildir. Zira olayda, kendilerini yetkili gören hakemlerin vermiş olduğu bir *karar* bulunmaktadır. Tahkim yargılamasının

⁶⁰⁸ Ayrıca bkz. **NOMER E.**, Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı, C. XXXIV İÜHF 1969/1-4, s. 352, 353; **TANRIVER**, *Kamu Düzeni*, s. 481; **AKINCI Z.**, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara, 2002, s. 20.

⁶⁰⁹ **OETIKER**, s. 138, 139; **SCHERER**, s. 452; **ABDULLA**, s. 30, 31. Hakem kararı, hakemlerin PIL Art. 9 hükmünü yanlış uygulamaları yüzünden değil; hiç uygulamamaları nedeniyle iptal edilmiştir (**GEISINGER /LEVY**, s. 58, 62).

⁶¹⁰ 13 Mealey’s IAR 1998, C-1; XXIV YBCA 1999, s. 727 vd; BGE 124 III 86, 87. **PERRET**, s. 336-337; **SCHERER**, s. 451, 452. Burada da sorun, **derdestliğin** sadece mahkemeler arasında mı geçerli olduğuyla; eş deyişle hakemlerin, *bir başka ülke* mahkemesinin tahkimin geçerliliğiyle ilgili sürdürmekte olduğu yargılamayı, bekletici mesele saymasının gerekip gerekmediğiyle ilgilidir. Gerçi, derdestlik ilkesinin ihlali ile gündeme gelecek olan, birbirleriyle çelişen iki farklı hükmün verilebilmesi ihtimalinin, bir tahkim anlaşmasının 1958 New York Sözleşmesi’nin II, 3. maddesine göre geçersiz sayılmasına neden olup olmayacağı dahi tartışmalıdır (**FORTIER**, s. 179).

derdest olduğu, henüz sona ermediği, uyuşmazlığın esasıyla ilgili nihai bir hükmün verilmediği dönemde, **bu kararın iptalinin istenip istenemeyeceği** (karş. MTK m. 7/H/V) ve son olarak hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili meselelerde, devlet yargısıyla tahkim arasında bir öncelik-sonralık ilişkisinin bulunup bulunmadığı sorunları da bu sayede gündeme gelmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, özellikle bu son soruyla ilgili, *derdestlik* ilişkisinin de doğal sonucu olarak, hakemlerin yargı yetkisi üzerine, *öncelikle* hakemlerin kendilerinin karar vereceği; ancak *bundan sonra* mahkemelerin böyle bir kararı denetleyebileceği şeklindeki, **öncelik anlayışının** geçerli olmadığı; gerek mahkemelerin gerekse hakemlerin bu konuda eş zamanlı olarak ve eşit düzeyde yetkili oldukları; varsa bir önceliğin, ancak *derdestlik* prensibine (*soruna ilk el koyanın; öncelikle meseleyi çözeceği ilkesine*) göre çözümleneceği, sonucuna varmıştır⁶¹¹.

Buna göre tahkim yeri İsviçre olan bir milletlerarası tahkim yargılamasında, şayet **yabancı ülkedeki devlet yargısına tahkimden daha önce başvurulmuş ise hakemler**; tarafları, sebebi ve konusu aynı olan bir uyuşmazlıkta; yabancı mahkemenin *makul bir süre sonunda*, **yapılan** tahkim itirazı üzerine karar verecek olması hâlinde; söz konusu mahkeme kararının da İsviçre’de tanınmasının mümkün olması durumunda (PIL Art. 25), tahkim yargısını *durdurarak* devlet yargısından gelecek kararı, bekletici mesele sayacaktır (karş. Model Kanun m. 8/II; 16/III)⁶¹². Ancak burada son derece önemli bir mesele ile karşılaşılmaktadır. Detaylarına girmekten kaçınmakla birlikte, tahkimi de yakından ilgilendirmesi nedeniyle yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde, gündeme gelen *dolaylı milletlerarası yetki* (*indirect international jurisdiction, compétence indirecte*) kavramı üzerinde durmak gerekir (PIL Art. 25; karş. MÖHUK m. 38/I, b). Kısaca, tenfizi istenen hükmün verildiği yabancı ülke mahkemesinin, tenfiz yeri ülkesi hukukuna göre (*lex fori*) ve ona uygun olarak milletlerarası yetkisinin bulunması gerekir (*örneğin*, PIL Art. 26)⁶¹³.

⁶¹¹ OETIKER, s. 139; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 401; SCHLOSSER, *The Competence*, s. 203-204; GEISINGER/LEVY, s. 58. Karş. BUCHER/TSCHANZ, s. 76 vd; PERRET, s. 334; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 93-95. Ayrıca bkz. REICHERT D. D., Problems with Parallel and Duplicate Proceedings: The Litispence Principle and International Arbitration, 8(3) Arb Int 1992, s. 247-248.

⁶¹² OETIKER, s. 139; SCHERER, s. 452, 453; MULLER, s. 710; SÖDERLUND, s. 303.

⁶¹³ OETIKER, s. 139; MULLER, s. 710; PERRET, s. 337. *Yazar*, özellikle PIL Art. 26(b)’de düzenlenen, geçerli bir yetki sözleşmesine rağmen onun ihlali anlamına gelecek şekilde, kendisini yetkili gören yabancı ülke mahkemesi kararının İsviçre’de tanınmayacağı şeklindeki sonucun, tahkim anlaşmalarına da (*kıyasen*) teşmil edilmesinin mümkün olup olmadığı konusunun, son derece tereddütlü olduğunu belirtmektedir. Zira İngiliz Civil Jurisdiction and Judgement Act 1982 §32/I’in aksine, İsviçre hukukunda, böyle açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hâlde, bir an için İsviçre’nin tarafı olduğu milletlerarası sözleşmelerin saklı tutulmuş olduğuna ilişkin PIL Art. 1/II hükmü dikkate alınabilir ki, söz konusu milletlerarası sözleşmelerin PIL hükümlerine göre önceliği de, ancak yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi *lehinde* olunması hâlinde geçerlidir; aksi için değil.

Bu noktada da 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesi gündeme gelmektedir. Zira İsviçre, bu milletlerarası anlaşmanın tarafı olmakla Sözleşme'nin II. maddesiyle gündeme gelen, tahkim anlaşmasının gerek olumlu gerekse olumsuz etkilerini gözetmek; gereğini yerine getirmekle mükelleftir. Söz konusu olumsuz etki, mahkemelerin Sözleşme'nin II, 3. maddesine uygun olarak tahkim itirazı üzerine, önlerindeki yargılamayı sürdürmekten kaçınmasıdır. Bunu ihlal eden yabancı ülke mahkemesi kararının tanınması ise İsviçre'nin, tarafı olduğu milletlerarası sözleşmenin gereğini yerine getirmemesi, anlamına gelir. Sonuç olarak, hakemlerce, *bu şartlar altında*, yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusunda karar verileceğinde ve böyle bir kararın tahkim yeri mahkemelerinde iptali istendiğinde, Panama mahkemelerinin 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesine göre yargı yetkisini haiz olup olmadığının denetlenmesi gerekir⁶¹⁴.

Özellikle *Perret*, **derdestlik eksenli bir çözümün yerinde ve gerekli olmadığı görüşündedir. Hakemler, yabancı ülke mahkemelerinin tahkim anlaşmalarının varlık ve geçerliliği üzerine verecekleri kararlarla bağlı değildirler.** Aslında yine bizzat derdestlik

⁶¹⁴ **OETIKER**, s. 140-142; **MULLER**, s. 711. Böyle bir düşünce şekli, eleştiriden uzak değildir. Zira bir an için 1958 New York Sözleşmesi'ne aykırı bir mahkeme kararının İsviçre'de tanınmasının, yine İsviçre'nin milletlerarası kamu düzeninin ihlali olarak görülebilmesine karşın; örneğin, *Buenaventura* davasında, Peru mahkemesi, tahkim anlaşmasının tıpkı Sözleşme'de olduğu gibi "*inoperative*" olduğuna hükmetmiştir. Maddi vakıaların böyle bir sonuç için doğru olmadığının İsviçre mahkemelerince denetimi, bu sefer de uyuşmazlığın esasının tekrardan *forumun* mahkemelerince sorgulanması anlamına gelebilmektedir. Kaldı ki meselenin çözümünde, 1958 New York Sözleşmesi'nin esas alınması, çok daha büyük bir tehdit olan, kimi zaman tahkim dostu olmayan yabancı ülke hukuklarının da dikkate alınması anlamına gelebilecektir. Özellikle tahkime elverişlilik konusunda, PIL Art. 177 hükmü dururken; örneğin patentle ilgili bir uyuşmazlığın, Alman hukukunda geçerli *Bundespatentgericht*'in münhasır yetkisi nedeniyle tahkime elverişli olmadığına kabulü, söz konusu uyuşmazlığın, İsviçre için de tahkime elverişli olmaması gibi bir sonuç doğuracaktır. Özellikle *Perret*, bu sonucu kabul edilemez bulmaktadır. Tahkim yeri İsviçre olan, bu nedenle de bir *İsviçre tahkimi* sayılan tahkim yargılamasında, *şayet gerekiyorsa*, münhasıran İsviçre'nin kendi iç hukukuna (daha liberal, esnek ve tahkim dostu olan) dayalı olarak yabancı ülke mahkemesinin yetkili olup olmadığına belirlenmesi, gerekir. Aksi düşüncenin kabulü, yabancı ülke hukuklarının kamu düzeni anlayışlarına göre, tahkim yeri İsviçre olan tahkim yargılamalarının kaderini belirlemek anlamına gelir (**PERRET**, s. 338; **SCHERER**, s. 454 vd; **REICHERT**, s. 254). Bu eleştiri şu şekilde, karşılanmıştır: Tahkim anlaşmasının *şekli geçerliliği* konusunda, PIL Art. 7 ile Sözleşme'nin II, 3. maddesi aynıdır. *Tahkime elverişlilik* konusu ise kabul edildiği üzere, *lex fori*'ye (*lex arbitri*) göre belirleneceğinden (**van den BERG**, s. 152-154), bu hâlde yine İsviçre hukuku etkin ve belirleyici olacaktır. O nedenle *lis pendens*'in tetiklediği, *mahkemelerin milletlerarası yetkisi* sorunu yönünden 1958 New York Sözleşmesi ile İsviçre'nin kendi iç hukuku arasında fark yoktur (**OETIKER**, s. 141). Özellikle Sözleşme uygulamasında, tahkime elverişliliğin *lex fori* tarafından tespit edileceğinde tereddüt olmamakla birlikte, *Perret*, bu *lex fori*'nin kendi örneğinde, Alman hukuku olduğunu, zira (tahkim itirazını üzerine) tahkim anlaşmasının geçerliliğini sorgulayan ülkenin orası olduğunu savunurken, *Oetiker*, bunun, tahkim yeri ve mülkilik anlayışı sonucu olarak *lex arbitri*'nin de ülkesi olan İsviçre hukuku olduğunu belirtmektedir. Görüş farklılığı bir hayli ilginçtir. Bu tartışmada varılacak sonuç ne olursa olsun, hatta her hâlükârda, İsviçre hassasiyetlerinin korunup gözetileceği kabul edilse dahi salt bu hususların, tahkim yargılamasında gözetilecek ve hatta bir kez de mahkeme denetimine konu edilecek olması, milletlerarası tahkimin sabote edilmesine imkân tanıyacak, yavaşlamasına sebebiyet verecektir (**GEISINGER/LEVY**, s. 58, 61). İsviçre PIL Art. 7 kapsamında, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin *tahkim yeri ülkesi* hukukuna göre belirleneceğine ilişkin bkz. **SCHERER M.**, Introduction to the Case Law Section, 24(1) *ASA Bulletin* 2006, s. 52.

anlayışının kendisi, bu basit sonucun doğumuna sebeptir⁶¹⁵. Zira ülke mahkemesi, zaten var ve kurulu bulunan yargı yetkisine dayanarak, itiraz üzerine, *bir tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı sonucuna ulaştığında*, aslında sadece kendi (milletlerarası) yargı yetkisiyle ilgili bir ön sorun üzerine karar vermiştir. Söz konusu ön sorun hakkındaki kararın *res judicata* etkisinden yoksun olması nedeniyle artık, PIL Art. 9 hükmünü, yani yabancı ülke mahkemesi ile tahkim yargısı arasındaki derdestlik ilkesini, tüketmek mümkün değildir. Paralel süreçteki böyle bir yargılama, tahkim yerinde hakemlerin kendi yargı yetkileri hakkında bir karar vermelerine mâni değildir⁶¹⁶. Bu noktada, iki sonuca ulaşmak mümkündür: Uyuşmazlığa ilk el koyan mahkemenin tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin kararı, hakemler yönünden bağlayıcı değildir. Buna karşın, hakemlerin yargı yetkileri üzerine vermiş oldukları karar, uyuşmazlığa sonradan el koyan ülke mahkemeleri için bağlayıcıdır ve hatta kesin hüküm etkisine sahiptir. Bu son sonuçla ilgili, hakemler, kendi yargı yetkileriyle ilgili bir itirazı çözümlediklerinde, kendileri için aslında, bir ön sorunu çözmemektedirler. Zira hakemlerin yargı yetkisi, söz konusu uyuşmazlığın-çekişmenin çözümüne bağlıdır. Hakemler nezdindeki bu asıl sorunun önceden çözümü, pekâlâ, mahkemeler nezdinde, sonradan yaşanacak ön sorun için hem bağlayıcı hem de kesin hüküm etkisine sahip olacaktır. Hatta böyle bir sonucun dolaylı olarak, hakemlere bir öncelik ve üstünlük tanıdığını dahi söylemek yanlış olmasa gerek (*karş.* NCPC Art. 1458)⁶¹⁷.

Tahkimde, özellikle hakemlerle mahkemeler arasındaki *derdestlik* fikrine karşı olan bir diğer görüş, *Söderlund'a* aittir⁶¹⁸. Görüş, öncelikle şu fikri ortaya atmaktadır: Hakem kararlarının, özellikle Kıta Avrupası hukuk sisteminde (Hollanda CCP Art. 1059/I; ZPO §1055; NCPC Art. 1476, 1500, Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1703; PIL Art. 190; Model Kanun m. 35/I; 1996 AA §58) açıkça da kabul edildiği üzere, kesin hüküm teşkil ettiğinde tereddüt yoktur. Ancak bu sonuç, devlet yargısının aksine, söz konusu kesin hüküm etkisinin özellikle sonradan başlatılan tahkim yargılamasında, hakemlerce kendiliğinden dikkate alınacağı anlamına gelmemektedir. Zaten bu tip bir hassasiyete gerek yoktur; zira *ne* toplanan vergiler boşa harcanmaktadır *ne de* bir kamu kurumu boş yere meşgul edilmektedir. **Dahası bütün bu hususların, sonraki hakem heyetinin yargı yetkisiyle ilgili bir itiraz olarak, tarafça süresinde ileri sürülmesi gerekir**⁶¹⁹. Özellikle *milletlerarası alanda geçerli derdestlik* anlayışına gelince: Öncelikle mahkemelerle hakemler arasındaki ilişki, bir

⁶¹⁵ PERRET, s. 340; SÖDERLUND, s. 304 vd; 312, 313; REICHERT, s. 252-253. Milletlerarası derdestlik meselesiyle ilgili olarak, eşit muamele prensibi hakkında bkz. NOMER, *Kamu Düzeni*, s. 353.

⁶¹⁶ PERRET, s. 341; REICHERT, s. 252.

⁶¹⁷ PERRET, s. 341, 342. *Karş.* ALANGOYA /YILDIRIM/YILDIRIM, s. 619.

⁶¹⁸ SÖDERLUND, s. 304-310.

⁶¹⁹ SÖDERLUND, s. 304. *Ayrıca bkz.* NOMER, *Kamu Düzeni*, s. 355-362.

derdestlik yahut kesin hüküm ilişkisi değildir; olsa olsa bu, doğrudan hakemlerin *yargı yetkisiyle* ilgili bir meseledir. Böyle bir sorunun çözümünde de, zamana dayalı herhangi bir ayrıma, gerek yoktur. Hakemler, sadece kendileri için gerekli ve geçerli bir tahkim anlaşmasının olup olmadığını denetlemekle yükümlüdürler. *Bunu da, herhangi bir ülke mahkemesinin vermiş olduğu karardan bağımsız olarak yapmalıdırlar.* Ne var ki, özellikle diğer ülke mahkemesinde yaşananlar ve tarafların ileri sürdükleri veya sürmedikleri hususlar, hakemler için son derece önemlidir; lakin sadece verilecek kararda gözetilmesi gereken birer somut vakıa olarak değerlendirilmelidir⁶²⁰. Asıl olan, diğer ülke mahkemesince verilen karar değil; tarafların orada ne yaptıkları ve bunun hakemler önündeki tahkim anlaşmasına etkisidir. Zira mahkeme önündeki davalının tutumu, özellikle de tahkim lehindeki hareketsizliği, tahkim anlaşmasından bir feragat olarak pekâlâ yorumlanabilir⁶²¹.

Formento davası da bu bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Sorun, hangi makamın yargı yetkisine sahip olduğunu tespitten ibarettir⁶²². Öncelikle PIL Art. 9 hükmünün hakemler için de geçerli olduğu konusu tereddütlüdür. Ülke mahkemelerine yönelik ve daha ziyade diğer ülke mahkemeleriyle aradaki yargısal ilişkiyi düzenleyen bir hükmün, tereddütsüz bir biçimde, hakemleri de bağladığını söylemek kolay değildir (*karş.* Model Kanun m. 8/II). Üstelik hakemler, denetimsiz kalmış da değildir. Çünkü tahkim yeri mahkemelerince hakemlerin vermiş olduğu kararların denetlenmesi, mümkündür. Şu hâlde hakemleri, ayrıca, bir başka ülke mahkemesinin *âdeta* denetimi altına sokmak, hem gerekli hem de doğru değildir. Madem ki, hakemlerin yargı yetkisi, tahkim anlaşmasından kaynaklanmaktadır ve bununla ilgili olarak hakemlerce verilen her karar, *lex arbitri* (*ki bu, kural olarak lex loci arbitri olacaktır.*) mahkemelerince denetlenecektir; şu hâlde, artık hakemlerin *ne* bir başka ülke mahkemesinde görülen yargılamayı *derdestlik* gerekçesiyle beklemesi *ne de* kendisini söz konusu ülke mahkemesinin vermiş olduğu kararlarla *kesin hüküm* gerekçesiyle bağlı sayması, gerekir. Hakemler, yargı yetkileriyle ilgili her kararı, diğer ülke mahkemesinde yaşananları da dikkate

⁶²⁰ GEISINGER/LEVY, s. 60.

⁶²¹ Hakemler, devlet yargısının vermiş olduğu ve hatta kesin hüküm etkisini haiz bir kararla kendiliğinden bağlı değildirler. Hakemlerce kararın ötesine geçilmeli ve gerçekten de mahkemenin tahkim anlaşmasına rağmen yargı yetkisini haiz olup olmadığını, dolayısıyla da o esnada kendilerinin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığını denetlemelidirler. *İlginçtir*, kesin hüküm etkisini haiz karar, bir hakem kararı olduğunda, varılan bütün sonuçlar değişmektedir. Zira ikinci hakem heyetinin, artık ilk hakem kararının arkasına ve ötesine geçmesi mümkün değildir (SÖDERLUND, s. 305-306).

⁶²² *Aslında*, kararda ileri sürülen argümanlar ve özellikle meselenin PIL Art. 9 çerçevesinde değerlendirilmesi de son derece çelişkilidir. Şayet *lex fori*'ye göre, tarafın (davalının) içinde bulunduğu usulî durum, tahkim anlaşmasından feragat niteliğinde ise bu feragat, evrenseldir ve ayrıca söz konusu mahkeme kararının İsviçre içinde tanınıp tanınmayacağını incelenmesine gerek yoktur. Kaldı ki söz konusu ülke mahkemesinin kararı, İsviçre'de tanındığı hâlde; bir başka ülkede tanınmayabilir (SÖDERLUND, s. 313).

olarak ve fakat bağımsız bir biçimde kendileri vereceklerdir; söz konusu kararın denetimi de tahkim yeri mahkemelerince yapılacaktır⁶²³.

Tahkimde, özellikle milletlerarası tahkimde, *competence-competence* öğretisinin varlık ve geçerliliği konusunda, bugün için tereddüt yoktur; ancak söz konusu öğretinin başkaca sorunları tetiklediği de bir gerçektir. Bunlardan biri de, **hakemlerin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığına önce kim tarafından karar verileceğidir**. Kimi zaman bu konuda, hakemlerin, mahkemelere göre **açık** bir önceliği bulunmaktadır (NCPC Art. 1458/II, *kısmen*, 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3)⁶²⁴. Ancak sadece *competence-competence* ile ilgili hükümlerin de (PIL Art. 186) hakemlerle mahkemeler (PIL Art. 7) arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi kurmaya yetmediği düşünülmektedir⁶²⁵. Öte yandan derdestlik ilkesinin kabulüyle artık sözü edilen -tahkim lehine- önceliğinin, en azından bu konuda açık bir düzenleme içermeyen millî hukuklar bakımından geçerli olması da, mümkün değildir⁶²⁶.

Fransız kanununun aksine, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, bu konuda açık bir hüküm içermeyen İsviçre hukukunda, *önceleri* iki içtihat geliştirilmişti: Bunlardan ilki olan *Compagnie de Navigation et Transport SA v. Mediterranean Shipping Company SA* kararında, **salt tahkim yerinin İsviçre dışında olduğu gerçeğinden hareketle** tahkim itirazı üzerine, İsviçre mahkemesinin, tahkim anlaşmasının gerek şeklî gerekse maddi geçerliliği üzerine *tam bir denetim* gerçekleştirmek suretiyle (*prima facie* varlık ve geçerlilik ile yetinilmeyerek) kendi yargı yetkisinin bulunup bulunmadığını tespit etmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Zaten bu, 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesinin de doğal bir sonucu ve gereği, olarak görülmüştü⁶²⁷. Oysa *Stiftung M v. Bank X* kararında, **tahkim yeri İsviçre olduğundan**, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği konusunda *prima facie* bir incelemenin yeterli olduğu sonucuna varılmıştı. Zira sonradan, hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadığı hususunun nasıl olsa *İsviçre mahkemelerince* tam bir denetimi, **tahkim yerinin ülke dışında olması ihtimalinden farklı olarak** gerçekleştirilebilecektir (PIL Art. 190/II, b)⁶²⁸. Şu hâlde İsviçre hukukunda, en azından içtihatlar yoluyla **tahkim yerinin ülke içinde yahut dışında olmasından hareketle** ve **tahkim itirazının da İsviçre mahkemelerince değerlendirildiği**

⁶²³ SÖDERLUND, s. 313-315; REICHERT, s. 254-255; ICC Case no. 3572, XIV YBCA 1989, s. 111.

⁶²⁴ CARBONNEAU, *The Reform*, s. 292.

⁶²⁵ PERRET, s. 334; KARRER/KALIN-NAUER, s. 35. Karş. WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 95.

⁶²⁶ OETIKER, s. 142; karşı. PERRET, s. 333, 334.

⁶²⁷ *Compagnie de Navigation et Transport Sa v. Mediterranean Shipping Company Sa*, XXI YBCA 1996, s. 695; DIMOLITSA, s. 241; SCHERER, *Case Law*, s. 51; WENGER, Art. 186, s. 462.

⁶²⁸ BGE 122 III 139. Ayrıca bkz. OETIKER, s. 142, 143; SCHERER, *Case Law*, s. 51; POUURET, *State Courts*, s. 149-150; ABDULLA, s. 15; WENGER, Art. 186, s. 462.

hâllerde, *sınırlı bir öncelik prensibinin* kabul edilmiş olduğu söylenebilirdi⁶²⁹. Ancak bu son *Formento* kararında, her iki içtihadattan da farklı olarak (*en azından tahkim itirazının yabancı ülke mahkemesince değerlendirildiği durumlarda*) *derdestlik ilkesi*, ön plana çıkarılmıştır⁶³⁰.

Formento ve *Buenaventura* kararlarının aksine, **tahkim yeri mahkemeleri ile hakemler arasında**, usulî bir ilişkinin kurulmak istendiğinde, *öğretide*, ileri sürülen çözüm, şu şekilde olmuştur: Mahkemenin tahkim itirazı üzerine, *ön sorun* şeklinde vermiş olduğu her iki yöndeki karar da, kesin hüküm etkisinden yoksundur. Zira varılan sonucun mahkeme kararının *hüküm kısmında* yer almayacak; tahkikatın ve olsa olsa gerekçenin bir parçasını oluşturacak olması, mahkeme hükmüne bağlanan sonuçlardan istifade edilmesine engeldir. Böyle bir durumda taraflardan birinin mahkemeye, münhasıran tahkim anlaşmasının geçerli olmadığına tespitine yönelik başvurusu (ZPO §1032/II, HUMK m. 519) mümkün olmadığı sürece, mahkemenin bu ön sorun hakkındaki kararı, kesin hüküm etkisinden yoksun olduğu gibi, *hakemler için de bağlayıcı değildir*⁶³¹. Kısaca mahkemenin, tahkim anlaşmasını geçersizliğine ilişkin kararı, hakemler için bağlayıcı olmadığı gibi⁶³² hakemler de, *hâlâ* kendi yargı yetkileri hakkında, bir karar vermek durumundadırlar. Zira mahkemenin kararı, sadece kendi yargı yetkisiyle ilgili ve sınırlıdır⁶³³.

İsviçre uygulaması dikkate alındığında, yukarıda dile getirilen içtihatlar arasındaki ilişkinin; ancak daha ziyade, farklılıklarının açıklıkla ortaya konulması gerekir. Madem ki *derdestlik* ile varılmak istenen sonuç, aynı hukuk sisteminde, birbirleriyle çelişen iki farklı

⁶²⁹ 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesinde de, aslında *prima facie* bir denetimle yetinildiği ve bu nedenle yargı yetkisi konusunda aslında, dolaylı bir önceliğin hakemlere verildiği, iddia edilmiştir. *Tartışmalar için bkz. BERGER*, s. 329, 330. Ayrıca bkz. *GEISINGER/LEVY*, s. 54, 55. Mahkemelerin, hakem tayini (PIL Art. 179/III), delillerin temini (PIL Art. 464) yahut geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrasına yardım ederken (PIL Art. 183/II) yapacakları acele muhakeme sırasında, tahkim anlaşmasının *prima facie* geçerliliği konusunda vermiş oldukları kararlar, *zaten* hakemleri bağlamaz (*WENGER*, Art. 186, s. 464).

⁶³⁰ *OETIKER*, s. 143. Karş. *FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN*, s. 409; *DIMOLITSA*, s. 239, 244.

⁶³¹ *PERRET*, *Parallel actions*, s. 67. Ayrıca bkz. *Semprozyum*, s. 113. Tahkim itirazı üzerine mahkemenin tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmesi, sadece kendisi yönünden bir anlam ifade etmekte olup hakemlere, herhangi bir yargı yetkisi kazandırmaz. Bir başka anlatımla mahkemenin, *tahkim itirazı üzerine*, yargı yetkisinin olmadığına karar vermesi, eş zamanlı olarak hakemlerin yargı yetkisine sahip olduğu anlamına gelmez. Bu esnada hakemler, mahkemenin incelemediği hususlar nedeniyle de yargı yetkilerinin olmadığına karar verebilir. Ancak, mahkemece tahkikata esas alınan nedenler yönünden de verilen hüküm, kesin hüküm etkisini haiz değildir. Zira incelemeye esas alınan vakıalar, yargı yetkisinin yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilirken, sadece birer *gerekçe* teşkil etmektedir. Oysa Federal Mahkemenin 1994 tarihli *Westland* kararı (XII YBCA 1987, s. 186 vd), kendi koşullarında ve bir *obiter dictum* olarak önemli bir içtihadı daha içermektedir. *Şayet* mahkemeler, uyuşmazlığın çözümü yönünden kendilerini yetkili görüyorlarsa, bu, mantıken ve özellikle de *kesin hüküm etkisine kıyasen*, hakemlerin yargı yetkisinden yoksun olmaları anlamına gelmelidir (*WENGER*, Art. 186, s. 463). Böyle bir kabul sonucunda, tahkim itirazı üzerine mahkemelerin, tahkim anlaşmasının geçersizliği konusunda vermiş olduğu kararların da, tahkim yargılaması için bağlayıcı kabul edilmesi gerekir (*POUDRET*, *State Courts*, s. 152). Söz konusu içtihadın yerindeliği bir yana, kararda sözü edilen mahkeme, İsviçre mahkemesidir ve tahkim yargılaması da aynı ülkede cereyan etmektedir. Mesele, aynı sonucun bu kez, yabancı mahkeme kararları için de geçerli olup olmadığıyla ilgilidir. Görünen o ki, kimi şartlar altında, aynı ilke, gerek *Fomento* gerekse *Buenaventura* davalarında da uygulanmıştır (*GEISINGER/LEVY*, s. 56).

⁶³² Karş. *WENGER*, Art. 186, s. 463, 464.

⁶³³ *PERRET*, s. 335; *PERRET*, *Parallel actions*, s. 67; *POUDRET*, *State Courts*, s. 152.

kararın verilmesine engel olmaktır; o hâlde, cevabı aranan soru, aslında, mahkemelerin, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve dolayısıyla hakemlerin yargı yetkisi konusunda vermiş oldukları kararların *tahkimi, hakemleri ve tarafları* nasıl veya ne şekilde bağlayacağıdır. İsviçre öğretisi yönünden derdestlik eksenindeki bir çözüm, hayli yankı uyandırmıştır⁶³⁴. Milletlerarası tahkim yargılamalarında, ortaya çıkaracağı sorunlar bir yana, özellikle mahkemelerle tahkimi, aynı düzeyde ve denk görmesi bakımından varılan sonuç, oldukça çarpıcıdır⁶³⁵.

Yukarıda detaylı bir biçimde, gerek *Fomento* gerekse *Buenaventura* davalarına değinilmiş; özellikle İsviçre öğretisinde, anılan kararların ardından açıkça ifade edilen derdestlik meselesi, söz konusu çözüme katılanlar ve katılmayanlar yönünden incelenmeye çalışılmıştır⁶³⁶.

Anılan içtihatların Türk milletlerarası tahkim hukukunda nasıl bir etki yaratacağına; olası yansımalarının ne olacağına geçmeden önce, meselenin bir de *Schlosser* yönünden nasıl değerlendirildiğini aktarmakta fayda vardır⁶³⁷. Yapılan sistematik oldukça yalın olduğu gibi, aslında derdestlik adı altında işlenen sorunun gerçekte neyi ifade ettiğini de son derece açık bir biçimde, ortaya koymaktadır. Şu üç temel özellik gözden uzak tutulmamalıdır: Tahkim ile mahkemeler; tahkim yargılaması ile devlet yargısı arasındaki derdestlik meselesi, özellikle de milletlerarası alanda, 2000’li yılların başından itibaren tartışılmaya başlanmış; son derece yeni; henüz olgunlaşmamış ve detaylandırılmamış bir konudur. Hakem kararlarına atfen gündeme gelen ve artık yaygın bir biçimde de kabul edilen başta *kesin hüküm*⁶³⁸ olmak üzere, devlet yargısı üzerindeki olası sair etkilerin dikkate alınması kaçınılmazdır. Son olarak

⁶³⁴ Uyuşmazlığın *hem* hakemler *hem de* mahkemeler önünde görüldüğü ve her iki durumda da yargı yetkisiyle ilgili itirazların yapılmış olması hâlinde, sorunun çözümü, şu şekilde önerilmektedir: Şayet derdestlik anlamında, hakem heyeti öncelikli ise (PIL Art. 181), mahkeme, hakemlerin yargı yetkisi konusundaki kararını ve hakemlerce verilecek kararın iptalinin istenip istenmeyeceğini bekletici mesele yapacak; tam tersi hâlde ise hakemler, mahkemenin kararını bekletici mesele sayacaklardır. Özellikle İsviçre öğretisi yönünden, *tartışmalı olmakla birlikte, İsviçre* mahkemelerinin, tahkim yeri İsviçre olan yargılamalarla ilgili tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik kararları, kesin hüküm etkisine benzer bir sonuç doğurmaktadır (WENGER, Art. 186, s. 463, 464).

⁶³⁵ GEISINGER/LEVY, s. 57. Karş. WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 95.

⁶³⁶ *Mahkemeler arasında*, özellikle de milletlerarası alanda geçerli derdestlik anlayışı, kimi milletlerarası düzenlemelerin konusunu oluşturmuştur. 1968 Brüksel ve 1988 Lugano Sözleşmeleri’nin 16. maddesi; 44/2001 Regulation Art. 9, kimi iki taraflı milletlerarası sözleşmeler ve hatta CMR Art. 31/II, CIM Art. 56 gibi düzenlemeler yoluyla belli bir ülke hukukuna yargı yetkisi konusunda, üstünlük ve öncelik verilerek *lis alibi pendens*’in olumsuz/istenmeyen sonuçlarının önüne geçilmek istenmiştir. Aynı açıklığın, milletlerarası tahkimde, mahkemelerle tahkim arasındaki ilişkilerde, özellikle 1958 New York ve 1961 Cenevre Sözleşmeleri dikkate alındığında, sağlandığını söylemek güçtür (van HOUTTE H., Parallel Proceedings Before State Courts and Arbitration Tribunals, Is there a Transnational *lis alibi pendens*-exception in Arbitration or Jurisdiction Conventions, Arbitral Tribunals or State Courts Who Must defer to Whom, ASA Special Series No. 15, 2001, s. 36-37, 43 vd).

⁶³⁷ SCHLOSSER P., Arbitral Tribunals or State Courts Who Must defer to Whom, Arbitral Tribunals or State Courts Who Must defer to Whom, ASA Special Series No. 15, 2001, s. 15 vd.

⁶³⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 647, 648.

Kompetenz-Kompetenz ve bunun aslında, *compétence-compétence*'den olan farkları da, incelemelerde esas alınması gereken bir diğer tartışmalı noktadır⁶³⁹.

Hakem kararlarının kesin hüküm etkisi üzerinde ve bunların taraflar yönünden bağlayıcılığında artık kuşku duyulmadığı gibi, söz konusu kararların, mahkemelerce görmezlikten gelinmesi, hiçe sayılması olası değildir. Bir hakem kararı, *iptale yetkili* mahkemece iptal edilmediği sürece, taraflar arasındaki sebebi ve konusu *aynı* olan uyuşmazlığın görüldüğü mahkemeyi bağlayacaktır⁶⁴⁰. Buna karşın, hâlen yürütülmekte olan bir tahkim yargılamasıyla tarafları, sebebi ve konusu aynı olan ve fakat bu sefer, devlet yargısında görülmekte olan bir davanın karşı karşıya gelmesi durumunda, bunlardan hangisine üstünlük tanınacağı; aralarındaki *-istenmeyen-* ilişkinin nasıl çözümleneceği, sorunun özünü oluşturmaktadır⁶⁴¹.

Aynı yargı düzeni içinde, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan uyuşmazlıkla ilgili iki kesin hükmün bulunmasının, arzu veya teşvik edilecek yahut en azından görmezden gelinebilecek bir yönünün olmadığı açıktır. Ancak, konumuz yönünden aslında, gerçek ve bilinen anlamıyla bir derdestlik sorununun yaşandığını da söylemek güçtür. Örneğin Türk hukuku dikkate alındığında, derdestlik ilk itirazı üzerine mahkeme, bir *dava engeliyle* karşılaşmış olmakta (HUMK m. 187/IV); davanın açılmamış sayılmamasına karar (HUMK m. 194) vererek yargılamayı sona erdirmektedir. Ancak hiçbir hâlde, söz konusu derdestliğin, özellikle de ikinci mahkeme yönünden, herhangi bir *yargı yetkisi* yahut diğer dava şartları bakımından bir sorun oluşturması olası değildir. Buna karşın, tahkimle mahkemeler arasında, *aynı düzeyde geçerli, eş zamanlı ve eşit etkili* bir yargı yetkisi bulunmamaktadır. Bunlardan birinin varlığı/geçerliliği, diğerinin yokluğu anlamına gelmektedir. Tahkim yargılamasına başlanmış olsun yahut olmasın; mahkemelerde bir dava açıldığında, mahkeme her hâlükârda, ileri sürülen tahkim itirazına uygun olarak, kendisinin geçerli herhangi bir yargı yetkisine sahip olup olmadığını gözeterek, varacağı sonuç doğrultusunda, *ya* yargılamaya devam edecek *ya da* tahkimin lehine yargı yetkisinin bulunmadığını tespit edecektir. Tahkim yargılamasının önce başlatılmış olması, yukarıda Türk hukukundan alınan örnekte olduğu gibi bir sonucun doğmasına neden olmaz. Mahkemenin tahkim itirazı adı altında inceleyeceği husus, bellidir ve bunun olası sonuçları da açıktır. Dahası tahkimin iradî temeli, derdestlik hâlinin ve onunla gelen önceliğe dayalı üstünlük özelliğinin, tahkimle devlet yargısı arasında, bilindiği şekliyle gerçekleşmesine mânidir. Önce başlatılan tahkim yargılamasına rağmen, mahkemeye

⁶³⁹ SCHLOSSER, *State Courts*, s. 15.

⁶⁴⁰ SCHLOSSER, *State Courts*, s. 17.

⁶⁴¹ "... *Tarafların hak ve borçları üzerinde etki eden, hüküm veren, her biri yargı yetkisini haiz, iki yargılama makamı olamaz ...*", *Doleman & Sons v. Osset Corp* [1912] 3 KB 257, 289 (CA).

başvurulması hâlinde, tahkim itirazı ileri sürülmeyebileceği gibi –ki bu aynı zamanda, tahkim anlaşmasından da feragat anlamına gelecektir- ileri sürüldüğü takdirde de, mahkeme söz konusu tahkim anlaşmasını geçerli kabul edebilecek veya geçersiz sayarak, kendisi yönünden yargılamaya devam edebilecektir. Salt, uyuşmazlığın tahkimde, kendisinden önce görülmeye başlanması, mahkemeyi “tahkimde yargı yetkisiyle” ilgili sorunları incelemekten alı koymayacaktır. Özetle her iki düzenin birbirinden bağımsız oluşu; tipik, bilinen anlamıyla bir derdestlik ilişkisinin kurulmasına engeldir⁶⁴².

Mahkemelerin derdest tahkim yargılamasına karşı içinde buldukları bağımsızlık, aynı şekilde, hakemler için de geçerlidir. Gerçi hemen belirtmek gerekir ki, hakemlerin de herhangi bir kesin hükmü dikkate almaması; görmezden gelmesi, mümkün değildir⁶⁴³. Ne var ki bu sonuç, tahkimin başlamış yahut başlayacak bir mahkeme yargılamasına karşı da bağımsız olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Böyle bir özelliği, tahkimin *delocalised* temellerinde aramak da şart değildir. Zira en basitinden, ülkelerin kendi usul kanunlarında, derdestlik altında düzenlenen meselelerin, tahkimi kapsamadığı düşünülür (*karş.* NCPC Art. 100; ZPO §261/III; HUMK m. 187/IV)⁶⁴⁴. Görüşün biraz da tahkime özgü nedenlerle desteklenmesi mümkündür. Söz gelimi hakemler, yargılamayı uygun gördükleri şekilde yürütmek konusunda takdir hakkına sahiptirler (Model Kanun m. 19/II). Salt zaman itibarıyla öncelikle konumda bulunan mahkeme yargılaması nedeniyle bir tahkim yargılamasının sona ereceği, düşünülmemelidir⁶⁴⁵.

Tahkimle ilgili *competence-competence* sorunun mesele üzerindeki olası etkilerine gelince: Sözü edilen ilke, bugün Alman hukukunda dahi 1998 Reformu’nun ardından, bir zamanlar kabul edildiği şekliyle geçerli değildir. Ancak söz konusu ilkenin Fransız *compétence-compétence*’den farklı olduğu da bilinmektedir (NCPC Art. 1466). Özellikle

⁶⁴² Ayrıca bkz. SCHLOSSER, *State Courts*, s. 17, 18. Ancak şu hususun da açıklıkla ortaya konmasında fayda vardır. İsviçre örneği esas alındığında, hakemlerin mahkemelerden de önce, yargı yetkisiyle ilgili sorunları, gerek bağımsız olarak gerekse uyuşmazlığın esas ile birlikte hükmü bağlamaları hâlinde, söz konusu karar, tarafları bağlayıcı olduğu gibi, yaygın kabul doğrultusunda, *kesin hüküm etkisini haizdir*. Böyle bir karar, mahkemelere, sonradan aynı konuda, bir başka karar verilmesine engeldir. Bu sonuç, tanındığı ölçüde, yabancı hakem kararları için de geçerlidir (POUDRET, *State Courts*, s. 155-157). *Karş.* §11, II, C, 2, b, ii, s. 364, 365, dn. 698, 704.

⁶⁴³ POUDRET, *State Courts*, s. 159-161. Ne var ki Poudret, aynı sonucun, mahkemelerin tahkim itirazını reddedip kendilerinin yargı yetkisini haiz olduğu sonucuna varmaları hâlinde ve daha bu aşamada da geçerli olduğu görüşündedir. Dahası bu sonuç, tıpkı *Fomento ve Buenaventura* kararlarında olduğu gibi sadece tahkim yeri mahkemeleriyle de sınırlı değildir. Oysa bütün tartışma, hakemlerin verilen böyle bir karara rağmen yargılamaya devam edip edemeyecekleri hakkındadır.

⁶⁴⁴ SCHLOSSER, *State Courts*, s. 19, 20; CALAVROS, s. 54. Avusturya hukukunda tahkim anlaşmaları, sadece hakemlere yargı yetkisi kazandırmakla kalmazlar; ama aynı zamanda, ÖZPO § 240/III anlamında, mahkemelerin yargı yetkisini kaldırır. Ne var ki, tahkim anlaşmasının anılan etkisi, *heilbare (curable, prorogable)* düzelebilir nitelikte olup tahkim anlaşmasına dayanan tarafın, bunu usulünce ileri sürmesi gerekir (LIEBSCHER/SCHMID, s. 548, 549). Ayrıca bkz. WAGNER, s. 709; *Karş.* ALANGOYA/YILDIRIM /YILDIRIM, s. 630.

⁶⁴⁵ SCHLOSSER, *State Courts*, s. 19, 20; POUDRET, *State Courts*, s. 155; WAGNER, s. 709; MUSIELAK /VOIT, §1032, Rn. 15.

Fransız hukukunda kabul edilen anlayış, hakemlere yargı yetkileriyle ilgili konularda, mahkemelere nazaran bir üstünlük ve öncelik tanınması yönündedir. Örneğin, tahkim yargılamasının daha önce başlamış olması durumunda, söz konusu üstünlük mutlaklıdır. Diğer durumda ise mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçersizliği konusunda yapacağı inceleme, tam bir denetimden çıkarılmış; tahkim anlaşmasının açıkça geçersiz olduğu sonucuna varılmadığı sürece, mahkemenin işten el çekmesi gerektiği düzenlenmiştir (NCPC Art. 1458, 1444; ayrıca bkz. 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3)⁶⁴⁶. Model Kanun ise son derece açık bir biçimde, Fransız hukukunda kabul edildiği şekliyle geçerli bir anlayışı reddetmiş; mahkemelerce yapılacak denetimin-incelemenin sınırlandırılmasına; kapsamının daraltılmasına izin vermemiş; ancak mahkeme yargılamasının derdest olmasının da tahkim yargılamasının başlamasına yahut devamına engel olmadığını açıkça düzenlenmiştir (Model Kanun m. 8/II)⁶⁴⁷. İsviçre örneğine gelindiğinde ise Fransız hukukunda kabul edilenlerin, özellikle de normatif açıdan geçerli olmadığı görülecektir. Üstelik Model Kanun'un 8/II. maddesine benzer herhangi bir kuralın, İsviçre hukukunda kabul edilmemiş olması bir yana, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili meselelerin *tahkim itirazı* altında değerlendirilmesi sırasında (PIL Art. 7), sınırlı bir denetim-inceleme ile yetinileceği, en azından yine normatif düzeyde, hükme bağlanmış değildir⁶⁴⁸.

Artık bu aşamada, özellikle İsviçre hukukuyla ilgili, söz konusu iki kararın gerçekte neyi ifade ettiğine geçebiliriz. Tahkimle mahkemeler arasındaki ilişkinin belirlenmesi bakımından özellikle tahkim yerinin de söz konusu mahkemeye aynı ülkede bulunup bulunmadığının tespiti, önem arz etmektedir. Zira kesin hüküm etkisini haiz ve birbirleriyle çelişen iki kararın ortaya çıkmasının engellenmesi bakımından, yargı yetkisini haiz tek bir yargılama makamının taraflar yönünden geçerli kılınması, hayati önemi haizdir. **Tahkim yeriyle derdest mahkeme yargılamasının aynı ülke içinde bulunması bakımından, klasik derdestlik anlayışının yerine, yargılama makamlarından hangisinin yargı yetkisini haiz olduğu sorusunun cevabı**

⁶⁴⁶ **POUDRET**, *State Courts*, s. 155.

⁶⁴⁷ Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, tahkim yargılamasının mahkemelerden önce başlamış olması durumunda, özellikle hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili konularda, mahkemelerin tahkimi bekletici mesele yapması gerektiği ileri sürülmüşse de bu görüş, gereken ilgiyi görmemiş; buna karşın mahkemelere, gerektiğinde tahkim yargılamalarını durdurabilme yetkisinin tanınması ise son derece tehlikeli bulunmuştur (**SANDERS**, *Arbitration and Conciliation*, s. 74, 75). Ayrıca bkz. **CALAVROS**, s. 34, 53-54; **HUSSLEIN-STICH**, s. 51.

⁶⁴⁸ **SCHLOSSER**, *State Courts*, s. 25-26. Bu noktada, içtihatlar yoluyla ve özellikle de tahkim yerinin ülke içinde olup olmasına göre, tahkim itirazı üzerine yapılacak denetimin *prima facie* düzeyde tutulup tutulmaması konusunda, bir ayırım yapıldığını da belirtmek gerekir, *Tribunal Fédéral, Compagnie de Navigation et Transport SA v MSC (Mediterranean Shipping Company)*, XXI YBCA 1996, s. 690-698; BGE 122 III 139 içtihatlarının ardından, İsviçre'nin de negatif etkili *competence-competence* anlayışını kabul ettiği ileri sürülmüştür (**PERRET**, *Parallel actions*, s. 66, 67).

yönünden, kimi usul ve tedbirler, tahkim yeri hukuklarınca düzenlenmekte ve kullanılmaktadır:

- a) Hakemlerin bir an evvel yargı yetkileri konusunda karar vermeleri teşvik edilmekte, verilen kararların da tahkim yeri mahkemelerince denetimi sağlanmaktadır (ZPO §1040/III; PIL Art. 186/III, 190).
- b) Tarafa, örneğin Alman hukukunda kabul edildiği üzere (ZPO §1032/II), hakem heyeti teşekkül edene kadar doğrudan mahkemeye başvurarak tahkim anlaşmasının geçersizliğinin tespitini isteme hakkı tanınmaktadır.
- c) Tahkim itiraz üzerine *ya* mahkemenin sınırlı bir denetimi kabul edilmekte, öncelik hakemlere bırakılmakta (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3) *ya da* mahkemelerce gerçekleştirilecek tam bir denetime rağmen tahkimin başlatılmasına veya devamına izin verilmektedir (ZPO §1032/III, Model Kanun m. 8/II)⁶⁴⁹.

Tahkim yerinin özellikle tahkim itirazının görüldüğü mahkemeden ayrı bir ülkede bulunması hâlinde, *tıpkı yukarıda incelenen İsviçre kararlarında olduğu gibi*, mahkemelerle tahkim arasındaki ilişki, özellikle de mahkemelerin tahkim anlaşmasının (bir anlamda hakemlerin yargı yetkisinin) geçerliliği üzerine vereceği kararların olası etkileri, hep derdestlik ilkesi altında incelenmiştir. Aslında sorun, söz konusu ilkeye karşı geliştirilen fikir ve eleştirilerden de anlaşılacağı üzere, farklı ülke mahkemelerinin *lex fori*'ye (*tahkime bakışı hayli eski ve dar kalıplara sıkışmış ülke hukukuna*) uygun, ancak tahkim yeri ülkesi hukukundan yani *lex loci arbitri*'den (*örneğin tahkime bakışı son derece gelişmiş ve özgürlükçü İsviçre'den*) farklı bir biçimde vermiş oldukları kararların, tahkim yeri ülkesi hukukunca ve özellikle de hakemlerce kabul edilmesinin gerekip gerekmediğidir⁶⁵⁰. 1958 New York Sözleşmesi'nin II. 2, 3 maddesi hükümlerine rağmen hâlâ üye ülke hukukları arasında, bir yeknesaklık sağlanmış değildir. Bu durum, 1961 Cenevre Sözleşmesi'yle dahi *-özellikle tahkime elverişlilik açısından-* tam anlamıyla giderilememiştir (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 2)⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ SCHLOSSER, *State Courts*, s. 29, 30; POUDRET, *State Courts*, s. 163.

⁶⁵⁰ SCHLOSSER, *State Courts*, s. 30, 31. 1958 New York Sözleşmesi'nin II. maddesinin her bir forumda, *lex fori*'ye tabi olarak değerlendirilmesine izin verildiği sürece, üye ülkeler arasında herhangi bir yeknesaklıktan bahsetmek mümkün değildir. Yani, *lex loci arbitri* ile tahkim itirazını değerlendiren mahkemelerin hukuku *-lex fori-* arasında her zaman bir farklılık olacak; bu da paralel süreçte yürütülen hem bir mahkeme hem de bir tahkim yargılaması anlamına gelecektir (**van HOUTTE**, *Lis alibi pendens*, s. 44, 45; ayrıca bkz. XXII YBCA 1997, s. 804, 805). *Fomento ve Buenaventura* kararlarına yöneltilen eleştirilerin özünde, ağırlıklı olarak milletlerarası tahkimde, İsviçre'nin *lex loci arbitri* olarak, sahip olduğu özgürlükçü anlayışın, başka ülke hukuklarına itibar edilmesini mecbur edecek usullerin kabulüyle zedelenmesine neden olunması, yatmaktadır (**PERRET**, *Parallel actions*, s. 65, 66, 72-75).

⁶⁵¹ **van HOUTTE**, *Lis alibi pendens*, s. 48, 49.

Tahkimde son sözün, *-tahkim yeri-* mahkemelerince söylenmesine, uzun bir süre sonra, pek çok ödünün ardından ve çok zor katlanıldığı bir dönemde, *yabancı ülke mahkemelerine de* aynı imtiyazın tanınması, pek çok teorik ve bir o kadar önemli *pratik eleştiriyi* beraberinde getirmektedir. Tahkim anlaşmasını hiçe sayan ülke mahkemesi kararlarının başka ülkelerde ve özellikle tahkim yeri ülkesince nasıl tanınıp/tenfiz ettirileceği; böyle bir mahkeme kararının, milletlerarası kamu düzenine aykırı sayılıp sayılmayacağı⁶⁵²; İsviçre özelinde, meselenin Lugano Sözleşmesi'yle nasıl bağdaştırılacağı⁶⁵³; ancak çok daha erken bir aşamada, salt tahkim itirazının reddine yönelik *ara kararının* da tahkim yeri ülkesi yönünden tanınmaya esas alınıp alınamayacağı, öyle dahi olsa, milletlerarası tahkimin *-delocalised görüşler bir yana-* tahkim yeri hukuku dışında, başka *lex fori*'leri de dikkate almasının gerekip gerekmediği, hep çözüm bekleyen sorunlar olmaktadır⁶⁵⁴.

Konunun Milletlerarası Tahkim Kanunu bağlamında değerlendirilmesine gelince⁶⁵⁵:
Öncelikle şu iki, birbirleriyle yakından ilgili ve fakat aynı ölçüde, bağımsız durumun özenle ayrılması gerekir:

- a) *Tahkim itirazı sırasında*, tahkim anlaşmasının geçerliliği denetlenirken yapılacak denetimin kapsamı; tam bir denetimin mi gerçekleştirileceği; yoksa *prima facie* bir denetim ile mi yetinileceği; bu esnada, tıpkı İsviçre hukukunda geçerli olduğu üzere, *lex arbitri*'nin Türk hukuku olması şartıyla içtihatlar yoluyla denetim düzeyinin

⁶⁵² *Tracomin SA v. Sudan Oil Seeds Co Ltd.* [1983] 1 All ER 404; **van HOUTTE**, *Lis alibi pendens*, s. 48. Ayrıca bkz. **PERRET**, *Parallel actions*, s. 71, 72.

⁶⁵³ **van HOUTTE**, *Lis alibi pendens*, s. 51, 52.

⁶⁵⁴ **SCHLOSSER**, *State Courts*, s. 33, 34. Derdestlik, paralel yargı süreçlerini engellemek suretiyle en azından yargılama giderlerinde ve harcanan zamanda ciddi tasarruf sağlar; çelişik hükümlerin verilmesine mâni olur. Uyuşmazlığa ilk el koyan devlet yargısının ardından; şayet tahkim yeri ülkesi hukukuna göre, söz konusu yabancı mahkemenin tahkim anlaşmasına rağmen, *dolaylı milletlerarası yetkisinin bulunması* hâlinde, artık tahkime devam etmek konusunda, geçerli bir nedenin kalmadığı düşünülebilir (**OETIKER**, s. 145). Oysa *derdestliğin* özellikle UNCITRAL Model Kanunu bağlamında ve milletlerarası tahkim uygulaması içinde kolaylıkla kabullenilecek bir müessese olmadığını söylemek, hiç de zor değildir. Zira tahkim anlaşmasından kurtulmak isteyen taraf, çoğu kez öncelikle ve hemen devlet yargısına müracaat edecektir. Bir anlamda, tahkimdeki yargı yetkisi konusunda, önceliğin mahkemelere kaptırılması; tahkimin gereğinde devlet yargısını bekleyecek olması, uygulamanın kolaylıkla benimsemeyeceği görüşlerdir (*karş.* Model Kanun m. 8/II, 16/III) (**REICHERT**, s. 252-254). Ayrıca bkz. **KESSEDJIAN**, s. 6.

⁶⁵⁵ Yukarıda incelenmeye çalışılan sorun, bir *derdestlik* meselesi olarak sunulmuştur. Oysa daha ziyade, *mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerine vereceği kararların, tahkim üzerindeki etkisi* yahut *mahkemelerce bu yönde bir karar verilinceye kadar ve hatta her iki yöndeki kararlarının ardından hakemlerin yargı yetkilerinin durumu*, tartışılmıştır. Buna karşın derdestlik, yargı yetkisinden ziyade, daha çok uyuşmazlığın esasının iki farklı ve yargı yetkisini haiz yerde görülebilmesiyle ilgilidir. Salt bu nedenle tahkimde, anılan anlamda, bir derdestliğin olamayacağı, yukarıda değinilen konulardandı. Bütün bunlara rağmen Türk hukukunda, bir davanın *hakemlerde açılıp görülmeye başlanmasından sonra*, ikinci kez mahkemede açılması durumunda, *derdestlik itirazında* bulunulabileceği ileri sürülmüştür. Zira *tahkim itirazının* HUMK'ta düzenlenmemiş olsa da, *ancak*, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, bir davanın *doğrudan* mahkemede açılması hâlinde kullanılabilmesi ileri sürülmüştür. Buna karşın, mahkemede derdest bir uyuşmazlığın *sonradan* hakemler nezdinde görülmeye başlanması hâlinde ise çözüm, *yine* mahkemeler önünde aranmış; koşulları varsa tahkim itirazının yahut *derdestlik ilk itirazının* ileri sürülmesi, mümkün görülmüştür (**TANRIVER S.**, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara, 1998, s. 44-46; 108-111). *Karş.* **AKINCI**, *Derdestlik*, s. 96, 97.

farklılaşmasının mümkün olup olmadığı; yapılacak tercihin, özellikle hakemlerce sonradan yargı yetkileriyle ilgili verilecek kararlara etkileri gibi konular, başlı başına birer meseledir⁶⁵⁶.

- b) Buna karşın, özellikle hakemlerin, uyuşmazlığın esasını çözümlerken, mahkemelerde, aynı uyuşmazlıkla ilgili derdest bir yargılamayı, bekletici mesele yapıp yapmayacakları; hakemlerin tıpkı ZPO §1032/III yahut §1040/III’de düzenlediği gibi yargılamaya devam edip hüküm dahi kurmalarının mümkün olup olmadığı; her iki yargılama yönünden teknik ifadesiyle bir *derdestliğin* gerçekleşip gerçekleşmediği; söz konusu yargılamanın i) *lex arbitri* mahkemelerinde olmasıyla ii) dışarıda, bir diğer ülke mahkemesinde olması arasında fark bulunup bulunmadığı, bir başka meseledir.

⁶⁵⁶ Tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemlerin yargı yetkisi konularında mahkemelerce yapılacak yargılamalarda, icra edilecek denetim işlevinin kimi hâllerde, *mahkemelerce tahkime yardım edilmesi gerektiği şeklindeki rolün daha ağır basması nedeniyle prima facie* düzeyde tutulduğu yahut tutulması gerektiği ileri sürülmüştür. Böyle bir sonucun, açık kanun hükmü olmadığı durumlarda (*karş.* PIL Art. 179/III; NCPC Art. 1458/II; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3) ve özellikle Türk hukuku bakımından da geçerli olup olmayacağı, kanımızca hayli tartışmalı ve güç bir meseledir. Kural *ispat ölçüsü*, hukukumuzda, tam vicdani kanaattir. Bir *vakıa* iddiasının ispatlanmış sayılabilmesi için kural olarak, o vakıanın doğruluğu konusunda, hâkimin kanaat sahibi, olması gerekir. Bu kanaatin derecesi, yani tam kanaatin mi, yoksa yaklaşık kanaatin mi geçerli olduğu, bir ispat ölçüsü meselesidir ve yine hukukumuzda kabul edildiği üzere tam kanaatin oluşumu, kural; yaklaşık kanaatin oluşumu ise istisnadır. İspat ölçüsünün düşürülmesi noktasında, bir kanuni düzenlemede açıkça belirtilen veya hâkimde tam kanaat uyandırabilecek delillerin ikamesinin objektif olarak, ispat yükünü taşıyan taraftan beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği *ispat güçlüğü veya imkânsızlığı hâllerinin* varlığında, ispat ölçüsünün düşürülmesi gerektiği söylenebilmektedir. (ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 217-224; ATALAY O., *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001, s. 43-45; 137, 138). Bu bilgiler ışığında, bundan sonra, *tahkim anlaşmasının kendisinin, taraflarının yahut içeriğinin* çekişme konusu edilmesi hâlinde, hangi gerekçeyle sadece ilk görünüş ispatıyla (yani hâkimin yaklaşık kanaatiyle) yetinileceğinin, cevabı hayli güçtür. Bu sorunların farklı zamanlarda ve farklı meselelerle ilgili olarak gündeme gelmesi, kuvvetle muhtemeldir. Tahkim ilk itirazı veya hakem tayini sırasında yapılacak denetim ile hakemlerin *competence-competence* kararlarının denetimi sırasında mahkemelerce yapılacak tahkikat bakımından *tahkime özgü kimi nedenler yüzünden* farklı ispat ölçülerinin geçerli olması gerekebilir ve bu, haklı da görülebilir. *Mesele*, bu gerekliliğin, ispat ölçüsünün düşürülmesini gerektiren yahut haklı kılan nedenlerden-istisnalardan birine girip girmediğidir. Tıpkı *İsviçre örneğinde geçerli içtihatlarda olduğu gibi bazen* tahkim anlaşmasının *prima facie* geçerliliğiyle de yetinilmesinin mümkün olup olmayacağı; tahkim anlaşmasının *açıkça (daha ilk bakışta) hukuka aykırı olmadığı durumlarda*, meselenin öncelikle hakemlerce çözümüne izin verilip verilmeyeceği, çözüm bekleyen sorunun özüdür. İspat ölçüsünün düşürülmesi noktasında, bu sorunla ilgili olarak bir ispat imkânsızlığı geçerli olmadığına göre, dayanak aramız gereken yer, bu yöndeki bir kanun hükmünün varlığıdır. Esasen MTK’nın 7/H. maddesi, yargı yetkisi konusunda hakemlere tanımış olduğu açık yetki nedeniyle kanımızca böyle bir sorunun çözümünde *prima facie* denetime izin veren; bunun mümkün gören bir kanun hükmüdür. Çalışmanın devamında (*Bkz. §11, II, C, 1, 4*) hakemlerin yargı yetkileri konularında verecekleri kararların *derhâl ve tam bir denetime* tutulacağını savunduğumuz dikkate alındığında, aynı tür ve içerikteki bir denetimin, çok daha önce ve bir kez de mahkemelerce gerçekleştirilebileceğini savunmak; kanun koyucunun bunu özellikle düzenlemek istediğini düşünmek mümkün olmamalıdır. Aksi yöndeki yorum, hakemlere tanınan böyle bir imtiyazın, büyük oranda örselenmesi ve adeta hiçe sayılması anlamına gelir. *Competence-competence* öncesi mahkemelerin özellikle yardımı ve kimi kez de denetimi gereken durumlarda, tahkim anlaşmasıyla ve giderek hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili yapılacak denetimin içeriği konusunda, açık bir kanun hükmü bulunmama ile birlikte MTK m. 7/H’ın lafzı ve ruhu, örneğin tahkim ilk itirazı sırasında yahut hakem tayini esnasında, mahkemenin yaklaşık kanaatle de yetinebilmesini; *açıkça* hukuka aykırılığını tespit etmediği sürece tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmesini, *kanımızca* mümkün kılmaktadır.

Model Kanunu'nun 8/II. veya 16/III. maddelerinde (hatta 13/III. maddesinde) düzenlendiği gibi bir hükme, kanunumuzda yer verilmemiştir. Gerçi İsviçre hukukunda da benzer bir hüküm bulunmamakla birlikte, örneğin hakemlerin yargı yetkilerine ilişkin vermiş oldukları kararın tahkim yeri mahkemelerince denetimi sırasında (Model Kanun m. 16/III; ZPO §1040/III), tahkim yargılamasının kendiliğinden ve otomatik olarak durmayacağı; hakemlerin bu konuda takdir haklarının bulunduğu kabul edilmektedir⁶⁵⁷. Tahkim itirazı sırasında ise neler olması gerektiği konusunda, son *Formento* kararı, ***bir başka ülkede görülmekte olan yargılamanın*** beklenmesi mecburiyetinden bahsetmekteyse de, *bunun* tahkim yeri mahkemelerinde derdest olan yargılamalar için de geçerli olması gerektiği, düşünülebilir.

Türk hukuku yönünden, *mehazdaki* açık kanun hükmüne rağmen (Model Kanun m. 8/II) hakemlerle mahkemeler arasındaki ilişkide, *derdestlik* esasından mı hareket edileceği; hakemlerin *kendi yargılamalarından önce başlatılan mahkeme yargılamasını*, tahkim itirazı hakkında karar verilinceye kadar bekleyip beklemeyeceği veya *kendi yargılamalarından sonra başlatılan* mahkeme yargılamasını beklemek zorunda olmaksızın yargılamaya devam edebilme konusunda, takdir haklarının olup olmadığı gibi konular, hep içtihatlarla çözüme kavuşturulacaktır⁶⁵⁸. *Mehazlara ve tahkimin lehindeki görüş ve anlayışlara uygun olarak, düzenleme boşluğunun, hakemlere yargılamaya devam edip etmeme yetkisini ya da takdir hakkını tanımak şeklinde doldurulması, mümkündür. Hakemlerin, uyuşmazlığa mahkemelerden de önce el koyması durumunda, yargılamaya devam etmesi bakımından çoğu hâlde, bir sorunla karşılaşılmaz; aksi düşüncenin kabulü, en azından milletlerarası tahkim yargılamalarının, tarafların kötüniyetli eylem ve tutumlarıyla aksatılmasına zemin hazırlar; dahası bir anlamda, HUMK'un 519. maddesiyle geçerli olan uygulamanın milletlerarası tahkim yargılamalarında da geçerliliğini sürdürmesine neden olur*⁶⁵⁹.

Tahkim yargılamasından önce başlatılan mahkeme yargılamalarında ise ***tahkim itirazı*** üzerine verilecek karara kadar, hakemlerce yargılamaya başlanıp başlanamayacağı; başlanan yargılamada, hakemlerin söz konusu mahkeme yargılamasını bekletici mesele yapmalarının gerekip gerekmediği konuları hakkında, *competence-competence*'in (MTK m. 7/H, özellikle I, III; ayrıca bkz.4/II) gözden uzak tutulmaması gerekir. Zira hakemlere, yargı yetkileri konusunda karar verme yetkisi tanındıktan sonra, tahkim itirazı üzerine mahkemelerin tahkim

⁶⁵⁷ BUCHER/TSCHANZ, s. 80.

⁶⁵⁸ Karş. Sempozyum, s. 112, 113.

⁶⁵⁹ BROCHES, *Commentary*, s. 51. Ayrıca bkz. ALANGOYA, s.123 vd.; KURU, s. 5985 vd, 15. HD. 13.4.1995, 6228/2250 (ERTEKİN/KARATAŞ, s. 112).

anlaşmasıyla ilgili *tam bir denetim* gerçekleştireceklerini söylemek, anılan yetkinin büyük oranda işlevsiz kalması, demektir (*karş.* NCPC Art. 1458/II). Aslında bu esnada, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi, bizler için de çözümü hayli zor olan mesele, örneğin mahkemenin gerçekleştirdiği *tam bir denetim* üzerine, tahkim itirazının *reddine* ilişkin ara kararın derdest yahut ileride başlayacak tahkim yargılamasına olan etkileridir. Böyle bir karara, kıyasen de olsa tanınacak kesin hüküm etkisi, hakemlerin mahkemece verilecek olası her türdeki kararı, bekletici mesele yapmaları gerektiği konusundaki görüşleri destekleyecektir. Ancak son derece basit ve bir o kadar da pratik açıdan meseleye bakıldığında, uyuşmazlığın esasını çözümleyen mahkeme hükmünün *şayet, tahkim itirazının kabul edilmesi gerekirken reddi nedeniyle bozulması durumunda*, yargılama süresince, tahkimin de akamete uğratılmış olacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Söz konusu mahkeme yargılamasının yabancı bir ülkede olması hâlinde ise Federal Mahkeme kararına konu olan içtihatların, Türk hukukunda da takip edilip edilmeyeceği, milletlerarası yargılamayla ilgili, çok daha başka soruların cevaplanmasını gerektirecektir.

Model Kanun'un anılan hükmünün (Model Kanun m. 8/II; *ayrıca bkz.* 13/III; 16/III) Milletlerarası Tahkim Kanunu'na alınmaması büyük bir şanssızlıktır; başlı başına bir sorundur. Ne var ki, mahkemelerden de önce uyuşmazlığı ele alan hakemler, kendi yargı yetkileri konusunda, uyuşmazlığın esasından önce, hızla verecekleri bir kararla sorunu kesinkes çözüme de kavuşturabileceklerinden (**MTK m. 7/H/V**), hiçbir şekilde, devlet yargısını beklemek zorunda olmamalıdır. Alman hukukunda, ZPO §1032/II'de kabul edildiği şekliyle ve anılan şartlarla bir tespit davasının açılabilmesi yönünden, herhangi bir imkân da kanunumuz bakımından geçerli olmadığından, hiç olmazsa bu hâlde, *competence-competence* lehine bir yorum yaparak hakemlerin mahkeme yargılamasına rağmen, kendi yargılamalarına devam edebilmelerini, kabul etmek gerekir. Bu esnada mahkemenin, *tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi*, hiçbir inceleme yapmaksızın işten el çekmesini veya sınırlı bir denetimle yetinmesini önermek de, 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 3. maddesi saklı kalmak kaydıyla mümkün gözükmemektedir. Uygulamada da sıkça görüldüğü üzere, önce mahkemelere başvurulduğunda ise tahkim itirazı üzerine mahkemenin, bu ön sorun hakkındaki incelemesi devam ederken (HUMK m. 190) *hakem heyetinin teşekkül edip edemeyeceği*, bir meseledir. Bu esnada, mahkeme yargılamasındaki davacının hakemini seçmeyecek olması, kuvvetle muhtemeldir. Kanunun 7/B/III. maddesine göre mahkemenin yardımı talep edildiğinde ise mahkemenin *kesin bir biçimde*, ne yönde karar vereceği, son derece tartışmalıdır. Örneğin bu hâlde, uyuşmazlığın esasının görüldüğü mahkeme yargılamasının beklenmesi; yahut talebin seçilecek hakemin yahut oluşturulacak hakem heyetinin *zaten* yargılamaya devam

edemeyecek olması nedeniyle reddedilmesi, olasılıklar arasındadır. Hakem heyetinin, rızaen oluşmasını ummak, şayet söz konusu tahkim bir kurumsal tahkim değilse en kolay çözümdür.

Yargı yetkilerine itiraz edildiğinde, hakemlerin mahkeme yargılamasını beklemek zorunda olup olmadıkları *yahut* yargılamaya devam etmek konusunda takdir haklarının bulunup bulunmadığı, kendi içinde birbirleriyle ilgili iki ayrı sorudur. Zira hakemler, yargılamaya devam etseler dahi mahkemenin tahkim itirazı üzerine vereceği karar, *tam bir denetim* sonrasında gerçekleşecekse (ve özellikle *tahkim itirazının reddine ilişkin karara kesin hüküm etkisi tanınacaksa*), tüm bir tahkim yargılamasının, boşa geçirilmiş olması, kuvvetle muhtemeldir. Tahkim itirazının reddine rağmen, hakemlerce yargılamaya devam edilip *hüküm de kurulmasının* ardından (*bu esnada, hakemlerce yargı yetkileri üzerine ayrıca bir karar verilmesi umulur ki, böylelikle söz konusu hakem kararının derhâl denetlenmesi mümkün hâle gelsin, karış. MTK m. 7/H/V*), tahkim itirazının reddine ilişkin kararın onanması hâlinde ise çok daha büyük bir karmaşanın yaşanacağı açıktır. Buna karşın, hakemlerin, uyuşmazlığın esasının görüldüğü davayı bekleyip nihai kararın, *tahkim itirazının reddedilmiş olması nedeniyle* bozulmasının (ve *bunun kesinleşmesinin*) ardından⁶⁶⁰ yargılamaya devam etmeleri ise, en azından milletlerarası tahkimin arzu ettiği bir durum değildir; *boşu boşuna yapılmış olduğu sonucuna varılan mahkeme yargılaması*, başkaca kayıplara neden olacaktır.

Mahkeme yargılamasının bir başka ülkede bulunması hâlinde ise; tıpkı *Fomento* kararında olduğu gibi, yabancı mahkeme kararının tanınmasına ilişkin başkaca sorunlar, gündeme gelecektir.

C- Hakemlerin Yargı Yetkileri Hakkında Karar Vermeleri

1- Genel Olarak

Milletlerarası tahkimde, hakemlerin yargı yetkisine itiraz edilmesi, sıklıkla yaşanan bir durumdur. Hakemlerin *competence-competence* öğretisinin de yardımıyla yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığına hükmedebilmesi ise yine yaygın biçimde, kabul edilmiş bir uygulamadır. Ne var ki hakemlerce yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığına karar verildiğinde, verilen kararın biçimi ve söz konusu karara karşı geçerli hukuki çarelerin nelerden ibaret olduğu, aynı ölçüde üzerinde ittifakla buluşulan konular değildir⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ Oysa ilk derece mahkemesinin bu yönde vereceği bir kararın istinaf mahkemesince “*contredit*” yoluyla derhâl denetlenebilmesine ilişkin bkz. NCPC Art. 80 vd. Ayrıca bkz. DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 79. **Bkz. §11, II, C, 2, b, iii, s. 356, dn. 722.**

⁶⁶¹ BERGER, s. 351, 352; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 330.

Mesele, iki yönlüdür⁶⁶²: *İlki* (ki bu, ikincisine göre üzerinde, daha fazla durulanıdır), *hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğu karar vermeleridir*. Bu hâlde, verilen kararın biçimi; bu karara karşı geçerli hukuki çarelerin nelerden ibaret olduğu; tarafların ayrıca, böyle bir kararın mahkemeler için de bağlayıcı olduğu konusunda anlaşmalarının mümkün olup olmadığı; genelde, yaşanan tartışmaların içeriğini oluşturmaktadır⁶⁶³. Soruların cevabı için *lex arbitri* ve özellikle *lex loci arbitri*'nin özenle incelenmesi gerekir. Örneğin 1998 Reformu öncesi Alman hukukunda, hakemlerin *Kompetence-Kompetence* kapsamında vermiş oldukları kararların, mahkemeler için de bağlayacağı olduğu, kabul edilmekteydi. Bu durum, artık değişmiştir (ZPO §1040/III; Model Kanun m. 16/III)⁶⁶⁴.

Meselenin ikinci yönü, *hakemlerin yargı yetkilerinin olmadığına karar vermesidir*. Bu hâlde de, hakemlerce verilen kararın niteliği; böyle bir karar karşı herhangi bir hukuki çarenin bulunup bulunmadığı ve böyle bir durumda, hakemlerin yargılama giderlerine de hükmedip hükmedemeyeceği, yine tartışılmakta olan konulardandır⁶⁶⁵.

⁶⁶² DIMOLITSA, s. 232 vd

⁶⁶³ SAMUEL, s. 185; GOTANDA, s. 20, 21; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 256; KRÖLL S., Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction, 20(1) Arb Int 2004, s. 55.

⁶⁶⁴ KRÖLL, s.55; BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 46; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 8, 9; BÖCKSTIEGEL, *New German Arbitration Act*, s. 25. Bu hâlde, bir varsayımdan hareket edilerek tarafların ikinci bir tahkim anlaşması daha yaptıkları kabul edilmekteydi; bu ikinci tahkim anlaşmasının konusu, başlı başına, tahkimin geçerliliğiyle ilgili uyumsuzlukların çözümü olmaktadır. *Farzedilen* ikinci tahkim anlaşmasına göre verilen hakem kararı, bir anlamda, uyumsuzluğun esası hakkında verilen hakem kararı gibi ancak sınırlı bir denetime tabi tutulmaktaydı (BERGER, s. 359. Ayrıca bkz. BERBER, *Yetki*, s. 125, 126; DEREN-YILDIRIM, s. 72). Bu yaklaşım, ZPO yeni §1040/III ile aşılmıştır (HENN, s. 45. Karş. WAGNER, s. 704, 705; SONNAUER, s. 62; HARBST, s. 33; PIL Art. 186, 190/II, b; 192; WENGER, Art. 186, s. 461). Ne var ki, önceki Alman hukukunda geliştirilen bu anlayış, Amerikan hukuku için güncelliğini korumaktadır. *First Options of Chicago Inc v. Manuel Kaplan and MK Investment, Inc*, (115 S. Ct. 1920, 1995) davasında, *US Supreme Court*, tahkim anlaşmasının kapsamına, *acaba*, hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili uyumsuzlukların da dâhil olup olmadığını incelemiş ve eğer dâhilse o hâlde verilen kararın ancak sınırlı bir denetime tabi olacağını kabul etmiştir. Gerçi karar, bizzat Amerikan hukuku içerisinde dahi tartışmalıdır (PARK, *Arbitrability*, s. 141 vd; PARK, *Arbitral Jurisdiction*, s. 22; FORTIER, s. 180). Öğretide, sıradan bir tahkim anlaşmasının, yargı yetkisiyle ilgili uyumsuzluklarda, hakemlerce verilecek kararın mahkemeler için de bağlayıcı olması yönünde bir iradeyi içermediği savunulmaktadır. Bunun için hiç olmazsa gerçekten de akdedilmiş, ikinci bir tahkim anlaşmasına ihtiyaç vardır. Bir an için arzu edildiği biçimde, ikinci bir tahkim anlaşmasının yapıldığı kabul edilecek olsa dahi bu sefer, böyle bir konunun –*hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadığı meselesinin-tahkime elverişli* olup olmadığının çözülmesi gerekir. Kaldı ki, *competence-competence* şeklindeki *bir imtiyazın devletin denetimi altında olması; son sözün hakemlere bırakılmaması gerektiği düşünülmektedir* (SCHWAB, s. 306; van den BERG, *New York Convention*, s. 42; SCHMITTHOFF, s. 293; JARVIN, *The source*, s. 65; *Dalmia Dairy Industries v. National Bank of Pakistan*, [1978] 2 Lloyd's Rep 223; BERGER, s. 340; 358; BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 44-46; BÖCKSTIEGEL, *New German Arbitration Act*, s. 25; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 339; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 93). Ayrıca bkz. ALANGOYA, s. 151; TANRIVER, *Kamu Düzeni*, 485; TAŞKIN, s. 123, 124; DEREN-YILDIRIM, s. 76, 78; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, *Tasarı*, s. 226. İngiliz *Court of Appeal*, hakemlerin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin uyumsuzluğun nihai olarak çözümüne yönelik bir tahkim anlaşmasının ayrıca ve açıkça olması gerektiğini içtihat etmiştir. Aksi hâlde, mevcut bir tahkim anlaşması, hakemlere sadece yargı yetkileri üzerine karar verebilmeleri imkânını sunar (*LG Caltex Gas Co. Ltd. and Contigroup Companies Inc v. China National Petroleum Co. And China Petroleum Technology and Development Corp.* [2001] 1 WLR 1892).

⁶⁶⁵ KRÖLL, s. 56. Ayrıca bkz. BGH, SchiedsVZ 2003, s. 39 vd.

2- Hakem Kararları

a- Genel Olarak

Hakem kararları, tarafların uyuşmazlıkla ilgili ileri sürdükleri iddialar hakkında, hakemlerin *geçici* veya *nihai* görüşlerinin kaydına yarar⁶⁶⁶. Hakemlerce verilen bir kararın, **hüküm** (*award*) şeklinde olup olmaması; *nihai* olup olmaması; kesin hüküm etkisine sahip olup olmaması; hakemlerin işten el çekmesine neden olup olmaması gibi kimi özellikleri yönünden sınıflandırılması mümkündür⁶⁶⁷.

Yargılama süresince hakemler, çeşitli kereler, görüş açıklamak, karar vermek zorunda kalacaklardır. Her **hüküm** (*award*), bir kararı içerecek olmasına karşın; her **karar** (*decision*), bir **hüküm** olmak zorunda değildir (UNCITRAL Rules Art. 31/I; *karş.* Model Kanun m. 32/I; *Schiedsspruch-Beschluß* ayrımı için bkz. ZPO §1056). Karar muhakeme sonucu hâsıl olan çözümlenmeyi; varılan sonucu anlatan, *genel* bir ifade olmasına karşın; hüküm, tarafların hak ve borçları üzerinde etki ve sonuç doğuran, örneğin 1958 New York Sözleşmesi'ne göre tenfizi mümkün kararları anlatan, daha dar bir ifade biçimidir⁶⁶⁸.

Hükümün (*award*), milletlerarası tahkim hukuku içinde yapılabilmiş yeknesak bir tanımı, bulunmamaktadır. Bu konuda, UNCITRAL Model Kanunu'nun 2. maddesi için yapılmaya çalışılan tanımlar üzerinde, tartışma yaşanmış olması nedeniyle; tüm tanım örnekleri nihayetinde reddedilmiştir. Oysa örneğin Model Kanun içerisinde, tahkim yeri mahkemelerince iptal davası, ancak hakemlerin vermiş olduğu "*award*"lar için geçerli olacak (Model Kanun m. 34) ve yine sadece hakem "*award*"ları tanınıp tenfiz edilecektir (Model Kanun m. 35-36). Bu esnada, gündeme gelen en büyük sorun, usulî konularda hakemlerce verilecek kararların da hüküm (*award*) olarak anlaşılıp anlaşılamayacağıdır⁶⁶⁹. *Hüküm* ile çoğu

⁶⁶⁶ Tahkim kurumlarının vermiş oldukları kararlar, birer hakem kararı sayılamayacağı gibi hakem-bilirkişi vb. kimselerin verdikleri ve hatta taraflar için bağlayıcı olanlar dahi birer hakem kararı değildir. Buna karşın hakemin *amiable compositeur* yetkisi altında verdiği karar, bilinen ve kabul edilen anlamda, bir hakem kararıdır. Hakem kararını diğer karar türlerinden ayıran husus, kısaca *yargı yetkisi* veya *işlevidir*. Bir yargılama sonucunda verilen karar, ancak hakem kararı olarak değer kazanır. Bu esnada, hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili sakatlıklar, söz konusu hakem kararının ancak iptalini mümkün kılar; onun *yokluğunu* gerektirmez (LIEBSCHER, s. 124, 125).

⁶⁶⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 628.

⁶⁶⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 628.

⁶⁶⁹ Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, önceleri, *award* tabirine yönelik bir tanımlama yapılması gerekliliği üzerinde fikir birliğine varılmış ve bu konuda nispeten ortak bir tanıma ulaşılmışsa da; özellikle tanım içerisinde yer alan ve usule ilişkin kararların da *award* olarak kabulü, hayli derin tartışmalara neden olmuş ve teklif, sonuçta, tümüyle metinden çıkarılmıştır. Tanıma göre hakem heyeti, *award* ile *tim* uyuşmazlıkları, nihai olarak çözüme kavuşturmakla kalmamakta; yargı yetkisi de dâhil olmak üzere usule ilişkin meseleleri de yine nihai olarak karara bağlamaktadır. Bu son hâlde, hakemlerin, vermiş oldukları kararı, *award* olarak nitelendirmek konusunda takdir hakları vardır (BROCHES, *Commentary*, s. 27). Aynı yönde bkz. HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 153-154, 867-868; KNOEPFLER F/SCHWEIZER P., *Making of Awards and Termination of Proceedings*,

zaman anlatılmak istenen durum, belli bir *meselenin* kesin olarak çözüme kavuşturulması ve çoğu kez de yargılamanın sona erdirilmesidir⁶⁷⁰. Çok sınırlı sebepler bir yana bırakılacak olursa *award*'lara karşı konulması, kural olarak, mümkün olmayıp “*final*”-nihai ve kesindir. Bütün bunların yanında hakemlerin, özel bir usulü ya da şekli gerektirmeyen, tahkimin teknik yönüne ilişkin olarak da kabul edilen; yargılamanın icrası ve seyri hakkındaki kararları da bulunmaktadır ki, bunlar, çoğunlukla “*procedural order*” **usulî emirler** olarak adlandırılmaktadır⁶⁷¹. *Uyuşmazlık* hakkında karar vermeyen; onu çözüme kavuşturmayan *procedural order*, dilekçelerin teatisi için süre belirlemek; tahkim yeri dışında icra edilecek oturumların yer ve zamanını kararlaştırmak; hangi yazılı belgelerin ibrazının gerekeceğini belirlemek gibi tahkikata ait konular, hakkındadır. Bu tip kararlara da karşı konulup konulamayacağı meselesi, daha ziyade, söz konusu kararın gerçekte bir *hüküm* olup olmadığıyla ilişkilendirilmiştir⁶⁷².

Böylece bir **hükme**, *karardan* farklı olarak tanınabilecek özellikler, şunlardır: Tarafların aralarındaki *çekişmeyle* ilgili talepleri, hakemlerce bir sonuca bağlanır ve tüketilir. Hüküm, tarafları bağlar ve kesin hüküm etkisine sahiptir. Şayet bu, aynı zamanda “*nihai*” hüküm ise hakemlerin yargı yetkisi de son bulur. Tanınması- tenfizi mümkündür; tahkim yeri mahkemelerince iptal edilebilir⁶⁷³.

b- Hakem Kararlarının (Awards) Türleri

Milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, hükümler hakkındaki en genel sınıflandırma, nihai “*final*”; geçici “*interim*”; kısmi “*partial*”; diğer tarafın yokluğunda verilen

Essays on International Commercial Arbitration, ed. **Petar Sarcevic**, 1989, s. 160-161; **FOUCHARD /GAILLARD/GOLDMAN**, s. 736; **REDFERN/HUNTER/BLACKABY /PARTASIDES**, s. 354.

⁶⁷⁰ **SANDERS**, *Arbitration*, s. 117, 118.

⁶⁷¹ **BERGER**, s. 592. Ayrıca bkz. **BUCHER/TSCHANZ**, s. 129.

⁶⁷² **DERAINS**, s. 245; **JARVIN S.**, To What Extent Are Procedural Decisions of Arbitrators Subject to Court Review?, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 368-370; ayrıca bkz. *Cour d'appel Paris, Braspetro Oil Services Company v The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project*, XXIV YBCA 1999, s. 296. Kararda mahkeme, hakemlerin yapmış olduğu ve söz konusu kararın bir “*procedural order*” olduğu şeklindeki vasıflandırmayı tümüyle hiçe saymış; açıkça, gerek hakemlerce gerekse taraflarca kararın niteliği üzerinde yapılan tanımlamaların, **hüküm** sonucunu doğuran kararın niteliği üzerinde bir etki yaratmayacağına, karar vermiştir. Bu kapsamda, bir kararın mahkemelerce vasıflandırılmasında, hakemlerin kararı veriş biçimleri veya nasıl adlandırdıkları değil; söz konusu kararın işlevi ve yarattığı hukuki sonuç, ön planda tutulmaktadır. Tarafların hak ve yükümlülüklerine dair esasa müessir bir konuda, *nihai* bir biçimde alınan **her karar, hükümdür (LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 630, 631). Meselenin önemi, kural olarak, usulî emirlere-ara kararlarına karşı geçerli herhangi bir hukuki çarenin kabul edilmemesindedir (**JARVIN**, *Procedural Decisions*, s. 372). Ayrıca bkz. **MELIS**, *Mandatory*, s. 359.

⁶⁷³ **BERGER**, s. 589; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 631.

“default” ve sulhe dayalı hüküm “award on agreed terms” şeklindedir⁶⁷⁴. UNCITRAL Rules Art. 32/I’de, son derece açık bir şekilde, hakemlerin nihai hüküm “final award” yanında, ayrıca geçici-ara “interim-interlocutory” ya da kısmi “partial” hükme karar verebileceği düzenlenmiştir. ICC Rules Art. 2(iii) ise herhangi bir tanım içermeksizin geçici-ara “interim”; nihai “final” ve kısmi “partial” hükümlere gönderme yapmaktadır (ayrıca bkz. Hollanda CCP Art. 1049)⁶⁷⁵.

Büyük oranda sorun, söz konusu hükümlerle neyin kastedildiği; bu türler arasında bir farkın bulunup bulunmadığıdır. En sık karşılaşılan sorun da, geçici-ara “interim-preliminary” ve kısmi “partial” hükümler arasında yaşanmaktadır⁶⁷⁶. Verilen bir kararın hangi hâllerde geçici-ara; hangi hâllerde kısmi hükme konu olacağı veya olması gerektiği ise öncelikle hakemlerin işi olmaktadır⁶⁷⁷. Bu noktada biz de, konumuzla olan yakın ilgisi nedeniyle ve fakat kısaca nihai hüküm, kısmi hüküm ve geçici hüküm-ara kararı üzerinde durmaya çalışacağız.

i- Nihai Hüküm (Final Award)

Nihai hüküm, iki farklı duruma işaret etmektedir. Bunlardan ilki, taraflar arasında süregelen yargılamanın sona erdirilerek uyuşmazlıkların tamamının, tümüyle çözüme kavuşturulmasıdır⁶⁷⁸. UNCITRAL Model Kanunu madde 32/I’de, anılan duruma işaret edilerek nihai hükümle birlikte tahkim yargılamasının da sona ereceği düzenlenmiştir. Nihai hükmün ardından hakemlerin yargı yetkisi yanında tahkim yargılaması da sona erer. Nihai hükmün ikinci türü, ***taraflar arasındaki uyuşmazlık yumağının sadece bir parçasının, kısmının tarafları da bağlayıcı bir biçimde, nihai olarak çözüme kavuşturulmasıdır (partial final awards, kısmi nihai kararlar için bkz. Hollanda CCP Art. 1049; PIL Art. 186/III, 188; karış. MTK m. 14/II)***. Buna göre hükme konu karar, nihai olduğundan, hem kesin hüküm etkisine sahiptir hem de tüm bir yargılamanın sona ermesi beklenmeksizin söz konusu kararın tahkim yerinde iptalinin (veya gereğinde icrasının) ya da bir başka yerde tanınmasının/tenfizinin talep edilmesi mümkündür⁶⁷⁹.

⁶⁷⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 632; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 737; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 372 vd. SANDERS, *Arbitration*, s. 117 vd.; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 153-154; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap 18, Rn. 6-16. Ayrıca bkz. ŞİT, s. 121-125.

⁶⁷⁵ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 77; BERGER, s. 588, 589.

⁶⁷⁶ DERAİNS, s. 245.

⁶⁷⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 632.

⁶⁷⁸ KNOEPFLER/SCHWEIZER, s. 161; SANDERS, *Arbitration*, s. 117; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 741; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 373.

⁶⁷⁹ BERGER, s. 589; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 741; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 77, 78; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 18, Rn. 6.

Şu hâlde, nihai bir hüküm, *tüm* bir yargılamayı sona erdirebileceği gibi, uyuşmazlığın bir kısmının da kesinkes çözüme kavuşturulması sonucunu doğurabilir (1996 AA §58/I). Nihai (*tamamen veya kısmen*) ve bağlayıcı “*final and binding*” sıfatını taşıyan hükümlere yüklenen en büyük özellik, tahkim yeri mahkemelerince iptalinin ya da tahkim yeri dışında da tanınması-tenfizinin mümkün olmasıdır⁶⁸⁰.

Hakemlerin vermiş oldukları kararları sınıflandırmaya tabi tutan bir diğer görüşe göre ise verilen bir karar, nihai (*final*) olabileceği gibi, ara kararı (*interlocutory-interim*) niteliğinde de olabilir. Ancak bu görüş içerisinde *nihai karar*, çok daha dar bir biçimde ve sadece yargılamayı sona erdiren kararlar için kullanılmaktayken; yukarıdaki ayırmada anılan “*partial award*” tabiri, ara kararları içinde değerlendirilmektedir. Zira tahkim yargılaması, henüz sona ermemiştir⁶⁸¹.

ii- Kısmi Hüküm (Partial Award)

Taraflarca ileri sürülen iddia ve taleplerden *bir kısmının*, daha ayrıntılı bir değerlendirmeyi ve daha uzun süreli bir tahkikatı gerektiren *diğerlerine* nazaran öncelikle ve derhâl karara bağlanması mümkün olabilir. Aşama aşama, kısım kısım meselelerin çözüme bağlanması, *hem* usul ekonomisinin bir gereği olarak algılanmakta *hem de* yargılamanın sağlıklı, basit ve anlaşılır şekilde yürütülmesini sağlamaktadır⁶⁸².

*Kısmi hüküm, çoğu zaman, tahkim yargılamasına derhâl son verilmesinin mi yoksa devam edilmesinin mi gerektiği sorunuyla ilgilenir*⁶⁸³. Tarafların da hakemlerin belirli uyuşmazlıklar hakkında, derhâl bir (kısmi) hüküm vermeleri konusunda anlaşmaları mümkündür (MTK m. 14/II). Böylelikle bir görüşe göre, *hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıkları*⁶⁸⁴; uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk; hak düşürücü sürenin korunup korunmadığı; zamanaşımının dolup dolmadığı; sorumluluğun tespiti; zararın hesaplanması

⁶⁸⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 633; SANDERS, *Arbitration*, s. 125. Ayrıca bkz. ŞİT, s. 226-228.

⁶⁸¹ KNOEPFLER/SCHWEIZER, s. 161.

⁶⁸² WIRTH M., Art. 188, *International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 533.

⁶⁸³ Hemen belirtelim, kısmi hükmün, *kısmi dava* ile hiçbir ilgisi yoktur. Kısmi dava, davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil; belli bir kısmını talep ederek açtığı davadır (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 275). Gerçi, bu, kısmi davada da kısmi hükmün verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak, aşağıda da görüleceği üzere, kısmi hükümde, dava konusuyla ilgili uyuşmazlık parçacıklarının yani *ön sorunların* ayrıca karara bağlanması söz konusudur. Yine tartışılacağı üzere bütün mesele, kısmi hükme konu *ön sorunların* nelerden ibaret olduğudur. Özellikle *kısmi hüküm* ile *ara kararları* arasında geçerli ve kesin hüküm etkisi ile denetimleri konusundaki farklılıklar, bir ön sorunun karara bağlanması hâlinde, önem arz etmektedir.

⁶⁸⁴ BERGER, s. 589, 590. ICC Case No. 7319, XXIV YBCA 1999, s. 161; ICC Case No. 4402, IX YBCA 1984, s. 139.

gibi kimi konular, kısmi hükümlere konu olabilmektedirler⁶⁸⁵. Buna karşın bir diğer görüşe göre, kısmi hükmün amacı ve işlevi dikkate alındığında, uyuşmazlık parçacığı ile ilgili yürütülen tahkikatı sona erdiren kararlar, ancak kısmi hükme konu olabilirler. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmenin geçerliliği; sorumluluğun tespiti yahut zarar miktarının belirlenmesi gibi meseleler, kısmi hükme konu olamazlar; zira onlarla ilgili yargılama henüz son bulmamıştır. Özellikle İsviçre hukukundaki ve dar bir yorum olarak kabul edilen bu anlayış, eleştirilmiştir. Fransız hukukunda da kabul edildiği üzere, sadece hakemlerin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı değil⁶⁸⁶; ancak uyuşmazlığın esasıyla ilgili meselelerin de parçalara bölünerek kısmi hükme konu olabilmesi, mümkündür⁶⁸⁷. Bu esnek ve geniş anlayışın özellikle Fransız hukukundaki tahkimle ilgili, kısıtlı sayıda kanun hükmünün geniş yorumuna dayandığını söylemek mümkündür. Bir hakem kararı, içeriği ile sınırlı olarak hakemlerin yargı yetkisini sona erdirdiği gibi (NCPC Art. 1475/I); aynı karar yine içeriği hakkında, kesin hüküm etkisini haizdir (*aynı yönde bkz.* 1996 AA §47, 58)⁶⁸⁸. Buna karşın, bir hakem kararının ne olduğu yahut nasıl tanımlandığı ve özellikle içeriğine nelerin dâhil olduğu konusunda, herhangi bir açıklık, bulunmamaktadır. Hakemlerin, *kararlarıyla* taraflar arasındaki bir çekişmeyi, uyuşmazlığı çözümlendiğinde tereddüt yoktur (NCPC Art. 1474). İçtihatlarla bu içeriğin, uyuşmazlığın esasıyla ilgili olduğu gibi başta yargı yetkisi olmak üzere sair usulî meseleler (bekletici mesele sayılması talebinin reddi; yargılamaya uygulanacak kurallarının tespiti vb.) hakkında olabileceği de öngörülmüştür⁶⁸⁹. Böylelikle uyuşmazlığın esası konusunda, husumet, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler, uygulanacak hukuk gibi ön

⁶⁸⁵ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 633; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 373-375; RUTHERFORD/SIMS, s. 160, 161. Karş. LIONNET, *Handbuch*, s. 270-272. Ayrıntısı için bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 739, 743; BUCHER/TSCHANZ, s. 129, 130; BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 65. Ayrıca bkz. KALPSÜZ, *Seminer*, s. 30. Yapılan bir başka ve bize de yakın olan ayrıma göre, hakemlerce verilecek kararlar, ara (*interim*) ve nihai (*final*) kararlar şeklinde sınıflandırılır (*ayrıca bkz.* ZPO §1056/II). Verilen karar, taraflar arasında çekişme konusu olan tüm hususların çözümünü içerebileceği gibi bunlardan sadece bir kısmına da (*partial*) çözüme yönelik olabilir. Şu hâlde, zamanaşımı, uygulanacak hukuk, yahut yargı yetkisi gibi (ZPO §1040/III) konular, *yargılama içerisinde*, ara kararlarla (*interim*) çözüme kavuşturulur (BÖCKSTIEGEL, *Germany*, s. 19). Ayrıca bkz. SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 18, Rn. 6; JERMINI, Rn. 50, 51; HENN, s. 152, 153.

⁶⁸⁶ DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 167.

⁶⁸⁷ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 739, BERGER, s. 591. Ayrıca bkz. BUCHER/TSCHANZ, s. 129, 130; BUCHER, *İsviçre*, s. 18; LIONNET, *Handbuch*, s. 270, 271. *Concordat* Art. 32 yönünden karşı. KARAYALÇIN, s. 151. Ne var ki, İsviçre içtihatlarında, bu dar yoruma itibar edilmiş ve uyuşmazlığın *tümüne* ilişkin hükümler dışında sadece *denetiminde gecikildiğinde telafisi güç zararların doğacağı veya hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili kararların* iptal davası yoluyla denetiminin mümkün olduğu, içtihat edilmiştir. Alman hukuku yönünden, uyuşmazlığın esasıyla ilgili ve fakat çekişmenin *quantitative* kısmı, kısmi kararlara konu olabilecekken (*ayrıca bkz.* ZPO §301/I); yargı yetkisinin olmadığını tespitine ilişkin kararların aksine yargı yetkisine yönelik itirazın reddine ilişkin kararlar, birer ara kararı kabul edilmekte; nihai (*kesin hüküm etkisini haiz olup olmama bakımından*) hakem kararı olarak görülmemektedirler. Bu nedenle ZPO §1041/III olmasaydı, bu tip hakem kararlarının iptal davası yoluyla denetlenmesi mümkün olmayacaktı (LIEBSCHER, s. 133, 134; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 18, Rn. 6, 10). Aynı yönde bkz. HENN, s. 153.

⁶⁸⁸ RUTHERFORD/SIMS, s. 162.

⁶⁸⁹ LIEBSCHER, s. 129, 130.

sorunların yahut objektif dava yığılması durumunda, taleplerden birinin diğerlerine nazaran, önceden çözüme kavuşturulması, pekâlâ mümkündür. Bu esnada kararın, hakemlerce nasıl vasıflandırıldığına da bir önemi yoktur. Taraflar arasındaki yargılama, esasen sona ermemekle birlikte, karara bağlanan konuyla sınırlı olarak, taraflar arasındaki çekişmenin⁶⁹⁰ ve bununla bağlantılı olarak hakemlerin yargı yetkisinin sona erdiğinde tereddüt duyulmamalıdır. Yine sadece bu kapsamda, *hem* kesin hüküm etkisi ortaya çıkmakta *hem de* bu tip bir hakem kararlarına karşı da gereken hukuki yollara başvurmak mümkün olmaktadır⁶⁹¹.

Taraflar arasında, açık bir anlaşma bulunmasa dahi hakemlerin, somut olayın özelliği gereği, kısmi hüküm vermenin uygun olduğu kanaatine varması hâlinde, bu şekilde karar verebilmelerinin mümkün olduğuna inanılır. Bu yöndeki bir başka örnek, LCIA Rules Art. 26/VII'de düzenlenmiş olup hakem heyeti, farklı zamanlarda, çeşitli konularda, *müstakil hükümler* verebilir ve bu tip hükümler, diğer hükümlerle aynı hukuki konum ve etkiye sahiptir (*ayrıca bkz.* UNCITRAL Rules Art. 32/I; ICC Art. 2, *iii*; Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1699; 1996 AA §47; Hollanda CCP Art. 1049; PIL Art. 188; **MTK m. 14/II**)⁶⁹².

Kısmi hükmün düzenlenmiş olmasına karşın, tanımını üzerinde, çoğu kez anlaşılammaktadır. Mukayeseye en yakın tür, içerisinde, tahkimdeki *tüm* uyuşmazlıkların çözümlendiği *nihai hüküm* olarak kabul edilmektedir⁶⁹³. Hükmün *kısmi niteliği*, tahkime konu uyuşmazlık bütününün veya yumağının sadece bir kısmına, bir yönüne ilişkin olmasından kaynaklanmakla birlikte, *kısmi hüküm ile karara bağlanan uyuşmazlık için tahkimat-yargılama sona ermektedir*. Şu hâlde, kısmi hüküm de nihai (*final*) olup *lex arbitri*'de nihai hükümler

⁶⁹⁰ **LIEBSCHER**, s. 130; **LIONNET**, *Handbuch*, s. 270-272.

⁶⁹¹ Adı konusundaki tartışmalara rağmen, hakemlerin *functus officio* olmalarından evvel verdikleri kararların aynı hakemler nezdinde denetlenmesinin istenmesi, zaten mümkün değildir. Zira söz konusu karar, hem *nihaidir* hem de *kesin hüküm* etkisini haizdir; üstelik kararın içeriğiyle sınırlı olarak hakemlerin aynı konuda artık herhangi bir yargı yetkisi de kalmamıştır. Bu tip kararların *kısmi nihai kararlar* olarak vasıflandırılması, son derece uygundur (**DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON**, s. 166-168). Fransız hukukunun, kararın içeriğinden ziyade, işleviyle alakalı yapmış olduğu bu ayırım, İsviçre hukukunun, yani hakemlerin *functus officio* olmalarından evvel vermiş oldukları kararların, *ara kararlar* veya *kısmi karar* gibi bir ayırma tabi tutulmasının *aksine*, hakem kararlarına ilişkin sınıflandırmayı, *hem* basitleştirmekte hem de özellikle söz konusu kararlara karşı geçerli hukuki çarelerin belirlenebilmesi yönünden anlaşılmasını kolay bir hâle getirmektedir. Taraflar arasındaki bir uyuşmazlığı çözen tüm kararlar, içeriği ne kadar *dar* yahut (hakemlerin *functus officio* olmasına neden olacak kadar) ne kadar *geniş* olursa olsun *nihaidir*; *kesin hüküm etkisini haizdir ve iptal denetimine tabi tutulur*; gerisi, sadece sistematik ve teorik bir sınıflandırmadır (**LIEBSCHER**, s. 130); **JERMINI**, Rn. 58; **ZÖLLER/GEIMER**, §1055, Rn. 6; **ÖZBAY**, *Kesin Hüküm*, s. 285. *Ayrıca bkz.* **SCHWAB/WALTER/BAUMBACH**, Kap. 18, Rn. 6.

⁶⁹² **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 742; **RUTHERFORD/SIMS**, s. 160-162; **TWEEDDALE/TWEEDDALE**, s. 161; **MERKIN**, s. 110; **HARRIS/PLANTEROSE/TECKS**, s. 241, 242; **SCHWAB/WALTER/BAUMBACH**, Kap. 18, Rn. 6. Tarafların *aşama-aşama*; tahkimin icrasını istememeleri hâlinde, hakemlerin kısmi hüküm vermemeleri hususunda *ayrıca ve açıkça anlaşmaları* gerekir (**SANDERS**, *Arbitration*, s. 125-126).

⁶⁹³ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 741, 742; **LIONNET**, *Handbuch*, s. 270.

için geçerli hukuki çareler, bu durumda da geçerlidir⁶⁹⁴. Bu özelliği nedeniyle *kısmi kararların* (*Teilurteils*), *nihai kararlarla* değil; *global kararlarla* (***Voll-Endurteil***) mukayese edilmesinin daha doğru olduğu, öğretilerde ileri sürülmüştür. Zira *nihailik*, ***hükümün bir özelliği ve yarattığı etkidir; türü değildir***. Kaldı ki kısmi kararlar da, içerdikleri kısım bakımından nihaidir; ancak global kararların aksine, uyuşmazlığın tümüne değil, bir kısmına yöneliktirler⁶⁹⁵.

Tahkimin kısmi hükümlerle bölüm bölüm çözüme kavuşturulması, çoğu kez arzu edilen bir çalışma biçimi olmakla birlikte, yargılamayı geciktirici yönler de içermektedir. Tek bir tahkim yargılaması için verilen birden fazla kısmi karara karşı başvurulmuş çeşitli türdeki hukuki çareler, tahkim yargısı yanında, neredeyse ona paralel ve belki de alternatif yeni mahkeme yargılamalarının gündeme gelmesi sonucunu, doğuracaktır. Buna karşın kısmi hükümler, yargılama süresince taraflar için uzlaşmanın da bir vesilesi olmaktadır⁶⁹⁶.

Yapılan bir başka ayrıma göre ise, *nihai hakem kararlarının* karşısında, sadece ***ara kararları*** bulunmaktadır⁶⁹⁷. Şayet söz konusu ara kararı, uyuşmazlığın esasıyla ilgili ise *partial*/kısmi karar niteliğini taşıyabilmekteyken; *intermediate* özellik de gösterebilmektedir⁶⁹⁸. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1993 tarihli bir kararı, uzun bir süre,

⁶⁹⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 634; KNOEPFLER/SCHWEIZER, s. 161; JARVIN, *Procedural Decisions*, s. 374; SCHWAB/WALTER /BAUMBACH, Kap. 18, Rn. 6. Avusturya Yüksek Mahkemesi, uygulamadaki terminoloji karmaşasına da işaret ederek kısmi hükümlerin aksine, ara kararlarına nihai hükümlerden ayrı olarak karşı konulamayacağını, içtihat etmiştir (OGH, XXII YBCA 1997, s. 619 vd).

⁶⁹⁵ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 741. Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararların süreyle sınırlı etkisi, onların kısmi kararlara konu olmasına engeldir (WIRTH, Art. 188, s. 535). Ayrıca bkz. ALBERS, §1041, Rn. 2.

⁶⁹⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 634; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 743; BUCHER /TSCHANZ, s. 130.

⁶⁹⁷ İsviçre öğretilerinde, ara kararlarının, kısmi veya tam ama nihai hakem kararlarının dışında yer alan kararlar olduğu da kabul edilebilmektedir (WIRTH, Art. 188, s. 534).

⁶⁹⁸ İsviçre hukukundaki bu eğilim ve farklılık, özellikle kendisini, anılan türlerden herhangi bir hakem kararının nasıl denetleneceği konusunda, kendisini hissettirmektedir. Şöyle ki, PIL Art. 190/II, sadece nihai hakem kararları için geçerli olup buradaki *nihailikten* kasıt, *hem* tahkim yargılaması ile hakemlerin görevlerinin sona ermesidir ve *hem de* söz konusu hakem kararının PIL Art. 190/I gereği, *kesin hüküm* etkisini haiz olmasıdır (BERTI V. S./SCHNYDER K. A., Art. 190, *International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 572. Ayrıca bkz. LIEBSCHER, s. 136). Oysa özellikle PIL Art. 188'de düzenlenen kısmi kararlar yahut bir örneğine açıkça PIL Art. 186/III'de yer verilen ön kararlar (ayrıca bkz. TAŞKIN, s. 119), denetlenmek istendiğinde, İsviçre hukuku bakımından, yine içtihatlar temelinde, 2003 yılından öncesine ve sonrasına yönelik ikili bir ayırım yapmak gerekir (AHRENS J-M., *Zur Anfechtung von Teil-, Vor- und Zwischenschieds-sprüchen*, 23(2) *ASA Bulletin* 2005, s. 304, 305; BGE 130 III 76). Buna göre, söz konusu türden kararlar, PIL Art. 190/III'de düzenlendiği üzere, ancak iki nedene dayalı olarak iptal davasına konu edilebildiği gibi ayrıca, şayet söz konusu türden kararların somut, açık ve telifisi güç zararlara sebebiyet verebilecek olması hâlinde de iptal davası denetimine tabi tutulmaktaydı (WIRTH, Art. 188, s. 541-543). Bu görüşten, 2003 yılında sözü edilen içtihatla dönülmüş ve PIL Art. 190/III'de öngörülen iki nedenden başkaca bir nedene dayanılarak iptal sebebi yaratılamayacağı sonucuna varılmıştır (GEISINGER E./FROSSARD V., *Challenge and Revision of the Award, Chapter 8, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004, s. 137, 138). Şu hâlde, tıpkı önerildiği şekliyle gerçek anlamdaki kısmi kararlar, aslında, zaten PIL Art.190/I özelliğini haiz olduklarından, aynı hükmün II. paragrafında geçerli tüm iptal nedenlerine göre denetlenebileceklerdir. *Ara kararları* ise sadece PIL Art. 190/III hükmüne göre

nihai kararlar ile ara kararları arasındaki farka temel teşkil etmiştir⁶⁹⁹. Buna göre, *nihai hakem kararları*, yargılamanın, *tümüyle* sona ermesini sağlayan esasa yahut usule ilişkin kararlardır. Oysa *ara kararları*, yargılama sürecince hükmedilirler; uyuşmazlığın nihai olarak çözüme kavuşturulmasına kadar, birer basamak, aşama işlevi görürler ve yine uyuşmazlığın esasına yahut usule ilişkin konular içerebilirler. Bu hâlde, PIL Art. 188 anlamındaki karar, aslında *intermediate* özellikle gösteren, bir ara karardır. Böylelikle kısmi kararların içeriğinde, bir genişleme söz konusu olmuştur. Saf, *gerçek anlamdaki kısmi kararlar*, söz gelimi, objektif dava yığılması hâlinde, talep ve dava konularından biri hakkındaki sonucu içerebileceği gibi, birden fazla davacıdan birinin talepleri hakkında karar verilmesi hâlinde de gündeme gelebilecektir (*ayrıca bkz.* ZPO §301/I). İlginçtir, birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davalılardan biri hakkında, sonuca varılması ve fakat kalanlar bakımından yargılamaya devam edilmesi, gerçek anlamda kısmi karara sebebiyet vermeyecektir⁷⁰⁰. Buna karşın gerçek anlamdaki kısmi kararların dışında kalan ara kararları *da* aslında, taraflar arasındaki usule yahut esasa ilişkin bir çekişmeyi gidermektedir⁷⁰¹. Söz gelimi, taraflar arasındaki sözleşmenin geçerliliği, akde aykırılığın bulunup bulunmadığının tespitinden önce çözüme kavuşturulabilir yahut tazminine karar verilecek zararın miktarının tespitinden önce davalının sorumluluğu belirlenebilir. Yargı yetkisine yönelik itirazların reddi yahut uyuşmazlığın esasıyla ilgili bir kesin hükmün bulunduğuna yönelik usulî itirazların giderildiği hâllerde, usule ilişkin bir *ara kararı* (*interim -intermediate award*) verilmektedir⁷⁰². İsviçre öğretisi yönünden eleştiri kaynağı olan husus, daha ziyade, ara kararlarının da kısmi kararlar içinde değerlendirilmesidir. Bir görüşe göre, kısmi kararların, gerçek anlamdaki kısmi kararlarla sınırlandırılması, uygun olur⁷⁰³. Gerçek anlamdaki kısmi kararlar, PIL Art. 190/I'nın özel bir alt türü olarak kabul

denetlenebileceklerdir. Her iki hâlde, anılan maddelerde düzenlenenden daha başka bir gerekçenin aranması yahut geçerli olması söz konusu değildir (WIRTH, Art. 188, s. 543).

⁶⁹⁹ WIRTH, Art. 188, s. 534.

⁷⁰⁰ WIRTH, Art. 188, s. 534; KNOEPFLER/SCHWEIZER, s. 161. *Ayrıca bkz.* SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 18, Rn. 6. *Karş.* BERGER, s. 591; LIONNET, *Handbuch*, s. 271.

⁷⁰¹ Bu nedenle delillerin ibrazı konusunda süre tanınması, yaptırılacak bilirkişi incelemesine esas olmak üzere avans yatırılması, duruşma gününün belirlenmesi vb. konular hakkında verilen kararların, bir *ara kararı* olarak nitelendirilmesi doğru değildir (WIRTH, Art. 188, s. 535; BERGER, s. 590; BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 65). *Ayrıca bkz.* LIONNET, *Handbuch*, s. 271.

⁷⁰² WIRTH, Art. 188, s. 535; KNOEPFLER/SCHWEIZER, s. 161. İsviçre hukukunda kısmi kararlar konusunda geçerli olan bu dar yorum, Fransız hukukunun aksine, son derece sınırlı bir alanda, kısmi kararların geçerli olmasına neden olmaktadır. Fransız hukukunda, kısmi karara konu olabilen pek çok mesele, İsviçre hukuku bakımından ancak, ara (*interim-preliminary*) kararlara konu olabilmektedir (SANDERS, *Arbitrations*, s. 125). *Ayrıca bkz.* SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 18, Rn. 10-12.

⁷⁰³ Yaşanan tereddüt, kısmi kararların, ileri sürüldüğü ve içtihadı konu edildiği şekliyle bu kadar dar anlaşılmasının gerekçesi gerekip gerekmediğidir. Şu hâlde, kısmi kararlar (PIL Art. 188), nihai hakem kararlarının (PIL Art. 190/I) bir alt grubunu oluşturmaktadır. Örneğin *Berger*, tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi, yargılamayı sona erdirmemekle beraber, sorumluluğun tespiti ve hatta uygulanacak hukuk gibi konuların da kısmi kararlara konu edilebileceği görüşündedir. Hatta ileri sürülen bir başka görüşe göre, şayet sistematik yorum takip edilirse kısmi kararlar (PIL Art. 188), kanunun VIII. kısmında, “Uyuşmazlığın Esası ile İlgili Kararlar” başlığı altında

edildiklerinden, *hem* şekil olarak aynı kurallara tabidirler, yani örneğin gerekçe içermeleri gerekir *hem de* kesin hüküm etkisine sahiptirler⁷⁰⁴.

iii- Ara Kararı- Geçici Hüküm (Interim-Provisional Award)

α- Genel Olarak

UNCITRAL Model Kanun'un hazırlayıcıları, geçici-ara (*interim-provisional*) hükümle kastedilenin, hakemlerin önlerindeki uyuşmazlıkla ilgili kesin bir belirleme yapmaksızın vermiş oldukları kararlar olduğunu belirtmişlerdir⁷⁰⁵. Bu açıklama, nihai (*final*) terimine göre karşıt anlam içeren, geçici (*interim*) teriminin kullanılış biçimiyle de uyum içindedir. Lakin bu tanıma, Model Kanun içinde yer verilmemiş, bunun nedeni olarak da uygulamada, geçici-ara hüküm (*interim award*) ile kısmi hükümün (*partial award*) birbirlerinin yerine kullanılması alışkanlığı, gösterilmiştir. Gerçekten de uygulamada sıklıkla, ara karara konu edilen kararlar, yargı yetkisi⁷⁰⁶, esasa uygulanacak hukuk, zararın hesaplanması gibi nihai olarak çözüme bağlanan konular olmaktadır⁷⁰⁷. Bu noktada, öncelikle geçici hükümün-ara kararın uyuşmazlığın bir kısmının nihai olarak çözüme kavuşturulduğu hükümlerden olmadığı, açıklığa kavuşturulmalıdır (*ayrım için bkz. Hollanda CCP Art. 1049*)⁷⁰⁸.

Geçici-ara karara konu edilen ve bir meselenin *nihai* olarak sonuçlandırılmadığı hususların başında, geçici hukuki koruma tedbirleri gelmektedir ki, UNCITRAL Rules Art. 26/II'de açıkça, geçici hukuki koruma tedbirlerinin, geçici/muvakkat hükümler şeklinde karara bağlanacağı düzenlenmiştir⁷⁰⁹.

Model Kanun temelinde, bir görüşe göre, hakemlerce verilecek kararların mutlaka bir "award" olarak nitelendirilmesinin gerekip gerekmediğini tartışmak, çok da büyük bir zorunluluk içermez. Zira ***hakemlerce verilen kararların tahkim yeri mahkemelerince***

düzenlendiğinden, *ancak* usule ilişkin meseleler ara kararları ile çözülebilir. Oysa esasa ilişkin pek çok meselenin *ara kararları* ile çözümlenmekte olduğu bir gerçektir. Kaldı ki, aynı başlık altındaki PIL Art. 189'da hem usule ilişkin hem de esasa ilişkin kararlar düzenlenmiştir. Bu nedenle PIL Art. 188'in karşıt anlamından böyle bir sonuca varmak mümkün değildir. *Ayrıntısı için bkz. BERGER*, s. 590 vd; *WIRTH*, Art. 188, s. 535, 536.

⁷⁰⁴ Aslında, *ara kararlarının*, bir başka ifadeye gerçek olmayan kısmi kararların bağlayıcılık etkisi, benzer bir sonucu gerekli kılmakla birlikte; ara kararlarının *kesin hüküm* etkisi yoktur (*ayrıca bkz. ZPO §318*) (*BERTI/SCHNYDER*, s. 574, 585). İptali konusunda, ayrıca ve açıkça öngörülmuş bir imkân olmadığı sürece, hükmedilen bir ara kararı, tarafları ve hakemleri bağlar, ancak kesin hüküm etkisini haiz değildir (PIL Art. 190/I). Zaten bağlayıcılık özelliği de olmasaydı, bu tarz kararların pek de bir önemi olmayacaktı (*WIRTH*, Art. 188, s. 539, 540; *WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN*, s. 198, 199). *Ayrıca bkz. WAGNER*, s. 782; *SCHWAB/WALTER/BAUMBACH*, Kap. 18, Rn. 10-12; *LIONNET, Handbuch*, s. 271; *AHRENS*, s. 309-310.

⁷⁰⁵ *HOLTZMAN/NEUHAUS*, s. 867.

⁷⁰⁶ ICC Case No. 7929, XXV YBCA 2000, s. 323; ICC Case No. 7337, XXIV YBCA 1999, s. 161; *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S v. The Slovak Republic*, XXIV YBCA 1999, s. 70.

⁷⁰⁷ *REDFERN/HUNTER/BLACABY/PARTASIDES*, s. 354-355.

⁷⁰⁸ *van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS*, s. 77, 78.

⁷⁰⁹ *BLESSING, The New International Arbitration Law*, s. 49; *BERGER*, s. 592. *Ayrıca bkz. KALPSÜZ, İsviçre*, s. 21.

denetlenmesi bakımından, “award”lar için geçerli olan iptal davası usulü dışında, örneğin, hakemlerce verilen ve hakemin reddi talebinin reddine (Model Kanun m. 13/III) yahut yine hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğuna ilişkin kararların (Model Kanun m. 16/III), ayrıca ve özel olarak öngörülen usuller kapsamında, tahkim yeri mahkemelerince denetlenmesi, mümkündür⁷¹⁰. En azından Türk hukuku bağlamında, anılan görüş, tatminkâr olmaktan uzaktır. Hakemlerin özellikle yargı yetkilerinin bulunduğuyla ilgili kararların söz gelimi Türk hukuku bakımından denetlenip denetlenmeyeceği; denetlenecekse iptal davasına mı tabi olacağı (MTK m. 15/A/I); bu tür kararların birer nihai hakem kararı (MTK m. 13/B/I) olarak vasıflandırılmasının mümkün olup olmadığı; yoksa söz konusu kararların birer kısmi karar mı olduğu (MTK m. 14/A/II), hep cevaplanmayı bekleyen sorular olmaktadır. Model Kanun içinde de, örneğin hakemlerce yargı yetkilerinin bulunmadığına karar verilirse, söz konusu kararın niteliği ve nasıl bir denetime tabi tutulacağı tartışmalıdır (Model Kanun m. 16/III). Aynı şekilde, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin, ne türde bir karara konu olduğu; tahkim yeri mahkemesinin yardımı istendiğinde, bu aşamada nasıl ve ne amaçla bir yargılama yapılacağı; söz konusu tedbirlerin tahkim yeri ülkesi dışında, tenfiz usulüne tabi tutulup tutulmayacağı, hep belirsizliğini koruyan konulardandır.

Tahkim yargılamasını sona erdiren ve çoğu kez de uyuşmazlığı esastan halleden kararlara karşı, kural olarak, bir tek iptal davası yolu öngörülmüştür. İptal davasının hukuki niteliği bir yana, sıklıkla kabul edildiği üzere hakem kararları verildiği anda nihaidir ve maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahiptir (PIL Art. 190/I; Hollanda CCP Art. 1059/I; ZPO §1055; ÖZPO §594/I; 1996 AA §58/I; NCPC Art. 1476). Bu, son derece kritik bir özelliktir. **Hangi tür kararlar için mahkemelerde, iptal davası şeklindeki yegâne denetim yolunun açık olduğu; hangilerinin bu sayede kesin hüküm etkisinden istifade ettiği; hangilerinin tanınmasının- tenfizinin mümkün olduğu; özellikle milletlerarası tahkimde, büyük bir önemi haizdir.**

Kanunumuzda ise “kısmi karar” şeklindeki bir vasıflandırma dışında (MTK m. 14/II; Tasarı m. 440/II),

“Takim yargılaması, nihai hakem kararının verilmesi veya aşağıdaki hâllerden birinin gerçekleşmesi ile sona erer...” (MTK m. 13/B/I)

ve yine iptal davasıyla ilgili olarak,

“Hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilir...” (MTK m. 15/A/I)

⁷¹⁰ KNOEPFLER/SCHWEIZER, s. 161.

hükümleri ile hakem **kararlarında** bulunması gerekenlere ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır (MTK m. 14/A/I).

β- Geçici Hüküm

Bütün bunlardan sonra, örneğin hakemlerce yargı yetkilerine ilişkin bir karar verilmişse, böyle bir kararın niteliğiyle *varsa* geçerli olan hukuki çarenin ne olduğunun tespiti, ilmî ve kazai içtihatlarla düşmektedir. Ancak en azından, **geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda**, hakemlerce verilecek kararların, *interim award* şeklindeki vasıflandırmanın Türkçe tercümesine de uygun biçimde, **geçici nihai karar** olarak kabulü mümkündür. Şöyle ki: Türk hukuku bakımından kararlar, *ara kararları* ve *nihai kararlar* olarak ikiye ayrılmaktadır. Hâkimin işten el çekmeyip yargılamaya devam etmesini sağlayan kararlar, ara kararları olarak kabul edilirken; yargılamaya son veren ve hâkimin işten ek çekmesi sonucunu doğuran kararlar, nihai karar olarak tanımlanmaktadır. Nihai kararlar, usule ilişkin olduğu gibi uyuşmazlığın esasıyla da alakalı olabilir ki, bu hâlde *hüküm* adını alır. Bir de, yine nihai kararlar altında, davada, çeşitli nedenlerle karar vermeye gerek olmayan hâllerde, *davanın konusuz kalması* şeklinde bir nihai karar verilebilmektedir⁷¹¹. Oysa Türk hukukunda, anılan ayırımın dışında, geçici (muvakkat) ve esas kararlar ayırımı da yapılmakta; esas kararlar kendi içinde, ara kararları-nihai kararlar olarak ayırımı tabi tutulmaktadır. Geçici kararlardan kasıt, bir hakkın teminine matuf olarak geçici bir zaman için verilen kararlar olup özellikle ihtiyat haciz-tedbir ve delil tespiti kararları, buna örnek olarak verilmektedir⁷¹².

Geçici kararlar, davadan önce veya sonra verilebilirken; böyle bir kararın verilmesi esnasında, her iki tarafın da bulunması şart değildir. Hâkim, isterse tarafları davet eder; isterse çağırmaz. Ancak, yokluğunda karar verilen tarafın, söz konusu karara itiraz hakkı vardır⁷¹³.

Öğretide, *Özekes*, anılan ayırımı itibar etmekle birlikte, yapılan ayırımı bir farklılık kazandırmaktadır. Buna göre, geçici hukuki koruma yargılamaları sırasında da, ara kararları verilebilir. Ara kararları, hâkimin yargılamadan el çekmeyip tam aksine söz konusu yargılamanın yürütülmesine, ilerlemesine yarayan kararlardır. Geçici hukuki koruma yargılaması, bilinen şekliyle bir dava değildir; ancak bu yargılamanın sonuçlandırılmasına yardımcı olmak üzere de *ara kararları* verilebilir. Kaldı ki, nihai karar şeklindeki kullanımın da sadece davalara özgü olmaması gerekir. Şu hâlde kararların, yargılamanın yürütülmesini ve

⁷¹¹ ÜSTÜNDAĞ, s. 787-790; BERKİN N. M., *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul, 1981, s. 860, 861; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 484, 485.

⁷¹² KARAFAKİH İ. H., *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara 1952, s. 89. Ayrıca bkz. BERKİN, s. 861; ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 231.

⁷¹³ KARAFAKİH, s. 90.

ilerlemesini sağlayan, hâkimin yargılamadan el çekmesini sonuçlamayan kararlar ve yargılamayı sona erdiren, hâkimin işten el çekmesi sonucunu doğuran kararlar olarak ikiye ayrılması, mümkündür. Bu son karar türü de, yani *nihai kararlar*, kendi içinde, **gerçek nihai kararlar** ve **geçici nitelikte olanlar** şeklinde sınıflandırılabilir. Nihai kararla hâkim, *niteliği ne olursa olsun*, işten el çekmiştir ve söz konusu kararı, kendisi dahi değiştiremez. Yani karar, *hem* taraflar ve *hem de* kendisi için bağlayıcıdır. Buna göre bir ihtiyati haciz kararı, *geçici nihai karardır*; ancak gerçek anlamda kesin hüküm etkisine de sahip değildir; *sınırlı* bir maddi kesinlikten istifade eder⁷¹⁴. Yapılan bu ayırım, bir yargılamanın (*içeriği ne olursa olsun*) sona ermiş olup olmadığı hususunu, esas almaktadır. Bunun yanında, bir yargılamanın sona erdiği anlamına gelen kararlar da, kendi içinde, *tam bir kesinlikten* yahut *sınırlı bir maddi kesinlikten* istifade edenler şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Tam bir kesinlikten kasıt, *kesin hüküm etkisidir*. Sınırlı maddi kesinlik hâli ise **geçicilik** sıfatı ile karşılanmaktadır.

Özekes'in mahkeme yargılaması için getirdiği bu sınıflandırmanın, tahkimde, özellikle de geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından, geçerli olmaması, düşünülemez. Geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, tercih edilen *geçici nihai karar* terimi, neredeyse *interim award* şeklinde yapılan vasıflandırmanın birebir aynısıdır⁷¹⁵. Böylelikle her ne kadar yine *interim award* olarak adlandırılrsa da, Türkçe tercümesi yönünden bu sefer *ara kararı* olarak ifade edilebilecek pek çok husus, geçici hukuki koruma tedbirlerinden ayrılmış olmaktadır. *Ara kararı* şeklindeki kullanım ile Türk tahkim hukukunda, ne anlaşılması gerektiğine yönelik tartışmalar bir yana, en azından şu an için geçici hukuki korumalar konusunda, gerek davadan önce gerekse yargılama sırasında verilen *interim award*'ların Türk hukukunda, artık *geçici nihai karar* olarak isimlendirilmesi, son derece yerinde olur. Bu nitelendirme, Türk hukukuna uygun düştüğü gibi, *hem* söz konusu yabancı terimin Türkçe tercümesiyle *hem de* anılan terimin anlatmak istediği durumla örtüşmektedir⁷¹⁶.

γ- Ara Kararı

Geçici hukuki koruma tedbirleriyle ilgili mesele, yukarıdaki anlatımlar karşısında, çözümlenmiş gözükmekteyse de, *interim award* ile sadece geçici hukuki koruma tedbirlerinin karara bağlanmadığı, bir gerçektir. Hatta *partial award* ile *interim award* tabirlerinin sıklıkla birbirlerinin yerine kullanıldığı hususuna da değinilmişti. Bu noktada, *interim award*'un **ara kararı yönüne değinilecektir**. Ancak *ara kararı* terminolojisi, özellikle Türk hukukunda hayli değişik ve geniş içerikli olduğundan, örneğin tahkim uygulaması bakımından *interim award*'a

⁷¹⁴ ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s.231-235, 267.

⁷¹⁵ *Ayrıca bkz §13, IV.*

⁷¹⁶ RUTHERFORD/SIMS, s. 140.

konu olmayan kimi meselelerin de, bizim açımızdan birer ara kararı olarak adlandırılması gündeme gelebilecektir. Şu hâlde, önce Türk hukuku bakımından ara kararlarının açıklanmasında fayda vardır⁷¹⁷.

Ara kararları, derdest bir dava sırasında, taraflar veya taraflarla üçüncü kişiler arasında, ortaya çıkan türlü ihtilafli noktaların çözümü amacıyla verilen kararlardır. Bir ara kararı, görülmekte olan davadaki bir veya birden çok “ihtilafli nokta-ara ihtilaf” hakkında verilebilir. Aslında ara kararları, nihai hükme varabilmek için gerekli ihtilafli noktaların çözümünü sağlayarak nihai hükmü hazırlar. Şu hâlde ara kararları, nihai kararların aksine, yargılamayı sona erdirmezler; tam aksine, davayı ilerleten, sonuca götüren etkileri vardır⁷¹⁸. İlk itirazların reddi; eski hâlde getirme talebinin kabulü; bilirkişinin reddi talebinin kabulü veya reddi; ikame olunmak istenen delilin kabule şayan olup olmadığına ilişkin karar ile bozma ilamına uyma; tanıklıktan kaçınma hakkının bulunup bulunmadığı kararları, hep ara karar örneklerindedir. Oysa görülmekte olan bir davayla ilgili nüfus yahut tapu kayıtlarının celbine karar verilmesi veya başka mahkemede görülen diğer bir dava dosyasının celbi için müzekkere yazılması, yukarıdaki tanıma uygun olarak birer ara kararı değildir. Zira bu yolla halli gereken bir ara ihtilaf, çözüme kavuşturulmamaktadır. Aynı şekilde, duruşma günün tayini; kanuni sürelerin dışında süre tayini; davetler; resen yapılan tebligatlar da, nihai hükme ulaşılmasını sağlayan *usulî işlemlerse de* ihtilafli herhangi bir noktayı çözmediklerinden, ara kararı değildirler⁷¹⁹. Buna karşın öğretide, hâkimin işten el çekmesine kadar verilen ve yargılamayı yürüten tüm kararların, birer ara kararı olduğu görüşü de bulunmaktadır. Bu noktada, artık bir ara kararının verilebilmesi için herhangi bir ara ihtilafın bulunması, şart değildir⁷²⁰. Yani dava dilekçesi veya diğer layihaların tebliğine veya celse yahut keşif gününe karar verilmesi; bilirkişi veya keşif giderlerinin yatırılması için süre tayini, hep ara kararı olarak kabul edilmektedir. Oysa öğretide, bunların birer ara kararı değil; yargılamanın sevkine ilişkin mahkeme işleri olduğu, ileri sürülmüştür. Zira ara kararları, *sadece* kimi ihtilafli noktaların varlığı hâlinde ve bunların çözümü için verilirler⁷²¹.

Bu noktada, artık, belirlenmesi gereken husus, ara ihtilaf ile neyin kastedildiğidir: Bununla sadece usulî meselelerin mi anlatılmak istendiği; yoksa maddi hukuka ilişkin kimi sorunların da bu yolla hallinin mümkün olup olmadığının tespiti gerekir. Örneğin *Alman*

⁷¹⁷ **TANVERDİ Ş. B.**, Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar, İstanbul, 1993, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 58-60; 64-69, s. 79 vd.

⁷¹⁸ **TANVERDİ**, s. 81.

⁷¹⁹ **TANVERDİ**, s. 82.

⁷²⁰ **KARAFAKİH**, s. 89; **BİLGE/ÖNEN**, s. 282. Ayrıca bkz. **POSTACIOĞLU**, s. 500.

⁷²¹ **TANVERDİ**, s. 83.

hukuku bakımından, maddi hukuka ilişkin ihtilaflı noktaların, ara kararı ile hükme bağlanması, hayli eleştirilmekle birlikte, mümkün değildir (ZPO § 303/I). *Münferit bir iddia veya savunma vasıtası* hakkında karar verilemeyeceği için söz gelimi, bir talebin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı veya sıfat hakkında, bir ara kararı verilemez. Bu kuralın istisnasına, ZPO §304/I’de yer verilmiştir. Buna göre hem sebebi hem de miktarı yönünden çekişmeli olan bir talepte, sebep hakkında (*Grundurteil*) önceden bir karar verilebilir⁷²². İsviçre hukuku yönünden ise maddi meselelerin, ara kararı ile çözüme kavuşturulabileceği, kabul edilmektedir. Özellikle bu son durumda, kimi zaman hâlâ *ara-kararı* ifadesi kullanılırken; bazen de *ön-karar* ibaresi tercih edilebilmektedir. Ne var ki bunun şekli bir ayırım olduğu da kabul edilmektedir. Maddi meseleler hakkında ara (ön) kararı verilmesi yolu tercih edilirken, bu sayede, yargılamanın seyrinin de kolaylaştırılacak olmasına özen gösterilmelidir. Ancak bu şart ile örneğin, davalının zamanaşımı definin reddi; davacının sıfat yokluğu veya haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun tespiti (*tazminat miktarına sonradan karar vermek kaydıyla*), bir ara kararı ile sonuçlandırılabilir.

Türk hukukunda, usulî meseleler yanında, maddi hukuka ilişkin sorunların da ara kararına konu olabileceği öğretide kabul edilmiştir. Zamanaşımı definin reddine, bir ara kararı ile hükmedilebilir⁷²³. Kaldı ki, HUMK’un 221. maddesi, “...*mezkur itirazat veya müdafaattan birini veya bir kısmını diğerinden evvel tahkik ederek hükmedilmesine karar verebilir...*” şeklindeki düzenlemesiyle hâkimin esasa yönelik konular hakkında, yaptığı inceleme neticesinde vardığı sonucu, hüküm altına alabileceğini, öngörmüştür. Ancak bunun için ara kararının, yargılamayı basitleştirecek veya kısaltacak, yani yargılamanın seyrini kolaylaştıracak nitelikte olması gerekir⁷²⁴.

Bütün bu tartışmalara burada yer vermemizin asıl nedeni, şu sorunun cevabını bulabilmektir: Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7/H/V. maddesine göre hakemlerin *özellikle*

⁷²² SCHÜTZE, s. 113; HENN, s. 151; LIONNET, *Handbuch*, s. 271; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 18, Rn. 12; ZÖLLER/GEIMER, §1056, Rn. 2. Alman hukuku yönünden, sadece ara kararlarına karşı, kural olarak, kanun yoluna başvurmak mümkün değildir (*karş. HUMK m. 427/I*). Ancak *gerek* davanın geçerliliğine ilişkin (ZPO §280/II) (*özellikle bkz. ZÖLLER/GEIMER, §1032, Rn. 15*) *gerekse* sebebine yönelik ara kararları (*Grundurteil*) (ZPO §304/II), bu kurala bir istisnadır. Bunlar, tıpkı nihai kararlar gibi, kanun yoluna tabidirler. Taraflarla üçüncü şahıslar arasındaki ara ihtilafları sonuçlandıran ara kararları ise *Beschwerde* yoluyla derhâl iptal edilebilirler (TANVERDİ, s. 84-85, 91). *Ayrıca bkz. WAGNER, s. 782.*

⁷²³ KARAFAKİH, s. 89. *Ayrıca bkz. HGK. 15.9.1982, 1979/7-1798; 1982/785 (YKD 1983/4, s. 478 vd)*. Ara ihtilaflar, taraflar arasında olabileceği gibi, taraflardan biriyle üçüncü bir kişi arasında da yaşanabilir. Örneğin, eski hâle getirmenin kabule şayan olup olmadığı; yargılamanın iadesi talebinin geçerli olup olmadığı; dava şartlarının varlığının kabulü; ilk itirazın reddi kararları hep taraflar arasındaki meselelerdir. Ancak, ferî müdahâlenin kabule şayan olup olmadığı; tanıklıktan kaçınma hakkının bulunup bulunmadığı, yedindeki vesikayı ibrazdan kaçınma istenen kişinin ibrazdan kaçınma hakkının olduğu gerekçesiyle söz konusu vesikayı ibrazdan imtina etmesi hâlinde, böyle bir hakkının olup olmadığı da tarafla üçüncü şahıs arasında yaşanan ara ihtilaflardır (TANVERDİ, s. 87, 88, 90).

⁷²⁴ TANVERDİ, s. 89.

de yargı yetkilerinin bulunduğuna ilişkin kararlarının denetlenmesi mümkün müdür⁷²⁵? Şayet bu soruya olumlu yanıt verilecekse burada, aynı kanunun 15/A. maddesinde düzenlenen iptal davası mı geçerlidir?

Aslında hiç şüphesiz ki, kanun koyucunun, burada, anılan tür ve içerikteki hakem kararlarıyla ilgili olarak herhangi bir kanuni düzenleme getirmemesinden de hareket ederek bu tip kararlara karşı geçerli hiçbir hukuki çarenin olmadığı, söylenebilir. Hatta bu görüşün altında yatan gerekçenin, milletlerarası tahkimde, Türk mahkemelerinin hakemlerin yargı yetkisi konusunda verecekleri kararları *derhâl* değil; *ancak nihai kararın ardından* denetlemelerinin istendiği de söylenebilir. Bu şekilde, mahkemelerin hem tahkimdeki *denetim rolleri* kısıtlanacak *hem de* tahkime işlerlik kazandırılacaktır. ***Biz, bu görüşte değiliz.*** Tam aksine, her iki mehzamız, yani gerek Model Kanun'un 16/III. maddesi gerekse İsviçre PİL Art. 186/III, hakemlerin yargı yetkilerine ilişkin kararlarının özellikle de olumlu içerikte olanların derhâl, yargılama devam ederken, denetlenmesine cevaz vermektedir. Bu durum, Alman hukukunda da açıkça bu şekilde düzenlenmiştir (ZPO §1040/III). Şu hâlde, yargı yetkisi konusunda, özellikle de olumlu içerikteki kararların, derhâl denetlenebilecek olması ile böyle bir denetimin milletlerarası tahkim yargılaması üzerindeki olumsuz etkilerinin nasıl izale edileceği sorunlarını, ayrı ayrı değerlendirmek gerekir ki, bu son sorunun cevabı da zaten verilmiştir. Tahkim yeri mahkemelerinin, hakemlerin yargı yetkisi konusunda vermiş oldukları kararın denetimi sırasında yapacakları yargılama nedeniyle tahkim yargılaması, kendiliğinden durmayacak; hakemler, yargılamaya kaldıkları yerden devam ederek hüküm dahi kurabileceklerdir (Model Kanun m. 16/III, ZPO §1040/III).

Anılan kanun boşluğu dikkate alındığında, ön sorun şekilde çözüme kavuşturulan ve hakemlerin de işten el çekmesini gerektirmeyen, yargı yetkisiyle ilgili ve olumlu içerikteki kararların, doğrudan MTK'nın 15/A/I. maddesine göre iptale tabi olup olmadığı, yukarıda da tartışmaya açtığımız gibi bu yöndeki kararın niteliği ile ilgilidir. Seçeneklerimiz kısaca şöyledir:

- a) Hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili olumlu içerikteki kararlarının, birer *kısmi karar* olarak kabul edilmesi (*ayrıca bkz. Tasarı m. 440*), mümkündür. Bu şekilde, *hem* NCPC Art. 1474'den de esinlenerek usule ilişkin bir sorunun –nihai (*tarafları da bağlayıcı*) bir biçimde- çözüme kavuşturulduğu kabul edilir *hem de* MTK'nın 15/A/I. maddesinde, kararın türü konusunda herhangi bir nitelendirmede bulunulmamış

⁷²⁵ *Ayrıca bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, Tasarı, s. 227.*

olmasından hareket ederek bu tip kararların da iptal davasına konu edilebileceği, söylenebilir.

b) Mevzuatımız olan İsviçre'ye yakınlaşarak –*Model Kanun'un 16/III. maddesindeki gibi açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle de-* bu tip kararların bir *ara kararı* olduğu kabul edilir. Bunun üzerine (*ki bu durumda, kısmi karar nitelendirmesi, yine İsviçre hukukunda olduğu gibi çok dar bir kalıba oturacaktır*) hem yine MTK'nın 15/A/I. maddesinde, kararın türü konusunda herhangi bir nitelendirmede bulunulmamış olması *hem de* tıpkı PIL Art. 190/II, b'de düzenlendiği gibi, özel bir iptal sebebi olan, “*hakemlerin hukuka aykırı olarak yetkili olduklarına karar vermiş olmasının*” -Model Kanun'un 34/II, a maddesinin aksine- MTK'nın 15/A/II, 1, d bendinde düzenlenmesi nedeniyle anılan türden kararların da, Türk hukuku bakımından iptal davası yoluyla denetlenmesi mümkün olabilecektir.

Her iki hâlde de yapılmak istenen, aslında, sadece ***anılan türden kararların tahkim yargılaması süresince denetimsiz bırakılmamasını temin etmektedir.*** Bunun ne yolla yapılacağı, önemli ölçüde, teorik bir meseledir. Zira her iki durumda da, geçerli hukuki çare, Türk hukuku yönünden iptal davasıdır. Ancak anılan nitelendirme sayesinde, söz konusu nitelendirmeye uyan başkaca kararların da iptal davası yoluyla denetlenmesinin mümkün olup olmadığı (*özellikle esas yönelik ara kararları bakımından*) yahut iptal davası sırasında, hakemlerin işten el çekmedikleri de dikkate alındığında, yargılamaya kalındığı yerden devam edilmesi konusunda, takdir haklarının bulunup bulunmadığı, çözümü gereken en az ilki kadar önemli, diğer sorular ve sorunlar olmaktadır.

3- Hakemlerin Yargı Yetkilerinin Bulunmadığına Karar Vermesi

Hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili verecekleri kararın türü, büyük ölçüde, sonucu ile yakından ilgilidir. Örneğin hakemlerin, yargı yetkilerinin bulunmadığı yönündeki kararlarının, tahkim yargılamasını da sona erdirmesi nedeniyle ***nihai bir karar olduğu (final award)*** ve hatta 1958 New York Sözleşmesi hükümleri kapsamında, tanınmasının dahi talep edilebileceği görüşü, ileri sürülmektedir (MTK m. 7/H/V; 13/B/I, b. 3; 15/A/II, b. 1, d)⁷²⁶. Ne var ki bu sonuca, tereddütsüz bir biçimde ve üzerinde hiçbir tartışma olmaksızın varılmış da değildir.

Alman Federal Mahkemesi'nin konuyla da ilgili bir içtihadında uyuşmazlık, Alman ve Suudi Arabistanlı taraflar arasında yapılmış, danışmanlık sözleşmesinden

⁷²⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 335.

kaynaklanmaktadır⁷²⁷. Alman tarafın, danışmanlık sözleşmesine göre tahakkuk eden ücreti ödememesi üzerine, tahkim anlaşmasında da kararlaştırıldığı üzere, Almanya’da (*tahkim yeri*) ücret bedelinin tahsili amacıyla tahkim süreci başlatılır. Alman taraf, hakemlerin yargı yetkisine itiraz eder. Hakemler, itirazı haklı görür, yargı yetkilerinin bulunmadığına ve dahası, davacının yargılama giderlerini ödemesine “**Teil-Prozeß-Schiedsspruch-Zwischenentscheid**” “*partial procedural award: preliminary decision*” başlığı altında, karar verirler (ZPO §1040/III). Davacı, İstinaf Mahkemesi’ne, sözü edilen hakem kararının ZPO §1059/I uyarınca iptali için başvurur (ZPO §1062/I, b. 4). Mahkeme, her ne kadar böyle bir başvuruyu geçerli görmekte birlikte, somut olay yönünden, hükmün iptali için kanunda öngörülen nedenlerden hiçbirinin bulunmadığına karar verir. Karara göre, hakemlerce yapılan vasıflandırma ne olursa olsun, verilen karar, *mahkemelerce iptali istenebilecek bir hakem kararı (Schiedsspruch) niteliğindedir*. İşin esasıyla ilgili olarak mahkemeye göre hakemlerin, tahkim anlaşmasının geçerli olması nedeniyle yargı yetkilerinin bulunduğu karar vermeleri, beklenirdi. Ancak yine de başvuru reddedilmiş, zira ZPO §1059/II’de öngörülen nedenlerden hiçbirinin, gerçekleştiği tespit edilememiştir.

Alman Federal Mahkemesi, kararı onamıştır (ZPO §1065/I): Söz konusu hakem kararı, ZPO §1059 anlamında, iptali istenebilecek *nihai* bir hakem kararıdır (*Schiedsspruch*, ZPO §1059/I; *karş. Beschluß*, ZPO §1056/I). *Kompetence-kompetence* gereği hakemler, yargı yetkileri konusunda karar verebilecekleri gibi, şayet yargı yetkilerinin bulunmadığına karar verirlerse tahkim yargılaması da sona erecektir. Yaşananların, uyuşmazlığın esasıyla ilgili verilen nihai hakem kararıyla tahkimin sona ermesinden bir farkı yoktur. Kaldı ki, bu *türdeki* bir karara karşı (*yargı yetkisi hakkındaki olumsuz kararlar*), iptal davası yoluna başvurulabilmesi, yasa koyucunun iradesi ile de örtüşmektedir (*karş.* ZPO §1040/III).

Federal Mahkeme, hakemlerin vermiş oldukları kararın doğruluğu üzerine bir görüş açıklamamış olmakla birlikte, ZPO §1059/II’de geçerli olan iptal nedenlerinden *hiçbirinin de* böyle bir kararın iptali için somut olay yönünden geçerli olmadığı sonucuna ulaşmıştır (*karş. MTK m. 15/A/II, b. 1, d*; PIL Art. 190/II, b): Örneğin ZPO §1059/II, 1, a, sadece geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmamasını, bir iptal nedeni olarak düzenlemişse de, davacı, tam aksine, tahkim anlaşmasının geçerli olduğundan hükmün iptalini istemektedir. ZPO §1059/II, 1, b veya d’nin yani hakem heyetinin teşekkülünde yahut tahkim usulünde, bir usulsüzlük olduğu, iddia edilmiş de değildir. Buna rağmen, mahkemece gerçekleştirilecek bir inceleme, bu sefer, *révision au fond* yasağı ile çelişecektir. ZPO §1059/II, 1, c ancak hakemlerin yargı

⁷²⁷ BGH, SchiedsVZ 2003, s. 39 vd.

yetkilerini *aşmaları* hâlinde uygulanabilir. Oysa burada hakemler, yargı yetkilerini *inkâr* etmişlerdir. **Kaldı ki hakemlerin hukuka aykırı olarak yargı yetkilerini inkârı, tam tersi olan, hakemlerin hukuka aykırı olarak yargı yetkilerinin bulunduğuna hükmetmeleri kadar vahim de değildir.** Zira bu hâlde taraf, *tabii hâkimini; ona başvurma* imkânını kazanmaktadır. Tarafın uyuşmazlığın esasıyla ilgili talep ve iddialarını, mahkemeler önünde ileri sürme, dava etme hakkı, hâlâ bulunmaktadır. Şu hâlde, hakemlerin vermiş oldukları böyle bir kararın *yanlış* da olsa Alman kamu düzenini, olumsuz yönde ve derinden etkilediğini söylemek, mümkün değildir (ZPO §1059/II, 2, *b*). Ayrıca hakemlerce, bu hâlde de yargılama giderlerine hükmedilebilmiş olması, *Kompetence-kompetence* öğretisinin doğal bir sonucudur.

Alman Federal Mahkemesi'nin değindiği konuların her biri, sadece Alman hukukunda değil; diğer ülke hukuklarında da son derece tartışmalı, meselelerdir. Esasen sorunun çözümündeki güçlük, büyük oranda, *lex arbitri*'nin, yani bir anlamda *lex loci arbitri*'nin bu konuda somut bir düzenleme içermemesi nedeniyle yaşanmaktadır (*karş. MTK m. 7/H/V*). Öncelikle çözümü gereken, *hakemlerce, yargı yetkileriyle ilgili olarak karar verildiğinde, bu kararın türünün ne olduğu ve böylece, özellikle millî tahkim kanunları bağlamında, söz konusu karara karşı, geçerli herhangi bir hukuki çarenin bulunup bulunmadığıdır*⁷²⁸.

Hollanda kanunu yönünden, mesele, son derece basit bir çözüme kavuşturulmuştur (Hollanda CCP Art. 1052/V). Buna göre, taraflarca aksi öngörülmediği sürece, hakemlerin *yargı yetkilerinin bulunmadığına* ilişkin kararları, *kesin (nihai) ve bağlayıcı* olup uyuşmazlığın esası, artık mahkemelerce görülecektir⁷²⁹. Taraflara, hakemlerce verilen böyle bir kararın yanlış olduğu; hakemlerin, verilen kararın aksine yargı yetkilerinin bulunduğu gerekçesiyle mahkemelere yönelik, herhangi bir başvuru imkânı, tanınmış değildir. Bu nedenle böyle bir karara karşı, iptal davasının açılıp açılmayacağı sorunu, tartışma konusu değildir (Hollanda CCP Art. 1064 vd). Oysa *hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğuna ilişkin –ara- kararlarına karşı, ancak tam veya kısmi nihai kararlarla birlikte, iptal davası, açılabilir* (Hollanda CCP Art. 1052/IV)⁷³⁰. Öğretide de, yargı yetkisi bulunmayan hakemlerin zaten karar veremeyecekleri; hüküm kuramayacakları görüşü, ileri sürülmektedir. Bu durumda, hakemler, sadece yargı yetkilerinin bulunmadığını taraflara *beyan edebilir; sahip oldukları kanaati taraflarla paylaşabilir*. Eş deyişle yargı yetkilerinin bulunmadığı sonucuna

⁷²⁸ KRÖLL, s. 58.

⁷²⁹ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 83, 84..

⁷³⁰ Hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğuna ilişkin kararlar, düzenlemenin bu hâli karşısında, bir *kısmi nihai hakem kararı (partial final award)* değil, ancak ve en erken bu tip bir kararla iptal denetime tabi tutulabilen *ara kararı (interim award)* olarak kabul edilmiştir (FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 87; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 78, 83).

vardıktan sonra, hakemlerin iptal davasına da konu edilebilen bir karar vermeleri mümkün olmadığı gibi, yargılama giderlerine de hükmetmeleri, söz konusu olamaz⁷³¹.

İsviçre hukuku, tam aksi yöndedir. Söz konusu millî tahkim kanunu, hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili verebilecekleri *her iki yöndeki* kararın bir kez de mahkemelerce, özellikle de *iptal davası* yoluyla denetimini, mümkün kılmıştır (PIL Art. 190/II, b; 186/III; 188)⁷³². Bir başka ifadeyle hakemlerin, yargı yetkileri üzerine verecekleri kararlar, iptal davası yoluyla denetlenebilecek *türdendir*. Bu nedenle de hakemlerin, söz konusu kararla birlikte, örneğin yargılama giderlerine de hükmetmesi, pekâlâ mümkündür⁷³³.

Belçika hukukunun ise nispeten daha ortada bir yolu tercih ettiği gözlenmektedir. Buna göre, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğuna ilişkin karar, ancak uyuşmazlığın esası üzerine verilen kararın mahkemelerce denetimi esnasında tartışmaya açılabilir. Buna karşın mahkemeler, taraflardan birinin talebi üzerine, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığına ilişkin kararın doğru olup olmadığına karar verir (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1697/III). Bu duruma özgü olarak düzenlenen hukuki çarenin, iptal davası ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır (*karş.* Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1704)⁷³⁴.

İngiliz hukukunda, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığına karar vermeleri hâlinde, öğretide, varılan sonucun, *hem* bir “award” hem de 1996 AA §67/I, a’ya göre denetiminin mümkün olduğu ileri sürülmektedir⁷³⁵. Hükümün lafzı, “...*challenging any award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction...*” hakemlerce, yargı yetkileri üzerine verilecek *her türdeki kararın* “award” denetimini mümkün görmektedir⁷³⁶.

Bu konuda bir açıklığın bulunmadığı Fransız hukukunda da, böyle bir kararın, yani *hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığına ilişkin kararının*, iptal davası yoluyla denetimi (NCPC Art. 1502/III) mümkün görülmektedir⁷³⁷.

⁷³¹ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 83 vd; KRÖLL, s. 58. Ayrıca bkz. SAMUEL, s. 217.

⁷³² SANDERS, *Arbitration*, s. 129; GEISINGER/FROSSARD, s. 144; WENGER, Art. 186, s. 477; KALPSÜZ, *İsviçre*, s. 20, 21; *Sempozyum*, s. 134, 135.

⁷³³ JERMINI, Rn. 164-165; KRÖLL, s. 59; WENGER, Art. 186, s. 477; DIMOLITSA, s. 232; KARRER/KALIN-NAUER, s. 32; WERNER, s. 14, 15.

⁷³⁴ KRÖLL, s. 59.

⁷³⁵ HARBST, s. 30, 131, 132; KRÖLL, s. 60; DIMOLITSA, s. 232; CHUKWUMERİJE, s. 178; RUTHERFORD/SIMS, s. 102, 103; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 78; MERKIN, s. 77; HARRIS/PLANTERÖSE/TECKS, s. 314-316. Yapılacak denetim, *tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi*, tam bir denetim niteliğindedir ve uyuşmazlığın esasıyla ilgili hakem kararlarından farklı olarak, sadece kamu düzeniyle de sınırlı değildir (KARRER/KALIN-NAUER, s. 32; WERNER, s. 15; GEISINGER/FROSSARD, s. 144).

⁷³⁶ BERAUDO, *Case Law*, s. 111. Verilen karar, uyuşmazlığın esasıyla ilgili kararla aynı türdendir (AEBERLI, s. 265, 268; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 78).

⁷³⁷ KRÖLL, s. 60; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 737, 739, DIMOLITSA, s. 232. *Karş.* SANDERS, *Arbitration*, s. 129. Avusturya hukukunda ise hakemlerin yukarıda sözü edilen içerikteki kararlarının mahkemelerce denetiminin mümkün olmadığı; varılacak sonucun, *hüküm* yahut *karar* niteliğinde görülemeyeceği; bu nedenle de iptal davası denetime tabi tutulamayacağı, ileri sürülmektedir. Zira yargı yetkisinin bulunmayışı, hakemlerin *hüküm kurma-karar verme yetkilerini* de ortadan kaldırmaktadır. Oysa

UNCITRAL Model Kanunu, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığı sonucuna varmaları hâlinde, tahkim yargılamasının akıbeti konusunda, suskundur (*karş.* Model Kanun m. 16/III)⁷³⁸. Hazırlık çalışmaları, yoğun tartışmaların yaşandığını göstermektedir. Örneğin *ikinci taslakta*, yargı yetkisinin bulunmadığına ilişkin hakem kararları için özel bir hukuki çare düzenlenmişken; yargı yetkisinin bulunduğuna ilişkin hakem kararlarının, ancak esas hakkındaki kararlar birlikte ve iptal davası yoluyla denetimi, öngörülmüştü. Buna karşın, nihai metinde, yargı yetkisinin bulunduğuna ilişkin hakem kararı için iptal davası dışında, *özel* bir hukuki çare öngörülmüş olmakla birlikte (Model Kanun m. 16/III); yargı yetkisinin bulunmadığına ilişkin hakem kararları için herhangi bir düzenleme yapılmamış; yapmaktan kaçınılmıştır⁷³⁹. Bu suskunluk karşısında ve özellikle yapılan tartışmaların ardından, çeşitli sonuçlara varılmaktadır. Örneğin, hakemlerce yargı yetkilerinin bulunmadığı sonucuna varıldığında, taraflar arasındaki esasa ilişkin çekişmenin nerede çözümleneceği sorunu, henüz, çözümlenmiş değildir. Bu hâlde uyuşmazlığın, örneğin mahkemelere taşınacak olması hâlinde, *konu*, ancak mahkemelerce kesinkes çözüme kavuşturulacaktır⁷⁴⁰. Kaldı ki, böyle bir sonuca varan hakemlerin, tekrar tahkime mecbur edilmeleri de mümkün gözükmemektedir. Buna karşın, nispeten azınlıkta kalan görüşe göre, hakemlerin bu tip kararları da iptal davasına konu edilebilecek türden olup bu yolla söz konusu kararların mahkemelerce denetimi, mümkün ve caizdir⁷⁴¹.

Bir sonuca varmak konusunda, Model Kanun'un hazırlık çalışmalarını esas almak oldukça güçtür. Ancak, şurası açıktır ki, taraflara, tahkimin (ve tahkim anlaşmasının) geçerli olup olmadığı konusunda, mahkemelere doğrudan başvurabilmeleri imkânı, tanınmamıştır (*karş.* HUMK m. 519). Zira buna ilişkin taslak hüküm, açıkça reddedilerek, ana metinden çıkartılmıştır (*karş.* ZPO §1032/II; 1996 AA §32/II)⁷⁴². Sonuç olarak, Model Kanun içerisinde,

hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğuna ilişkin bir karar, ancak uyuşmazlığın esasıyla ilgili kararlar birlikte, iptal denetimine tabi tutulabilmektedir (LIEBSCHER/SCHMID, s. 547, 548). *Ayrıca bkz.* BERGER, s. 360.

⁷³⁸ DIMOLITSA, s. 232. *Ayrıca bkz.* BROCHES, *Commentary*, s. 79 vd.

⁷³⁹ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 486, 487; BROCHES, *Commentary*, s. 85, 86.

⁷⁴⁰ Önerilen çözüm, tatminkâr değildir. Zira tahkim yargılamasının davacısının mahkemeye başvurması hâlinde, *davalı tarafın*, ki daha önce hakemlerin yargı yetkisinin bulunmadığını ileri süren tarafın, bu kez tahkim itirazında bulunması mümkün değildir. Bunun en azından usulî dürüstlikle çatışacağı açıktır. Yine, mahkemede uyuşmazlığın esasıyla ilgili dava açmak zorunda bırakılan *davacının* tahkim anlaşmasının geçerliliğinden bahsetmesi, hem mümkün değildir hem de beklenmemelidir. Zira böyle bir durumda, davacı *sadece* tahkim anlaşmasından feragat etmiş sayılmakla kalmaz; *ama ayrıca* açılan dava, en azından bir ön sorun olarak tahkim anlaşmasının yahut yargılamasının geçerliliğinin tespitini içereceğinden, en azından Model Kanun bağlamında caiz sayılmayacaktır (KRÖLL, s. 61; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 161).

⁷⁴¹ BERGER, s. 362; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 487; 528; KRÖLL, s. 61; CALAVROS, s. 93; HUSSLEIN-STICH, s. 95. *Ayrıca bkz.* SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 108-110.

⁷⁴² HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 499-500, 528; BERGER, s. 363. *Karş.* MERKIN, s. 79; HARRIS /PLANTEROSE/TECKS, s. 177-178;

hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığına ilişkin kararın mahkemelerce denetimi ne açıkça mümkün görülmüş ne de reddedilmiştir⁷⁴³.

Türk milletlerarası tahkim hukukundaki duruma geçmeden önce, Alman Federal Mahkemesi içtihadından hareketle konunun bir de Alman hukuku yönünde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Zira en azından, bu tip kararlar yönünden (ZPO §1040/III; MTK m. 7/H/V) geçerli, kanun boşluğu dikkate alındığında, Alman hukuku ile Türk hukuku arasında belki de bir paralellik kurmak, mümkün olabilecektir. Kaldı ki her iki ülke hukuku da temelde, kendisine Model Kanunu esas almış olup kaynaktaki bu birlik dikkate alındığında, Alman Federal Mahkemesi kararının Türk hukuku için de oldukça önemli olduğu sonucuna şimdiden varmak, mümkündür.

1998 Reformu'nun ardından ZPO §1040/III'de, tıpkı Model Kanun'da olduğu gibi, *sadece* hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğu karar vermeleri hâlinde, geçerli olan hukuki çare düzenlenmiş; aksi duruma ilişkin suskun kalınmıştır⁷⁴⁴. Hakemlerce, yapılan itiraz üzerine, yargı yetkilerinin bulunduğu, bir "*Zwischenentscheid*" şeklinde, kural olarak esas hakkındaki hükümden (*Schiedsspruch*) bağımsız olarak, karar verilecektir. Bu terminolojinin, yukarıda aktardığımız içtihadı konu olayda, hakemleri de etkilediği görülmektedir. Zira hakemler, vermiş oldukları karara, "*Teil-Prozeß-Schiedsspruch-Zwischenentscheid*" başlığını vermişlerdir. Ancak hakemler, verdikleri kararın özellikle içeriğinin, kanunda düzenlenen farklı olduğunu öngörmüş olacaklar ki, başlığa "*Teil-Prozeß-Schiedsspruch*" kısmını da ayrıca eklemekten geri kalmamışlardır⁷⁴⁵.

Kararın bir "*Zwischenentscheid*" olmadığı ne kadar yerindeyse; böyle bir *ek* vasıflandırma da o kadar yanıltıcıdır. Zira tıpkı *Zwischenentscheid*'de olduğu gibi *Teil-Prozeß-Schiedsspruch* "*partial award*" da (*uyuşmazlığın tümü bakımından*) bir nihai karar değildir; arkasından, yargılamanın devamı esnasında, mutlaka bir nihai kararın (*yani global kararın*) verilmesi gerekecektir. **Oysa olayda, tahkim yargılaması, hakemlerin yargı yetkilerinin olmadığı sonucuna varmalarıyla sona ermiş olup** artık hakemlerce tahkim yargılamasına devam edilmesi olası değildir. Tahkim yargılaması şeklinde bir *bütün*

⁷⁴³ SAMUEL, s. 218; DIMOLITSA, s. 232; KRÖLL, s. 61.

⁷⁴⁴ ZPO §1040/III'de, hakemlerin yargı yetkilerine ilişkin bir itiraz üzerine, bu konuda *derhâl* bir karar verilmesi gerektiği, en azından lâfzen, tercih edilmiş gözükmektedir. Kanunda *sadece* yargı yetkisine ilişkin itirazın, bir ön sorun olarak incelenmesi ihtimali düzenlenmiş; Model Kanun'un 16/III. maddesinden farklı olarak konunun uyuşmazlığın esasıyla ilgili olarak verilecek karar içinde değerlendirilmesi ihtimalinden bahsedilmemiştir (*karş. MTK m. 7/H/V*). Buna rağmen öğretilde, son derece istisnai hâllerde, örneğin yargı yetkisine ilişkin meseleyle uyuşmazlığın esasının mantıken birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığı veya yargı yetkisine ilişkin verilecek kararın tahkimin geciktirilmesine sebebiyet vereceğinin anlaşılması hâlinde, sorunun, uyuşmazlığın esası hakkındaki kararla birlikte değerlendirilmesinin mümkün olduğu, ileri sürülmüştür (WAGNER, s. 707; KRÖLL, s. 62).

⁷⁴⁵ KRÖLL, s. 62.

kalmamıştır ki, bunun bir *kısmına* ilişkin şimdilik karar verilmiş olsun. Alman Federal Mahkemesi, öğretiyeye de uygun olarak hakemlerin bu tip bir kararını, usule ilişkin nihai karar “*Prozeß-Schiedsspruch*” olarak vasıflandırmıştır⁷⁴⁶. Böyle bir durumda da hakemlerin karar verebilecek olmalarının, 1998 öncesi Alman hukukunun aksine, açıkça düzenlenen (ZPO §1040/I) *Kompetence-Kompetence* öğretisinin hem doğal bir sonucu hem de gereği olduğuna inanılmaktadır. Önceleri, bu hâlde, hakemlerin herhangi bir *karar* vermeksizin yargılamaya, *fiilen* devam etmemelerinin gerektiği kabul edilmekteydi. Zira yargı yetkilerinin bulunmadığı sonucuna varan hakemlerin, ayrıca bir de karar verebileceklerinin kabulü, mümkün gözükmemekteydi⁷⁴⁷. Öğretiye göre, artık böyle bir kabul, geçerli değildir. Zira tıpkı Model Kanun’da olduğu gibi (Model Kanun m. 32/I; *karş.* **MTK m. 13/B; 14/A/II; 15/A/I**) ZPO §1056/I’e göre de tahkim yargılaması, ya bir “*Schiedsspruch, award*” ile ya da bir “*Beschluß, decision*” ile sona erecektir; bundan başka bir usul yoktur (*karş.* **MTK m. 13/B/I**)⁷⁴⁸. Gerçi Alman öğretisinde, hâlâ, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu; yargı yetkilerinin bulunmadığı sonucuna ulaşan hakemlerin, aynı zamanda bir “*Schiedsspruch, award*” veremeyeceklerini de beyan etmiş oldukları; bu hâlde, varılan sonucun olsa olsa bir “*Beschluß, decision*” olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁴⁹.

Bu son görüş, bizzat *Kompetence-Kompetence* öğretisinin kendisiyle çürütülmek istenmektedir⁷⁵⁰. Zira hakemlerde olduğu *varsayılan* bu güç, ***kaynağını tahkim anlaşmasında değil; hukukta, özellikle de tahkim yeri hukukunda bulur.*** Bu nedenle en azından yargı yetkisine ilişkin hususlar bakımından, artık hakemlerle mahkemeler arasında bir fark yoktur. Bu gücü kullananlar, yargı yetkilerinin bulunduğu hükmedebilecekleri gibi, bulunmadığına da karar verebileceklerdir; özellikle bu son sonuç, benzerleri mahkeme yargılamasında görüldüğü üzere, *usule ilişkin nihai bir karar* olacaktır. Bu nedenle, yapılacak yorumlar yönünden, artık tahkim anlaşmasının varlığı veya yokluğu, bir veri olmamalıdır. Böyle bir kararın ardından tahkim, sona erdiğine göre, aynı sonucun gerçekleştiği, esasa ilişkin nihai

⁷⁴⁶ **LIESCHER**, s. 133. Bu hâlde, artık, ZPO §1059’da düzenlenen *iptal davası* yolu da açıktır (**BERGER**, s. 360; **KRÖLL**, s. 62, 63; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 335; **ZÖLLER/GEIMER**, §1040, Rn. 10; **ALBERS**, §1040, Rn. 4). İsviçre hukuku bakımından da söz konusu karar, usule yönelik *nihai* bir karardır ve iptal davası yoluyla denetlenebilir (**WENGER**, Art. 186, s. 477). *Karş.* **SANDERS**, *Quo Vadis Arbitration*, s. 186.

⁷⁴⁷ Bu usulün bugün de geçerli olabileceği ihtimaline ilişkin bkz. **SCHWAB/WALTER/BAUMBACH**, Kap. 18, Rn. 4. Ancak bu şartlar altında, hakemlerin yargı yetkisinin bulunmadığı şeklindeki bir *iradenin, kanaatin* denetlenmesi de olası değildir (ZPO §1062) (**KRÖLL**, s. 63). *Ayrıca bkz.* **SAMUEL**, s. 219.

⁷⁴⁸ **SANDROCK**, s. 40.

⁷⁴⁹ **BERGER**, s. 360; **KRÖLL**, s. 63; **MUSIELAK/VOIT**, §1040, Rn. 8. *Ayrıca bkz.* **SANDERS**, *Quo Vadis Arbitration*, s. 185, 186.

⁷⁵⁰ *Karş.* **DIMOLITSA**, s. 232.

kararla hakemlerin yargı yetkisinin bulunmadığına ilişkin usulî bir kararın aynı hukuki sonucu doğurmaları, son derece yerinde ve doğru olacaktır⁷⁵¹.

Hakemlerce bu hâlde varılacak sonucun “*Schiedsspruch, award*” olarak değil; ama örneğin, önerildiği üzere bir “*Beschluß, decision*” olarak kabulü, başlıca iki büyük soruna neden olacaktır: İlkine göre, gerek Model Kanun’un 34. maddesi gerekse ZPO §1059 bağlamında, iptal davası yolu, sadece “*Schiedsspruch, award*”lar içindir (*karş. MTK m. 15/A/I*); “*Beschluß, decision*”lar için geçerli, herhangi bir hukuki çare, öngörülmuş değildir (ZPO §1062). Kaldı ki hakemlerin yargı yetkilerinin bulunması hâlinde, verecekleri kararın (*Zwischenentscheid*) denetimi, sadece bu hâl için ve özel olarak öngörülmiştir; içeriğine, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığına ilişkin kararların dâhil edilmesi mümkün gözükmemektedir (ZPO §1040/III; Model Kanun m. 16/III)⁷⁵². Şu hâlde hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğu karar vermeleri ile bulunmadığına karar vermeleri arasında, haklı görülemeyecek bir fark ve ayırım gündeme gelecektir⁷⁵³. İkinci mesele, “*Beschluß, decision*” şeklindeki kararların kesin hüküm etkisinin bulunmamasıdır (ZPO §1055). Bu ihtimalde, özellikle davacı tarafın, yargı yetkisini kabul eden bir hakem heyeti teşekkül edinceye kadar tahkimi zorlaması, teorik de olsa, mümkündür (*ayrıca bkz. ZPO §1032/II*). Öte yandan mahkemelerin de hakemlerin bu *kanaati* ile bağlı olmaları söz konusu değildir. Mahkemelerce, hakemlerden aksi yönde bir sonuca varılması hâlinde, bu zamana kadar âdeta boşa geçen sürenin, gözden uzak tutulmaması gerekir⁷⁵⁴.

Bütün bu tartışmaların ardından, özellikle Federal Mahkeme’nin içtihadı da dikkate alındığında, Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından (**MTK m. 7/H/V**), bu yöndeki hakem kararlarının da iptal davasına konu edilebileceğini söylemek, mümkündür. Ne var ki, iptal davalarının UNCITRAL Model Kanunu ve onu örnek alan millî tahkim kanunları bakımından, özellikle uyuşmazlığın esasına ilişkin nihai hakem kararlarının denetimi için kabul edildiği de, gözden uzak tutulmamalıdır (özellikle *karş. MTK m. 15/A/II, b. 1, d*; PIL Art. 190/II, b)⁷⁵⁵. Oysa incelediğimiz ihtimalde, usule ilişkin bir nihai karar, söz konusudur. Federal Mahkeme bu davada, özellikle iptal nedenlerini, somut olay özelinde dar yorumlayarak hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığına ilişkin bir kararın *ancak*, hakemlerin teşekkülünde veya kararın verilmesi esnasında icra edilen yargılamada, bir usulsüzlük olduğunun tespiti hâlinde iptalinin

⁷⁵¹ KRÖLL, s. 64. *Aynı yönde bkz. BERGER*, s. 361; **HARBST**, s. 40. Bu yorumun Alman yasa koyucunun iradesi ile de örtüştüğüne ilişkin bkz. *BT- Drs 13/5274*, s. 44.

⁷⁵² Hükümün içeriğinin *de lege ferenda* genişletilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **MUSIELAK/VOIT**, §1040, Rn. 8; **SANDERS**, *Quo Vadis Arbitration*, s. 185, 186.

⁷⁵³ KRÖLL, s. 64.

⁷⁵⁴ Bunun bir *denial of justice* olduğuna ilişkin bkz. **KRÖLL**, s. 64. *Ayrıca bkz. SCHWAB/WALTER/BAUMBACH*, Kap. 7, Rn.10, 11.

⁷⁵⁵ KRÖLL, s. 65.

mümkün olduğuna, karar vermiştir⁷⁵⁶. Bu karar, özellikle iptal nedenlerinin dar yorumlanması nedeniyle eleştirilmiştir⁷⁵⁷. Şu durumda, Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından oldukça şanslı olduğumuzu söylemek, hiç de yanlış olmaz (**MTK m. 15/A/II, b. 1, d**). Zira hukukumuz bakımından aşağıda, iptal nedenlerine ilişkin yapılan yorumlardan bağımsız olarak hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığına ilişkin bir kararın yerindeliliğinin iptal davası yoluyla denetlenmesi, mümkündür (*ayrıca bkz.* PIL Art. 190/II, b).

Lakin Federal Mahkeme içtihadına konu olan yorumun nedenleri, kısaca şöyledir: *Yargı yetkisinin bulunmadığına hatalı olarak hükmedilmesi*, bağımsız bir iptal nedeni olarak düzenlenmiş değildir (*karş.* **MTK m. 15/A/II, b. 1, d**; PIL Art. 190/II, b); *oysa* hatalı olarak, yargı yetkisi varmışçasına hakemlerce yargılamanın yürütülmesi, tam aksine bir denetim nedenidir (ZPO §1040/III). **Bu, son derece bilinçli bir tercihin ürünüdür.** Hakemlerin yargı yetkisinin bulunmadığına ilişkin bir kararın, yerindeliliği yönünden tam bir denetime tabi tutulması, istenmemektedir (*karş.* ZPO §1032/II, 1040/III). Esasen bu hâlde, aksi yöndeki durumun gerçekleşmesinde olduğu gibi, tarafların yoğun bir biçimde korunması da gerekli değildir. *Zira taraf, anayasaca güvence altına alınmış, yargısal herhangi bir temel hakkından mahrum bırakılmamaktadır.* Sonuçta uyuşmazlık, mahkemelerce çözümlenecektir ki, tarafın, yargısal olarak daha fazla korunmasını gerektirecek bir durum, artık geçerli ve gerekli değildir⁷⁵⁸.

Öncelikle, Model Kanunu (Model Kanun m. 34/II) büyük ölçüde aynen takip eden Alman kanun koyucusunun, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığına ilişkin kararları için özel bir iptal nedeni öngörmemiş olmasında, herhangi bir gerekçenin olduğundan yahut yapılan bilinçli bir tercihten bahsetmenin mümkün olmadığı, ileri sürülmektedir. ZPO §1059/II'de bu konuda herhangi bir hüküm olmamasının tek nedeni, Model Kanun'da da olmamasıdır⁷⁵⁹. Kaldı ki, suskunluk, mahkemelerce böyle bir denetimin yapılmasının kesinlikle istenmediği, anlamında da değildir. Zira Model Kanun'un hazırlık çalışmalarında, son derece tartışmalı olan bu konuda, *ortak bir çözüme varılamadığından*, mesele tümüyle millî hukuklara bırakılmıştır. Şu hâlde sorunun çözümünde, örneğin iptal davasına ilişkin

⁷⁵⁶ HARBST, s. 29. *Ayrıca bkz.* KRÖLL, s. 65.

⁷⁵⁷ KRÖLL, s. 65.

⁷⁵⁸ BGH, SchiedsVZ 2003, s. 39 vd. Federal Mahkeme, her ne kadar ve şeklen de olsa bu tip hakem kararları için iptal davası yolunun mümkün olduğu sonucuna varmışsa da; pratikte, özellikle *verilen kararın yerindeliliğinin denetlenmesini mümkün kılmamak*, iptal nedenlerini son derece katı yorumlamakla neredeyse ortadan kaldırılmak istenen (*BT-Drs* 13/5274, s. 44), 1998 Reformu öncesi hakemlerin yargı yetkisine ilişkin mahkemeler için de bağlayıcı karar verebilmeleri durumunu, *de facto* tekrar canlandırmıştır (KRÖLL, s. 65-67).

⁷⁵⁹ KRÖLL, s. 66.

hükmün nedenleriyle birlikte, daha esnek yorumlanması, mümkündür. Bu dahi sorunun millî hukuklarca çözümünde, bir çare olarak görülmüştür⁷⁶⁰.

Federal Mahkeme'nin ortaya koyduğu gerekçelerden belki de en ilginç olanı, varılan sonucun aslında, tarafın *tabii yargıcından* ayrılmasına sebebiyet vermediğidir. Gerçi geçerli bir tahkim anlaşması ile birlikte, artık hakemlerin, tarafların *tabii yargıcı* hâline gelip gelmedikleri konusu bir yana⁷⁶¹, somut olay özelinde, Alman mahkemelerini istemeyen; onların aksini kararlaştırmış olan Suudi tarafın, Alman hâkimlerine *tabii yargıcı* olarak kavuşmasını sağlamanın ne kadar yararlı ve gerekli olduğu, son derece tartışmalıdır. Böyle bir sonucun, *şayet geçerli ise* tahkim anlaşmasının taraflarının iradesi ile uyum içinde olmadığı açıktır. **Milletlerarası tahkim uygulamasında, iç hukuk yönünden tümüyle geçerli ve gerekli olan yorumların aynen uygulanması, beklenmemelidir.** Suudi tarafın, tabii yargıcı olduğu sonucuna varılan Alman mahkemelerine ihtiyaç duyduğundan veya (*tarafı olduğu tahkim anlaşmasına itibar edilmesini temin etmek dışında*) onların korumasını talep ettiğinden bahsetmek, en azından somut olayda mümkün değildir⁷⁶².

Hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili *her türdeki* karara, eşit bir biçimde davranılmalıdır. En azından Alman hukuku bakımından, hakemlerin yargı yetkisinin bulunduğuyla ilişkin kararlar, içerikleri de dâhil olmak üzere, *tam* bir denetime tabi tutulduklarına göre (ZPO §1040/III; *karş. MTK m. 7/H/V*)⁷⁶³ aksi yöndekilerin de benzer bir denetime tabi tutulmaları, sağlanmalıdır⁷⁶⁴.

Hakemlerce yargı yetkilerinin bulunmadığına karar verilmesi hâlinde, yukarıda sözü edilen kaygılar da dikkate alındığında, hangi iptal nedenin buna uyduğu, tartışmalıdır. Özellikle tahkim anlaşmasının geçersizliğinin bir iptal nedeni olduğu (Model Kanun m. 34/II, *a, i*; ZPO §1059/II, 1, *a*) dikkate alındığında, söz konusu hükmün, bu meselenin de çözümünde kullanılması, son derece zordur⁷⁶⁵. Bu noktada, bir başka ilke, olan *infra petita*, yani *hakemlerin tarafların ileri sürmüş oldukları hususlar üzerinde karar vermemiş olmaları*

⁷⁶⁰ İptal nedenlerinin dar yorumlanması fikri, egemen görüş olmakla birlikte, bu sorunun çözümünde geçerli değildir. **Zira anılan yorum tarzının amacı, tarafların karşılıklı tahkim iradelerini korumaktır.** Bu nedenle madem ki amaç, tarafların tahkim anlaşmalarını olabildiğince yaşatmaktır; geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanan hakem kararının iptalinde, söz konusu iptal nedenleri, dar yorumlanırken; hakemlerin yargı yetkisinin bulunmadığına ilişkin bir kararın iptali istendiğinde, geniş yorumlanmalıdır. Aksi hâlde, iptal davasına hâkim olan *ratio legis* 'in yaşatılması mümkün değildir (KRÖLL, s. 66).

⁷⁶¹ STOBER, s. 2003-2004.

⁷⁶² KRÖLL, s. 66-67.

⁷⁶³ KRÖLL, s. 67.

⁷⁶⁴ KRÖLL, s. 67; *Cour d'appel Paris, Swiss Oil Corp. (Cayman Isl.) v. Société Petrograb and Republic of Gabon*, XVI YBCA 1991, s. 133; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 938 vd.

⁷⁶⁵ KRÖLL, s. 68.

hâli, bizlere yardımcı olmaktadır⁷⁶⁶. Bu ilkenin, örneğin Alman hukuku için ZPO § 1059/II, 1, c (Model Kanun m. 34/II, 2, a, iii; **MTK m. 15/A/II, 1, e**) maddesi hükmü ile temellendirilmesi mümkündür. Hüküm genelde, tahkim anlaşmasının hakemlerce ihlal edilmiş olmasını düzenlemektedir. Sıklıkla bu ihlal, *ultra petita* yani talep edildiğinden daha fazla bir şeye ya da *extra petita* talep edildiğinden daha farklı bir şeye hükmedildiğinde, gündeme gelmektedir. Oysa aynı ihlal, talep edilene karar *verilmemiş* olması durumunda da yaşanmaktadır ki, hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili doğru olmayan bir karar vermeleri, böyle bir ihlalin hem en ağır hem de en tipik örneğini oluşturmaktadır (*karş. MTK m. 15/A/II, 1, e*)⁷⁶⁷.

Hakemlerce yargı yetkilerinin bulunmadığına karar verilmesi hâlinde, aynı zamanda yargılama giderleri için de bir sonuca varılıp varılamayacağı, özellikle milletlerarası tahkim uygulamasını yakından ilgilendiren bir meseledir. *Kompetence-Kompetence* öğretisinin, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığına yine kendilerince karar verilmesini mümkün kıldığı konusunda, bir tereddüt duyulmamakla birlikte; bunun karar verilmeyi bekleyen *sair hususlar* için de geçerli olup olmadığı, tartışmalıdır. Örneğin, yargı yetkilerinin bulunmadığı kanaatine varan hakemlerin sadece bu yönde karar verebilecekleri; başkaca bir konuda karar almamaları gerektiği, ileri sürülmektedir (*karş. ZPO §1057; MTK m. 16/B*)⁷⁶⁸. Gerçi Federal Mahkeme, aksi sonuca ulaşmıştır ve öğretilde, bunun *gerek* ZPO §1057'nin açık hükmünün gerekse *Kompetence-kompetence* öğretisinin tabii bir sonucu olduğu savunulmuştur. Kaldı ki davalıyı, tahkimdeki yargılama masraflarıyla ilgili ayrıca bir tahsil davası açmaya mecbur etmektense bu konuda, hakemlerce bir karara varılması, son derece kolay ve yerinde olacaktır. En azından bu hâlde davacıyı korumak, onun lehine düşünmek gerekli de değildir. Tahkim yoluna başvuran davacının, hakemlerin yargılama giderlerine hükmetmek konusundaki yargı yetkisini de kabul ettiği, düşünülür⁷⁶⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin üzerinde durduğumuz içtihadı, önemli kimi meseleler üzerinde, çözümler üretmişse de hâlâ bazı soruların cevaplanması gerekecektir. Örneğin, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığına ilişkin kararının yanlış olduğunun tespit edilmesi hâlinde, bu kararın iptalinin ardından, özellikle tahkim yargılamasının akıbeti ne olacaktır? Yargılamaya yine önceki hakemlerle mi devam edilecek yoksa yeni bir hakem heyeti mi teşekkül ettirilecektir? (ZPO §1059/IV, V) Konu, çalışmamızın sınırlarını zorlamaktadır. Ne

⁷⁶⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 938 vd; KRÖLL, s. 68.

⁷⁶⁷ DIMOLITSA, s. 233.

⁷⁶⁸ MUSIELAK/VOIT, §1057, Rn. 2. Ayrıca bkz. WAGNER, s. 801; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 33, Rn. 4.

⁷⁶⁹ KRÖLL, s. 70; ALBERS, §1056, Rn. 7.

var ki, böyle bir hükmün İsviçre Federal Mahkemesi'nce iptalinin ardından yargılamaya önceki hakem heyetinin huzurunda devam edilebilmiştir⁷⁷⁰. Mesele, temyiz incelemesi sonucunda, yerel mahkeme kararının bozulmasının ardından, dosyanın aynı yerel mahkemeye gönderilmesinden farklı görülmemiştir. Oysa bunun tam aksine, Fransız hukukunda yaşanan bir olayda, yine böyle bir hükmün iptalinin ardından ilgili tarafça, ICC'ye yeniden, *sanki daha önce olmamışçasına* başvurulmuş; *öncekilerle aynı da olsa yeniden* taraf-hakemleri seçilmiş; fakat bu sefer, farklı bir baş-hakem belirlenmiştir⁷⁷¹. İlginç olan husus, her iki hukukta da bu hâlde, ne olması gerektiği konusunda bir açıklığın bulunmamasıdır (*karş. MTK m. 15/A/VIII, son cümle*)⁷⁷². Buna karşın, Alman hukuku yönünden ise ZPO §1059/IV'e göre hakem kararının iptali hâlinde, taraflardan birinin, *özellikle üzerinde çalıştığımız hakem kararının içeriği dikkate alındığında*, davacının talebi üzerine dosya, önceki hakemlere geri gönderilecektir. Davacının, *özellikle hakemlerin tarafsızlığı konusundaki haklı endişeleri nedeniyle* böyle bir talebinin olmaması hâlinde, davalının kural olarak isteği yeterli olmayacak ve yeni bir hakem heyetinin teşekkülü yoluna gidilecektir. Hükmün, önemli avantajlar içerdiği söylenebilir. Böylelikle hakemlerin, yargılamaya devam etmek konusunda zorlanamayacağı şeklindeki, UNCITRAL Model Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında dile getirilen argüman da *lex loci arbitri* yardımıyla aşılmıştır⁷⁷³.

Alman Federal Mahkemesi'nin kararının ardından, artık, özellikle Model Kanun'un takipçisi olan ülkeler yönünden, hakemlerce verilen, yargı yetkilerinin bulunmadığına ilişkin bir kararın, *tahkim yeri hukukunca şayet bu yönde, özel bir hukuki çare öngörülmemişse*, iptal davası yoluyla denetlenebilecek türden; *nihai, usule ilişkin* bir hakem kararı olduğunun kabulü, mümkündür. Ancak sözü edilen içtihat, âdeta bir sonraki adımı atmaktan imtina etmiş; iptal nedenlerine ilişkin takındığı katı tavır nedeniyle söz konusu kararları, çoğu durumda, denetimsiz bırakmıştır. Bir anlamda, hakemlerin yargı yetkileri konusunda, yapmış oldukları *hatanın, şayet tarafları tabii hâkimlerinden ayırmayacaksa* çok da önemli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır ki, bunun milletlerarası tahkim pratiğiyle uyum içinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Böyle bir sonuç, ancak devlet yargısının asıl; tahkimin ise onun bir istisnası

⁷⁷⁰ *Tribunal Fédéral*, XVIII YBCA 1993, s. 143; BGE 117 II 94 vd; **DIMOLITSA**, s. 233; **SAMUEL**, s. 258; **WENGER**, Art. 186, s. 477.

⁷⁷¹ *Karar için bkz. KRÖLL*, s. 71, dn. 55.

⁷⁷² Ancak özellikle yukarıda, İsviçre hukukuna ait içtihadın özenle ele alınması, gerekir. Zira somut olayın özelliği dikkate alındığında, orada hakemler, taleplerden sadece bir kısmı için yargı yetkilerinin bulunmadığı sonucuna varmışlar; dava konusunun kalanı için yargılamaya devam etmişlerdir. Bu nedenle hakem kararının iptalinin ardından, önceden, üzerinde yargı yetkilerinin olmadığı sonucuna varılan uyuşmazlık kısmının yine aynı hakemlerce çözümlenmesinin sağlanması, son derece yerinde bir uygulama olmuştur (**DIMOLITSA**, s. 233; **KRÖLL**, s. 71).

⁷⁷³ **KRÖLL**, s. 71. *Aynı yönde bkz. BÖCKSTIEGEL*, *Germany*, s. 21.

olduğu faraziyesinin ürünü olabilir. **En azından milletlerarası tahkim ölçeğinde, geçerli bir tahkim anlaşmasının ardından, artık tabii hâkimin hakemler; tabii forumun da tahkim olduğunun kabulü gerekir.** Kararla birlikte Alman hukuku bağlamında, son derece olumlu ve fakat eksik bir adım atılmış; sonuç olarak tüm gayretler, işlevsiz ve amaçsız kalmıştır⁷⁷⁴.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden bir hayli şanslı olduğumuzu, bir kez daha belirtmek yerinde olur: Zira kanunumuz yönünden, örneğin *decision-award*; *Beschluß-Schiedsspruch* şeklindeki bir ayırım, geçerli değildir. Kanunun gerek 13/B/I. gerekse 15/A/I. maddesinde (*ayrıca bkz. MTK m. 16/B/I*) sadece *karardan* bahsedilmiştir. Üstelik *en azından lâfzen*, karar verilmeksizin, *tahkim yargılamasının kendiliğinden sona ereceği hâller arasında*, hakemlerin yargı yetkisinin olmadığına karar vermesi ihtimali, düzenlenmiş değildir (**MTK m. 13/B/I, b. 1-7**). Bu da gösteriyor ki hakemler, yargı yetkilerinin olmadığı sonucuna ulaştıklarında da, bir *karar* vereceklerdir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/H/V. maddesi, hakemlerin yargı yetkilerine ilişkin itirazı, bir ön sorun şeklinde inceleyeceğini, düzenlemektedir. Öyle ki söz konusu itirazın, uyuşmazlığın esası hakkındaki kararla birlikte değerlendirilmesi, yine *en azından lâfzen*, mümkün gözükmemektedir (*karş. ZPO §1040/III*). Bu konuda herhangi bir takdir hakkı, mukayeseli hukukun aksine, hakemlere, ilk bakışta, tanınmış değildir (Model Kanun m. 16/III; PIL Art. 186/III)⁷⁷⁵. Ön sorun şeklinde yapılacak inceleme neticesinde de *bir karara* varılacaktır. Bu karar, doğaldır ki, hakemlerin *ya* yargı yetkilerinin olmadığı *ya da* olduğu şeklindedir. Bu son hâlde hakemler, yargılamaya yine doğaldır ki, devam edecekler; ileride bir kez daha ve bu sefer uyuşmazlığın esası hakkında, hüküm kuracaklardır. Ancak her ne olursa olsun, ön sorun şeklinde yapılan incelemenin ardından verilecek kararın niteliği, başvurulacak hukuki çareler yönünden önemlidir. Hükmün içeriği, bu hâliyle Model Kanun ve ZPO'dan farklıdır; ancak İsviçre PIL Art. 186/III; 188 ve 190/II, b'ye bir hayli benzemektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki iptal yolu, hakem *kararları* içindir (*karş. MTK m. 6/III*)⁷⁷⁶. Üstelik Kanun'da, tıpkı İsviçre PIL'da olduğu gibi ve UNCITRAL Model Kanunu

⁷⁷⁴ KRÖLL, s. 71-72.

⁷⁷⁵ KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1051, 1052. *Karş. WENGER*, Art. 186, s. 475, 476. Bu hükme rağmen, nihai karar içinde yargı yetkisine hükmedilmesi hâlinde, nasıl bir yaptırım ile karşılaşılacağı, sorundur. Salt bu nedenle nihai hakem kararının (*ki bu karar, uyuşmazlığın esasını da içermektedir*) iptali, beklenebilir bir durum olmasa gerek. Tersine bir durumda, yani ancak nihai hakem kararında yargı yetkisinin çözümlenebileceği düzenlenmiş ve buna rağmen hakemlerce söz konusu mesele bir ön sorun olarak görülmüşse ancak bu hâlde, söz konusu kararın iptalini düşünmek mümkün olabilir (**GOTANDA**, s. 31). MTK'nın 7/H/V. maddesinin emredici bir kanun hükmü olduğunu; aksine durumun bir iptal nedeni teşkil ettiğini düşünmek (MTK m. 15/A/II, b.1, f) çok da uygun olmasa gerek.

⁷⁷⁶ Kanunun 15. maddesi, sadece "*Hakem kararlarına...*" göndermede bulunmuştur. Buna göre, aynı kanunun 13/B/I, b.1-7. maddesi ile 6/III. ve 7/D/III maddelerinde öngörülen durumlar dışında, diğer tüm konularda, hakem *kararlarının* iptal davası yoluyla denetlenmesi, *kural olarak ve lâfzen*, mümkündür. Yeri gelmişken belirtelim;

ile ZPO'nun aksine, ayrıca ve açıkça, hakem veya hakem kurulunun, ***hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi*** şeklinde bir iptal nedenine yer verilmiştir (PIL Art. 190/II, b; **MTK m. 15/A/II, b. 1, d**). Hüküm, *kanımızca*, hakemlerin, ön sorun şeklindeki incelemelerinin ardından, *yetkisiz olduklarına hükmetmeleri hâlinde*, söz konusu kararın da, iptal davası yoluyla denetlenmesini, mümkün kılmaktadır. Ancak *kanımızca*, tıpkı Alman ve Fransız öğretisinde kabul edildiği gibi, böyle açık bir hükme yer verilmeseydi de bu sefer, Kanun'un 15/A/II, b. 1, e maddesi hükmüne göre söz konusu hakem kararının denetlenmesi mümkündür.

4- Hakemlerin Yargı Yetkisinin Bulduğuna Karar Vermesi

Hakemler, yargı yetkilerinin bulunduğu yönündeki bir kararı, *ya Vorentscheid* (PIL Art. 186/III); *Zwischenentscheid* (ZPO §1040/III); "...rules as a preliminary question.." (Model Kanun m. 16/III); "...**ön sorun** şeklinde inceler ve **karara bağlar**..." (MTK m. 7/H/V) biçiminde derhâl verecekler ***ya da*** uyuşmazlığın esası hakkında verecekleri nihai kararın içinde değerlendireceklerdir (Model Kanun m. 16/III; UNCITRAL Rules Art. 21/IV)⁷⁷⁷. Öğretide, bu hâlde izlenecek yolun, kural olarak hakemlerin *takdirine* bağlı olduğu, ne var ki, tahkime uygulanacak kuralların ve hukukun da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir (Bunun, en azından lâfzen, *yegâne* ihtimal olduğu durum için bkz. **MTK m. 7/H/V**). Ne var ki *sorunun*, özellikle uyuşmazlığın esasını teşkil eden bir konu ile de yakından ilgili olması hâlinde, ayrıca verilecek, yapay ve pratik değerden yoksun bir karar yerine, uyuşmazlığın esası ile birlikte ele alınması, daha yerindedir. Böylece, taraflardan birinin tahkim sürecini erteleme; sabote etme şeklindeki iradesinin de önüne geçilmiş olunacaktır⁷⁷⁸.

Hakemlerin *sadece* yargı yetkileriyle ilgili ve olumlu yönde verecekleri bir karar, *lex arbitri* içerisinde, ***ya derhâl ve özel olarak karşı konulmaya*** müsait kararlar olarak vasıflandırılmaktadır (Model Kanun m. 16/III; ZPO §1040/III; 1996 AA § 30/II, 67)⁷⁷⁹ ***ya da*** nihai hakem kararlarıyla birlikte ve onlar için geçerli olan usulde denetlenebilmektedir (Hollanda CCP Art. 1052/IV; PIL Art. 190/II, b; Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1697/III, *karş.* **MTK m. 7/H/V; ayrıca bkz. 15/A/II, b. 1, d**).

yine Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 14/A/III. maddesi, yani *kısmi kararlar* da, iptal davası yolunun düzenlendiği maddeden, istisna edilmiş değildir.

⁷⁷⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 335.

⁷⁷⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 335; GOTANDA, s. 26 vd. Yargı yetkisiyle ilgili itirazlardan beşinin derhâl, birinin ise uyuşmazlığın esasıyla ilgili nihai kararlarla çözüme kavuşturulmasına ilişkin bkz. *Tradex Hellas S.A v. Albania*, XXV YBCA 2000, s. 224 vd. Ayrıca bkz. BERGER, s. 364.

⁷⁷⁹ MUSIELAK/VOIT, §1040, Rn. 9; ZÖLLER/GEIMER, §1040, Rn. 8; ALBERS, §1040, Rn. 5.

Hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıklarının daha yargılamanın devamı esnasında kesinlik kazanmasının, hakemlerin bundan sonra, özellikle uyuşmazlığın esası hakkında yapacakları yargılama yönünden oldukça önemli işlevleri ve katkıları olmaktadır. Verilecek karar ve kesinleşecek hukuki sonuç üzerine taraflar, *ya* devlet yargısına başvuracaklar *ya da* tereddütsüz bir biçimde, tahkim yargılamasına devam edeceklerdir. Her iki hâlde de taraflar, gereksiz masraftan ve zaman kaybından kaçınmış olacaklar; hakemler de sonunda iptal edilecek veya belki de tanınmayacak/tenfiz edilmeyecek bir hükmü verecekleri yargılamayı, sürdürmemiş olacaklardır. ***Tahkim yargılaması her hâlikârda, yargısal yönden ve otoriteleri bakımından oldukça güçlü ve sağlam bir hakem heyeti önünde, tamamlanmış olacaktır***⁷⁸⁰. Uygulamada, yargı yetkisinin çekişmeli hâle gelmesi durumunda, hakemlerce genelde, yargı yetkileriyle ilgili olarak ayrıca ve özel olarak karar verilmesi yolu tercih edilmektedir ki, bu sayede, konunun mahkemeler nezdinde, erken bir aşamada ve kesinkes çözümlenmesi, hedeflenmektedir⁷⁸¹.

Lex arbitri bağlamında, özel olarak ve ayrıca, yargı yetkisi üzerine verilen bir karara karşı, öngörülen sürede, gereken hukuki çarelere başvurulmaması, bir görüşe göre, söz konusu kararın kesinleşmesine; kesin hüküm hâlini almasına ve bundan sonra hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili bir daha herhangi bir çekişmenin yaşanmamasına sebebiyet verecektir⁷⁸². Hakemlerin yargı yetkisi, tahkim yeri mahkemeleri önünde, artık uyuşmazlık konusu edilemez. Böyle bir kararın 1958 New York Sözleşmesi'ne göre tanınması da mümkün olduğuna göre benzer sonuç, sözleşmeye taraf ülke hukukları için de geçerlidir⁷⁸³.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin *Westland Helicopter* kararına konu olan olayda, *Westland*, Arap ülkelerinin oluşturduğu AOI adlı milletlerarası bir organizasyonla *joint venture* ilişkisine girmiş; AOI'den üç Arap ülkesinin ayrılması ile birlikte *Westland* de, AOI'ye üye ve sözleşmenin de tarafı olan **dört** Arap ülkesine karşı, *joint venture* sözleşmesinin ihlali ve uğradığı zararların tazmini gerekçesiyle tahkim sürecini başlatmıştır. Yargılamaya, davalı olarak *sadece* Mısır, fiilen katılmış ve hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğu ilişkin (*Vorentscheid*) kararına, başarıyla karşı koymuştur (PIL Art. 190/II, b)⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ Özellikle Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, İngiliz delegelerce ifade edilen bu yöndeki görüşler için bkz. SAMUEL, s. 213; Ayrıca bkz. BROCHES, *Commentary*, s. 83; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 336. Karş. GOTANDA, s. 21.

⁷⁸¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 336. Böyle bir usul, tahkim yargılaması yanında, özellikle mahkemeler önünde, yeni ve paralel yargılamalara sebebiyet verebileceğinden; tahkim yargılamasının geciktirilmesine ve belki de sabote edilmesine neden olabileceğinden hayli eleştirilmektedir (SAMUEL, s. 214).

⁷⁸² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 336-337; GOTANDA, s. 22. Karş. WENGER, Art. 186, s. 477.

⁷⁸³ Böyle bir durumda, yargı yetkisiyle ilgili ve mahkemece de süresi içinde denetlenmesi sağlanmayan itirazın bir kez daha iptal davasında gündeme getirilmesinin mümkün olmadığına ilişkin bkz. BERGER, s. 365. Karş. HUSSLEIN-STICH, s. 94-97

⁷⁸⁴ Söz konusu hakem kararının iptaline ilişkin bkz. XVI YBCA 1991, s. 174 vd.

Kalan devletlere karşı yürütülen tahkim yargılaması sonucunda, uyuşmazlığın esası hakkında verilen hükmün İsviçre’de icra edilmesine engel olmak amacıyla davalı durumunda bulunan (*Mısır dışındaki*) devletlerce tahkim yeri olan İsviçre’de, hakemlerin yargı yetkisinin bulunmaması nedeniyle nihai hakem kararının iptali yoluna başvurulmuş (PIL Art. 190/II); anılan talep, ***hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili karara sadece Mısır’ın karşı koyması ve yine sadece onun yönünden iptal edilmiş olması nedeniyle reddedilmiştir.*** Hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili kararlarına karşı, özellikle İsviçre örneğinde, derhâl karşı koyulması gerekmekte olup (PIL Art. 186/III, 190/II, b) *aksi hâlde*, söz konusu kararın, bir ara kararı olarak kabul edilmesine karşın; nihai hakem kararının ardından denetlenmesinin istenmesi, mümkün değildir⁷⁸⁵. Hakemlerin yargı yetkisinin, yargılamanın tarafı olan *diğer ülkeler* nezdinde kesinleşmesinin ardından, uyuşmazlığın esası hakkındaki karara, artık tahkim anlaşmasının tarafı olunmadığı şeklindeki savunmayla karşı konulamaz⁷⁸⁶.

Milletlerarası tahkim kanunlarında, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğu ilişkin kararlarına karşı, mahkemeler nezdinde yapılan başvurulara rağmen, herhangi bir art niyetli gecikmeye de sebebiyet vermemek bakımından, yargılamalarına devam edebilecekleri ve hatta esas hakkında hüküm dahi kurabilecekleri düzenlenmektedir (Model Kanun m. 16/III; ZPO § 1040/III; 1996 AA §67/II)⁷⁸⁷. Ayrıca, mahkemelerin vereceği kararlar da, kural olarak kesindir (Model Kanun m. 16/III; *karş.* ZPO §1062/I, b.2; 1065/I)⁷⁸⁸.

Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından, hakemlerin, yargı yetkilerinin bulunduğu sonucuna ulaşmaları hâlinde geçerli, özel bir hukuki çare, Model Kanunu’nun 16/III. maddesinin veya ZPO §1040/III’ün aksine, düzenlenmiş değildir. Yukarıda, hakemlerin yargı yetkilerinin olmadığı sonucuna ulaşmaları hâlinde, geçerli olan tüm yorumlar, *kanımızca*, bu hâlde de geçerli olup tarafın iptal davası yoluyla ***söz konusu kısmi nihai kararı***, mahkeme denetimine tabi tutması mümkündür⁷⁸⁹. Aksi hâlde İsviçre Federal Mahkemesi’nin *Westland*

⁷⁸⁵ SCHERER, *Case Law*, s. 59; HARBST, s. 130, 131. *Karş.* SANDERS, *Arbitration*, s. 127.

⁷⁸⁶ *Karar için bkz. ASA Bulletin* 1994, s. 174 vd. *Ayrıca bkz. BERGER*, s. 593; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 337; WENGER, Art. 186, s. 476, 477; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 180.

⁷⁸⁷ MERKIN, s. 79; HARRIS/PLANTEROSE/TECKS, s. 316, 317. Açıkça düzenlenmemekle birlikte, İsviçre hukukunda da hakemlerin, benzer bir takdir yetkisine sahip oldukları kabul edilmektedir (WENGER, Art. 186, s. 476).

⁷⁸⁸ Hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili verecekleri kararların mahkemelerce denetimi bakımından kapsamı, ***tam*** bir denetim şeklindedir (1996 AA §67; Model Kanun m. 34/II, a, i) (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 337, 338). Oysa uyuşmazlığın esası hakkında verilecek kararın denetimi, oldukça sınırlı nedenlere ve genelde kamu düzenine dayalıdır. Böyle bir sonucun ardında yatan neden, ***tahkim anlaşması yapmamış bir kimseyi, hakemlerin vereceği kararla bağlı tutmanın bizzat kendisinin, kamu düzenine aykırı olacağı şeklinde, açıklanmaktadır.*** *Ayrıca bkz. BGH*, 39 KTS 4/1978, 227-231; SAMUEL, s. 228, 229.

⁷⁸⁹ *Karş.* AKINCI, s. 111; KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1052; DEREN-YILDIRIM, s. 75, 76. *Yazar, görüşüyle ilgili olarak Hollanda CCP Art. 1052/IV ve NCPC Art. 1458/I hükümlerine göndermede bulunmuştur. Öncelikle kanunumuz bakımından, Hollanda örneğinde olduğu gibi açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Yani, bu tip hakem kararlarının derhâl ve iptal davası yoluyla denetlenmesine mâni, açık bir kanuni yasak yoktur.*

Helicopter içtihadına konu olan sonucun gündeme gelmesi, muhakkaktır⁷⁹⁰. Kısaca, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğuna ilişkin kararı da *hem bir kısmi nihai karardır (MTK m. 14/A/II) hem de iptal davası rejimine tabidir*⁷⁹¹. Gerçi bu şekilde, Model Kanun'dan farklı olarak, bu hâlde, yerel mahkemenin vermiş olduğu kararın temyiz usulüne tabi olması gibi bir durum da, söz konusu olacaktır (Model Kanun m. 16/III; *karş. MTK m. 15/A/VII*).

III- Hakemlerin Yargı Yetkisinin Mahkemelerce Denetimi

A- Tahkim Anlaşmasına Rağmen Uyuşmazlığın Çözümü için Mahkemelere Başvurulması

Düzenlendiği biçimiyle mahkemelerin tarafları tahkime *yönlendirilmesi* (New York Sözleşmesi m. II, 3; Model Kanun m. 8/I) daha yerinde bir ifadeyle *mahkemelerin tahkim lehine yargılama yapmaktan kaçınmaları*, ancak geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı ile mümkündür. UNCITRAL Model Kanunu madde 8/I'de,

- a) *tahkim anlaşmasının kapsamına giren bir uyuşmazlığın,*
- b) *mahkemeler önüne getirilmesi ile birlikte,*
- c) *belirli bir sürede, ileri sürülecek itiraz üzerine (en geç uyuşmazlığın esası ile ilgili savunmaların ikamesiyle),*
- d) *tahkim anlaşmasıyla ilgili kimi eksikliklerin de bulunmaması kaydıyla*

Fransız NCPC Art. 1458/I ise konuyla ilgili değildir. Anılan madde, mahkemelerin derdest bir tahkim yargılamasının bulunduğu hâllerde, tahkim itirazı üzerine herhangi bir inceleme yapamayacağı hususunu düzenlemektedir; hakemlerce verilecek bir kararın nasıl ve ne zaman denetleneceği, söz konusu hükmün uygulama alanına girmemektedir. Kaldı ki, Fransız hukuku yönünden bu tip kararların derhâl iptal denetimine tabi tutulabildiğini, belirtmiştik. Bütün bu anlatımların ışığında, *hem* mevcut düzenleme *hem de* hakemlerce verilen ve yargı yetkilerinin bulunduğuna yönelik kararların hukuki niteliği göz ardı edilerek üstelik bu türdeki kararların derhâl denetlenmemesi konusunda, kanun koyucunun açık ve özel *bir* gayesinin bulunduğu da ispat edilmeden, sözü edilen sonuca varmak, *kanımızca* hayli güçtür.

⁷⁹⁰ Aynı yönde bkz. **MERKIN**, s. 138; **TWEEDDALE/TWEEDDALE**, s. 78; 181.

⁷⁹¹ Böyle bir vasıflandırmanın ardından önceleri, söz konusu kararın bir *ara kararı* olarak da değerlendirilebileceğine ilişkin görüşümüzden rücu etmiş gibi gözükebiliriz. Esasen, pratik açıdan, özellikle MTK'nın 15/A/I. maddesinin lafzı, iptal davasına tabi hakem kararları yönünden herhangi bir ayırım içermemektedir. Şu hâlde, bizim açımızdan, yapılacak vasıflandırmanın özellikle hakemlerin yargı yetkisinin bulunduğuna ilişkin kararlarının iptal davası yoluyla denetlenebilmesi konusunda, hayati bir önem arz ettiğini söylemek güçtür. Ancak, burada özellikle *kısmi karar* konusundaki tercihimizin altında bir başka gerekçe yatmaktadır. Şöyle ki, PIL Art. 190/III yönünden *ön-ara kararlar*, ancak aynı hükmün II. fıkrasındaki *a* ve *b* bentlerine göre denetlenebileceklerdir. Oysa böyle bir sınırlandırma, bizim için geçerli değildir. Anılan içerikteki bir hakem kararının, ara kararı olarak kabul edilmesinin ardından, iptal davası yoluna da tabi tutulması (*ki bu, teorik olarak kanımızca yine de mümkündür*) diğer pek çok içerikteki ara kararının da *tüm* iptal nedenleri yönünden denetlenebilmesi kapısını açacaktır ki, bunu, mehzamız olan İsviçre hukuku dahi düzenlemiş değildir. Yaptığımız bu son tercih ile hakemlerin yargı yetkisi konusunu, farklı içeriklerdeki ara kararlarından ayırarak onların da tüm iptal nedenleri altında denetlenebilmesi sorununu, en azından şu an için gündemden çıkarmaktayız. Gerçi, yargı yetkisiyle alakalı hakem kararlarını, kısmi nihai karar saymak yoluyla mehzamız da olan İsviçre'den daha farklı bir yorumu tercih etmiş gözükmeyle birlikte, en azından, mukayeseli hukuk açısından, yadırgatıcı bir sonuca da varmış olmamaktayız.

tarafların tahkime *yönlendirilmeleri*, söz konusudur (*aynı yönde bkz.* 1958 New York Sözleşmesi m. II, 3; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 1, 3). Pek çok millî tahkimi kanunu için büyük ölçüde ortak olan bu durum, davalı yanın, geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanarak süresinde tahkim itirazında bulunmasını mümkün ve gerekli kılmaktadır (ZPO §1032/I; PIL Art. 7; 1996 AA §9; Belçika Yargılama Usulü Kanun m. 1679/I *karş.* **MTK m. 5/I**)⁷⁹².

1- Tahkim İtirazı

Tahkim anlaşması, *kural olarak* hakemlere, hakemlik görevinin ifası için gerekli gücü/otoriteyi temin eder⁷⁹³. Taraflar da, uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme konusunda, birbirlerine karşı sözleşmesel bir yükümlülük altına girmişlerdir. Gerek milletlerarası sözleşmeler gerekse bu hükme eş nitelikte millî düzenlemeler (Model Kanun m. 8, 1996 AA § 9; PIL Art. 7; NCPC Art 1458; ZPO § 1032; *karş.* **MTK m. 5/I**), tahkim anlaşmasının varlığı hâlinde, mahkemelerin uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapmaktan kaçınmalarını, *meccur kılmaktadır*⁷⁹⁴. Bu ve benzeri hükümler, *hem* tahkim anlaşmasının menfi sonuçlarıyla ilgilidir⁷⁹⁵ *hem de* tahkim anlaşmasından kaynaklanan (sözleşmesel) yükümlülüğüne aykırı davranan tarafı, söz konusu yükümlülüğüne uymaya meccur etmektedir. Eş deyişle tahkim anlaşmasının ihlali anlamına gelecek şekilde, mahkemelerde dava açan bir davacı için geçerli yaptırım, (*yapılacak itiraz üzerine*) mahkemenin, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliğini tespit etmesinin ardından uyuşmazlığın esasıyla ilgili bir yargılama yapmaktan kaçınmasıdır. Davacı için artık tahkime gitmekten başka bir yol yoktur⁷⁹⁶. Buna karşın, mahkeme yolunu seçen taraf lehine, tahkim anlaşmasının yani tahkim usulünün geçerli olup olmadığı denetlenmektedir ki, bu sayede tarafın, özellikle kendisi yönünden geçersiz bir tahkime tabi tutularak tabii hâkiminden rızası dışında koparılmasının önüne geçilmektedir⁷⁹⁷. Tahkim anlaşmasının, diğer tarafın sözleşme gereği yükümlendiğinin aksine, tahkime katılmaması hâlindeki etkisi ise dolaylıdır. Bu durumda taraf, yokluğunda verilmiş ve kendisi için

⁷⁹² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 340; MERKIN, s. 36, 37; HARRIS/PLANTEROSE/TECKS, s. 89, 90.

⁷⁹³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 159; LEW, *Arbitration Clause*, s. 125.

⁷⁹⁴ Öğretide, özellikle PIL Art. 7'nin özel bir yeri olduğu, iddia edilmiştir. Zira mahkemenin tahkim anlaşmasının varlığı nedeniyle yargı yetkisinin bulunmadığına hükmedememesi için davalının tahkimle ilgili herhangi bir itirazda bulunmaksızın uyuşmazlığın esasıyla ilgili olarak yargılamayı sürdürmesi, takip etmesi gerekir. *Samuel*, anılan hükmün karşıt anlamından, *davalının uyuşmazlığın esasıyla ilgili herhangi bir savunma getirmediği ve hatta yargılamaya katılmadığı bir durumda da*, mahkemenin, taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunduğunu tespit etmesi hâlinde, yine davayı reddetmesi gerektiği sonucuna varmaktadır (SAMUEL, *Swiss Law*, s. 28, 29).

⁷⁹⁵ ALANGOYA, s. 64, 80.

⁷⁹⁶ DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 77; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 384, 385; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 160.

⁷⁹⁷ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 386.

bağlayıcı, bir o kadar da tenfizi kabil bir hakem kararı ile karşı karşıya kalmaktadır (Model Kanun m. 25, 1996 AA §41; Hollanda CCP Art. 1040; ZPO §1056; PIL Art. 190/I)⁷⁹⁸.

Tarafın, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü konusundaki *sözleşmesel* hakkından *vazgeçmesi/feragat etmesi* mümkündür. Kaldı ki tahkim itirazının mahkemelerce kendiliğinden dikkate alınması gibi bir durum da, söz konusu değildir⁷⁹⁹. Şu hâlde, tahkim anlaşmasına rağmen mahkemede dava açmak gibi, bu durumda, tahkim itirazında bulunulmaması da tahkim anlaşmasının diğer tarafının (*yani davalının*), sözleşme uyarınca kendisine tanınan hak üzerinde ısrarcı olmadığı; **davaya konu edilen uyuşmazlığın** mahkemelerce çözümü yönündeki *davacı* tarafın iradesini, **zımnen**, kabul ettiği anlamına gelir (*süresinde tahkim itirazında bulunulmamasının yarattığı hak düşümü yaptırımını için bkz. 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 1*)⁸⁰⁰.

Tarafın, artık bir daha tahkim anlaşmasına dayanmasının mümkün olmadığı, bir başka somut olayın üzerinde durmak isteriz. *Dowing v. Al Tameer* davasında⁸⁰¹, İngiliz Mahkemeleri, taraflardan birinin diğeri ile arasında var olduğu iddia edilen sözleşmesel ilişkiyi *tümden* reddetmekte olduğu bir durum ile karşılaşmıştır. Sözleşmeye göre uyuşmazlığın çözümü, taraflarca önce dostane bir biçimde; sorunun hâlâ giderilememesi hâlinde ise tahkim yoluyla olacaktır. Dava öncesi, davalı, sürekli bir biçimde, davacı ile herhangi bir sözleşme akdetmediğini, sözleşmesel ilişki içinde olmadığını ileri sürmüştür. Ne var ki davacının İngiltere’de dava açması üzerine; bu kez davalı, davacının varlığını iddia ettiği sözleşmede yer alan tahkim şartına dayalı olarak tahkim itirazında bulunmuştur. *Court of Appeal*, davalının sözleşmesel ilişkiyi inkârı nedeniyle tahkim kaydını da reddettiği; davacı ile hiçbir sözleşmesel ilişkisinin bulunmadığını beyan etmekle tahkim kaydı ile de bağlı olmadığı yönünde açık bir irade sergilemiş olduğu; sonuç olarak, bu irade üzerine de davacının davasını mahkemelerde açtığı, sonucuna ulaşmıştır. O hâlde davalının önceden sözleşmesel ilişkiyi **bir bütün hâlinde** inkârı; **böyle bir sözleşmesel ilişkinin kurulmadığını iddia etmesi**,

⁷⁹⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 130. Karş. HUSSLEIN-STICH, s. 95, 96.

⁷⁹⁹ HUSSLEIN-STICH, s. 44. Usul sözleşmelerinin mahkemece kendiliğinden dikkate alınmayacağına; bu yönde hâkime herhangi bir yükümlülük yüklenmediğine ilişkin bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 193. Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 421.

⁸⁰⁰ BERGER, s. 327; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 405, 406; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 340; DIMOLITSA, *Arbitration Agreement*, s. 20; *Sempozyum*, s. 115. Süresi içinde ileri sürülmeyen tahkim itirazıyla tarafın sadece **davaya da konu edilen uyuşmazlık bakımından** tahkim anlaşmasına dayanma hakkından feragat ettiği kabul edilir. Gerçi, Model Kanun’un 8/I. maddesine yönelik hazırlık çalışmaları sırasında, tahkim anlaşmasının tamamından; kapsamına giren her türlü uyuşmazlık için de tarafın feragat etmiş sayılması gerektiği ileri sürülmüş ve her ne kadar, teklifle ilgili, detaylı ve tatminkâr tartışmalar yaşanmamışsa da böyle geniş içerikli bir feragat sonucuna *hem* lâfzen *hem de* mana olarak varılmaması gerektiği, öğretilde kabul edilmektedir (MELIS, *Courts*, s. 92). Ayrıca bkz. WENGER, s. 358-359; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 302.

⁸⁰¹ *John Dowing v Al Tameer Establishment, Shaikh Khalid Al Ibrahim* [2002] All ER 545. Karş. SHACKLETON, s. 27-28.

beraberinde, söz konusu tarafın (davalının) özellikle ileride tahkim itirazında bulunamaması gibi bir sonucu gündeme getirebilmektedir⁸⁰².

Tahkim itirazının ne zamana kadar yapılması gerektiği hususu, millî hukuklarca belirlenecektir (**MTK m. 5/I**). Tahkim itirazında bulunulması bakımından, *gerek* Model Kanun'da *gerekse* millî düzenlemelerde öngörülen süre şartı, genelde, *en geç esasa ilişkin savunmalarla birlikte ve hiçbir zaman ondan sonraya sarkmaksızın* şeklindedir (Model Kanun m. 8/I; Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1679/I; 1996 AA § 9/III; PIL Art. 7; *karş.* ZPO §1032/I; “*ilk itirazlara*” ilişkin hükümlere tabi olmak bakımından bkz. **MTK m. 5/I**). Kimi millî düzenlemeler yönünden, bu hâlde verilecek cevabın, yapılacak savunmanın, esasa ya da usule ilişkin olmasının fark etmediği de kabul edilmektedir (1996 AA §9/III)⁸⁰³. Türkiye'nin de taraf olduğu 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 1. maddesine göre, *tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin* itirazın, tahkim anlaşmasının diğer tarafınca, söz konusu itirazın (*lex fori* tarafından *usul hukukuna* yahut *maddi hukuka* ait bir savunma sebebi şeklinde görülmesine bağlı olarak ve) ***hak düşümü yaptırımı da dikkate alınarak***, davalının esasa ilişkin savunmalarından önce veya her şekilde onlarla birlikte ileri sürülmesi gerekir (**MTK m. 1/VI**). Süre şartı, esasa ilişkin savunmaların yapıldığı dilekçenin verilmesi anına göre de somutlaştırılabilmektedir (Model Kanun m. 8/I; *karş.* ZPO §1032/I)⁸⁰⁴.

1958 New York Sözleşmesi madde II, 3 ve UNCITRAL Model Kanunu'nun 8/I. maddesi dikkate alındığında, davalı yanın itirazı üzerine, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği tespit edildiğinde; mahkeme tarafları “*refer the parties to arbitration...*” tahkime yönlendirecektir. Bu hâlde, mahkemelerce ne yapılması gerektiği hususunda, mesele, Fransız hukuku bakımından, yargı yetkisinin bulunmadığı-görevsiz olduğuna karar vermek “*...celle-ci diot se déclarer incompétente.*” (NCPC Art. 1458); İsviçre hukuku bakımından, yargı yetkisinin bulunmadığına karar verilmesi “*...so lehnt das angerufene schweizerische Gericht seine Zuständigkeit ab...*” (PIL Art. 7); Alman hukukunda, caiz olmayan davanın reddi “*...so*

⁸⁰² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 164.

⁸⁰³ 1996 AA §9/III ise tahkim itirazı üzerine mahkeme yargılamasının ertelenmesi (*stay*) bakımından “*...uyuşmazlıkla ilgili yargılamada atılan adımdan...*” sonra herhangi bir talepte bulunulamayacağını düzenlemiştir. Tarafı, tahkim itirazını iler sürmekten alıkoyan usulî adım, “*yargılamanın doğruluğunu ve tahkim yerine mahkemenin kararları doğrultusunda tarafın hareket etme iradesini zımnen teyit eden işlemdir.*” Bu hâlde, sadece uyuşmazlığın esasıyla ilgili değil; ***usulî savunmaların*** getirilmiş olması hâlinde de, artık bir daha tahkim itirazında bulunmak mümkün olmayacaktır (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 162, 163, özellikle, dn. 133; HARRIS/PLANTEROSE/TECKS, s. 90).

⁸⁰⁴ Alman hukukunda, Model Kanun'un ilgili hükmünü karşılayan ZPO §1032/I'i yorumlanırken, *-ki düzenleme, Model Kanun'dan farklı olarak, tahkim itirazına ilişkin zamansal sınırı, uyuşmazlığın esasına ilişkin ilk dilekçenin sunulmasından sonra olmamak üzere* şeklinde değil (Model Kanun m. 8/I); *uyuşmazlıkla ilgili yapılan ilk sözlü oturumdan önce*, biçiminde belirlemiştir, tahkim anlaşmasına dayalı itirazın, mahkemelerce karşılaştırılacak daha kısa cevap sürelerinden etkilenmeyeceği sonucuna varılmıştır. Tahkim ile ilgili konularda, uygulanması gerekli yegâne hüküm, *lex specialis* ZPO §1032'dir (*İçtihat notu için bkz. KRÖLL, Arbitration Clause, s. 26, 27*).

hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen..” (ZPO §1032/I); Hollanda hukukunda, yargı yetkisinin bulunmadığına karar verilmesi “...*declare that it has no jurisdiction...*” (Hollanda CCP Art. 1022) şeklinde, düzenlenmiştir. İngiliz hukukunda ise geleneksel olarak mahkemeler, bu hâlde, “*yargılamanın (davanın) ertelenmesi*” (*stay the proceedings*) kararı vereceklerdir (1996 AA §9/I).

Mahkemenin, tarafları, *tahkime yönlendirmesi* şeklindeki bir ifadenin, kullanıldığı biçimiyle bir anlamı yoktur. Zira mahkemenin tarafları tahkime mecbur etmesi, onları tahkime itecek şekilde bir karar vermesi olası değildir. Buradan anlaşılması gereken, daha ziyade, mahkemenin kendi yargı yetkisinin bulunmadığına ilişkin bir kararla derdest davayı, (*usul hukukuna ait nedenlerle*) reddetmesi veya *common law* anlayışında olduğu gibi erteleme; taraflar için tahkimden başka açık bir kapı bırakmayarak tahkim lehine, uyuşmazlığın esasını görmekten imtina etmesidir⁸⁰⁵.

Günümüzde, bir zamanlar devlet yargısının alternatifi olan tahkime de alternatif usuller gündeme gelmekte; milletlerarası ticari yaşamın aktörleri, uyuşmazlıklarının çözümünde, tahkim yanında kimi alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri üzerinde de anlaşabilmektedirler⁸⁰⁶. Oysa *tahkimin ne olduğu, hangi özelliklere sahip bulunduğu, neden tercih edildiği gibi soruların, önceleri bu denli irdelenmesi gerekemeyebilirdi*. Zira kural olan ve zaten kurulu bulunan devlet yargısı dışında; ona alternatif, bir tek tahkim usulü vardı. Artık, bu noktada, yaşanacak sorun, kanımızca iki yönlüdür: Bunlardan *ilki*, tarafların aralarında kararlaştırmış oldukları uyuşmazlık çözüm biçiminin bir tahkim veya ADR (*Alternative Dispute Resolution*)⁸⁰⁷ olup olmadığının tespiti meselesidir ki, bu sorun, tahkimle ilgili tanım ve özelliklerden hareketle çözümlenecektir. Tahkim, devlet yargısı olmadığı gibi, bir arabuluculuk (*mediation*) ya da uzlaştırma (*conciliation*) veya diğer pek çok türdeki yeni

⁸⁰⁵ **van den BERG**, s. 129 vd. *Ayrıca bkz. CALAVROS*, s. 53; **HUSSLEIN-STICH**, s. 46. Alman hukukunda, tahkim itirazı üzerine dava, caiz olmadığı gerekçesiyle reddedilerek yargılamaya son verilecektir (ZPO §1032/I). Bu nedendir ki, tahkim anlaşması üzerinde, *tam* bir denetimin yapılması gerekmektedir. Hükmün, Model Kanun ile (Model Kanun m. 8/I) tümüyle uyum içinde olduğunu söylemek güçtür; ancak Alman hukukundaki düzenlemenin özünde yatan, mahkemeler önünde görülmekte olan yargılamanın geleceği konusunda tam bir kesinlik ve netlik yaratmaktır (*BT-Drs 13/5274*, s. 38). Mahkemeler önündeki yargılamanın *ertelenmesi* hâlinde ise, söz konusu yargılamaya *son değil; tam aksine ara* verilmektedir. Bu nedenle ileride, yargılamaya kalındığı yerden devam etmek mümkündür. Tahkim anlaşmasıyla ilgili yapılacak denetimin kapsamı bir kenara bırakıldığında, her iki türdeki kararın, pratik sonuçları itibarıyla önemli farklar yarattığını söylemek güçtür. Mahkeme önündeki yargılamaya son verilmesi, belki de aynı mahkemenin ileride, tahkim sürecine, tahkim usulünün desteklenmesi veya hakem kararının iptali veya tenfiz aşamasında hükmün denetlenmesi şeklinde katılmasına engel değildir (**LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 351). *Ayrıca bkz. HARBST*, s. 43, 44.

⁸⁰⁶ **DEBATTISTA C.**, *Rafting Enforceable Arbitration Clauses*, 21(2) *Arb. Int.* 2005, a. 233.

⁸⁰⁷ *Alternative* ifadesi yerine *Additional* tabirinin kullanılmasının gerektiğine zira anılan çözüm tekniklerinin, tahkimin aksine, hiçbir zaman tahkimi yahut devlet yargısını dışlamadığına, etkisiz bırakmadığına; bu yüzden de gerçek anlamıyla bir *alternatif* olmak yerine daha ziyade bir *ek* olduğuna ilişkin bkz. **CRAIG**, s. 4.

alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi de değildir⁸⁰⁸. Bir *diğer* mesele ise, milletlerarası ticarete de sıklıkla yaşandığı biçimde, tahkimle herhangi bir ADR yönteminin birlikte düzenlenmesi hâlinde, ADR ile mahkemeler arasındaki ilişkinin; ADR ile tahkim arasındaki ilişkinin ve bunlara bağlanacak sonuçların çözümlenmesidir (*karş.* 1996 AA §9/II)⁸⁰⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin çok farklı başlıklar altında sınıflandırılması mümkündür. Örneğin, uzman tespiti (*expert determination*), (BGB §317-319; NCPC Art. 1592; 2003 ICC Rules for Expertise), hakem bilirkişilik; uyuşmazlık çözüm kurulu (*Dispute Adjudication Board, Dispute Review Board*), (FIDIC Conditions of Contract for Construction 1999, Clause 20/IV) vb. kimi usullerin ardından, uyuşmazlık, tarafları da bağlayacak şekilde (fakat *kesin hüküm* etkisi olmaksızın) ve bir karar biçiminde çözümlenirken⁸¹⁰; karşılıklı görüşme (*negotiation*), arabuluculuk (*mediation*), uzlaştırma (*conciliation*), mini-trial; mediation/arbitration (med-arb) gibi yöntemler, taraflara uyuşmazlık konusunda bir sonuca varabilmek bakımından yardımcı olma, sorunun anlaşılmasına ve çözümüne zemin hazırlama gibi işlevleri yerine getirmektedir⁸¹¹.

Taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunması ve mahkemelerin de tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliğini tespit etmeleri hâlinde, söz konusu anlaşmanın derdest yargılama üzerinde ne gibi etkisinin olacağı, artık yeknesak biçimde, çözüme kavuşturulmuş bir meseledir (1958 New York Sözleşmesi m. II, 3; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 1-4; ZPO §1032; İsviçre PIL Art. 7; 1996 AA §9/I; **MTK m. 5/I-II**; Model Kanun m. 8). Ne var ki,

⁸⁰⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 9; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 12 vd; NAÓN, s. 2-8; BERGER, s. 73 vd. Tahkime ilişkin kuralların, *gerek Concordat gerekse* milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerin, *hakem- bilirkişiliğe* uygulanamayacağına ilişkin bkz. SCHERER, *Case Law*, s. 49. *Karş.* Hollanda CCP Art. 1020/IV. *Ayrıca bkz.* van den BERG/van DELDEN /SNIJDERS s. 2-3; HOLTZMANN /NEUHAUS, s. 151.

⁸⁰⁹ DEBATTISTA, s. 233-234; De BOISSESON M., Thoughts on the Future of ADR in Europe: A Critical Approach, 15(4) Arb Int, 1999, s. 355; FIGURES J. D., Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration, 14(1) ICC Bulletin 2003, s. 71-73; PRYLES M., Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, 18(2) J. Int'l Arb 2001, s. 160-176, *ayrıca bkz.* International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series No. 10, 2001, s. 24-43.

⁸¹⁰ GLOSSNER O., Expertise-quality arbitration in international trade, New Trends In The Development of International Commercial Arbitration and The Role of Arbitral and Other Institutions, ICCA Congress Series No. 1, 1983, s. 105, 107; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 19; REDFERN/HUNTER /BLACKABY/PARTASIDES, s. 42-44; DELVOLLÉ/ROUCHE/POINTON, s. 20; HENN, s. 2-3. *Ayrıca bkz.* AKINCI Z., Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, C. XVIII BATİDER 1996/4, s. 100, 107, 108; PEKCANITEZ /ATALAY/ÖZEKES, s. 645-646.

⁸¹¹ *Ayrıntısı bilgi için bkz.* LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 9-15; MISTELIS A.L., ADR in ENGLAND and WALES, 12 Am Rev Int'l Arb 2001, s. 167 vd; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 12 vd; BERGER, s. 73 vd; De BOISSESON, s. 350-353. *Ayrıca bkz.* BUCHER/TSCHANZ, s. 26, 27; SANDERS, *Arbitration*, s. 6-15; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 35-42; NICKLISCH F., The Role of The Engineer As Contract Administrator and Quasi-Arbitrator in International Construction and Civil Engineering Projects, 3 ICLR 1990, s. 323 vd; DELVOLLÉ /ROUCHE/POINTON, s. 23; AKINCI, *Ticari Uyuşmazlıklar*, s. 102 vd; ÖZBEK M., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2004, s. 63 vd; ILDIR G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2003, 78 vd; EKŞİ, *Incorporation*, s. 7-13.

özellikle tahkim anlaşması yanında ayrıca kimi ADR biçimlerinin de birlikte düzenlenmiş ve fakat tarafın öncelikle başvurulması kararlaştırılan ADR usulünü de tüketmemiş olması hâlinde, mahkemelerin, *itiraz üzerine (ki, yapılacak itirazın içeriği önem kazanmaktadır)*, ne yönde karar vereceği tereddüt konusudur. Zira tahkim itirazı üzerine tarafların kaçınılmaz olarak tahkime müracaat edecekleri düşünülebilirse de, öncelikle başvurulması gereken bir ADR usulü var ise bu hâlde mahkemelerin söz konusu ADR usulünü benimseyip benimsemeyecekleri, yani bir anlamda (*öncelikle*) ADR lehine yargılama yapmaktan kaçınıp kaçınmayacakları, tartışmalıdır.

1996 İngiliz Tahkim Kanunu §9/I'de, taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunması hâlinde ve yapılacak (*tahkim*) itiraz(ı) üzerine, mahkemenin, derdest yargılamayı, Kıta Avrupası anlayışından farklı olarak (ZPO §1032; PIL Art. 7, **MTK m. 5/I**) erteleyebileceği-bekletebileceği (*stay*) düzenlenmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında açıkça, aynı *itirazın* uyuşmazlığın tahkimden önce diğer herhangi bir uyuşmazlık çözüm usulüne tabi olacağına kararlaştırılmış olması durumunda da yapılabileceği, hükme bağlanmıştır (1996 AA §9/II). Bu durumda, en azından tahkim ile birlikte bir ADR usulünün kararlaştırılmış olması ihtimalinde, mahkemelerce bir anlamda söz konusu ADR lehine *de* yargılama yapmaktan kaçınılacaktır⁸¹².

Sorunun ikinci ayağı, kararlaştırılan ADR usulüne başvurulmaksızın hakemlere müracaat edilmesidir. Bu hâlde, taraflardan birinin –ADR- itirazının doğrudan hakemlerin *yargı yetkisine* yönelik bir itiraz olup olmadığını değerlendirmek gerekir (**MTK m. 7/H**)⁸¹³

⁸¹² **RUTHERFORD/SIMS**, s. 60, 61; **TWEEDDALE /TWEEDDALE**, s. 57; **MERKIN**, s. 36; **HARRIS/PLANTEROS/TECKS**, s. 89. *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd* ([1993] AC 334, 353; [1993] 1 All ER, 672) davasında, taraflar arasında, kademeli bir uyuşmazlık çözüm usulü belirlenmişti ve söz konusu usullerden hiçbiri tüketilmeksizin doğrudan mahkemenin yardımı talep edilmişti. İngiliz mahkemesi, özellikle 1975 AA §1 ve onun temeli olan 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesinden hareketle yapılacak itiraz üzerine, *tarafların tahkime sevk edilmesi* meselesi üzerinde durmuştur. Gerçi, anılan hükümler bağlamında, tarafların mahkemece bizzat tahkime mecbur edilmeleri veya yönlendirilmeleri gibi bir durum söz konusu olmamakta; sadece itiraz üzerine mahkemece *tahkim lehine* yargılama yapmaktan imtina edilmektedir (**van den BERG**, s. 129, 132). Ne var ki, anlaşmanın diğer tarafınca yapılan itiraz da, *yalın bir tahkim itirazı olmayıp taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüm usulünün mahkemenin yargılama yapmasına mâni olduğuna*, yöneliktir. Mahkeme, Sözleşme hükmüyle yapılan itirazın örtüşmediği sonucuna varmışsa da, sahip olduğu yargı yetkisinin aynı zamanda ve gereğinde, yargılama yapmaktan kaçınma yetkisini de içereceği gerekçesiyle uyuşmazlığa dair bir yargılama yapmamıştır (**HILL**, s. 281, 282). Tahkim itirazında olduğu gibi taraflar arasında bir ADR anlaşmasının bulunması durumunda, bunun mahkemelerce dikkate alınıp alınmayacağı; mahkemenin bu hâlde yargılama yapmaktan imtina edip etmeyeceği, bir ölçüde ADR'nin hukuki niteliği ile ilgilidir ki, bu mesele, çalışmamızın sınırları dışında kalmaktadır. Ne var ki, İngiliz Tahkim Kanunu §9/II hükmü, *hiç olmazsa ADR anlaşmasının tahkim anlaşması ile bir arada bulunması ihtimalinde*, tahkim anlaşması için geçerli olan hukuki sonuçların, dolaylı olarak ADR anlaşması için de geçerli olacağını düzenlenmektedir (*Ayrıca bkz. ÖZBEK*, s. 333-336).

⁸¹³ **FIGURES**, s. 71; **PRYLES**, s. 160. FIDIC Conditions 1999 (*Red Book*), milletlerarası alanda, özellikle inşaat işlerinde, tarafların sıklıkla kullandıkları standart hükümleri içeren, tip-model bir sözleşme metnidir. Bu sözleşme metninin 20.6 maddesi, taraflar arasında a) uzlaşılamayan (*amicable settlement*, 20.5) bir konuda ve b) DAB (**Dispute Adjudication Board**, 20.4; 20.5)'nin vermiş olduğu kararın da kesinleşmemiş olması hâlinde, aynı

ADR usulünün tüketilmemiş olmasına karşın, hakemlerce yine de böyle bir tahkim yargılamasına devam edilemeyeceği, öncelikle hakemlerin yargı yetkileri üzerinde bir karar vermelerini gerektirir. Gerçi öğretilerde, tahkim ile ADR arasında bir bağlantının ya da ilişkinin henüz düzenlenmemiş olması nedeniyle hakemlerin ADR lehine yargılama yapmaktan kaçınmalarının gerekmediği sonucuna varılmıştır⁸¹⁴ ki, *kanımızca* varılan sonucun isabet derecesi, oldukça tartışmalıdır⁸¹⁵.

Her iki açıdan da mesele, hayli ironiktir: Zira 20. yüzyılın başında, tahkim anlaşmalarının devlet yargısı üzerinde yarattığı etkinin aydınlatılması sırasında, yaşananların bir benzeri, *kanımızca* şimdi de geçerlidir. Tahkimin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar, çoğu kez, onun devlet yargısı üzerindeki etkilerine dair *zaten* var olan pozitif hükümler nedeniyle gölgelenmekteydi. Oysa şu anda karşımızda, yukarıda işaret eden ilişkiler yönünden (ADR ile mahkemeler, ADR ile tahkim arasındaki ilişkinin) –*en azından ülkemiz bakımından*- hakkında hiçbir pozitif hükmün bulunmadığı ve gerek devlet gerekse tahkim yargısı üzerinde, nihai değil; ama *geciktirici* etkiye sahip bir anlaşma bulunmaktadır⁸¹⁶.

uyuşmazlığın bir kez daha ve bu sefer nihai olarak milletlerarası tahkim yoluyla çözümünü içermektedir. Üç hakem tarafından ve ICC kurallarına göre söz konusu tahkim yürütülecektir. Bizi ilgilendiren nokta, tahkime gidilebilmek bakımından, çözümü gereken uyuşmazlığın daha önce DAB tarafından çözümüne çalışılmış ve fakat söz konusu kurulun verdiği karara, kararın tebliğinden itibaren 28 gün içinde itiraz edilmiş olması; ayrıca bu tarihten itibaren işleyecek 56 günlük bir uzlaşma süresi içinde de sorunun uzlaşmayla giderilememesidir. Tahkim öncesi, iki kademeli ADR tekniği düzenlenmiş olup örneğin DAB kararına süresi içinde itiraz edilmemiş olunması hâlinde, kurulun kararı taraflar için tıpkı uzlaşma çabaları sonucunda varılacak çözüm gibi *sözleşme hükmü derecesinde* bağlayıcı olacaktır. Bir başka önemli nokta da, muhtemel tahkim yargılamasının kapsamının, daha önce, DAB tarafından üzerinde çalışılmış ve bir sonuca varılmış sorunla ilgili olmasıdır (*Ayrıntısı için bkz. SEPPALA C. R., The New FIDIC Provision For a Disputre Adjudication Board, 8 RDAI/IBLJ 1997, s. 967-987; De BOISSESON, s. 355. Ayrıca bkz. NICKLISCH, Engineer, s. 325, 333 vd; FOUCHARD /GAILLARD/GOLDMAN, s. 18; AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 60 vd*). Sorun, söz konusu uyuşmazlık çözüm tekniklerinin hukuki niteliğiyle de ilgili olarak anılan usullerden birinin veya ikisinin henüz tüketilmemiş olunması ve fakat buna rağmen mahkemeye veya tahkime müracaat edilmesi hâlinde, mahkeme veya hakemlerce yargılamaya ilgili nasıl bir karar verileceğidir. Özellikle 1996 AA §9/II'nin yasalaşmasından önce ve onun da yasalaşmasının nedeni olan bir davada (*Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Ltd [1993] 1 All ER 672 a-e; AC 334 vd*), İngiliz mahkemeleri, söz konusu *multi-tier* çok katlı uyuşmazlık çözüm teknikleri (*pre-arbitral stages*) konusunda yapılan anlaşmaya itibar etmiş; bu konuda mahkemenin sahip olduğu yargı yetkisine, anılan sözleşme kayıtlarına itibar edip yargılama yapmaktan imtina etme hak ve yetkisinin de dâhil olduğu sonucuna varmıştır. Gerçi *Halifax Financial Services Ltd. v Intuitive Systems Ltd.* davasında da ([1999] 1 All ER 303), söz konusu kayıtlara itibar edilmiş ve fakat bu sefer, anılan yöndeki anlaşmalar, tahkim anlaşmalarına benzetilmek suretiyle geçerli kabul edilmiştir (*Ayrıca bkz. ÖZBEK, s. 334, 335*). Oysa ADR anlaşmalarına mahkemelerce itibar edilmesi bakımından, tahkim anlaşmalarına benzetilmeleri gerekmemelidir (*Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD /GOLDMAN, s. 13 vd*). Kaldı ki, bu tip anlaşmalara rağmen taraflar, yine de mahkemelere müracaat edebilirler. Öğretilerde, özellikle *geçici hukuki koruma tedbirlerinin* talep edilecek olması hâlinde, artık mahkemelerce yargılama yapmaktan kaçınılmasını gerektiren bir nedenin olmadığı, düşünülmektedir (*LEW/MISTELIS/ KRÖLL, s. 184*).

⁸¹⁴ MISTELIS, s. 192.

⁸¹⁵ FIGURES, s. 72, 73; PRYLES, s. 163, 164.

⁸¹⁶ *Cable & Wireless plc. IBM United Kingdom*, [2002] 2 All ER, 1041, davası, bir ADR (*mediation*) anlaşmasına rağmen taraflardan birinin mahkemeye müracaat etmesi hâlinde, mahkemenin taraflar arasındaki ADR anlaşmasına itibar ederek davayı usulden reddetmesi ve tarafları *mediation*'a mecbur etmesi ile ilgilidir (*ayrıca bkz. MACKIE K., The Future for ADR Clauses After Cable & Wireless v. IBM, 19(3) Arb Int 2003, s. 435 vd*;

Devlet yargısı yönünden, meselenin çözümünü zorlaştıran husus, örneğin Türk hukukunda, İngiliz hukukunun aksine⁸¹⁷, herhangi bir düzenlemenin bulunmayışıdır. Tahkim *itirazı* gibi (MTK m. 5/I) açık bir kanuni düzenleme bulunmaması nedeniyle mahkemelerin *ADR şartı da içeren uyuşmazlık çözüm anlaşmalarına dayalı itirazlar* üzerine yargılama yapmaktan kaçınmaları, bir açıdan, mümkün olmayabilecektir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz (AY. m. 36/II; HUMK m. 573/VI, 574). Kaldı ki, mahkemelerin görevi kanunla belirlenir (HUMK m. 1/I); bu nedendir ki, tahkim anlaşmasına dayanarak davanın usulden reddi ve mahkemenin yargılama yapmaktan imtina etmesi, ancak *bir başka kanunun açık hükmüne* (MTK m. 5/I) ihtiyaç göstermiştir. Yapılan itiraz üzerine, bir anlamda ADR lehine de yargılama yapmaktan kaçınılacağından; buna ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme de bulunmadığından, derdest davanın böyle bir *itiraz* üzerine usulden reddinin mümkün olmadığı düşünülebilir.

Öte yandan, aksi yöndeki bir düşüncenin de değerlendirilmesi gerekir. Burada, taraflar arasında, bir ADR anlaşması olduğu gibi, tahkim anlaşması da bulunmaktadır. Tahkim anlaşmasının, devlet yargısı üzerinde yarattığı etki yönünden, bir kıyaslama yapılacak ise ADR'dan daha etkin olduğu sonucuna varılabilir. Zira tahkim anlaşması, geçerli olduğu sürece, uyuşmazlık hakkında, mahkemelerin hiçbir yargı yetkisi bulunmamaktadır. O hâlde, bir anlamda, *ADR yoluyla geciktirilen, devlet yargısı değil; tahkim usulü-yargısıdır*. Tahkim anlaşması hiçe sayılarak; salt ADR anlaşması lehine yargılama yapmaktan çekinilemeyeceği düşüncesinin kabulü, mümkün değildir; bu, taraflar arasındaki *tahkim* anlaşmasının inkârı demektir. **Yinelemek isteriz ki, burada yalın bir ADR anlaşması bulunmamaktadır.** Uyuşmazlık çözümüne ilişkin yapılan kademelendirme, en nihayetinde tahkimle bitmektedir ve zaten, devlet yargısı devre dışı bırakılmıştır. Bu nedendir ki, ADR anlaşmasının geçerli

DEBATTISTA, s. 234 vd.). Kararda, özellikle kimi ADR anlaşmalarının içinde buldukları *belirsizlik* nedeniyle mahkemenin yargı yetkisi üzerinde herhangi bir etki yaratamayacağına ilişkin önceki dönem içtihatları ile (*örneğin bkz. Paul Smith v. H&S International Holding Inc.* [1991] 2 Lloyd's Rep 127) yine izlenecek usul yönünden yeterli düzeyde açıklık ve kesinlik içeren ADR anlaşmalarına itibar eden içtihatlar birlikte değerlendirilmiştir (*Channel Tunnel v. Balfour Beatty* [1993] 1 All ER 672). Bu kararla gerek tahkim kanununda gerekse usul kanunlarında, ADR lehine yapılan köklü değişikliklerin ardından açık, kesin ve takip edilecek usul yönünden icrası kabil ADR anlaşmalarının, tereddütsüz bir biçimde mahkemelerce geçerli kabul edilmesi ve gereğinde davaların usulden reddine gidilmesi gerektiği, hükme bağlanmıştır. Öğretide, anılan karar, ADR lehine bir dönüm noktası olarak kabul edilmiştir (**MACKIE**, s. 348-350; *Karş. ÖZBEK*, s. 323 vd). Salt bir uyuşmazlığın *önce karşılıklı anlayış ve görüşmelerle çözüme kavuşturulmaya çalışılacağına ilişkin* sözleşme hükmünün, kesinlik, açıklık, netlik ve uyulup uyulmadığı yahut ihlal edilip edilmediği yönlerinden denetlenmeye elverişli herhangi bir hüküm içermemesi nedeniyle mahkeme yargılamasını etkiler yönü bulunmamaktadır (**TWEEDDALE/TWEEDDALE**, s. 57). Buna karşın, örneğin kimi kurumlar nezdinde, kararlaştırılmış belli bir usule uygun olarak, süre ve şekil sınırlamaları içeren uyuşmazlık çözüm tekniklerine yapılan göndermeler, geçerli kabul edilmeli; taraflar arasında icra edilmesine olanak tanınmalıdır. Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin izlenecek usulün hangi hâllerde, açıklık, netlik, kesinlik içereceği konusunda, ADR lehine yorum yapmak asıldır (**DEBATTISTA**, s. 235; **PRYLES**, s. 163).

⁸¹⁷ *Ayrıntısı için bkz. MISTELIS*, s. 194, 173 vd.

olup olmadığı; tüketilip tüketilmediği gibi konular, *aslında*, mahkemelerin değil; hakemlerin işidir. Türk tahkim hukukunda, 1996 AA §9/II gibi bir düzenleme olmasa da yine *tahkim anlaşmasına tanınacak geçerlilikten istifadeyle* benzer bir sonuca varılmalıdır. Bu esnada, İngiliz hukukunda, söz konusu pozitif hükmün olmadığı dönemde, *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Ltd* davasında geliştirilen içtihadın bir benzerinin Türk hukuku için de geçerli olmasını beklemeye gerek yoktur; zaten bu, mümkün de değildir. Zira söz konusu davada İngiliz mahkemesi, 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesini yanlış yorumlayarak lâfzen, olduğu gibi, *mahkemenin tarafları tahkime sevk etmek* şeklinde bir zorunluluk altında olduğunu düşünmüş; tarafların aralarındaki anlaşma nedeniyle bunu da yapamayacağından (zira taraflar arasında önce bir ADR usulü vardır), çözümü tümüyle İngiliz hukukuna has; Kıta Avrupası ve özellikle Türk hukuku için son derece yabancı bir yaklaşımda bulmuştur. Mahkeme, sahip olduğu yargı yetkisinin, gereğinde –*sözleşmesel bir ilişkiye itibar ederek*– yargılama yapmama takdirini de içerdiği gerekçesiyle davanın esasına girmeyerek talebi reddetmiştir⁸¹⁸. Anılan gerekçeye dayanmanın Türk hukuku için hiçbir haklı ve geçerli yönü bulunmamaktadır. Anlaşma kapsamında, tahkim kaydı da bulunduğu sürece, ileri sürülen *itiraz* dikkate alınmalı ve dava usulden reddedilmelidir (**MTK m. 5/I**).

Türk hukuku bakımından, *tahkim itirazı*, (*en azından milletlerarası tahkimde*) ilk itiraz hukuki rejimine tabi tutulduğundan, öncelikle yukarıda sözü edilen türdeki bir itirazın, süre koşulunu yerine getirmesi gerekir (**MTK m. 5/I, 3/I**; HUMK. m. 189). Bunun yanında belki de sorun teşkil edebilecek husus, yapılacak itirazda, tahkim itirazı, tahkim anlaşması vb. ifadelerle yer verilmeyip taraflar arasında yapılan uyuşmazlık çözüm anlaşmasından bahsedilmesi veya sadece ADR anlaşmasına değinilmesi hâlinde de mahkemenin bunu, bir tahkim itirazı olarak kabul etmesinin mümkün olup olmadığıdır. Mahkeme, ilk itirazları (*yani tahkim anlaşmasını*) kendiliğinden dikkate alamaz (HUMK m. 188). Taraf, geçerli bir tahkim anlaşması olsa dahi bunu ileri sürmeyebilir ya da (*ilk itiraz*) süresini geçirmiş olabilir. Kaldı ki, *ADR itirazı* şeklinde bir düzenleme de bulunmadığına göre, tarafın ileri süreceği itiraz her şekilde, hukuken bir *tahkim itirazı* olacaktır, olmak zorundadır. Yukarıdaki paragrafta açıklanmaya çalışılan husus ise mahkemenin böyle bir tahkim itirazı üzerine, *taraflar arasında bir ADR anlaşması da var olduğundan ve kendisinin ADR için değil; ancak ve sadece tahkim için yargılama yapmaktan kaçınabileceğinden* bahisle itirazı reddedip işin esasına girmemesi gerektiğine yöneliktir. Yoksa her hâlükârda, davalı tarafın itirazı, teknik anlamda bir tahkim itirazı olmalıdır, zira mahkemenin işten el çekmesi, Türk hukuku için ancak bu yolla

⁸¹⁸ HILL, s. 281, 282; PRYLES, s. 171-172. Karş. ÖZBEK, s. 335, 336.

mümkündür. Tarafın yapacağı itirazın bir tahkim itirazı olması; tahkim anlaşmasına yönelik bulunması, buna (*da*) dayanılıyor olması, hayati önem taşımaktadır. Tahkim itirazı yerine ADR itirazında bulunulması ise *hem* süresi içinde tahkim itirazının ileri sürülmemiş olması (**MTK m. 5/I**) *hem* de ADR itirazının yargılama yapılmasını *kanunen* engelleyen bir durum olmaması nedeniyle (AY m. 125) mahkemenin işin esasına girerek yargılamaya devam etmesi sonucunu doğuracaktır.

Hakemlerin, ADR anlaşması lehine yargılama yapmaktan imtina edip edemeyecekleri meselesi yönünden ise mahkemeler için varılan sonuç, *bir ölçüde* etkili olacaktır. Zira *bir an için* ADR anlaşması nedeniyle *de* mahkemelerin yargılama yapmaktan imtina edebileceklerinin kabulü hâlinde, bunun tahkim yargısı için de geçerli olması beklenir. Bu sayede, ADR anlaşmalarının tıpkı tahkim anlaşmaları gibi devlet yargısı üzerinde, niteliği gereği *geçici* de olsa, etki doğuran bir sözleşme olduğu, resmen kabul edilmiş sayılacaktır. Böyle bir sonuç, ADR anlaşmasının kendisine atfedilen niteliğinden hareketle tahkim yargısı için de aynı etkiyi yaratacaktır. ***Ne var ki, şu anda böyle açık bir düzenleme bulunmamaktadır.*** Buna rağmen, hakemlerin yargı yetkisinin kaynağı, kanunda emredici tarzda düzenlenmiş hususlar bir yana, taraflar arasındaki anlaşmadır. Şu hâlde, yine tarafların yapacakları bir başka anlaşma ile hakemlerin yargı yetkisinin *geçici* bir süre için ertelenmesi, pekâlâ mümkün olabilmelidir. Tarafların, uyuşmazlığın yargısal bir süreç izlenerek kesin hüküm etkisine sahip, cebren icrası-tenfizi kabil bir kararla sona ermesini, *bir takım rızai çözüm usullerinin denenmesinden veya sadece belli bir sürenin geçmesinin ardından*, istemeleri, geçerli kabul edilmeli; bağlayıcı olmalıdır. Yargı yetkisine ilişkin ***süresinde*** ileri sürülecek bir itiraz (**MTK m. 7/H, I**) üzerine hakemlerin, söz konusu ADR usulüne riayet edilmediği, tüketilmediği sürece yargı yetkilerinin bulunmadığı sonucuna varmaları gerekir. Gerçi, ileri sürdüğümüz bu sonuç da içinde, oldukça büyük bir açmaz barındırmaktadır. Özellikle üstünkörü hazırlanmış, gereken detaylardan yoksun, sadece kimi yöntemlerin ismen geçirildiği bir ADR usulünün geçerli olup olmadığı ve şayet geçerli ise bunların taraflarca *ne zaman* tüketilmiş sayılacağı, bir meseledir⁸¹⁹. Ne var ki, bu, *prensip olarak*, bir ADR

⁸¹⁹ Bu noktada, milletlerarası tahkim uygulamasında ve özellikle ICC pratiğinde, kararlaştırılan ADR usulünün lafzi kurgusu özenle incelenmekte; taraflar yönünden bir mecburiyetin *mi* yoksa bir imkânın *mi* düzenlendiği araştırılmakta; şayet taraflar yönünden bir mecburiyetin bulunduğu tespit edilse dahi bu sefer de söz konusu anlaşmanın nasıl yürütüleceğinin belli bir usulü içerecek kadar ayrıntılı düzenlenip düzenlenmediği sorgulanmaktadır. Ancak bu son soruya da olumlu yanıt verilmesi durumunda, hakemler, yargı yetkileriyle itirazı kabul etmektedir (**FIGURES**, s. 72, 73; **PRYLES**, s. 163, 164; **DIMOLITSA A.**, Issues Concerning the Existence, Validity and Effectiveness of the Arbitration Agreement, 7(2) ICC Bulletin 1996, s. 21, 22).

anlaşmasının, tahkim yargısı üzerinde *geciktirici* bir etkiye sahip olacağı, olması gerektiği, gerçeğini değiştirmemektedir⁸²⁰.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5/I. maddesine göre, “...*tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü hâlinde, mahkeme, davayı usulden reddeder...*”. Anılan hüküm, kendi içinde pek çok hukuki sonucu beraberinde getirmektedir: Tahkime konu edilmesi gereken bir uyuşmazlıkla ilgili davanın, mahkemede açılması hâlinde taraf, *tahkim itirazında* bulunabilecektir. Tahkim itirazı, HUMK'un *ilk itirazlar* hukuki rejimine tabidir⁸²¹. Bu, iç tahkimde bulunmayan bir açıklıktır. O nedenle de yerindedir. Kanunda, sadece tahkim itirazının tabi olacağı kurallardan bahsedilmiş; ancak terminolojik olarak “*tahkim ilk itirazına*” yer verilmemiş olması nedeniyle *tahkim ilk itirazı* şeklinde bir kullanımı tercih etmiyoruz (*aynı yönde bkz. Tasarı m. 121/I, b, 417*)⁸²². Milletlerarası sözleşmeler saklı tutulduğu için (MTK m. 1/VI) örneğin 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin de uygulanmasını gerekli kılan bir olayda, tahkim itirazı, Sözleşme'nin VI, 1. maddesine tabi kalacaktır. Sözleşme'de düzenlendiği şekliyle süresinde ileri sürülmeyen tahkim itirazı için geçerli olan *hak düşümü yaptırımının*, Kanun'un 5. maddesiyle kabul edilmiş olması yerindedir. Sözleşme'nin de tanıdığı serbestî içinde *tahkim itirazı*, en azından milletlerarası tahkim alanında, açıkça usul hukukuna ait bir savunma olarak görülmüş, dava engellerine ilişkin hukuki rejime tabi kılınarak gereğinde, davanın usulden reddine neden olabileceği, düzenlenmiştir⁸²³.

Tahkim itirazı üzerine mahkeme, tahkim itirazını değerlendirecek ve özellikle “...*tahkim anlaşmasının geçerliliğine...*” ilişkin sorunları çözecektir. Anılan hükmün nasıl yorumlanması gerektiği konusu, kanımızca, tartışmalıdır⁸²⁴. Özellikle tahkim itirazı üzerine yapılacak denetimin hakemlere tanınmış *competence-competence* yetkisini etkisiz ve işlevsiz bırakabilecek olması nedeniyle söz konusu hükmün özenle yorumlanması; yapılacak

⁸²⁰ Karş. DAYINLARLI, s. 22, 23.

⁸²¹ İç/yerli tahkime ilişkin tartışmalar için bkz. ALANGOYA, s. 65 vd. Ayrıca bkz. POSTACIOĞLU, s. 791-792; Sempozyum, s. 111, 225; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 103 vd.; ÜSTÜNDAĞ, s. 952; KURU, s. 5968 vd.; AKINCI, s. 84, 85; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 272, 273; DAYINLARLI, s. 64, 65; UMAR B., Yavuz Alangoya'nın “Medeni Usul Hukuku Esasları” Kitabının Tanıtımı ve Orada Ele Alınan Bazı Hukuk Sorunları Üzerine Düşünceler, YTHFD 2005/2, s. 630, 631; 15. HD. 31.10.2001, 4349/4896, (YKD 2002/6 s. 891); PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 648, 649.

⁸²² KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1053.

⁸²³ Tahkim kaydını da içeren bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlığın Danıştay'da görülmesi durumunda, uyuşmazlık, tahkim kaydının da geçerli olması hâlinde, artık bir idari davaya konu olamayacağından (İYUK m. 2, 20), bu durum, tarafça ileri sürülmesi beklenmeksizin mahkemece *kendiliğinden* tespit edilecek ve dava reddedilecektir (TANRIVER S., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, s. 1061 vd, s.1087).

⁸²⁴ Ayrıca bkz. AKINCI, s. 85, 86.

denetimin kapsamı konusunda, belli bazı sınırlamalar getirilip getirilmeyeceğinin sonuca bağlanması gerekir. Örneğin tahkimle ilgili olmakla birlikte (*uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamına girip girmediği meselesi gibi*), *-doğrudan-* tahkim anlaşmasının geçerliliğiyle ilgili olmayan hususların, tahkim itirazı kapsamında denetlenmesi mümkün müdür? Bir tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği, taraflarından soyutlanabilir mi? Tarafın (*gerek davacının gerekse davalının*) tahkim anlaşmasına dâhil olup olmadığına yönelik itirazların incelenmesi ne kadar mümkündür? Bu noktada, yapılacak denetimin içeriğinin (denetime konu meselelerin) dar tutulması ile söz konusu denetimin *prima facie* düzeyde tutulması hadiselerinin, birbirlerinden bağımsız olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak her hâlükârda dile getirilen sorunların, hakemlere tanınan *competence-competence* yetkisiyle yakından ilgili olduğu bir gerçektir (MTK m. 7/H/I, III).

Madem ki, tahkim itirazı, ilk itirazlara ilişkin hukuki rejime tabi kılınmıştır; o hâlde ilk itirazlar için geçerli kuralların burada uygulanması beklenir. Yazılı yargılama usulünde (HUMK m. 195; ayrıca bkz. HUMK m. 478, 509, 502, 505) davalı, cevap süresi içinde, vereceği cevap layihasında, bütün ilk itirazlarını ileri sürmelidir. Cevap layihasının ıslahı yahut hasmın oluruyla da olsa, ilk itirazların ileri sürülmesi mümkün değildir. Anılan süre, hak düşürücü bir niteliğe sahiptir⁸²⁵. İlk itirazlar, öncelikle ve hadiselerin tabi olduğu usule göre çözümlenir (HUMK m. 190, 222, ve özellikle 225)⁸²⁶. İlk itirazlar, davanın esasını halledecek mahkeme tarafından, öncelikle ve esasa girilmeden önce karara bağlanır (HUMK m. 191, 196)⁸²⁷. İlk itirazın reddine ilişkin karar, nihai karar olmadığından, ancak nihai kararla birlikte, temyiz edilebilir⁸²⁸.

Kanuna göre, tahkim itirazının kabulü hâlinde dava, usulden reddedilecektir (MTK m. 5/I). Düzenlemede, hangi gerekçeyle usulden reddedileceği açık değildir. Yerli tahkimde *tahkim definin* kabulü hâlinde⁸²⁹, eğilim, mahkemenin, teknik anlamda bir görevsizlik kararı olmamakla birlikte, *ihtilafın hakeme ait olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine dair*,

⁸²⁵ ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 274; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 314; 1. HD., 20.9.2000, 9117/10581, (YKD 2000/11, s. 1671).

⁸²⁶ KURU, C. IV, s. 4284; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 275; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 314; HGK, 30.4.1997, 96-2-990/362, (YKD, 1997/12, s. 1847).

⁸²⁷ Bir ilk itirazının kabulü hâlinde, dava, başka mahkemeye gidecekse, önce o itirazın incelenmesi; kabulü hâlinde, diğerlerinin öbür mahkemece incelenmesi gerekir (KURU, C. IV, s. 4285; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 275; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 314). Hem yetki hem de tahkim itirazında bulunulması durumunda, mahkemece önce yetki itirazının incelenmesinin gerektiğine ilişkin bkz. 19. HD. 19.4.2000, 2591/2974 (YKD, 2000/11, s. 1735-1736). Karş. 11 HD. 4.10.2004, 189/9234, (YKD 2005/2, s. 213). Ayrıca bkz. 15. HD. 31.10.2001 4349/4896, (YKD 2002/6, s. 892).

⁸²⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 276.

⁸²⁹ Tahkim defî, bir maddi hukuk savunması olarak görülmekte, dava değiştirme ve söz konusu definin hasmın onayı ile ileri sürülebileceği kabul edilmektedir (Karş. 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 1). (KURU, s. 5973-5976; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 614); 15. HD. 31.10.2001, 4349/4896, (YKD 2002/6, s. 891, 892)

HUMK'un 519. maddesine göre bir karar vereceği, şeklindedir⁸³⁰. Mahkemece, tahkim şartı nedeniyle ve "...davanın hakemde görülmesi icap ettiği gerekçesiyle HUMK'nun 519. maddesi hükmü uyarınca mahkemenin *görevsizliğine ve dava dilekçesinin reddine ilişkin verilen karar*, mahiyeti itibarıyla davayı esastan halletmeyip usul yönünden ve belli prosedür gerçekleştirilerek *hakem mahkemesinde davanın devamına imkân sağlar niteliktedir...*"⁸³¹. Milletlerarası tahkim yargılamaları bakımından, tahkim itirazının kabulü hâlinde, davanın usulden reddedileceği düzenlenmişse de, bunun etkin ve anlamlı bir hüküm olduğunu söylemek güçtür. Örneğin, milletlerarası tahkimde de, yukarıda sözü edilen içtihadın, yahut hiç olmazsa HUMK'un 193. maddesinin geçerli olup olmayacağı⁸³²; mahkemece hükmedilen örneğin ihtiyati tedbirin bir sürede daha geçerli kalıp kalmayacağı⁸³³ (HUMK m. 193/III), hâlâ cevapsız kalmaktadır⁸³⁴.

İç tahkimde, tahkim itirazı (*defi*) üzerine, kimi zaman *dava dilekçesinin reddine* kimi zaman *mahkemenin görevsizliğine* kimi zaman da her ikisine birden karar verilmektedir⁸³⁵. Tahkim definin maddi hukuka ilişkin bir savunma nedeni olarak kabul edilmesinin ardından, usul hukukuna ait olduğu anlaşılan bir kararla davanın sona erdirilmesi, kanımızca da, bir çelişki arz etmektedir⁸³⁶.

Sözü edilen bu çelişkinin, milletlerarası tahkim için geçerli olmadığını söylemek mümkündür. Zira tahkim itirazının, *ilk itirazlar* hukuki rejimine göre, usul hukukuna ait bir savunma aracı olduğu kabul edilmiş; zaten davanın da gereğinde, usulden reddedileceği düzenlenmiştir. ***Eksik kalan, davanın usul hukukuna ait olup da hangi somut gerekçeyle reddedileceğidir.*** İç tahkimdeki gibi "*dava dilekçesinin reddi şeklindeki*" bir kararın⁸³⁷

⁸³⁰ KURU, s. 5971; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 615; 11. HD. 12.12.1989, 593/752 (Man BD 1989/28, s. 25-26); *Görevsizlik kararı* şeklindeki nitelendirme için bkz. 15. HD, 18.4.1988, 1470/1534 (YKD, 1988/10, s. 1412-1413);

⁸³¹ HGK, 29.11.1995, 870/1053, (İKİD, 1996/427, s. 11967-11968).

⁸³² Soruya verilen olumlu yanıt için bkz KURU, s. 5978.

⁸³³ KURU, C. IV, s. 4374; HADİMOĞLU, s. 148-149. HGK, 29.11.1995, 870/1053, (İKİD, 1996/427, s. 11967-11968).

⁸³⁴ Mahkemenin tahkim itirazını kabulü hâlinde, davayı usulden (*görevsizlik sebebiyle*) reddedeceğine ilişkin bkz. ŞANLI, s. 246. Mahkemece bu hâlde de *görevsizlik* kararının verileceğinin kabulü, HUMK'un 193/III. maddesinin de uygulanabilmesi, anlamına gelir (KURU, s. 5978). Oysa tahkim anlaşmasıyla bertaraf edilen, sadece mahkemenin devlet yargısı içindeki görevi değildir. Taraflarca, aksi kararlaştırılan, *adli yargı yolunun* da dâhil olduğu tüm yargı erkidir (KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü Altıncı Baskı, C. I, İstanbul, 2001 s. 734). Bu noktada, özellikle de *milletlerarası tahkimde*, tahkim anlaşması nedeniyle eksik kalan husus, Türk mahkemelerinin yargı yetkisidir (hakkıdır). Yerli tahkimden farklı olarak, milletlerarası tahkimde, HUMK'un 193. maddesinin uygulanmasını beklemenin ne kadar yerinde yahut gerekli olup olmadığı da ayrıca tartışmalıdır.

⁸³⁵ KURU, s. 5971-5972, 5977 vd; ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 614, 615; 11. HD. 18.11.2003, 4387/11101, www.kazanci.com.tr (Erişim tarihi: 11.10.2006). Ayrıca bkz. KURU, C. I, s. 320.

⁸³⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 273. Karş. KURU, s. 5968.

⁸³⁷ "...ve mahkeme tahkim itirazını yerinde görerek "*dilekçenin görev yönünden reddine*" dair karar vermişse de, bu karar teknik anlamda bir *görevsizlik kararı değil*, "ihtilafın halli hakeme ait olduğu" gerekçesiyle *dava dilekçesinin reddine* dair HUMK'un 519 uncu maddesine göre verilmiş bir karardır." 11. HD. 12.12.1988, 593/752 (Man BD 1989/28, s. 25-26). Ayrıca bkz. KURU, s. 5977. HUMK'un 519. maddesinin müstakil bir tespit davası olduğu ve içeriğini de gerek tahkim anlaşmasının geçerliliği gerekse hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadığı konusu oluşturduğu dikkate alındığında (ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 616-

milletlerarası tahkimde de verilebilmesi mümkün müdür? Kanımızca bu, olası değildir. Tahkim itirazını inceleyecek mahkemenin uyuşmazlığın esası yönünden görevli ve hatta yetkili mahkeme olması gerektiği dikkate alındığında, söz konusu mahkemenin davanın açıldığı esnada, *-tahkim anlaşması nedeniyle-* görevsiz olduğundan bahsetmek, mümkün değildir⁸³⁸. Zaten, tahkim itirazının, *mahkemenin göreviyle* ilgili olduğu da söylenemez. Tahkim anlaşmasıyla görevli ve yetkili mahkemenin görevi-yetkisi üzerinde bir tasarrufta bulunulmamakta; tüm bir yargı düzeninin dışına çıkılarak devlet yargısının aksi kararlaştırılmaktadır. Tahkim itirazının bilinen dava şartlarından yahut engellerinden birine tabi olduğunu ya da ona benzediğini söylemek, güçtür. Tahkim itirazının *yargı yolu itirazına* benzetilmesi dahi mümkün gözükmemektedir. Zira tahkim anlaşmasıyla sadece adli yargı yolunun değil; tüm bir yargı sistemin dışına çıkılmaktadır. Kaldı ki yargı yolu meselesinin bir dava şartı olduğu dikkate alındığında, bunun en azından şu andaki mevzuat karşısında, tahkim itirazına uygun düşmeyeceği de ortadadır.

Tahkim itirazıyla ilgili mahkemelerce verilecek kararın, *klasik* dava şartları yahut dava engellerine göre belirlenmesi, kanımızca, çok da doğru değildir. Tahkim anlaşmasıyla mahkemeler teşkilatı için geçerli olan kural ve prensiplerin tümüyle dışına çıkılmakta; bir anlamda, mahkemelerin *yargı yetkisi*⁸³⁹ bertaraf edilmektedir. Bunun anayasal düzeyde, geçerli ve caiz olduğuna değinilmişti. Şu hâlde dava, usulden reddedilirken aslında, mahkeme, anayasaca kendisine tanınan yargı yetkisinden mahrum olduğuna hükmetmektedir.

Yargı yolunun yahut görevin bir dava şartı olması gibi, tahkimde *yargı yetkisinin* de bir dava şartı olarak değerlendirilmesi ve fakat kanunun 5/I. maddesinin ilk itirazlara göndermede bulunmasını eleştirmek, doğru değildir. Tam aksine, bu durum, son derece yerindedir. Zira

617), davanın kararda da vurgulandığı üzere, dava dilekçesinin reddine ilişkin bir kararla sona ermesi mümkün değildir. Yapılan atf, olsa olsa tahkim itirazı üzerine yapılacak yargılamanın içeriği ile HUMK'un 519. maddesi kapsamına göre yapılacak yargılamanın içeriğinin aynı olduğuna yöneliktir.

⁸³⁸ "...*dâva arzuhalinin reddi...*" şeklindeki ifadenin (HUMK m. 27) yanıltıcı olduğuna bunun "*görevsizlik kararı*" biçiminde anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. **KURU**, C. I, s. 320, 614. HUMK'un 27. maddesinde geçen ibarenin mahkemelerin görevsizliği durumunda kullanılıyor olması ve mahkemenin tahkim itirazı üzerine de aynı yönde karar vereceğinin içtihat edilmesi nedenleriyle en azından içtihatlar temelinde, tahkim anlaşmasının mahkemelerin görevsizliği sonucuna yol açtığı, sonucuna varmaktayız. *Ayrıca bkz.* **KURU**, s. 5977; 15 HD. 18.4.1988, 1470/1534 (YKD, 1988/10, s. 1412-1413); HGK, 29.11.1995, 870/1053, (İKİD, 1996/427, s. 11967-11968).

⁸³⁹ Yargı hakkı (*yetkisi*), mahkemelere ilişkin dava şartlarındandır ve iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki, yer (ülke) yönünden yargı yetkisi; ikincisi ise kişi yönünden yargı yetkisidir (**KURU B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü Altıncı Baskı, C. II, İstanbul, 2001, s. 1345-1359; **ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM**, s. 207; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 261). Türk mahkemelerinin kendi yargı haklarının bulunmadığı hususu, bir dava şartı olarak kabul edilmektedir (4. HD., 12.10.1987, 7309/7373 YKD, 1988/1, s. 31). Ancak, buradaki yargı yetkisinin, bizim kullandığımız yargı yetkisiyle en azından içeriksel olarak örtüşmediği açıktır. İster iç isterse *milletlerarası* tahkimle ilgili olsun, tahkim anlaşmasıyla Türk mahkemelerinin bertaraf edilen yargı yetkisi, ne ülkeyle ne de kişiyle sınırlıdır. Tahkim yeri İzmir olan ve hiçbir yargı muafiyetinden yararlanmayan kimseler için de Türk mahkemelerinin tahkim anlaşması nedeniyle ve *süresinde ileri sürülen tahkim itirazı üzerine*, yargı yetkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşılabilmelidir.

yine anayasal düzeyde yargı yetkisi, bir devlet erki olarak, devlet var olduğu sürece varlığını korumakta ve *asıl, ilk olma* özelliğini taşımaktadır. Bunun yanından taraflar, *sonradan, zaten kurulu devlet yargısına rağmen*, tahkim anlaşmasıyla *teknik olarak bir istisna şeklinde de görmediğimiz* tahkim düzenini kendileri için geçerli kılabilenlerdir. Bu hak, kendilerine, yine anayasa tarafından tanındığı içindir ki, tahkim düzenini, devlet yargısının bir istisnası olarak onun altında yahut gerisinde, görmüyoruz. Lakin bu, tahkimin devlet yargısının dışında; kronolojik olarak da sonraki olma özelliğini, ortadan kaldırmamaktadır. Zaten mahkemeye ulaşma hakkı olan taraflar, ancak bir araya gelerek anlaşılırlarsa tahkime ulaşabilmekte, başvurabilmektedir. Şu hâlde, şayet tahkim anlaşması olmasaydı, uyuşmazlığın esası yönünden görevli (ve hatta) yetkili mahkemenin tahkim itirazını, şayet *tarafça ileri sürülürse*, değerlendirmesi ve sonucunda yargı yetkisinin bulunmadığına karar verebilmesi, son derece doğaldır. Sözleşmesel bir hak-yükümlülük olan tahkimin, tarafça ileri sürülmemesi hâlinde, mahkemece *resen* dikkate alınması, şayet tahkim anlaşması olmasaydı, görevli olarak kabul edilecek mahkemeden beklenmemelidir. Görevi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacak mahkemenin, *doğrudan* taraf menfaatine yönelik ve sözleşmesel temeli haiz tahkim anlaşmasına *resen* itibar etmesi, doğal ve doğru olmayıp tarafın, tahkim itirazını ileri sürmesini, buna dayanmasını beklemek daha yerindedir⁸⁴⁰. Örneğin 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 1. maddesi, anılan savunmanın usule yahut esasa ilişkin vasıflandırılmasını, ülkelerin kendi takdirlerine bırakarak tahkim itirazının her hâlükârda hak düşümü yaptırımı altında, en geç uyuşmazlığın esasına ilişkin savunmalarla birlikte ileri sürülmesini düzenlemiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, bir anlamda milletlerarası yükümlülüğümüz olan bu düzenlemenin gereklerini, usul hukuku bağlamında ve ilk itirazlar hukuku rejimine uygun olarak çözümlenmesi, bize ait bir tercihten başka bir şey değildir.

Vardığımız sonucun ve özellikle verilmesini beklediğimiz kararın, hiç şüphesiz ki, belli sonuçları bulunmaktadır. Örneğin HUMK'un 193. maddesinin böyle bir durumda, uygulanması beklenmemelidir. Gerçi iç tahkimde, *dava dilekçesinin reddi* şeklindeki karar için de, *teknik ifadesiyle bir görevsizlik kararı olmamasına rağmen*⁸⁴¹ HUMK'un 193. maddesinin uygulanması gerektiği vurgulanmışsa da⁸⁴²; bunun, en azından lâfzen, anılan kanun hükmüne uygun düştüğünden bahsetmek güçtür. Kimi kazai içtihatlarda, tahkim itirazı üzerine, açıkça görevsizlik kararı verileceği belirtilmiş⁸⁴³ ve bu hâliyle HUMK'un 193. maddesinin uygulanması yönünde bir olanak sağlanmışsa da, bu sefer, söz konusu

⁸⁴⁰ *Zaten bkz. §11, III, A, 1, s. 390, dn. 799.*

⁸⁴¹ 11. HD. 12.12.1988, 593/752 (Man BD, 1989/28, s. 25-26).

⁸⁴² **KURU**, s. 5978.

⁸⁴³ 15 HD. 18.4.1988, 1470/1534 (YKD, 1988/10, s. 1412-1413).

vasıflandırmanın tahkim defî şeklindeki ve maddi hukuka yönelik nitelendirmeye uyum içinde olmaması sorunu, ortaya çıkmaktadır. Tahkim itirazının kabulü ve davanın yargı yetkisi yokluğu nedeniyle usulden reddi üzerine davaya, hakemlerde devam edilmesini ve özellikle bu sırada, HUMK'un 193. maddesinin uygulanmasını düşünmenin doğru, haklı ve gerekli olduğu kabul edilse dahi şu andaki mevzuat karşısında, bunun mümkün olduğunu söylemek güçtür.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5/II. maddesi, mahkemeler önünde görülen yargılamanın devamı esnasında, tarafların tahkime gitmek konusunda anlaşmalarını mümkün görmüş⁸⁴⁴, dahası, dava dosyasının da mahkemece, hakemlere *gönderileceğini* düzenlemiştir. Bu noktada tahkim itirazının, *ilk itirazlar* hukuki rejimine tabi kılınması ve ilk itirazların da sonradan, *ıslah* yahut *savunmanın genişletilmesi* yoluyla ileri sürülememesi nedenleriyle örneğin davalının yargılamanın devamı esnasında ileri sürdüğü tahkim itirazının, davacı tarafça açıkça reddedilmemesi nedeniyle taraflar arasında, bir tahkim anlaşmasının kurulduğundan bahsetmek, olası değildir. Kaldı ki kanun da, tarafların "...anlaşmalarından..." bahsetmektedir (**MTK m. 5/II**). Hüküm, aynı maddenin ilk fıkrasında düzenlenen ilk itiraz rejimiyle birlikte değerlendirildiğinde, burada arananın, *taraflar arasındaki açık ve tereddütsüz bir anlaşma olduğunu* kabul etmek gerekir. Hükümün istisnai karakteri, susulduğu yahut açıkça reddedilmediği için (*zımnen de olsa*) bir tahkim anlaşmasının kurulduğu sonucuna varmaya engeldir (*karş. MTK m. 4/II*). Ancak bu yolla tahkim anlaşmasına ilişkin yazılı şekil şartının ardında yatan gaye, korunabilir⁸⁴⁵.

Hükümde, tarafların sonradan bir tahkim anlaşması yapmaları hâlinde, davanın nasıl sona erdirileceği düzenlenmiş değildir. Hatta bu sefer, davanın usulden reddedileceği dahi belirtilmemiştir. Sadece, dava dosyasının *artık yargı yetkisini haiz* hakemlere *gönderileceği*, düzenlenmiştir. Taraflar arasındaki anlaşmanın, daha ziyade bir *tahkim sözleşmesi* niteliğinde ve özelliğinde olduğu, düşünülebilir. **Bu hüküm sayesinde tarafların, yargılamanın devamı esnasında, uyuşmazlığın esası dışında, usule ilişkin konularda da anlaşmaya varabilmesi, tasarruf edebilmesi mümkün kılınmıştır.** Klasik ifadesiyle *görev anlaşmasının dahi yapılamadığı* bir usul sisteminde, hem de yargılamanın devamında, mahkemenin *yargı yetkisine yönelik* bir anlaşmanın yapılabilmesi, artık mümkündür. Mahkemece, derdest yargılamanın nasıl sona erdirileceği ise bir sorundur. Bu durumda, söz konusu tahkim anlaşması nedeniyle yargı yetkisi kalmayan mahkemenin, *yine* yargı yetkisi yokluğu nedeniyle davayı usulden reddetmesi mümkündür. Dava şartlarından olan taraf ehliyetinin yargılamanın

⁸⁴⁴ Bu durum, iç/yerli tahkim için de mümkün olup şayet böyle bir hususun gündeme gelmesi hâlinde, HUMK'un 97/II. maddesinin kıyasen uygulanacağı savunulmuştur (**ALANGOYA**, s. 76). Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 113; **KALPSÜZ**, *Tahkim Anlaşması*, s. 1053.

⁸⁴⁵ Hükme yönelik eleştirisi için bkz **KALPSÜZ**, *Tahkim Anlaşması*, s. 1053.

devamı esnasında kaybı üzerine, tamamlanamayan söz konusu dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddi, bu konuda bize örnek olabilecek niteliktedir. Zaten dava şartları da, davanın açılmasından hükmün verilmesine kadar var olmalıdır. Bu noktada, tahkim anlaşmasının bir dava şartı yokluğuna neden olması, yadırgatıcı olmamalıdır. Yargı yolu da dâhil olmak üzere, diğer tüm dava şartlarından öncelikle bulunması gereken mahkemelerin yargı yetkisini, hiç olmazsa, mahkemelere ilişkin bir dava şartı şeklide görmek, son derece doğal olmalıdır⁸⁴⁶. Ancak burada, yine diğer tüm dava şartlarından farklı olarak, tahkimin niteliği gereği, sözleşmesel ve iradi bir temel bulunmaktadır. Söz konusu sözleşmenin yapılması ihtiyari olduğu gibi, ileri sürülmesi de tarafa bağlıdır. Hatta *artık* tarafların yargılamanın devamı esnasında dahi böyle bir sözleşmesel ilişkiye girip mahkemelerin yargı yetkisini bertaraf etmesi mümkündür. Tahkim anlaşmasının bir *usul hukuku sözleşmesi* olması, hiç olmazsa, davanın usulden reddedileceğini kabul etmemizi kolaylaştırmaktadır⁸⁴⁷.

Mahkemenin dava dosyasını göndermesinin, örneğin HUMK'un 193. maddesi anlamında bir gönderme olup olmadığı tartışmalıdır. Zira anılan hükmün uygulanmasını mümkün kılacak bir şekilde, davanın sona erdirilmediği açıktır. HUMK'un 193. maddesine tabi olmayıp da sonunda, "gönderme kararı" verilen bir başka durum, idari taksimatta veya adli teşkilatta bir değişikliğin gerçekleşmesi hâlinde, özellikle taşınmazın aynıyla ilgili konularda kesin yetkisi son bulan mahkemenin, dosyayı yetkili yeni yer mahkemesine göndermesidir⁸⁴⁸. Kesin yetki için geçerli bu sonucun, sözleşmesel temeli olan tahkim anlaşmaları için de geçerli olmasını beklemek pek mümkün gözükmemektedir. Oysa özellikle

⁸⁴⁶ Tahkim itirazıyla ilgili olarak burada, dava şartı konusunda yaptığımız değerlendirmeler, yadırgatıcı bulunmamalıdır. Gerçi, taraflar arasındaki tahkim anlaşması nedeniyle dava şartlarında olduğu gibi mahkemenin esasa girmesine *kamu düzeni* nedeniyle mâni olan ve bu gerekçeyle de mahkeme tarafından *resen* dikkate alınması gereken bir durumun gerçekleşmediği aşikardır (ALANGOYA, s. 70-72). Ancak aynı anlaşmayla *yetki sözleşmelerinden farklı olarak ve özellikle milletlerarası tahkimde*, mahkemelerle ilgili bir dava şartı üzerinde tasarruf edildiği de inkâr edilemez. Yukarıda, çalışma içinde, tahkim anlaşmalarının yetki sözleşmeleriyle mukayese edilmemesi gerektiği konusundaki görüşlere yer verilmiştir (PETROCHILOS, s. 27). Gerçekten de tahkim anlaşmalarıyla milletlerarası tahkim alanında, ülke mahkemelerinin sadece yer itibarıyla yetkisi değil; ancak aynı zamanda yargı yetkileri üzerinde de tasarruf edildiği konusu görmezden gelinmemelidir. Aslında, bir dava şartı olarak algılanmaya müsait bir unsur üzerinde, belki de ilk defa, tarafların sözleşmeyle tasarruf etmesine imkân tanınmaktadır ki bu durum, ne üzerinde tasarruf edileni dava şartı olmaktan çıkartır ne de bir usul sözleşmesine dayanan tahkim itirazının *resen* dikkate alınmasını gerektirir.

⁸⁴⁷ Mahkeme önünde yapılacak böyle bir tahkim sözleşmesinin, uyuşmazlığın esası üzerinde hiçbir etkisinin olmadığı açıktır. Şu hâlde, davanın konusuz kalması ve bu nedenle de yargılamanın *hüküm kurmaya mâhal olmadığına ilişkin kararlar* son bulması gibi bir durum, söz konusu olamaz. Yargılamanın usulî nedenlerle son bulacağında, tereddüt yoktur. Ancak, söz konusu usulî nedeni de, HUMK'un 193. maddesine yahut dava şartlarındaki eksikliğin tamamlanamaması üzerine yaşanacaklarla kıyaslamak bir hayli zor gözükmemektedir. Tahkim itirazı üzerine davanın usulden reddi ile sonradan yapılan tahkim sözleşmesi nedeniyle davanın son bulması durumlarını, aynı sonuçları doğuracak şekilde yorumlamak, kimi güçlükler neden olmaktadır. Özellikle mahkemenin nihai karar yanında, hükmün ferileri konusunda nasıl bir tavır takınacağı, sözü edilen bu iki durum arasındaki farkı ortaya çıkarmaktadır.

⁸⁴⁸ 5. HD., 19.3.1990, 5145/8594 (YKD, 1990/6 s. 830); 1. HD., 21.6.1999, 6869/6695 (YKD, 1999/11, s. 1508-1509). Anılan sonucun, *sadece* taşınmazın aynına ilişkin konularla sınırlı olduğuna ilişkin bkz. 3. HD., 17.3.1997, 2217/2930 (YKD, 1997/7, s. 1059-1060).

HUMK'un 193/IV. maddesine bağlanan *sonucun*, yargılamanın devamı esnasında, tahkim sözleşmesi yapan taraflar için de geçerli olmasını beklemek, çok daha yerindedir. Lakin verilecek kararın, aynı hükümde düzenlenenlerden olmadığı hâlde, sadece söz konusu sonucun geçerli olmasının yerinde olacağı inancıyla hükmün kıyasen de olsa uygulanmasını beklemek, sorunu çözümsüz bırakmak şeklindeki seçeneğinin, karşısında yer almaktadır. Böyle zor bir seçime mecbur kalınmamalıydı.

Taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünün kararlaştırılması hâlinde, *uyuşmazlığın esasıyla ilgili olarak*, artık mahkemeler önünde –*şayet bu yönde davalı tarafça itirazda da bulunulması durumunda*- herhangi bir yargılamanın mümkün olamayacağı konusunda, tereddüt yoktur. Ne var ki, özellikle Türk hukuku bakımından tahkimin (*tahkim itirazının*) ilamsız icra takibi yapılmasını da (İİK m. 42) engelleyip engellemediğinin üzerinde durmak gerekir. Mahkeme yargılaması kadar çok ve yaygın ilamsız icra takiplerinin tahkim anlaşmalarına rağmen geçerli olup olmadığı sorunu, özellikle milletlerarası tahkim alanında ve Türkiye için son derece hayati bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁴⁹. Öğretide, alacaklının tahkim anlaşmasına rağmen, tahkim yoluna başvurmadan, doğrudan, ilamsız icra takibi yapılabileceği savunulmaktadır. Hatta söz konusu takibin devamında, koşulların da oluşması hâlinde, bir dava olarak nitelendirilmeyen itirazın kaldırılması yoluna başvurma (İİK m. 68/I, 68a) da mümkün olduğu, düşünülmektedir⁸⁵⁰.

Tahkim anlaşmasıyla birlikte, alacaklı için artık sadece ilamlı icra takibi mi mümkündür? Yani tahkim anlaşması, taraflar yönünden sadece *mahkemede* dava açılmasını mı önlemektedir? Bir başka deyişle ilamsız icra takibi sırasında, alacaklının mahkemeye başvurması gerektiğinde, ancak bu hâlde mi, hakemlere başvurmak gerekecektir⁸⁵¹?

Türk hukuku bakımından bu tartışmanın bir başka önemi daha vardır: Alacaklı, iflasa tabi borçlular yönünden, alacağının tahsili amacıyla iflas yoluyla takip de başlatabilmektedir (İİK m. 43/I). Geleneksel ve hayli genel bir yorum sonucunda, iflasla ilgili meselelerin

⁸⁴⁹ *Mecburi tahkim* kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların birbirlerindeki alacakları için icra takibi yapılamayacağı; yapılmışsa uyuşmazlığın icra mahkemesinde çözümlenemeyeceğine ilişkin bkz. 12. HD. 5.7.1993, 7680, 12136 (UYAR T., İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 1, İİK 1-16, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 162, 163).

⁸⁵⁰ KURU, s. 5980 vd. Ayrıca bkz ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 615; ŞANLI, s. 237-238. 12. HD. 27.2.1990, 8745/1848 (UYAR T., Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C. II, İzmir 1998, s. 1631); "...Karşı Oy yazısı: İlâmsız takip, bir hak arama yoludur. Hak arama özgürlüğü Anayasal bir hak olarak, Anayasal çerçevede ve ancak kanunla sınırlanabilir. Tahkim sözleşmesi ya da şartı ilamsız icra takibi yolunu kapamayacağı gibi hakemi, İcra ve İflas Kanunu'nun 4. maddesinde belirli tetkik mercii hâkimin yerine ikame edemez. Yönetim planında yer alan tahkim şartı, HUMK.'nun 518. maddesi karşısında, icra yetkisinin kullanıldığı alanda geçerli olmaz. Tetkik mercii kararının bu nedenlerle bozulması gerektiği görüşü ile çoğunluğun gerekçesine katılamamaktayım..." 12. HD. 9.11.1987, 15663/11370, (UYAR, s. 1631, 1632). Karş. KURU, s. 5980, 5981.

⁸⁵¹ Bu son soruya verilen olumlu yanıt için bkz. KURU, s. 5981. Ayrıca bkz. ŞANLI, s. 238.

tahkime elverişli olmadığı kabul edildiğinde⁸⁵², ***Türk hukuku yönünden, tahkim anlaşmasına rağmen pek çok uyumsuzluğun devlet yargısı içinde çözümlenmesi tehlikesi vardır.*** İlamsız icra takiplerinde, icra mahkemeleri önündeki itirazın kaldırılması yargılamalarında, alacağın da ispatına yarayan belgelerin çokluğu ve kolaylıkla temini (İİK m. 68/I, 68b), pek çok hâlde, tahkim yargısını gereksiz ve işlevsiz bırakacaktır. İcra mahkemeleri önünde, imzaya itirazların da incelenebildiği (İİK m. 68a) düşünüldüğünde (*karş.* NCPC Art. 1467), tahkim anlaşmasına aykırı hareket etmek, çoğu kez mümkün hâlde gelmektedir. Milletlerarası ticari ilişkilerde, tarafların, birbirlerinin yargı düzenlerine başvurmak zorunda kalmak istememeleri; kendileri için tarafsız, yeni bir yargılama makamı yaratmak şeklindeki idealleri, Türk hukuku yönünden bu şartlar altında, zarar görmektedir.

Yukarıda anılan sorunla ilgili olarak tahkimin cebri icra sahasını düzenlemediği; cebri icranın devletin mutlak egemenliği, kontrolü ve himayesi altında olduğu argümanlarına da itibar etmemek gerekir. Zira böyle bir söylem ile *aslında* sınırlandırılmak istenen durumlar, alacaklının —*üzerinde artık tereddüt edilmeyen, yargısal anlamda da kesinlik kazanmış-* hakkına kavuşabilmesi için gereğinde cebren, borçlunun borcunu icra etmesinin/yerine getirmesinin sağlanması (İİK m. 24, 26, 30) yahut borca yeter mal varlığının haczi (İİK m. 78 vd) ile haczedilenlerin satılması (İİK m. 106 vd) ve elde edilen tutarın alacaklıya ödenmesidir (İİK m. 138 vd). Hakemlerin yapamayacakları, bunlarla sınırlıdır. Oysa özellikle Türk hukukunda, alacaklı, önce mahkemeye giderek haklılığı konusunda, herhangi bir hüküm verilmesine ihtiyaç duymaksızın, (ilamsız) icra takibi başlatabilmekte; itiraz üzerine duran takibin devamı ise icra mahkemelerinde, dava olarak da nitelendirilmeyen bir yargılama sonucunda mümkün olabilmektedir⁸⁵³. Tercih edilenin bir iflaslı takip olması durumunda ise sonunda, borçlunun iflasına da hükmedilebileceğinden (İİK m. 158; 173), meselenin çoğu kez tahkime elverişli olmadığı iddiası da gündeme gelebilmektedir. Kısacası ***Türk hukukunda, milletlerarası tahkim alanında, tahkim anlaşmasının dolanılması; hiçe sayılması; etkinliğini ve amacını yitirmesi, cebri icranın özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlendiği kadar geniş anlaşılması hâlinde, kolaylıkla mümkündür.*** Bu durumun, özellikle milletlerarası tahkim alanında, hedeflenen sonuçların doğumuna engel olduğu konusunda ise tereddüt duyulmamalıdır. *Kanımızca*, madem ki, tahkim anlaşmasıyla taraflar

⁸⁵² **Bkz. §7, III, C, 4.** Ayrıca bkz. İİD 13.2.1964, 1332/1729 (İBD, 1970/1-2, s. 101).

⁸⁵³ *Urkundenprozess ve Wechselprozess* usullerinde de tahkim itirazının ileri sürülebileceğine ve geçerli bir tahkim anlaşmasının anılan türdeki yargılamaların da mahkemelerde icrasına engel olacağına ilişkin bkz. OLG Celle, SchiedsVZ 2006, s. 52-55; BGH, ASA Bulletin 2/2006, s. 36. *Ayrıntısı için bkz. SCHERER, Case Law-II*, s. 280. Ayrıca bkz. ZÖLLER/GEIMER, §1032, Rn. 10. *Karş.* Hakemde *itirazın iptali* davasının da açılmayacağına ilişkin bkz. DAYINLARLI, s. 66; 19. HD. 14.12.2000, 5610/8669, (DEYNEKLİ A/KISA S., İtirazın İptali Davaları, İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 264, 265).

arasındaki uyumsuzluğun esası üzerinde yapılacak yargılama faaliyeti yönünden *devlet yargısı* (*sadece mahkemeleri değil*) devre dışı bırakılmaktadır; şu hâlde, Türk hukuku yönünden de artık, tahkim anlaşmasına rağmen, ilk bakışta ve özellikle düzenlendiği yer itibariyle bir cebri icra müessesesi olarak görülen ve fakat aslında, ağırlıklı olarak para alacaklarının varlığının-yokluğunun yargılama konusu edildiği, ilamsız icra-iflas takiplerinin de mümkün olmaması gerekir.

2- Tahkim Anlaşmasının Yok- Batıl, İşletilemez Sayılması; İcrasının Mümkün Olmaması Meselesi

Mahkemelerce tarafların tahkim iradelerine geçerlilik tanınması, söz konusu anlaşmanın yok (*null*)- batıl (*void*) ve işletilemez (*inoperative*) sayılmamasına; icrasının mümkün olmasına (*incapable of being performed*) bağlıdır (New York Sözleşmesi m. II, 3; Model Kanun m. 8/I; PIL Art. 7, b; ZPO §1032/I; 1996 AA §9/IV; *farklı ifadelerle de olsa* 1961 Cenevre Sözleşmesi m. V/1, 3; NCPC Art. 1458; Hollanda CCP Art. 1022/I; *ayrıca bkz. MTK m. 5/I; Tasarı m. 417*)⁸⁵⁴. Tahkim anlaşmasıyla ilgili anılan vasıflandırmalar, *ne* özellikle 1958 New York Sözleşmesi'nin hazırlanışı sırasında *ne de* millî kanunlara söz konusu sıfatların aktarılışı anında, tartışılmıştır. Bu nedenle öğretilerde, mahkemelerin söz konusu kavramları ayırıştırarak tanımlamak yerine, oldukça toptancı bir biçimde, ilgili denetimi yapmaya çalıştıkları, belirtilmektedir⁸⁵⁵.

Öğreti, tahkimin lehinde sayılabilecek bir ortamda, söz konusu kavramların dar yorumlanması gerektiği görüşünde birleşmektedir. Örneğin, 1958 New York Sözleşmesi'yle ilgili olarak her bir ülke hukukunca kendi özelliklerine uygun olarak yapılacak müşahhas yorum yerine, Sözleşme bağlamında, yeknesaklık yaratmak amacıyla daha otonom bir yoruma, gerek duyulmaktadır. Gerçi, ileri sürüldüğü şekliyle bu kavramların net ve kesin bir biçimde ayırıştırılması, çok da zaruri değildir; zira her hâlde varılacak sonuç aynıdır⁸⁵⁶. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, tahkim itirazı üzerine mahkemenin, *tahkim anlaşmasının geçerliliğine* yönelik uyumsuzlukları çözeceği düzenlenmişse de (**MTK m. 5/I**) bu denetimin *hangi yönlerden ve ne düzeyde gerçekleşeceği*, açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bu noktada, mehzarımız olan İsviçre PIL Art. 7'ye veya Model Kanunu'nun 8/I. maddesine ve her

⁸⁵⁴ *Tasarı m. 417*'de geçen "...hükümsüz, etkisiz veya uygulanması imkansız değilse ise..." ibaresi ve uygun bulunduğuna ilişkin bkz. **ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, Tasarı**, s. 219.

⁸⁵⁵ **van den BERG**, s. 155-156. Ne Alman ne de İngiliz kanunlarının hazırlık çalışmalarına ilişkin metinlerde, bu konuda söz konusu kavramların önceki kanunlarda da zaten bulunması dışında, çok da detaylı bir tanımlamaya tartışmaya yer verilmiştir (**LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 342). *Ayrıca bkz. HARBST*, s. 49-51.

⁸⁵⁶ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 342; **LEW**, *Arbitration Clause*, s. 128.

hâlikârda, milletlerarası sözleşmelere (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3; New York Sözleşmesi m. II, 3; **MTK m. 1/VI**) uygun bir yorumun yapılması, yerinde olur.

Yok (*null*) ve batıl/geçersiz (*void*) terimlerinin, 1958 New York Sözleşmesi'nin Fransızca ve İspanyolca metinlerinde de kullanıldığı biçimiyle aslında, tek bir hâli düzenlemekte olduğu kabul edilmektedir. Özünde vurgulanmak istenen, **tahkim anlaşmasının başlangıçtan itibaren bir geçersizliğe maruz kalmasıdır**. Bu hâlde, verilen örneklerden olan, tahkim anlaşmasının belli bir hukuki ilişkiye göndermede bulunmaması; tarafların tahkim anlaşmasıyla ilgili sağlıklı, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının olmaması (irade sakatlığı; yetkisiz temsil vb.); olmayan yahut belirsiz veya muğlak bir biçimde, tahkim kurumları lehine yapılan göndermeler⁸⁵⁷, hep bu kapsamdadır⁸⁵⁸.

Bu kapsamda çokça yaşanan örnek, tahkimin himayesinde yürütülmek istendiği ilgili tahkim kurumuna yapılan yanlış göndermelerdir. Bu noktada, belki tahkim kaydında ifade edildiği/yazıldığı biçimiyle bir tahkim kurumu bulunamayabilirse de tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme konusundaki iradelerinde tereddüt etmemek gerekir. Kaldı ki kimi zaman şehir; kimi zaman ilgili sanayi sektörü, kimi hâllerde de uyuşmazlığın tipi, söz konusu tahkim kurumunun gerçekte ne olduğunun tespitinde, mahkemelere yardımcı olabilmektedir⁸⁵⁹. Ancak böyle bir belirlemenin dahi yapılamadığı ve bu nedenle tahkimin hangi kurallar altında **yürütüleceğinin** belirlenemediği durumlarda, tahkim anlaşması geçersiz kabul edilmelidir⁸⁶⁰.

ICC (*International Chamber of Commerce*) tahkim kayıtlarının hemen yanında, bazı şehir isimleri yer alabilmektedir. Bu gibi kayıtlar, ilgili şehirlerin (yerlerin) tahkim yeri (*seat of arbitration*) olarak seçildiği ve fakat tahkim yargılamasında da ICC Rules'un

⁸⁵⁷ Tarafların olmayan ya da muğlak bir biçimde, farklı kurumların da aynı anda anlaşılabilceği kurumlar üzerinde sözleşmiş olmaları hâlinde, mahkemelerin **derhâl** tahkim anlaşmasının geçersizliği sonucuna varmadıkları söylenebilir. Tahkim kaydının işleyebilir, sağlıklı ve yaşatılabilir bir yorumu yapılmaya çalışılmaktadır (KG Berlin, [2000] Int ALR N-70). Ayrıca bkz. **DAVIS**, s. 365. Buna rağmen tahkim anlaşmasının geçersiz sayılması, ancak ya gerçekten de var olan birden fazla tahkim kurumunun aynı anda anlaşılabilceği ya da belirli hiçbir tahkim kurumunun vasıflandırılmayacağı biçimde, tahkim kaydının kaleme alınması hâlinde, gündeme gelmektedir (BGH, *Winsche Handelsgesellschaft v Coop S Maria srl*, XV YBCA 1990, s. 660).

⁸⁵⁸ *Tahkime elverişlilik*, her ne kadar çoğu kez, tahkim anlaşmasının geçerliliğiyle ilgili konulardan ayrı ve bağımsız olarak incelenmekteyse de, tahkime elverişli olmayan bir konuyla ilgili tahkim anlaşmasının da geçerli kabul edilmesi mümkün değildir (**PARK**, *Arbitrability*, s. 145). Böyle bir düzenleme örneği için bkz. 1999 İsveç Tahkim Kanunu §49/II.

⁸⁵⁹ *Tribunal of the Chamber of Commerce of Paris=Paris Arbitration Center; Belgrade Chamber of Commerce=Foreign Trade Arbitration Court at the Economic Chamber of Yugoslavia; Arbitration: FTAC of China=CIETAC Arbitration* olarak yorumlandığı mahkeme kararları ve ayrıntısı için bkz. **VARADY**, s. 356 vd.

⁸⁶⁰ Zaten tahkim hizmeti de vermeyen *hangi iki* ticaret odasından birine atf yaptığı belirlenemeyen tahkim kaydının geçersiz sayılmasına ilişkin bkz. BayObLG, 1 RPS 2000, s. 15. Ayrıca bkz **VARADY**, s. 363, 364.

uygulanmasının istendiği şekilde, yorumlanmaktadır⁸⁶¹. Sorun, tahkim kurumunun isminin muğlak yazılmış olması yanında, tahkim yeri olarak belirlenen yerde de aynı muğlaklığa yakın isimde, bir başka tahkim kurumunun bulunması hâlinde, gündeme gelebilmektedir⁸⁶². 1999 yılında *Kammergericht*, tahkim yerinin Berlin ve tahkimin Alman usul kanununa tabi olduğunu düzenleyen tahkim kaydında yer alan, “...Alman Merkez Ticaret Odası'nın tahkim kurallarına tabi olarak...” şeklindeki bir kurumsal tahkim iradesinin geçerli olup olmadığını sorgulamıştır⁸⁶³. Almanya'da böyle bir ticaret odası, yoktur. DIS kurallarına göre teşekkül eden hakem heyeti, ön sorun olarak, yargı yetkisinin bulunup bulunmadığını incelemiş ve kararını olumlu yönde oluşturmuştur. Karara, mahkeme nezdinde itiraz edilmiştir (ZPO §1040/III). Mahkeme, tarafların mahkemeler aleyhindeki tahkim iradesinde tereddüt duymamıştır; şu hâlde yapılması gereken *yegâne iş, in favorem validitatis* ilkesine ve tarafların gerçek iradelerine uygun olarak, söz konusu kurumsal tahkim kaydının gerçekte neyi kastettiğini bulmaktan ibarettir⁸⁶⁴. Söz konusu kaydın milletlerarası tahkim kurumlarından biriyle ilgili olmadığı; tam aksine, Almanya'da bulunan yerel bir ticaret ya da sanayi odasının bünyesinde kurulu bir tahkim merkezini kastettiği sonucuna varılmıştır ki, böyle bir özelliğin de DIS'te bulunduğu kanaat getirilmiştir. **Şu hâlde, tahkim kaydı, tarafların DIS üzerinde anlaşmış oldukları şeklinde yorumlanarak ayakta tutulmuştur**⁸⁶⁵.

Tarafların hakemlerin atanması konusunda, atama makamı olarak tercih ettikleri kurumların, fiilen bulunmaması ya da böyle bir hizmeti vermemeleri, yaşanan bir başka olumsuzluktur. Söz konusu kayıtların tümünden geçersiz sayılması, gündeme gelen tercihlerden ilkidir. Ne var ki, özellikle *lex loci arbitri*, hakemlerin seçimi hususunda, özellikle *taraflar arasındaki anlaşmanın icra edilememesi hâlinde geçerli, yedek hükümler içerebilmektedir (MTK m. 7/B/II, b. 3)*. Bu yönde yapılacak geniş ve her şekilde *taraflar arasındaki açık tahkim iradesini yaşatacak* bir yorum, söz konusu noksanlığı giderebilecektir⁸⁶⁶. Aslında yapılmakta olan husus, tarafların, uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek şeklindeki ortak

⁸⁶¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 156, 342; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 166, 167; HOCHBAUM, s. 20-24. “Arbitral Tribunal at the International Chamber of Commerce in Zurich” şeklindeki bir tahkim kaydının, “ICC Arbitration in Zurich” olarak veya “Zurich Chamber of Commerce” olarak yorumlanabilecek olması nedeniyle geçersiz sayılmasına ilişkin bkz. OLG Hamburg, XXI YBCA 1996, s. 845. Ayrıca bkz. ICC Case No. 5946, XVI YBCA 1991, s. 97

⁸⁶² OLG Hamm, XXII YBCA 1997, s. 707; HOCHBAUM, s. 23, 24. Karş. Sözü edilen türden bir karmaşanın tahkim itirazı üzerine mahkemelerce değil; kendisine ilk başvuru hakem heyetince çözümlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. *Hannex Corp. v. GMI, Inc. and others*, (XV YBCA 1990, s. 594, 599). Ayrıca bkz. 11. HD. 07.07.1981, 2726/3508, (YKD, 1981/11, s. 1449, 1450).

⁸⁶³ KG, 55 BB 8/2000, 13-15; ayrıca bkz. BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 35.

⁸⁶⁴ SCHLOSSER, Rn. 422, 423; VARADY, s. 358, 369.

⁸⁶⁵ BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 35, 36; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 264, 265.

⁸⁶⁶ VARADY, s. 365; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 158.

iradeleri ile (*tahkim anlaşması*) tahkim usulünün, yani yargılamanın nasıl olacağına ilişkin ikincil anlaşmalarının kaderinin birbirinden ayrılmasıdır⁸⁶⁷.

Tahkim anlaşmalarının mahkemelerce de olumlu yönde yorumlanması şeklinde, genel bir eğilim bulunmaktaysa da kimi *noksan/kusurlu/icrası mümkün olmayan tahkim kayıtları*, farklı yorumların yapılmasına ve hatta tarafların gerçekten bir tahkim iradesine sahip olup olmadığı hususunda, tereddüde düşülmesine neden olmaktadır⁸⁶⁸. Aslında sadece “*taraflar arasındaki uyuşmazlık, tahkim yoluyla çözülecektir*” biçimindeki bir tahkim kaydı, tahkime ilişkin pek çok husus yönünden eksik ve sorun yaratacak nitelikte ise de, en azından, böyle bir kayıt karşısında tarafların, mahkemeler yerine tahkimi, **kesin** bir şekilde tercih ettikleri sonucuna varmak mümkündür⁸⁶⁹. Oysa kimi zaman, taraflarca, tahkimin mi yoksa bir başka alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun mu tercih edildiği dahi çekişmeli olabilmektedir. Ne var ki, ilgili düzenlemede, *tahkim* ibaresinin açıkça geçmesi, gerekli değildir. **Uyuşmazlığın, taraflar açısından bağlayıcı ve kesin bir şekilde, mahkemeler dışında, üçüncü bir kimse tarafından çözümleneceği anlamına gelebilen her kayıt, tahkim kaydı olarak kabul edilebilecektir**⁸⁷⁰.

Mahkemelerin, böyle *patolojik* tahkim kayıtlarının gerçekte taraflarca nasıl olmasının istendiğini tespiti ederken çok gayret sarf edecekleri açıktır⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ VARADY, s. 364.

⁸⁶⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 154.

⁸⁶⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 154.

⁸⁷⁰ *David Wilson Homes Ltd v Survey Service Ltd and Others*, [2001] 1 All ER 499.

⁸⁷¹ DAVIS, s. 365; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 156, 157. *Lucky-Goldstar International (HK) Ltd v Ng Moo Kee Engineering Ltd*, XX YBCA 1995, s. 280. Oldukça muğlak düzenlenmiş (*multi-tier dispute resolution clauses*) çok dereceli/katlı tahkim kayıtları da kusurlu birer tahkim kaydı olarak değerlendirilmektedir. Bu hâlde mesele büyük ölçüde, bir sonraki tahkim usulüne geçilmeden önce, tüketilmesinin şart koşulduğu alternatif uyuşmazlık çözüm usulünün nasıl ve ne zaman başlatılmasının gerektiği ile hangi hâllerde ve nasıl sonuçlanırsa bir sonraki tahkim usulüne geçileceğinin ya düzenlenmemiş olmasından ya da düzenlenen sistemin çalışabilir olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu yöndeki bir karar örneği için bkz. XXII YBCA 1997, s. 201. Almanya'nın birleşmesi ile birlikte tahkim kayıtları yönünden gündeme gelen bir diğer sorun da ortadan kalkan –örneğin Chamber of Foreign Trade of GDR'a bağlı *Arbitration Court-*, artık bulunmayan tahkim kurumlarına yapılan göndermelerdi. Alman Federal Mahkemesi, bu tip kayıtların işlevsiz, çalışamaz (*inoperative*) olduğunu kabul etmiştir (1958 New York Sözleşmesi m. II, 3). Mahkeme, *Berlin Arbitration Court* ile devlet denetimindeki *Arbitration Court at the Chamber of Foreign Trade* arasındaki derin ve köklü farka işaret ederek tarafların *Berlin Arbitration Court* üzerinde anlaşmış sayılmayacağı sonucuna varmıştı (BGH, BGHZ 125 7, 11). Aynı yönde bkz. *Pierreux NV (Belgium) v. Transportmaschinen Handelshaus GmbH (Germany)*, XXII YBCA 1997, s. 631; OLG Rostock, XXVI YBCA 2001, s. 327-328; KG Berlin, XXVI YBCA 2001; BERGER, *A New Era*, s. 118-119. Bu esnada özellikle konunun ZPO eski §1033/I hükmüne dayanılarak, tahkim anlaşmasında ismen belirlenen *hakemin* ölümü üzerine anılan tahkim kaydının da geçersiz kalmasına kıyasen değerlendirmesi, eleştirilmiştir (KIRCHNER J./MARRIOT A. L., *International Arbitration in the Aftermath of Socialism-The Example of the Berlin Court of Arbitration*, 10(1) J Int'l Arb, 1993 s. 12 vd. Ayrıca bkz. HABSCHIED J. W/HABSCHIED E., *The End of east-West Commercial Arbitration-Arbitration between the Former Two Germanies*, 9(2) Arb Int 1993, s. 208-217). Öte yandan, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin *Court of Arbitration at the USSR Chamber of Commerce and Industry'nin yerine yeni kurulan Court of Arbitration at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*'in geçerli bir halef olarak değerlendirilebileceğine ilişkin kararı için bkz. OGH, XXII YBCA 1997, s. 628.

Milletlerarası sözleşmelerde, tahkim anlaşmaları yanında, yine aynı esnada geçerli olmak üzere, milletlerarası yetki kayıtlarına da yer verilebilmektedir⁸⁷². Hatta kimi örneklerde, taraflar arasında zaten kararlaştırılmış bir milletlerarası yetki anlaşması bulunmasına karşın, aynı esnada *ve fakat taraflardan sadece biri* için tahkime de başvurulabilir konusunda yetki tanınmaktadır. Bunun tam tersi de mümkündür⁸⁷³. Geçmişte, özellikle taraflardan sadece birine yönelik tahkim anlaşmalarının geçerli olmadığı ve hatta böyle bir sözleşmenin aslında kurulmuş da sayılamayacağı, zira tahkim iradesinin her iki tarafta da olması gerektiği savunulmuşsa da sonraları, tarafların pekâlâ, içlerinden yalnız biri yönünden tahkimi geçerli kılacak şekilde anlaşmalarının mümkün olduğu, kabul edilmiştir⁸⁷⁴.

Seçimlik anlaşmalar bakımından, yani geçerli bir milletlerarası yetki kaydının yanında, ayrıca *ve fakat taraflardan biri için* tahkim kaydının da kararlaştırılmış olunması durumunda ise, nasıl ki, taraflardan sadece biri için geçerli tahkim kayıtları geçerli kabul ediliyorsa bu tip anlaşmaların da geçerli kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Ne var ki, **seçim hakkı yönünden problem yaratan husus**, seçim hakkına sahip olmayan tarafın, uyuşmazlığı, anlaşıldığı gibi, milletlerarası yetki anlaşmasına uygun olarak mahkemelere taşınması durumunda; diğer tarafın, aslında yine kararlaştırıldığı gibi sahip olduğu seçim hakkına dayanarak tahkim itirazında bulunmasıdır. *NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd* davasında⁸⁷⁵, sözleşme kaydının ilgili tarafa, *sadece tahkime başvurma konusunda değil*; tüm uyuşmazlıkların, isteği hâlinde, tahkimde görülmesini sağlama imkânını tanıdığı; hükmün, sadece ilgili tarafın davacı olduğu durumlarda, tahkime *de* başvurma imkânını verecek şekilde yorumlanmasının *hem* dar kaldığı *hem de* milletlerarası ticarete, belli sözleşmelerin akdedilmesi sırasında, bir tarafın diğerine nazaran, içinde bulunduğu ve *mazur da görülen* fiilî üstünlüğü kullanılarak yapılan sözleşme hükümlerini, işlevsiz bırakacağı sonucuna varılmıştır. Oysa ilginçtir, Alman Federal Mahkemesi, 1998 yılında, standart sözleşme hükümleri içerisinde yer alan benzer içerikteki sözleşme kaydını, seçim hakkının, tarafın sadece davacı olacağı durumlarla sınırlandırılmamış olması ve diğer tarafı, tıpkı olayda gerçekleştiği üzere gereksiz yargılama masraflarına sokabileceği düşüncesiyle geçersiz saymıştır⁸⁷⁶.

⁸⁷² Bu tip seçimlik yetkinin geçerli olduğuna ilişkin bkz. **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 268; **SCHWAB/WALTER/BAUMBACH**, Kap. 3, Rn. 22; **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 70, 71; **ALANGOYA**, s. 32, 33. Ayrıca bkz. BGH, XIX YBCA 1994, s. 200.

⁸⁷³ *Ayrıntısı için bkz. NESBITT S./QUINLAN H.*, The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses, 22(1) Arb Int 2006, s. 133 vd.

⁸⁷⁴ **NESBITT/QUINLAN**, s. 136.

⁸⁷⁵ [2004] All ER 152.

⁸⁷⁶ BGH, NJW 1999, 282, 283. Ayrıca bkz. **ZÖLLER/GEIMER**, §1029, Rn. 35. Fransız hukukunda ise anılan içerikteki sözleşme kaydı, tıpkı İngiliz hukukunda yorumlandığı şekliyle ve bunun Fransız milletlerarası kamu

Yukarıda, taraflardan sadece biri için geçerli tahkim kayıtları ile yine sadece taraflardan birine tanınmış seçim hakkına ilişkin durumlardan bahsedilmiştir. Oysa sözü edilen hadiselerden daha basit bir başka mesele, yetki anlaşmaları yanında, tahkim kayıtlarına da (*her iki taraf için geçerli olmak üzere*) yer verilmiş olunması durumunda, söz konusu tahkim kayıtlarının geçerliliğidir. Taraflar arasındaki tahkim iradesinin sıhhati konusunda bir sorun yaşanmadığı sürece bunun, örneğin, öncelikle tüketilecek herhangi bir ADR usulünden sonra geçerli olacağının kararlaştırılması mümkün olduğu gibi şayet tercih edilirse yetki anlaşmalarıyla da aynı ölçüde ve seçimlik olarak düzenlenmesi mümkündür. Esasen, kullanılan seçim hakkının ardından, artık başlatılan usulün değiştirilmesi, en azından, *tek taraflı olarak* (*ayrıca bkz. MTK m. 5/II*) mümkün olmadığı gibi, tahkimin ardından mahkemelere *de* başvurulabileceğinin düzenlenmesi, *zaten* söz konusu tahkim anlaşmasını geçersiz kılacaktır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı, *bağlayıcı* ve *nihai* olarak çözüme kavuşturan bir usul, aynı türdeki bir başka usulle yarışabilir⁸⁷⁷; ancak kademelendirilemez⁸⁷⁸. Örneğin, tahkim, herhangi bir türdeki ADR yöntemiyle *yine belli şartlar altında*, pekâlâ kademelendirilebilir⁸⁷⁹. Öte yandan tahkimle mahkemeler lehine olan yetki anlaşmalarının *seçimlik* olarak düzenlenmesi de geçersiz değildir⁸⁸⁰. Yukarıda, böyle bir seçimin tek tarafa dahi bırakılabilmesi, Alman hukukunda ileri sürülen çekinceler saklı kalmak kaydıyla mümkün görülmüştür. Tahkimin, devlet yargısının bir istisnası değil; *ancak onunla aynı düzeyde etkin, denk bir müessese olduğunun kabul edilmesi nedeniyle* örneğin, *taraflar arasındaki tahkim anlaşması yanında, yine sadece taraflardan birine yönelik yetki kaydının kararlaştırılmış olması durumunda*, böyle bir sözleşme hükmünün, *taraflardan birini tahkime mahkum ederken diğerine mahkemeye ulaşma hakkını da tanıdığı biçiminde* yorumlanması, en azından milletlerarası tahkim ölçüğünde, mümkün görülmemelidir.

düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle geçerli kabul edilmiştir. *Ayrıntısı için bkz. NESBITT/QUINLAN*, s. 145, 148. *Ayrıca bkz. YEĞENGİL*, s. 141; *ALANGOYA*, s. 33-36.

⁸⁷⁷ *Karş. 15. HD. 04.11.1986, 19/3650, (YKD, 1987/4, s. 590); 15. HD. 13.7.1994, 5182/4665, (Man BD 1996/58, s. 36); 15. HD. 11.11.1991, 4685/5372, (Man BD 1991/39, s. 44, 45).*

⁸⁷⁸ *FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN*, s. 269; *SCHWAB/WALTER/BAUMBACH*, Kap. 3, Rn. 21; *ZÖLLER*, §1029, Rn. 6; *ALBERS*, §1029, Rn. 15; *OLG Celle, SchiedsVZ 2006, s. 52-55; BGH, ASA Bulletin 2/2006, s. 367.* Son iki karar hakkındaki görüşleri için bkz. *SCHERER, Case Law-II, s. 279, 280. Ayrıca bkz. ALANGOYA*, s. 20, 21; *YEĞENGİL*, s. 141; *POSTACIOĞLU*, s. 785, 786; *BİRSEL/BUDAK*, s. 175; *KURU*, s. 5955, 5956; *AKINCI*, s. 72; *DEREN-YILDIRIM*, s. 36; *ALANGOYA/YILDIRIM /YILDIRIM*, s. 611; *15. HD. 29.05.1986, 1969/2192 (YKD 1986/10, s. 1518, 1519); 13. HD. 12.12.1996, 10769/11189, (YKD, 1997/4, s. 546); 11. HD. 31.03.2003, 1050/3012, (YKD 2003/11, s. 1706).*

⁸⁷⁹ *AKINCI*, s. 72. *Ayrıca bkz. 15. HD. 15.9.1994, 1854/4946, (ERTEKİN/KARATAŞ, s. 55-56, 72).*

⁸⁸⁰ Türk hukuku yönünden (*en azından yerli tahkimde*), taraflara, tahkime yahut mahkemeye başvurmak konusunda seçim hakkı tanıyan tahkim anlaşmalarının, açık ve kesin (mutlak) bir tahkim iradesi içermemesi nedeniyle geçersiz, batıl olduğu görüşü ileri sürülmektedir. *Ayrıntısı için bkz. KALPSÜZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 346; TANRIVER, s. 112; ÖZBAY, s. 184; DAYINLARLI, s. 31. Karş. ZÖLLER/GEIMER, §1041, Rn. 49; ALBERS, §1029, Rn. 15; ALANGOYA, s. 32, 33; ALANGOYA /YILDIRIM/YILDIRIM, s. 612.*

Milletlerarası ticarete, tahkim kayıtlarına yer veren sözleşmelerin aynı zamanda, mahkemelerle ilgili *yetki kayıtlarını da* içermesi, anılan tahkim kayıtlarının, bazen *patalojik* veya *kurtarılamayacak kadar geçersiz* olarak adlandırılmasına neden olmuştur. Bu konuda, özellikle 2003 tarihli bir içtihat, hem Fransız hukukunda büyük bir değişime neden olmuş hem de bu konuda ileri sürülen görüş ve düşüncelerin bir kez daha gözden geçirilmesine sebebiyet vermiştir⁸⁸¹. Esasen karar, *sadece compétence-compétence* öğretisini yüceltmekle kalmamakta; *ama aynı zamanda*, en azından Fransız tahkim hukuku yönünden, ilkenin tahkimle ilgili neredeyse her türlü mesele için asli ve zorunlu bir unsur olduğu şeklindeki içtihadı da içermektedir. Uyuşmazlık, taraflar arasındaki kira sözleşmesi içinde yer alan tahkim kaydına rağmen, aynı sözleşmenin bir de kiracının yerleşim yeri mahkemelerini münhasır yetkili gören bir sözleşme kaydına yer vermesi üzerine yaşanmıştır:

Kiracıların mahkemede açtığı dava üzerine *kiralayanlar*, tahkim itirazında bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, bu meseleyle ilgili olarak öğretilde geçerli iki görüşten ilkinde itibar etmiş; mahkemeler lehine akdedilen münhasır yetki kaydının tahkim kaydının *yedeği, ikamesi* olduğu; tahkim kaydı geçersiz kalmadığı sürece taraflar arasında sonuç doğurmayacağı kanaatine vararak, yargı yetkisinin bulunmadığı, sonucuna ulaşmıştır⁸⁸². *Kiracılar*, İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Mahkeme, yerel mahkeme hükmünü bozmuş; öğretildeki ikinci görüşe uygun olarak, tahkim kaydına dayanan tarafça mahkemeler lehine olan münhasır yetki kaydının, tahkim kaydının yedeği olması amacıyla akdedildiği ispat edilemediği sürece; davaya konu tahkim anlaşmasının, tarafların ortak, açık ve tereddütsüz iradelerini yansıtmaması nedeniyle geçersiz kalacağı sonucuna ulaşmıştır. Bu kez *kiralayanlar* temyize başvurmuşlar; nihayetinde, *Cour de cassation*, 2003 yılında, öğretildeki bu iki görüşten hiçbirine ağırlık vermeksizin; NCPC Art. 1458 ve 1466 hükümlerine dayanarak hakemlerin, kendi yargı yetkileri üzerine hükmetme yetkilerinin bulunduğu ve bunun, mahkemelerce anılan konuda yapılacak incelemeden daha öncelikli ve üstün olduğu sonucuna vararak tahkim kaydının geçerliliği üzerine hüküm kurma yetkisini hakemlere bırakmış; yerel mahkemenin tarafları bir an önce tahkime sevketmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bunun, öğretiden de beklenen bir sonuç olmadığı ileri sürülmüştür⁸⁸³. Detayları aşağıda değerlendirilecek olmakla birlikte kararda, kendisine yer verilen NCPC Art. 1458 hükmüne burada kısaca yer vermek, faydalı olacaktır. Pek çok millî tahkim kanunu, *imperfect*

⁸⁸¹ *Cour de cassation, La Chartreuse v. Cavagna*, 22 ASA Bulletin 2004, s. 796; CHANG E., Note- Cour de cassation (2e Ch. Civ), 18 décembre 2003; The Superiority of the Arbitration Clause over a Forum Selection Clause under French Law, 22 ASA Bulletin 2004, s. 800 vd.

⁸⁸² CHANG, s. 800.

⁸⁸³ CHANG, s. 800, 801.

bir *competence-competence* anlayışına sahipken; Fransız hukuku için durum, biraz farklıdır. Hakem heyetinin oluşup oluşmamasına göre mahkemelerin, tahkim itirazı üzerine takınacağı tavır farklı olmaktadır. Örneğin *hakem heyeti oluştuktan sonra*, mahkemeler nezdinde görülen bir yargılamada, ileri sürülen tahkim itirazı üzerine mahkeme, *başkaca bir incelemeye girmeksizin*, yargı yetkisinin bulunmadığına hükmedecektir (NCPC Art. 1458/I). Şayet henüz hakem heyeti teşekkül etmemişse, bu hâlde mahkeme, tahkim itirazı üzerine ancak tahkim anlaşmasının *açıkça* geçersiz olduğu sonucuna varmışsa itirazı reddederek yargılamaya, kaldığı yerden devam edecektir (NCPC Art. 1458/II) ki, tahkim anlaşmasının *prima facie* geçerliliği bu hâlde, mahkemenin yargı yetkisinin bulunmadığına hükmetmesi için yeterlidir. Bu anlayışa, hakemlerce yargı yetkilerinin bulunduğu hükmedilebilmesinden yani (*pozitif*) *competencé-competencé*'den farklı olarak, (*negatif*) *competencé-competencé* denilmektedir⁸⁸⁴. ***Prima facie* geçerlilikle yetinildiğinden, tahkim kayıtlarının geçersizliğine hükmetmek, Fransız hukukunda, neredeyse bir istisnadır⁸⁸⁵.**

Tahkim kayıtları ile mahkemeler lehine münhasır yetki anlaşmalarının aynı sözleşme içerisinde karşılaştırıldığı durumlarda, Fransız hukukunda iki ayrı eğilim bulunmaktadır: Bunlardan ilkinde göre münhasır yetki kayıtları, tahkim kayıtlarının yedeği ve ikamesi olup ancak tahkim kayıtları geçersiz kaldığında işlerlilik kazanacaktır. Tahkim anlaşmalarının içerdiği sonucun münhasır yetki anlaşmalarından daha ileride, ağır ve etkili olduğu gerçeği karşısında, var olan tahkim anlaşmasının görmezden gelinmesi, mümkün olmayıp bunun, taraflarca yetki anlaşmasından daha fazla istendiğinin düşünülmesi gerekir. Tahkim kayıtları ile yetki anlaşmalarının doğurduğu sonuç ve olası etkileri dikkate alındığında, yetki anlaşmalarının ancak tahkim yolunun kapanması ve oradan bir sonuç alınamaması hâlinde, bir anlamının olacağı açıktır. Tahkim yargılaması sonucunda, uyuşmazlığın esasıyla ilgili, taraflar için kesin ve bağlayıcı bir hükmün elde edilmesi hâlinde, artık bir yetki anlaşmasından; varlığından yahut geçerliliğinden bahsetmek mümkün değildir. Bazen tahkim kayıtları ya da tahkim yargılamaları da geçersiz kalabilmektedir; bu duruma özgü olarak tarafların yetki anlaşmaları yoluyla sözleşme akdetmelerinde de bir sakınca yoktur⁸⁸⁶.

Öğretide, her iki anlaşmanın bir arada bulunması hâlinde, tahkim kaydının, *hemen* geçersiz addedilmeyeceği; tahkim kaydına dayanan tarafın, yetki anlaşmasının tahkim

⁸⁸⁴ NCPC Art. 1458 ve 1466. maddelerin *milletlerarası tahkim* için de geçerli olduğu konusunda, hiçbir tereddüt duyulmamaktadır. Bu hâlde ya NCPC Art. 1495 yardımıyla aynı sonuca ulaşılmaktadır veya taraflarca *lex arbitri*'nin Fransız hukuku olduğu belirlenmemişse her iki hükmün, bir *substantive rule* olarak *milletlerarası tahkim* meseleleri için de geçerli olduğu; Fransız hâkimi tarafından göz ardı edilmeksizin; *derhâl* uygulanması gerektiği, ileri sürülmektedir. *Ayrıntısı için bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN*, s. 395 vd; **DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON**, s. 77; **DIMOLITSA**, s. 217 vd; **CHANG**, s. 801; **GAILLARD**, s. 28, 29.

⁸⁸⁵ **CHANG**, s. 801; **GAILLARD**, s. 28, 29.

⁸⁸⁶ **CHANG**, s. 803, 804.

kaydının ikamesi ve yedeği olduğu; ancak geçersiz kalması hâlinde yürürlüğe gireceği konularında ispat yükü altında bulunduğu; aksi hâlde, yani anılan sonucun ispat edilememesi hâlinde, her iki kaydıdan da *aynı anda* bulunmasının tahkim kaydını geçersiz kılacağı görüşü de, ileri sürülmektedir. Burada daha çok, aynı sözleşmenin farklı yerlere işaret eden, iki münhasır yetki anlaşmasına yer vermesi durumunda, her ikisinin de geçersiz kalıp yetkili mahkemenin genel yetki kurallarına göre belirleneceği durumu, kıyas olarak alınmaktadır. Şu hâlde, tahkim kaydının münhasır yetki kaydına göre daha detaylı hükümler içermesi veya ilkinin özel hükümler içerisinde yer almasına karşın, diğerinin genel hükümler içinde bulunması gibi sair, harici yorum malzemelerine itibar edilmeden, doğrudan, her iki kaydın aynı sözleşmede bir arada bulunması esas alınmalı; anılan yöndeki ispat faaliyeti de yerine getirilemediğinde, tahkim kaydı geçersiz sayılmalıdır⁸⁸⁷.

Kararın bütün bu yorumların dışında, başka bir kriteri esas aldığı, çok açıktır. Bu içtihatla Gordion'un düğümü, çözülmek yerine kılıçla kesilmiştir⁸⁸⁸. Mahkemelerce tahkim kaydının bulunduğu tespit ile birlikte, ayrıca bir de münhasır yetki anlaşmasının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın; yargı yetkilerinin bulunmadığı sonucuna ulaşılabacaktır. Bu arada, münhasır yetki anlaşmalarının tahkim kaydının *prima facie* geçerliliğini de etkilemediği, sonucuna ulaşılmıştır. Zira sözü edilen ispat yükünün yerine getirilmesi ve buna ilişkin tahkikat, tahkim kaydının “açıkça geçersizliği” sınırlarını aşan; tahkim kaydının *prima facie* geçerliliğine yönelik tahkikatın çok ötesinde, bir yargılama olacağından, artık tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar vermek hakemlerin işi olmaktadır⁸⁸⁹. Mesele özünde, hakemlerin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığıyla ilgilidir. Bu yöntem, *hem* NCPC Art. 1458/II'in lafzına uygundur *hem de* tahkim kayıtlarına olabildiğince geçerlilik kazandırmak

⁸⁸⁷ CHANG, s. 804. İlginç olan, yetki anlaşmasına, ancak tahkimin geçerli olmadığı hâllerde dayanılacağına ispatlanmasının, gerekmesidir. *Tarafın, tahkime veya yetki anlaşmasında kararlaştırılan mahkemeye başvurmak konusunda, bir seçim hakkına sahip olup olmadığı konusundan ziyade*; tahkim ya da mahkeme yargısı arasında net, kesin, açık ve tereddütsüz bir seçimin *veya sıralamanın* varlığı üzerinde durulmaktadır. Yani birinin varlığı, diğerinin yokluğunu gerektirmektedir. Oysa böyle bir tercihe yahut sıralamaya, neden mecbur olduğunu anlamak kolay değildir. Fransız hukukunda, tahkimin mümkün olmadığı yerde, yetki kayıtlarına geçerlilik tanınmış; *yani* taraflara, ancak tahkimden sonrasını (*tahkimin işletilemediği, sonuç alınmadığı durumları*) düzenleme imkânı, sağlanmıştır. Gerçi öğretilde, ayrıca bir ispat faaliyetine gerek görülmezsiz de, böyle bir anlaşmanın, *özellikle milletlerarası ticari ilişkilerde, pekâlâ, tarafların sahip oldukları birden fazla seçim hakkını, tercih edilenin geçersiz sayılması olasılığına karşı, hâlâ ellerinde bulundurmak istemiş olabilecekleri şeklinde*, yorumlanabileceği ileri sürülmektedir. Öte yandan, tahkim yargılaması devam ederken mahkemelerin yardımı gerektiğinde, düzenlenen yetkili mahkemenin aksinin öngörülebileceği, *ya* zaten kanunda hükme bağlanmıştır (ZPO §1062/I; NCPC Art. 1457/II) *ya da* yorum yoluyla bu sonuca varmak mümkündür (MTK m. 3/I). Şu hâlde, bu meselede, tahkim kaydının geçerliliğinin sorgulandığı tek bir zaman dilimi kalmaktadır. Buna göre *başlangıçta*, tarafların tahkime veya mahkemeye gitmek konusunda, bir seçim hakkına sahip olmaları, mümkün müdür? Mahkemeye ulaşmak gibi tahkime başvurmanın da istisna değil; bir yargısal *temel* hak olduğu sonucuna ulaşmamız nedeniyle her iki hak üzerindeki seçim hakkının taraflara bırakılmış olmasını, *Fransız hukukunda aranan sıralamanın aksine*, doğal ve bir o kadar da geçerli görüyoruz.

⁸⁸⁸ CHANG, s. 804.

⁸⁸⁹ DIMOLITSA, *Arbitration Agreement*, s. 20.

şeklindeki düşünceyle uyum içindedir. Kaldı ki, hakemlerin bu yöndeki kararları, denetimsiz de değildir (NCPC 1504; 1502/D)⁸⁹⁰.

İşletilemez (*inoperative*) tahkim anlaşmaları, baştan itibaren geçersiz olmamakla birlikte, etkisini sonradan yitiren tahkim anlaşmalarıdır. Örneğin, tahkim anlaşmasının taraflarca karşılıklı anlaşarak sona erdirilmesi veya taraflar arasında, tahkime de konu olabilecek uyuşmazlıkla ilgili paralel bir yargılama sürecinde kesin hüküm elde edilmiş olması⁸⁹¹, söz konusu tahkim anlaşmasına (*kesin hükme konu olan uyuşmazlıkla sınırlı olarak*) artık bundan sonra dayanılmasına mânidir. Yine, tahkime uygulanacak hukuk veya kurallar dikkate alındığında, tahkim yargılamasında, hükmün belirli bir sürede verilmesinin gerekmesine rağmen anılan sürenin aşılması da söz konusu tahkim anlaşmasını işletilemez kılmaktadır (MTK m. 10/B; 13/B/I, b. 4)⁸⁹².

Tahkim anlaşmasında, *ismen* kararlaştırılan hakemin, söz konusu görevi icra etmekten imtina etmesi veya edememesi; tahkim yeri olarak kararlaştırılan yerde tahkimin artık icra edilemeyecek olması, anılan tahkim anlaşmalarını *icra edilmesi mümkün olmayacak* “*incapable of being performed*” bir duruma sokmaktadır (MTK m. 7/D/V; 7/G/III)⁸⁹³. Bu hâlde yapılmakta olan bir başka tartışma da, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin maddi durumunun yeterli olmaması hâlinin, söz konusu tahkim anlaşmasını, işletilemez veya icrasının mümkün olamayacağı bir duruma getirip getirmediğidir. İngiliz Hukuku yönünden, maddi duruma ilişkin yetersizliğinin-güçlüğü, uyuşmazlığın da konusunu oluşturan, taraflar arasındaki sözleşmenin ihlalden kaynaklanmadığı sürece, tahkim anlaşmasını işletilemez veya icrası mümkün olamaz gibi bir duruma sokması, söz konusu değildir⁸⁹⁴. Oysa Alman Mahkemeleri’ne göre, istikrarlı bir biçimde, maddi duruma dayanan güçlük ve yetersizlik, ilgili tahkim anlaşmasını, icrası mümkün olmayacak bir hâl sokmaktadır. Tahkim yargılamaları bakımından, herhangi bir adli yardımın da geçerli olmaması nedeniyle tahkime müracaat edebilmek yönünden gerekli maddi güce sahip ol(a)mayan taraf yönünden tahkimi

⁸⁹⁰ CHANG, s. 805.

⁸⁹¹ ALANGOYA, s. 86.

⁸⁹² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 343; ayrıca bkz. van den BERG, s. 162 vd.

⁸⁹³ SAMUEL, s. 152. Özellikle İran devrimi ile birlikte Amerikalı taraflar, tahkim yerinin İran olarak belirlendiği tahkim anlaşmalarının icrasının mümkün olmadığını ve buna dayanarak da tahkim anlaşmalarının geçersiz kaldığını ileri sürmüşlerdir. Anılan talepler, tahkim yerine ilişkin kaydın, tahkim anlaşmasından ayrılmasının mümkün olamaması nedeniyle olumlu karşılanmıştır (*National Iranian Oil Co V Ashland Oil, Inc* 817 F 2d 326, (5th Cir.1987) (LY, s. 8). Ayrıca bkz. HOCHBAUM F. J., Pathological Arbitration Clauses in German Courts, German Courts Interpret Arbitration Clauses: Wrong Designation of the Seat of an Arbitral Institution, 11(1) Mealey’s IAR 1996, s. 24.

⁸⁹⁴ *Janoz Pacy v Haendler Natermann GmbH* [1981] 1 Lloyd’s Rep 302 (CA); LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 345; SAMUEL, s. 152. Aynı sonuç, Model Kanunu’nun hazırlık çalışmaları sırasında da konu edilmiştir (BROCHES, *Commentary*, s. 47).

ayakta tutmak, adaletin tecellisine mâni olmaktadır⁸⁹⁵. Bu düşünce şekli, aynı kimsenin daha önce diğer tarafın başlatmış olduğu adli yargı sürecine tahkim itirazında bulunmuş olması hâlinde dahi geçerlidir⁸⁹⁶.

3- Tahkim Anlaşmalarına Yönelik Denetimin Kapsamı

Mahkemelerin tahkim anlaşmalarının varlık ve geçerliliğine ilişkin yapacağı denetimin, *tam* veya *sınırlı* bir inceleme şeklinde mi olacağı; yapılacak denetimin öncelikle hakemlerce mi gerçekleştirilmesinin gerektiği tartışılması gereken konulardandır. Gündeme gelen tercihlerden ilki, bu tip uyuşmazlıkların devlet mahkemelerince, ancak hükmün verilmesinden yani tahkim yargılamasının sona ermesinden sonra, hükmün iptalinin istendiği veya tenfizinin talep edildiği hâllerde incelenmesi; söz konusu soruna, nihai karar öncesi evrede, olabildiğince kayıtsız kalınmasıdır. Bir diğer seçenek de şayet yapılacaksa mahkemelerce gerçekleştirilecek denetimin kapsamının, *hakemlerce söz konusu meseleyle ilgili bir karar verilmeye kadar, prima facie* bir inceleme ile sınırlı tutulmasıdır (NCPC Art. 1458/II; *kısmen de olsa*, 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3)⁸⁹⁷.

Mahkemelerin tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliğine ilişkin, erken dönemde gerçekleştirecekleri bir denetim, tahkime kesinlik ve güç kazandıracığından, olumludur. Tüm bir tahkim yargılamasının sona ermesinin ardından hakem kararının tahkim anlaşmasına dayanan nedenlerle iptali veya tenfizine engel olunması, taraflarca da istenen, arzu edilen veya onlar için de faydalı bir sonuç değildir. Öte yandan böyle bir imkânın varlığı, kimi zaman tahkim sürecinin geciktirilmesi, akamete uğratılması gibi bir takım sonuçların da doğmasına yol açabilecektir⁸⁹⁸. Esasen modern tahkim kanunları, (Model Kanun m. 8/II; ZPO §1032/III; 1996 AA §67/II), böyle bir hâlde, hakemlere, mahkemelerdeki paralel yargı süreçlerini dikkate almadan tahkim yargılamasına devam etme yetkisi tanımakla birlikte; uygulamada hakemler, çoğunlukla mahkemelerin vereceği kararı beklemektedirler⁸⁹⁹. Zira pek çok hakem, yapılacak yargılamanın ardından, mahkemenin geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığına ilişkin kararıyla karşılaşmak istememektedir. Alman kanun koyucusu da, Model Kanunu'nun 8/II. maddesinin iktibası esnasında, mahkemeye olan müracaatın açıkça tahkimi geciktirmek

⁸⁹⁵ HOCHBAUM, s. 24; SAMUEL, s. 152; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 647. Ayrıca bkz. §4, III, A.

⁸⁹⁶ BGH, 55 BB 46/2000, s. 2330-2331.

⁸⁹⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 345; BUCHER, s. 34; DIMOLITSA, s. 234; CARBONNEAU, *The Reform*, s. 292; GAILLARD, s. 28, 29; KESSEDJIAN C., *Court Decisions on Enforcement of Arbitral Agreements and Awards*, 18(1) J Arb Int'l 2001, s. 2, 3.

⁸⁹⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 345.

⁸⁹⁹ *Fédéral Tribunal, Formento de Construcciones y Contratos SAY v Colon Container Terminal SA*, Int ALR N-28 (2001).

niyetiyle olduğu tespit edilmediği sürece, hakemlerin tahkimi, ilgili mahkeme yargılamasının sonuna kadar genelde erteleyeceği öngörüsünde bulunmuştur⁹⁰⁰.

Model Kanun'un 6. maddesinde (ZPO § 1062; 1996 AA §105; *karş. MTK m. 3/I*), tahkim ile ilgili uyuşmazlıklar bakımından, *belli yerdeki özel bir mahkemenin-kurumun görevli kılınması amaçlanmıştır. Temel gaye, tahkim ile ilgili tüm uyuşmazlıkların belli bir yerde merkezleştirilerek milletlerarası tahkim yönünden bilgili ve tecrübeli mahkemelerin oluşmasına-kurulmasına vesile olmaktır.* Bu sayede, *sadece* milletlerarası tahkimin yabancı taraflarına, tahkim yeri mahkemeleriyle ilgili üst düzeyde bir güven aşılammakta; *ama ayrıca*, aynı taraflara, ülkenin kendi iç (usul) hukukunu derinlemesine araştırmaksızın, yetkili ve görevli mahkemeyi kolayca bulmasında, yardımcı olunmaktadır. Oysa uyuşmazlığın esasını görmek üzere açılan davanın mahkemesi de *-özel olarak düzenlenmiş uzman mahkeme dışında-* tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği üzerine hükmedecek olursa, anılan gayret, beyhude kalacaktır. Öte yandan tahkimin temeli olan tahkim anlaşmasına yönelik bir çekişmenin çözümünün de, tüm bir tahkim yargılamasının sonuna bırakılması oldukça sıkıntılı ve tahkimi başlı başına zora sokan bir durumdur. Bu hâlde, bulunacak orta yol, mahkemelerin, tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili konularda, ancak *prima facie* bir denetim ile yetkilendirilmesidir. Kaldı ki hakemlerin de yargı yetkileri üzerine erken bir aşamada verecekleri karar ve bunun mahkemelerce denetlenebilecek olması, ileri sürülen endişeleri hafifletecektir⁹⁰¹.

Millî ve milletlerarası düzenlemeler yönünden, mahkemelerce yapılacak tahkikatta, özellikle *nihai hakem kararı öncesi dönemde*, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği konusunda, tam veya *prima facie* bir denetimle mi yetinileceği konusuna gelince: *Nihai karar öncesi aşamada*, mahkemelerce yapılacak denetimin açıkça *sınırlı* tutulduğu hükümler yönünden sorun yoktur (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3; NCPC m. 1458/II). UNCITRAL Model Kanunu'nun 8. maddesini ve 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesini takip eden düzenlemeler yönünden (*karş. MTK m. 5/I*) ise genel kabul, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği ile etkisinin mahkemelerce *tam* bir denetim şeklinde, inceleneceğidir⁹⁰².

⁹⁰⁰ *BT-Drs* 13/5274, s. 38.

⁹⁰¹ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 411, 412; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 346; **BERAUDO**, *Case Law*, s. 103-105.

⁹⁰² **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 408; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 347; **KESSEDJIAN**, s. 3; **HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 303. Oysa 1958 New York Sözleşmesi'nin, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda yapılacak denetimin *prima facie* bir inceleme ile sınırlı tutulmasını yasaklamadığına ilişkin bkz. **BUCHER**, s. 36; **DIMOLITSA**, s. 237; **van den BERG**, s. 155. Gerçi Model Kanun, tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunda, ispat ölçüsünü düşürmemişse de hakemlere, mahkeme yargılamasına rağmen tahkime devam edebilme yetkisi tanımıştır. Mahkemeye müracaat konusunda hiçbir zaman sınırlaması getirilmediği dikkate alındığında, burada yapılan, aslında, derdestlik ilişkisinin/bağının tümüyle inkârıdır. *Ayrıca bkz. BROCHES, Commentary*, s. 49, 50.

Benimsenen bu son yaklaşımın ardından, millî hukuklarda kabul edilen *competence-competence* anlayışının, *eksik* ve dahası *işlevsiz* kalacağı düşünülmektedir. Zira mahkemelerin, hüküm öncesi dönemde, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği ile kapsamı konusunda, *hakemlerden önce*, tam bir denetim yapmasına neden olunmaktadır⁹⁰³. Oysa Fransız hukukunda, anılan ilkeye tam bir bağlılıkla inanıldığından, eksiksiz bir *competence-competence* anlayışının geçerli olduğu, düşünülmektedir⁹⁰⁴.

Fransız Yargılama Usulü Kanunu'nun 1458. maddesi, şu şekildedir: *Zaten* tahkim yargılamasına konu edilmiş bir uyuşmazlıkla ilgili olarak (*derdest bir tahkimin devamı esnasında*) çekişmenin mahkemeler önüne de taşınması hâlinde, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemlerin yargı yetkisi dâhil olmak üzere, **hiçbir konuda** mahkemelerin yargı yetkisi bulunmamaktadır (NCPC Art. 1458/I) (*Öncelik kuralı*)⁹⁰⁵. Uyuşmazlığın *henüz* tahkim yargılamasına konu edilmediği bir dönemde de, mahkemelerin, kural olarak ve yukarıda sözü edilen hususlarla ilgili yargı yetkisi bulunmamaktadır. Ne var ki, bu sonucun doğumu için *bu sefer*, tahkim anlaşmasını *açıkça* (*manifestement*) yok veya batıl bulunmaması (*nulle*) gerekir (NCPC Art. 1458/II) (*Sınırlı denetim ilkesi*)⁹⁰⁶. Doğal olarak, hiçbir durumda mahkeme, yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunu, kendiliğinden dikkate alamayacaktır (NCPC Art. 1458/III).

Anılan hüküm, oldukça katı yorumlanmaktadır. Tahkim yargısına önceden konu olmuş uyuşmazlıklar bakımından, tahkim itirazı üzerine mahkemelerin tahkim anlaşmasının *prima facie* varlık ve geçerliliğini incelemesi *dahi* mümkün değildir. Tahkim yargılamasının başlamasından önce ise yapılacak incelemenin kapsamı, tahkim anlaşmasının *açıkça* yokluğu veya geçersizliği ile sınırlıdır ki, bu dahi oldukça dar yorumlanmaktadır⁹⁰⁷.

⁹⁰³ DIMOLITSA, s. 234. Ancak eksiksiz bir *competence-competence* anlayışı sayesinde, tahkimin taraflarınca işletilemez hâle getirilmesinin önüne geçilmekte; anlaşıldığı şekliyle sözleşmesel yükümlülükler taraflarca uyulması temin edilmektedir (GAILLARD E., *Laws and Court Decisions in Civil Law Countries*, I. Preventing Delay and Disruption of Arbitration, II., *Effective Proceedings in Construction Cases*, ICCA Congress Series No. 5, 1992, s. 165, 166).

⁹⁰⁴ DIMOLITSA, s. 238; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 407; BARCELO, s. 1124.

⁹⁰⁵ İç hukukta kabul edilen böyle bir ilkenin (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3) özellikle Sözleşme'nin VII. maddesinden hareketle 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesinin uygulandığı durumlarda da geçerli olacağına ilişkin bkz. DIMOLITSA, s. 244. Ayrıca bkz. BERGER, s. 329.

⁹⁰⁶ Tahkim anlaşmasının *açıkça* geçersiz olmasından kasıt; *bariz, tartışmasız, başkaca bir tahkikata, incelemeye yahut değerlendirmeye gerek olmaksızın, daha ilk bakışta* mahkemece geçersizliğe kanaat getirilebilmesi olup oldukça sert, katı ve istisnasız yorumlanmalıdır (DIMOLITSA, s. 239). Bu aşamada, tahkime elverişlilikle ilgili sorunların dahi çözümü, kamu düzeni karakteri taşımasına karşın ve *saf* aile yahut kişiler hukukuna ait bir mesele olmadığı sürece, hakemlere bırakılmaktadır (GAILLARD, s. 28). Aynı yönde bkz. DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 78. Ayrıca bkz. BERGER, s. 329, 330.

⁹⁰⁷ DAVID, s. 212, 213; GAILLARD, s. 29; BUCHER, s. 34. Böyle bir tercih, tahkime sürat ve işlevsellik kazandırdığı gibi, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili meseleleri de denetimsiz bırakmış değildir. Zaten hakemlerce, yargı yetkileriyle ilgili verilecek her karar, özellikle ön sorun şeklinde yapılan incelemelerin ardından verilenler, tahkim yeri mahkemeleri olan Fransız mahkemelerince *tam* bir denetime tabi tutulmaktadır (BARCELO, s. 1125). Ayrıca bkz. DELAUME, *Intervention*, s. 205). 1996 AA §9 yönünden her ne kadar kanunda yapılacak

Türkiye'nin de taraf olduğu 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 3. maddesinde ise (**MTK m. 1/VI**) tahkim itirazı üzerine, mahkemelerce yapılacak denetimin kapsamı konusunda, “...aksi için iyi ve elle tutulur/somut bir neden bulunmadıkça...” şeklinde bir ibare kullanılmıştır. Öğretide, böyle bir ifade şeklinin, tahkim anlaşmasının yine **açıkça** yokluğunu veya geçersizliğini gerektirdiği, sonucuna varılmaktadır⁹⁰⁸. Ne var ki hükmün uygulama alanı, sadece, *tahkim yargılamasının başlamış ve hâlen sürmekte olduğu bir dönemde, tahkime konu uyuşmazlığın bu kez de mahkemeler önüne taşınması durumunda, tahkim itirazı üzerine, mahkemelerce yapılacak incelemenin kapsamına yöneliktir*⁹⁰⁹. Tahkim yargılamasının başlamasından önce, söz konusu mahkeme denetiminin kapsamı hakkında, bir açıklık, Fransız Kanunu'nun aksine bulunmamaktadır⁹¹⁰.

İsviçre uygulaması yönünden, tahkim itirazında bulunulması üzerine, mahkemelerce yapılacak denetimin kapsamı, özellikle içtihatlarda, *tahkim yerinin neresi olduğuyla* ilişkilendirilmiştir⁹¹¹. İsviçre PIL Art. 7/b'ye göre mahkeme, yargı yetkisinin bulunmadığına, ancak tahkim anlaşmasının yok, batıl, işletilemez veya icrasının mümkün olmadığı sonucuna ulaştığı durumlarda hükmedecektir (Model Kanun m. 8/I; New York Sözleşmesi m. II, 3). Bu, **tam** bir denetimin hedeflendiği izlenimini vermektedir. Ne var ki, İsviçre Federal Mahkemesi, tahkim yerinin İsviçre olması hâlinde, mahkemelerin *prima facie* bir denetim ile yetinmesinin mümkün olduğunu; tam bir denetimin, *tahkim yargılamasının başlayıp başlamadığı şeklinde bir ayırma gitmeksizin*, ancak hüküm sonrası aşamada yapılabileceğini içtihat etmiştir. Tahkim yerinin İsviçre dışında olması hâlinde ise uyuşmazlığın esası hakkında açılan bir davada

denetimin içeriği ile ilgili bir hüküm yer almasa da, içtihatlarla son derece esnek ve pratik bir yol benimsenmiştir. Taraf menfaatleri, yargılama süresi ve yapılacak masraflar dikkate alındığında, çekişmenin kolaylıkla çözüme kavuşturulamayacağı anlaşıldığı takdirde, mahkeme sorunun çözümünü, hakemlere bırakacaktır. Özellikle uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamına girip girmediği yahut tarafın tahkim anlaşmasının da tarafı olup olmadığı sorunları, çoğu kez uyuşmazlığın esasıyla ilgili meselelerin de görülmesini gerekli kıldığından, mahkeme, böyle bir hâlde derhâl çözüme kavuşturamayacağı sorunların hallini, hakemlere bırakacaktır. Burada, Fransız hukukunun aksine, hakemlere tanınmış bir öncelik yoktur. 1996 AA §30 hükmü de, böyle bir önceliğe ilişkin değildir. Buna göre, mahkemelerin de başta tahkim anlaşmasının geçerliliği olmak üzere, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili sorunları çözmesi mümkündür ve caizdir. Ne var ki, anılan sorunun çözümü, *usul ekonomisi kurallarını zorladığı ve tahkim yargılamasını işlevsiz kıldığı ölçüde*, hakemlere bırakılmalıdır (*Al-Naimi v. Islamic Press agency Inc.* [2000] 1 Lloyd's Rep. 552). Ayrıca bkz. **AMBROSE**, *Arbitration Law*, s. 483; **HARRIS /PLANTEROSE/TECKS**, s. 86, 87; **HARBST**, s. 38.

⁹⁰⁸ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 348; **DIMOLITSA**, s. 239; **BARCELO**, s. 1127.

⁹⁰⁹ Hüküm, bu haliyle NCPC Art. 1458/II'den bir ölçüde farklıdır. Zira son hükmün uygulanabilmesi için sadece tahkimin derdest olması yetmez; ama aynı zamanda, hakem heyetinin de teşekkül etmesi gerekir. Ağırlık, hakem heyetinin oluşmasında, meseleyle ilgili hüküm kurabilecek konumda olmasındadır. Oysa 1961 Cenevre Sözleşmesi yönünden, yapılacak *prima facie* denetim, tahkimin derdest olduğu dönemle sınırlıdır. Fransız hukukunda, hakem heyeti teşekkül edene kadar, *prima facie* denetimle yetinilecektir (**BARCELO**, s. 1127).

⁹¹⁰ En azından tahkim yargılamasının devamı esnasında, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili uyuşmazlıklarda, *kısmen de olsa*, hakemlere bir **öncelik** tanındığı sonucuna varmak mümkündür (**LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 348).

⁹¹¹ *Tribunal Fédéral, Ali and Fahd Shobokshi and General Agencies Corporation (GAC) v. Saiecom SA and Nicola Rivelli*, XV YBCA 1990, s. 505.

mahkeme, yargı yetkisine karşı yapılan itiraz üzerine, tahkim anlaşması hakkında **tam** bir denetim gerçekleştirecektir. Zira bu hâlde, hüküm sonrası aşamada, hakem kararının iptali şeklinde bir denetim, bulunmamaktadır⁹¹².

UNCITRAL Model Kanunu'nu benimsemiş (Model Kanun m. 8) ülkelerin önemli bir kısmında, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin tahkikatın kapsamının **tam** bir denetim şeklinde olması, beklenmektedir⁹¹³. Esasen bu yorum, Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, kaydedilen görüşlere de uygundur. Kanunun hazırlayıcıları, tahkim anlaşmasının yokluğu ve geçersizliği kelimelerinin önüne "açıkça" (*mânistly*) ibaresinin konulması teklifini, yapılacak denetimi *prima facie* düzeye indirgeyeceğinden kabul etmemişler; tam bir denetimin daha tatminkâr sonuçlara sebebiyet vereceği görüşünü, benimsemişlerdir⁹¹⁴. Oysa öğretide, mahkemelerin daha bu aşamada, yani hüküm öncesi dönemde, bu derece etkin olmasının; tahkimle ilgili konularda, derinlemesine tahkikat yapabilmesinin, en azından tarafların tahkim anlaşmasıyla somutlaşan iradeleriyle çatışacağı, ileri sürülmüştür. Mahkeme önündeki, tahkimin geçerli olup olmadığı meselesi, neredeyse uyuşmazlığının esasının yerini alacak; başlı başına bir çekişmeye dönecek; tahkim yargılamasının uzamasına neden olacaktır⁹¹⁵. Bu ön meselenin uyuşmazlığın esası ile de yakından ilgili olması durumunda, tarafların artık mahkeme önünde, uyuşmazlığın esası hakkında da iddia ve savunmada

⁹¹² *Tribunal Fédéral, Compagnie de Navigation et de Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA, ASA Bulletin 1996, s. 488; Tribunal Fédéral, Fondation M v Banque X, ASA Bulletin 1996, s. 527 vd. BARCELO, s. 1123. Bunun dışında, hakemlerin yargı yetkilerine karar vermek bakımından –Fransız hukukunda kabul edildiği üzere– bir önceliğe yahut rüchaniyete sahip olmadıklarına ilişkin bkz. Fédéral Tribunal, Formento de Construcciones y Contratos SAY v Colon Container Terminal SA, Int ALR N-28 (2001). Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 409; DIMOLITSA, s. 237; KARRER/KALIN-NAUER, s. 32-35.*

⁹¹³ Alman hukuku yönünden de durumun, bu şekilde olduğu iddia edilmiştir (WAGNER, s. 708; BARCELO, s. 1131). Karş. KRÖLL, *Schiedsrecht*, s. 1178; HARBST, s. 35; BGH, ZZP 2001, 97, 103. Nihai hakem kararı öncesi aşamada, tahkim anlaşmasına yönelik mahkemelerce yapılacak denetimin, Model Kanun'u benimsemiş ülkeler yönünden de sınırlı olabileceği, şeklinde bir görüş bulunmaktadır. Buna göre, özellikle ve hiç olmazsa, tahkikata konu uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamı içinde kalıp kalmadığı sorununa karar vermek rüchaniyeti, tamamen hakemlere ait olmalıdır (*Rio Algom Ltd v Sammi Steel Co Ltd, XVIII YBCA 1993, s. 166*). Mahkemelerin görevi, sadece ve bizihi tahkim anlaşmasının geçerliliği ve işlerliği ile ilgili olup uyuşmazlığın esasının anılan tahkim anlaşmasının kapsamına girip girmediği, tahkim anlaşmasının yorumlanmasını gerektirir ve bu da, hakemlere ait bir imtiyazdır (BERAUDO, *Case Law*, s. 105). Ne var ki, Hong Kong İstinaf Mahkemesi, *New Sound Industries Ltd v. Meliga (HK) Ltd.* davasında, akdedilen tahkim anlaşmasının taraflar arasındaki uyuşmazlığı kapsayıp kapsamadığı konusyla ilgili olarak öncelikle böyle bir sorunun Model Kanun'un 8/I. maddesine göre tahkim itirazı üzerine incelenebileceği; lakin yapılacak denetimin tam bir denetim şeklinde olmasının da gerekmediği; söz konusu tahkim anlaşmasının tahkimin lehine yapılacak yorumlar altında değerlendirilmesinin daha uygun olduğu, sonucuna varmıştır (SHEPHERD C./GOODING E., Hong Kong Case Report: Applying Article 8(1) of the UNCITRAL Model Law-New Sound Industries Ltd v. Meliga Ltd., 1(1) Asian Int'l Arb. J. 2005, s. 97-101). Ayrıca bkz. SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 79. Yine, hakem tayini sırasında, *prima facie* bir denetim ile yetinilmesi (PIL Art. 179/III) gerektiğine ilişkin bkz. *Pacific International Lines (Pte) Ltd v Tsinlien Metals and Minerals Co Ltd, XVIII YBCA 1993, s. 180*.

⁹¹⁴ HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 303; BARCELO, s. 1128; HUSSLEIN-STICH, s. 47.

⁹¹⁵ Model Kanun'un 8/I. maddesi yönünden, tahkim itirazıyla ilgili olarak geçersizlik nedenleri konusunda, tarafların ileri sürdükleri hususlara sınırlı bir denetimin yapılacağına ilişkin bkz. SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 73.

bulunması, kaçınılmazdır. **Competence-competence** öğretisinin etkin kullanımı ve anlamlı bir hâle gelmesi, ancak hakemlere, yargı yetkilerine hükmedebilmeleri yönünden bir öncelik tanınmasıyla mümkündür. Aslında, UNCITRAL Model Kanunu'nun 8/II. maddesi, böyle bir önceliğe, *dolaylı da* olsa, değinmiştir. Mahkemelerce tahkim itirazının incelendiği dönemde, *tahkim yargısına başlanabileceği gibi, başlamış tahkim yargısının kendiliğinden durması da gerekmez*; hatta nihai hakem kararının verilmesi dahi mümkündür⁹¹⁶. Buradan hareketle *en azından* tahkimin geçerli olup olmadığı; eş deyişle hakemlerin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı sorununun çözümünde, **mahkemelerin bir önceliğinin olmadığı sonucuna varmak mümkündür**. Model Kanun'un 8/II. veya 16/III. maddelerinin ne derece etkin kullanılacağı (ZPO §1032/III; 1037/III; 1040/III), pratik bir meseledir. Ne var ki Model Kanun'un bu hükümleri, hazırlık çalışmaları sırasında, ileri sürülen görüşler ne yönde olursa olsun, yargı yetkisiyle ilgili olarak **hakemlerin, mahkemelerin gerisinde olmadığı** (hatta bir önceliğinin dahi olabileceği) konusunda, birer dayanak noktası olarak algılanmaya müsaittir. Hakemlerin, mahkemelerin tahkimin geçerliliği üzerine yürüttüğü yargılamaya rağmen tahkime devam edebilmeleri, *öyle görünüyor ki, tam bir denetimin diyeti olmaktadır*⁹¹⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından, *özellikle tahkim itirazı üzerine*, tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik denetimin, daha ziyade Model Kanun çizgisinde olacağını; bunun tam bir denetim şeklinde gerçekleşeceğini tahmin etmek, hiç de zor değildir. Ne var ki uygulanması zorunlu olan hâllerde, 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 3. maddesi bir yana (MTK m. 1/VI), örneğin tıpkı İsviçre hukukunda geçerli olduğu üzere *lex arbitri*'si Türk hukuku olan tahkimler için sözü edilen denetimin, içtihatlar yoluyla *prima facie* düzeye indirgenmesi, milletlerarası tahkim uygulamasına ve güncel gelişmelere, çok daha uygun olur. Bu noktada, yorum yoluyla da olsa tıpkı Fransız hukukunda geçerli olduğu üzere, *tam competencé-competencé* anlayışının Türk hukukunda geçerli olması, zordur; en azından mehzarımız, buna engeldir. **Varılacak en gerçekçi sonuç, Model Kanun'un 8/II. maddesinin ülke hukukuna iktibas edilmediği de dikkate alındığında, yapılacak amaçsal yorum neticesinde, gerçekleştirilecek denetimin kapsamı yönünden, İsviçre uygulamasının Milletlerarası Tahkim Kanunu için de geçerli olmasıdır.**

⁹¹⁶ BUCHER, s. 35; BARCELO, s. 1129; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 486.

⁹¹⁷ Mahkemelerce bu esnada yapılacak denetimin içeriği de dikkate alındığında, özellikle tahkim anlaşmasının geçerli kabul edilip davanın usulden reddine karar verildiği durumlarda, tahkimle de bağlantılı olarak söz konusu karar, *kesin hüküm* etkisine sahip olacaktır (BERAUDO, *Case Law*, s. 109). **Karş. §11 II, B, s. 346, dn. 631, 634.**

B- Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Özel Hukuki Çareler

Tahkimdeki yargı yetkisi sorunuyla ilgili olarak bazı düzenlemelerde, taraflara, özel bir takım hukuki çareler daha sunulmuştur. Örneğin Alman ve İngiliz hukuklarında, taraflar, belli şartlar dâhilinde (olası bir tahkim yargılamasında) hakemlerin gerekli yargı yetkisine sahip olup olmayacakları konusunda, önceden mahkemeye başvurabilmektedirler⁹¹⁸.

Alman hukukunda, tahkim yargılamasının caiz olup olmayacağı konusunda, mahkemeye yapılacak böyle bir başvuru, hakem heyetinin oluşmasından önceki dönemde geçerlidir (ZPO § 1032/II; *karş.* 1996 AA § 72/I)⁹¹⁹. Söz konusu başvurunun yapılabilmesi için taraflar arasında, ayrıca herhangi bir anlaşmanın varlığı, gerekli değildir (*karş.* 1996 AA §32/II, a). Böyle bir çarenin arkasında yatan gaye, çoğu zaman, diğer tarafın tahkime başvurmasına engel olmaktır (*karş.* HUMK m. 519)⁹²⁰. Hakem heyetinin oluşumunun ardından, mahkemelerce hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili meselelerin çözümü ya ZPO §1032/I'e ya da ZPO §1040/III'a tabidir⁹²¹. Mahkemece verilecek tespit hükmü, kesin hüküm etkisini haizdir⁹²².

İngiliz hukuku bakımından ise hakem heyetinin oluşmasından sonra da yukarıda sözü edilene benzer bir başvuruda bulunulabilmektedir⁹²³. Ancak, *mahkemenin*, anılan taleple ilgili olarak:

- a) Tarafların böyle bir başvuru konusunda, yazılı anlaşmalarının bulunduğu
veya;
- b) Hakemlerin izniyle
 - i) mahkemenin vereceği kararın özellikle yargılama giderlerinde önemli ölçüde tasarrufa neden olacağı,

⁹¹⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 352. Özellikle İngiliz hukukundaki durumun ayrıntısı için bkz. AEBERLI, s. 253-259. Belçika, Hollanda ve özellikle Fransız hukukunda, anılan içerikte böyle bir hukuki çare, düzenlenmiş değildir (SAMUEL, *Place of arbitration*, s. 41). İsviçre hukuku bakımından, yargı yetkisi konusunda, gerek hakemlerce gerekse mahkemelerce nasıl bir usulün izleneceği, geçerli hukuki çarelerin nelerden ibaret olduğu, aksi kararlaştırılmayacak şekilde (*karş.* PIL art. 192) düzenlenmiş olup bunların, hele bir de *milletlerarası tahkimin aleyhine olacak şekilde* aşılması; devre dışı bırakılması yahut yeni usullerin yaratılması olası değildir (WENGER, Art. 186, s. 461).

⁹¹⁹ BT-Drs 13/5274, s. 38; DIMOLITSA, s. 234, 235. Taraf hakemlerinin atanmasına ve hatta baş hakemin seçilip *görevi kabul etmesi anına kadar*, anılan usulün tüketilmesi mümkündür (BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 45). Ayrıca bkz. BÖCKSTIEGEL, *Germany*, s. 11; BERGER, *The Arbitration Agreement*, s. 398; HARRIS /PLANTEROSE/TECKS, s. 352, 353.

⁹²⁰ OLG Hamm, 54 BB 11/1999, 10, 13. Ayrıca bkz. HARBST, s. 34.

⁹²¹ BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 46. Böyle bir hükmün *Tasarı* m. 417'ye de alınabileceğine ilişkin bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, *Tasarı*, s. 219.

⁹²² WAGNER, s. 710. Ayrıca bkz. HARBST, s. 35. ZPO §1032/II'e göre yapılacak yargılamanın kapsamının belirlenmesi gerekir. Bir görüşe göre mahkeme, ZPO §1032/I'e göre tahkim anlaşmasıyla ilgili olarak neyi inceleyebiliyorsa, bu hâlde de ona bakacaktır; yani, yargılamanın konusu, *sadece* tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliğidir. Buna karşın, bir görüşe göre, *uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamına girip girmediği sorununun çözümü*, münhasıran hakemlere bırakılmıştır; mahkemelerce bu yönde bir değerlendirme yapılması beklenmemelidir (BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 46). Ayrıca bkz. §11, III, A, 3, s. 423, dn. 913.

⁹²³ MERKIN, s. 79; DIMOLITSA, s. 235; CARBONNEAU, s. 145.

ii) söz konusu başvurunun gecikmeksizin yapıldığı,

iii) böyle bir konuda, özellikle mahkemece karar verilmesi *gerektiği* hususunda, tatminkâr ve sağlam nedenlerin bulunduğu,

konularında, ikna edilmesi gerekir (AA § 32/II). Şartların ağırlığı, anılan yolun *istisnai* olması istendiğindedir. Hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili kararlarının (1996 AA §31) itiraza uğrayacağı açık olduğu durumlarda (1996 AA §67), mahkemece yapılacak böyle özel bir yargılama, genelde, kaçınılmaz görülmektedir⁹²⁴.

UNCITRAL Model Kanunu ve takipçileri olan millî hukuklarda, Alman veya İngiliz hukuklarında olduğu gibi bir hukuki çareye, yer verilmiş değildir. Tam aksine, Model Kanun'un 5. maddesinin açık düzenlemesi karşısında (MTK m. 3/II; 17/I; *karş.* HUMK m. 519), milletlerarası tahkimle ilgili konularda, mahkemelerin yetkisi ve hâkimiyet alanı, ayrıca ve açıkça, son derece de sınırlı bir biçimde, belirlenmiştir⁹²⁵. Bu hâlde, taraflara kalan, *lex arbitri* elverdiği ölçüde, *ya* hakemlerin özel olarak yargı yetkileriyle ilgili verecekleri kararın (*karş.* MTK m. 7/H/V ve *örneğin*, Model Kanun m. 16/III) *ya da* hakemlerce verilecek bu sefer *nihai* kararın mahkemelerce denetlenmesini talep etmektir (MTK m. 15/A/II, b. 1, d).

C- Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Tahkimin Desteklenmesi Düşüncesi

Tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemlerin gerekli yargı yetkisine sahip olmadığı hususu, tahkimin mahkemelerce *desteklenmesinin* gerektiği hâllerde de gündeme gelebilmektedir. Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin tahkim sürecine katılmaktan imtina etmesi, çoğu zaman aynı kimsenin geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı şeklindeki görüşünden kaynaklanmaktadır. Tahkim anlaşmasının diğer tarafının, kendi hakemini seçmeyen taraf için de hakem tayini konusunda mahkemeye başvurması durumunda, karşılaşılabilecek muhtemel itiraz, taraflar arasında, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı olacaktır⁹²⁶.

Bu gibi hâllerde, mahkemelerce tahkim anlaşması üzerine yapılacak denetimin kapsamı, *özel olarak* düzenlenmiş olabilir. Örneğin Hollanda hukukunda, hakem tayini sırasında, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının mahkemelerce *incelenmeyeceği*,

⁹²⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 352; CARBONNEAU, s. 145; BARCELO, s. 1130; AEBERLI s. 273-275; CHUKWUMERİJE, s. 179; RUTHERFORD/SIMS, s. 106-108; HARRIS/PLANTEROSÉ /TECKS, s. 314; HARBST, s. 37.

⁹²⁵ Üstelik ZPO § 1032/II'ye hayli benzer bir teklif ve taslak metin (*süre sınırlaması içermemekteydi*), Model Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, reddedilmiştir. İlginçtir, reddedilen ve metinden çıkartılan düzenleme içinde de hakemlerin her hâlükârda tahkim yargılamasına devam edebilme konusunda takdir hakları vardı. *Kompetence-Kompetence*'e âdeta gölge düşürecek olan düzenleme, önemin ve dikkatin, tahkimden mahkemelere kayması sonucunu doğuracağı endişesiyle karşılaşmıştır (MELIS, *Courts*; BROCHES, *Commentary*, s. 80).

⁹²⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 353.

açıklıkla düzenlenmiştir (Hollanda CCP Art. 1027/IV. Aynı yönde bkz. Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1686/II; yerli tahkimler için NCPC Art. 1444/III; karşı. MTK m. 7/B/I)⁹²⁷. Yine İsviçre hukukunda, hakemlerin belirlenmesinde rol alan mahkeme, böyle bir desteği, “*summarische Prüfung*” sonunda, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının olmadığına karar vermediği sürece, vermek zorundadır (PIL Art. 179/III; karşı. 1996 AA §18). Eş deyişle, tahkim anlaşması bu hâlde, ancak *prima facie* bir denetime tabi tutulmaktadır⁹²⁸. Bu noktada, mahkemelerin rolü, bir *denetimden* ziyade *tahkime yardım edilmesi; tahkimin desteklenmesi* boyutunda kaldığından, söz konusu denetimin, *prima facie* ile sınırlı tutulmasının yerinde olduğu; *zaten genelde de böyle kabul edildiği* görüşü, öğretide ileri sürülmüştür⁹²⁹. Yine İsveç Tahkim Kanunu’nun 18. paragrafına göre, aynı kanunun 12/III, 14 veya 17. paragrafları uyarınca hakem tayini talep edildiğinde, mahkeme, talebi *ancak* tahkimin *açıkça hukuka aykırı olduğu* gerekçesiyle reddedebilir. Benzer bir düzenlemeye, Fransız hukukunda,

“..Tahkim kaydı, *açıkça (manifestement)* geçersiz (*nulle*) veya hakem heyetinin teşekkülü yönünden yetersiz (*insuffisante*) ise (mahkeme) başkan(ı), seçim için geçerli bir sebebin bulunmadığına hükmeder.”

şeklinde, *iç tahkime* ilişkin olarak yer verilmektedir (NCPC Art. 1444/III; ayrıca bkz. Art. 1443/II, 1448/II). Düzenlemenin milletlerarası tahkim için de uygulanıp uygulanmayacağı, tartışmalı olmakla birlikte (NCPC Art. 1493; 1495; 1457)⁹³⁰, hükme göre mahkemeler, tahkim anlaşmasının sadece *prima facie* varlık ve geçerliliği ile yetineceklerdir⁹³¹.

⁹²⁷ VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 77; KESSEDJIAN, s. 3; GAILLARD, *Court Decisions*, s. 72; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 45; AUDIT, s. 124, 125.

⁹²⁸ BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 37, 38; BRINER, *Switzerland*, s. 18; PETER/LEGLER, Art 179, s. 371 SAMUEL, *Place of arbitration*, s. 41. BGE 108 Ia 308, 311; BUCHER *İsviçre*, s. 17. Oysa İngiliz hukukunda, bu hâlde, 1996 AA §18 ile tahkim itirazına ilişkin 1996 AA §9 arasında bir denklik kurularak (karşı. HARRIS /PLANTEROSE/TECKS, s. 87) her iki hâlde de yapılacak denetimin içeriği, birbirine eş tutulmuştur. Bu hâlde, hakem tayini sırasında, *tam bir denetimin* gerçekleştirilmesi gerekir; yapılacak denetimin, zaten hakemlerce aynı kanunun §31. paragrafı hükmü gereği yargı yetkileri üzerine karar verecek olmaları nedeniyle *prima facie* düzeyde geçiştirilmesi, mümkün değildir. Gerçi Thomas J., *Vale de Rio Doce Navegaço SA v. Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co Ltd.* ([2002] 2 Lloyd’s Rep. 11) davasında, kendisinden beklenenin sadece tahkim anlaşması gereği, aslında tarafın yükümlülüğünde olan bir edimin ifasına katkıda bulunmak olduğunu; tam bir denetim ile aslında bunun ötesine geçilmiş ve hakemlerin yargı yetkisine tecavüz edilmiş olacağını içtihat etmişse de, sonraki tarihli *Atlaska Plovība v. Consignaciones Asturianas SA* ([2004] 2 Lloyd’s Rep. 109) davasında, bu görüşün aksi içtihat edilmiştir. Oysa İngiliz hukukunda tarafların, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin denetlenmesine ilişkin olarak, *doğrudan* mahkemelere müracaat edebilmesi ve burada *tam bir denetimin* gerçekleştirilmesi zaten mümkündür (1996 AA §72/I) (AEBERLI, s. 260). Ayrıca bkz. HARRIS/ PLANTEROSE/TECKS, s. 123, 124.

⁹²⁹ BUCHER, s. 37; SCHLOSSER, *Competence*, s. 193; KESSEDJIAN, s. 3; SAMUEL, *Swiss Law*, s. 37; GAILLARD, *Court Decisions*, s. 73.

⁹³⁰ Soruna ilişkin olumlu yanıt için bkz. DELVOLLÉ/ROUCHE/POINTON, s. 83; FOUCHARD /GAILLARD/GOLDMAN, s. 495, 496.

⁹³¹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 494-496; DELVOLLÉ/ROUCHE/POINTON, s. 84; GAILLARD, s. 27, 28; SAMUEL, *Place of arbitration*, s. 41. Mahkemenin bu esnadaki işlevi dikkate alındığında, verilecek kararın bir kez daha denetlenmesini aramak *hem* gerekli değildir *hem de* milletlerarası tahkimin beklentilerine uygun düşmemektedir (SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 89).

Anılan düzenlemeler olmasaydı, mahkemeler, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliğini, bu hâlde de denetleyeceklerdi (ZPO §1035)⁹³². Ancak böyle bir durumda, kolayca, aksine de düzenleme olmadığından, yapılacak denetimin *tam bir denetim* şeklinde gerçekleştirileceği söylenebilir. Yani söz konusu denetimin içeriği, davalının *tahkim itirazında* bulunması üzerine yapılacak denetim ile aynıdır⁹³³. Oysa savunulan bir görüşe göre, *en azından*, tahkimin desteklendiği bu gibi hâllerde, yapılacak denetimin, tam bir denetimi içermesi gerekmemektedir. Çünkü tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik *kesin hükme*, bu aşamada ihtiyaç duyulmadığı gibi; üstün tutulması gereken haklı menfaat, tahkim sürecinin bir an evvel canlandırılması, hakemlerin seçilerek göreve başlatılmasıdır. Nasıl olsa, tarafın tahkimde, hakemlerin yargı yetkisine itiraz etme hakkı vardır ve tamdır –*şayet bu hak kullanılmazsa, o zaman da hakemlerin yargı yetkisi, tahkimin taraflarınca kabul edilmiş sayılacaktır*–; hakemlerin de yargı yetkileriyle ilgili kararları, zaten mahkeme denetimine tabidir⁹³⁴.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da, tahkimin desteklendiği, tahkim iradesinin korunduğu, yaşatıldığı başkaca *-olumlu anlamıyla-* müdahale alanları bulunmaktadır. Örneğin hakem tayini sırasında, tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik yapılacak denetimin, yine tıpkı meihazımızda olduğu gibi (PIL Art. 179/III; ayrıca bkz. NCPC Art. 1457), *prima facie* bir denetimle sınırlı tutulması önerilebilir; hatta bunun milletlerarası tahkim gerçeği ile daha uyumlu olacağı da tereddüt duymamak gerekir. **Ancak, *lex fori*'nin bütün bu yorumların karşısında olduğunu da belirtmek gerekir.** Zira Asliye Hukuk Mahkemesi'nde, örneğin Kanun'un 7/B/IV. maddesine göre gerçekleştirilecek yargılama, *verilecek kararın kesin olması ve duruşmasız bir incelemeye ilişkin özellikler dışında*, bilinen şekliyle bir *dava* usulünde olacaktır. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin çekişme konusu edilmesi hâlinde, tarafın düşük bir ispat ölçüsünden yararlanarak tahkim anlaşmasının *prima facie* geçerliliğini ispatlaması üzerine, mahkemenin derhâl hakem tayinini gerçekleştireceğini söylemek, *kolay* değildir. **Zira kural, tam ispat olup hâkimin tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda tam bir vicdani kanaate sahip olması aranır.** Aksi için, mahkeme önündeki yargılamalar bakımından *ispat*

⁹³² SAMUEL, s. 193, 194; HARBST, s. 70.

⁹³³ *Supreme Court of India, Wellington Associates Ltd v Kirit Mehta*, Int ALR N-52, 2000. Karş. BayObLG, 54 BB 35/1999, 1785. Kararda mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun açık bir biçimde ortada bulunması hâlinde, hakem tayinine ilişkin talebi reddedebileceği sonucuna varmıştır. Aynı yönde bkz. *Fung Sang Trading Ltd. v. Kai Sun Sea Products & Food Co. Ltd.* (XVII YBCA 1992, s. 289-303). Ayrıca bkz. SEMLER, s. 582; HERRMANN, *Arbitration Agreement*, s. 46; FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 81, 82; FOUCHARD /GAILLARD/GOLDMAN, s. 521; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 354.

⁹³⁴ SAMUEL, s. 195; SCHLOSSER, *Competence*, s. 193; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 354; HERRMANN, *Arbitration Agreement*, s. 49; FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 86.

ölçüsünün düşürüldüğüne yönelik ayrıca ve açıkça yapılacak bir düzenlemeye ihtiyaç vardır (*karş. PIL Art. 179/III, NCPC Art. 1457*)⁹³⁵.

Bavyera İstinaf Mahkemesi⁹³⁶, Alman Futbol Federasyonu'nun tahkim kaydının kullanıldığı bir olayda, bir adım daha atarak, hakem tayinine ilişkin bir talepte, *kendiliğinden*, hakemlerin uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisine sahip olup olmadığı sorununu, ele almıştır. Sözleşme hükmüne göre, Federasyon ile üyeleri arasında çıkacak her türlü sorun, tahkim yoluyla halledilecektir. Üyesi tarafından satılan bir araziye ilişkin olarak Federasyon, uğramış olduğu zararların tazmini için tahkim sürecini başlatmış, ancak üye, mahkemeye müracaat ederek hakem heyetinin teşekkülünde, Federasyonun haksız bir üstünlüğe sahip olduğu gerekçesiyle yeni hakemlerin atanmasını talep etmiştir (ZPO §1034/II). Ne var ki talep, söz konusu uyuşmazlığın zaten tahkim kaydı kapsamında olmaması nedeniyle reddedilmiştir⁹³⁷. Oysa bu yönde bir itiraz, üye tarafından ileri sürülmediği gibi talep, sadece hakemlerin tayinine ilişkindir. Karara ilgili yapılan değerlendirmede, mahkemenin böyle bir müdahalesi, *hem haksız hem de gereksiz* bulunmuştur⁹³⁸: *Tahkime elverişlilik* konusu saklı kalmak kaydıyla *hakemlerin uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisine sahip olmadıkları hususunun*

⁹³⁵ *Bkz. §11, II, B, s. 345, dn. 629. Alangoaya*, geçerli olmayacak bir yargılama için hakem seçmenin söz konusu olmadığı görüşündedir. Devlet mahkemesi, fuzulî olabilecek bir faaliyete zorlanamaz. Şu hâlde mahkeme, genel dava şartları yanında, önce hakem seçimi konusunda (HUMK m. 520; *karş. MTK m. 7/B/IV*) gereken şartların oluşup oluşmadığını, ardından da hakem seçmeye mecbur olan tarafın gerçekten de böyle bir zorunluluk içinde bulunup bulunmadığını inceleyecektir. Mahkeme, bu özel şartı da diğer dava şartları gibi kendiliğinden gözetecektir (*karş. KURU*, s. 5994). Mahkemenin bu esnada, özellikle tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda varacağı sonuç; örneğin yerli-iç tahkimler bakımından HUMK'un 519. maddesine uygun olarak bir tespit davasının açılmasına engel olacak; yani kesin hüküm etkisini gösterecektir (*ALANGOYA*, s. 115-120; *ALANGOYA/YILDIRIM /YILDIRIM*, s. 617; *ayrıca bkz. ERTEKİN/KARATAŞ*, s. 157). Böyle bir denklik, kendi içinde tutarlı olmakla birlikte, sorulması gereken soru, aynı denkliğin bugün, milletlerarası tahkimde de geçerli olup olmayacağı; belki daha doğru bir ifadeyle milletlerarası tahkimin özellikleriyle uyum içinde kalıp kalmayacağıdır. HUMK'un 519. maddesiyle hakemlerin yargı yetkisi konusunun, mahkemelerin tekeline bırakıldığı bir ortamda, hakem seçimi sırasında, ayrıca hakemlerin yargı yetkisini yakından ilgilendiren hususların da çözümünü beklemek, aslında son derece yerindedir. Bu şekilde belli ölçüde, usul ekonomisinin de gerekleri yerine getirilmektedir. Zira hakem seçimi, belki de mahkemelerin kronolojik olarak tahkimde rol oynadıkları ilk sahadır. Ancak milletlerarası tahkimde, özellikle MTK'nın 7/H/II, III. maddesi dikkate alındığında, artık hakemlerin yargı yetkisi konusunda, *objektif tahkime elverişlilik* bir yana bırakılacak olursa tarafların iradesi egemendir. Hakem seçimi sırasında hakemlerin yargı yetkisini ilgilendiren meselelerde, mahkemelerin kimi hususları, kendiliğinden dikkate alması, milletlerarası tahkimdeki irade serbestisine ölçsüz bir müdahale olacaktır. Gerçi hukukumuzda, Hollanda CCP Art. 1027/IV veya Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1686/II gibi hükümler bulunmamaktadır. Ancak, hakemlerin sahip olduğu "*yetkiye hüküm yetkisi*", erken dönemde, anılan yetkinin hakemlerce tüketilmesinden önce, mahkemelerce yapılacak yargılamalarda, hakemlerin yargı yetkisiyle alakalı sonuçların, söz konusu yetkiyi, etkisiz ve işlevsiz kılmayacak ölçüde olmasını gerektirir (*FREEDBERG-SWARTZBURG*, s. 82, 85). Ne var ki MTK m. 7/B/IV hükmü içerisinde, yapılacak yargılamanın niteliği konusunda, bir açıklık olmamakla birlikte, bir dava usulü içerisinde görüleceğini söylemek mümkündür. Bu hâlde verilecek kararın içerdiği pek çok husus konusunda kesin hüküm teşkil edecek olması da hayli kuvvetli bir ihtimaldir. Kanuni bir açıklık olmadan özellikle tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda, hâkimin *prima facie* geçerlilikle yetinmesi; en azından yorum yoluyla hükme kazandırılmayacak bir özelliktir. *Karş. 15. HD. 28.3.1988, 1987-3228/1205, (KOSTAKOĞLU, s. 227, 228).*

⁹³⁶ BayObLG, RPS 12/2000, 16-18.

⁹³⁷ *Karş. ERTEKİN/KARATAŞ*, s. 113; *ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM*, s. 617.

⁹³⁸ *LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 354.

mahkemelerce *kendiliğinden denetlenmesi*, mümkün olmamalıdır. Mahkemeye müracaat anında, tahkim anlaşmasının kapsamında olmayan bir mesele dahi taraflarca sonradan anlaşmanın kapsamına, *özellikle diğer yanının itiraz etmemesi üzerine, zımnen* alınabilir (ZPO §1027; 1040/II; ayrıca bkz. **MTK m. 7/H/II, III**). Tahkim yargılamasında, *-hakemlerin yargı yetkisi üzerine herhangi bir itirazda bulunmaksızın-* uyuşmazlığın esasıyla ilgili yapılan usul işlemleri, olmayan ya da geçersiz olan tahkim anlaşmasını, artık var edeceği ve geçerli kılabileceği gibi, dava konusu uyuşmazlığın da tahkim anlaşmasına sonradan dâhil olması sonucunu doğuracaktır.

Söz konusu kararla ilgili görüşün Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden de geçerli olması, mümkündür. Kanunun 5/I. maddesinin “...*tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların...*” şeklindeki lafzı da buna fazlasıyla uygundur. Dava konusu çekişmenin tahkim anlaşmasının kapsamına girip girmediği meselesi, *hakemlerin yargı yetkisiyle* yakından ilgili olmakla birlikte; mahkemelerin *tahkim anlaşmasının geçerliliğine* yönelik yapacakları denetimin kapsamına girmediği, iddia edilebilir⁹³⁹. Özellikle Kanunun 7/H/I, III. maddesindeki süre sınırlaması, anılan hususun, mahkemelerce neden denetlenemeyeceğine ilişkin dayanılabilecek bir başka gerekçedir. Tahkim yargılaması sırasında, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili itirazların süresinde yapılmaması veya hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğu ilişkin kararlarının süresinde iptalinin istenmemesi hâlinde, hakemlerin belki gerçekten de olmayan yargı yetkileri tamamlanacak; *geçersiz olan ve hatta olmayan tahkim anlaşması, geçerlilik kazanacaktır (aynı yönde bkz. MTK m. 4/II)*. Görüldüğü üzere, tahkim itirazı üzerine mahkemelerce yapılacak denetimin kapsamı konusunda, hayli karışık bir görünüm ortaya çıkmaktadır. Tahkim itirazının incelendiği sırada, geçersiz duran bir tahkim kaydı, hakemler önünde, geçerli olabilmekte; *şeklen geçerli bir biçimde*, kurulmuş sayılabilmektedir. *Tahkim anlaşmasına ilişkin bilinen tüm eksikliklerin, tahkim yargılaması sırasında düzelmesi mümkündür*; üstelik bütün bunlar, *doğrudan hakemlerin yargı yetkisini ilgilendirmektedir*. Hakemler ise zaten *competence-competence* yetkisine sahiptir.

Teorik düzeyde de olsa şu sorunun üzerinde düşünmekte fayda vardır: Tahkimin başlamasından sonra, davalının mahkemelerde, aynı uyuşmazlıkla ilgili bir dava açması hâlinde, bu davanın davalısının, yani tahkim davasının davacısının tahkim itirazında bulunması gerekir. Oysa bu esnada, hakemler önünde, *hem* tahkim anlaşması artık geçerlilik kazanmış *hem de* hakemlerin yargı yetkisi kesinleşmiş olabilir; üstelik hakemlerin yargı

⁹³⁹ *Bkz. §11, III, A, 3, s. 423, dn. 913.*

yetkileriyle ilgili kesinleşmiş, *kesin hüküm etkisine sahip* bir kısmi karar da bulunabilir. Bu son durumda, *tahkim itirazı* artık, hâlâ ilk itiraz hukuki rejimine mi tabidir⁹⁴⁰?

Bir an için bu hâlde, Fransız hukukunda geçerli olan sonuçların (NCPC Art. 1458/I, II) Türk hukuku için de geçerli olması gerektiği düşünülebilirse de, bunun yerine, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda, gerek tahkimden önce gerekse tahkimden sonra başlatılan mahkeme yargılamalarında, *tam ispatın* varlığında ısrar etmenin *hem* Kanun'un 7/H *hem* de 4/II. maddelerinde düzenlenen hükümlerin işlevsiz ve atıl kalması anlamına geldiğini savunmak, daha gerçekçi olur.

⁹⁴⁰ Karş. BERTI/SCHNYDER, s. 574.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE MAHKEMELERİN HAKEMLERİN YARGI YETKİSİYLE İLGİLİ OLMAYAN KONULARDA YARDIM VE DENETİMİ

§12 HAKEMLERİN SEÇİLMESİ (TAYİNİ) VE REDDİNDE MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ

I- Genel Olarak

Hakem, tahkimin olmazsa olmazlarından. Esasen, tahkimin kalitesi ve başarısı ile tahkimden beklenenlerin gerçekleşmesi, büyük oranda hakemlere bağlıdır¹. Tahkimin sözleşmesel karakteri, hakemlerin sayısı ve kimler olacağı konusunda da belirleyicidir; taraflar, hakemlerini seçmek ve belirlemek konusunda serbesttirler (MTK m. 7/A/I; B/I). Bu hâlde, taraflar ya doğrudan ya da yine kendilerinin göndermede buldukları tahkim kurallarına göre hakemi veya hakemleri seçip belirleyeceklerdir².

Devlet yargısının aksine, hakemliğin her zaman hazır ve kurulu bir yapı olmaması nedeniyle taraflar arasındaki uyuşmazlığın esastan çözümü veya geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi, ancak hakemin seçilmesi veya hakem heyetinin oluşmasından sonra mümkün olabilmektedir. Bu noktada, kurumsal tahkimde, hakem veya hakem heyetinden özenle ayrılması gereken bir başka hukuki yapı da, bizzat *tahkim kurumunun* kendisidir. Kurallarına göre başlatılan ve sürdürülen bir tahkimde, ilgili tahkim kurumu, her ne kadar söz konusu tahkimin idaresi ve yönetiminde hakemlere, gerekli sekreteryaya hizmetini sunmakta ve hatta kimi zaman, söz konusu yargılamada rol oynamaktaysa da (ICC Rules Art. 11/I; 12/II) uyuşmazlığın esası hakkında karar verecek olanlar, yine sadece hakemlerdir (*karş. ICC Rules Art. 27*)³.

Hakemlerin taraflarca belirlenebilecek olması, *gerek* hakemliğin *gerekse* tahkimin hem güçlü hem de zayıf yanlarını, teşkil etmektedir. Hakemin veya hakem heyetinin tarafların tercihinin göre belirlenmesi, tarafların uyuşmazlıklarını, yine kendi belirledikleri; bu nedenle de uzmanlığına, bilgisine, kişiliğine, adalet anlayışına, tarafsız ve bağımsız olduğuna ve öyle de kalacağına inandıkları kişi veya kişilere emanet etmeleri anlamına gelmektedir. *Tarafların, hakemlerin sayısını, özelliklerini, kim ve kimler olacağını veya kim tarafından, nasıl atanacağını özgürce belirleme hakkına sahip olduğu kabul edilir.* Öte taraftan, hakemliğin uyuşmazlığın doğmasından önce de var olan bir hukuki yapı olmaması nedeniyle

¹ TUPMAN, s. 26; SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 224.

² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 453-455, LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 224.

³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 224.

uyuşmazlığın esastan halline kadar geçecek dönemde, derhâl ve ivedilikle alınması gereken bazı kararlar yönünden tahkimin devre dışı kaldığı, bir gerçektir. Oysa bu türden bir kararın tahkim yargılaması sırasında alınması, en erken hakemin seçilmesi veya hakem heyetinin teşekkül etmesinin ardından mümkündür. Bunun yanında taraflardan birinin, hakem veya hakemlerin seçiminde, tahkim anlaşması yoluyla üstlenmiş olduğu bazı yükümlülükleri yerine getirmemesi, daha açık bir ifadeyle; belki de tahkim sürecini sabote etmesi, tahkimi uzatması, geciktirmesi, hatta ileride kimi usulî avantajlar elde etmek için taraflı davranacak hakemler seçebilecek olması, meselenin olumsuz ve daha ziyade zayıf yönleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁴.

II- Hakemlerin Sayısı

UNCITRAL Model Kanunu madde 10/I'e göre taraflar, hakemlerin sayısını belirlemede serbesttirler (1996 AA §15/I; PIL Art. 179/I; ZPO §1034/I; Hollanda CCP Art 1026/II; **MTK m. 7/A/I**)⁵. Mukayeseli hukukta, konuya ilişkin hükümler arasında karşılaşılan ilk sınırlandırma, tarafların *çift sayılar* üzerinde bir anlaşmaya varamayacak olmasıdır (Hollanda CCP Art. 1026/II; **MTK m. 7/A/I, son cümle**; *Tasarı* m. 419/I)⁶. Hakemlerin sayısı, taraflarca daha baştan tahkim anlaşmasında belirlenebileceği gibi, uyuşmazlığın çıkmasının ardından da kararlaştırılabilir. Ancak zaten *lex arbitri*, söz konusu rakamın belirlenmesinde her zaman uygulanmaya hazırdır. Çok genel bir yaklaşım ile hakemlerin sayısı hakkında, *common law* ülke hukuklarının kural olarak *tek* (1996 AA §15/II); *civil law* ülke hukuklarının ise *üç* rakamı üzerinde düzenleme yaptıklarını söylemek mümkündür (Model Kanun m. 10/II; ZPO §1034/I; **MTK m. 7/A/II**; *karş. Tasarı* m. 419/II)⁷.

Tek hakem kuralı veya böyle bir seçimin faydaları-sakıncaları hakkında, çok şey söylenebilir⁸. Tahkim kuralları yönünden göze çarpan ilk örnek olan ICC Rules Art. 8/II'ye göre, tarafların hakem sayısı üzerinde bir anlaşmalarının olmaması durumunda *Divan*, uyuşmazlığın çözümünün üç hakemin seçimini gerekli kıldığına karar vermediği sürece, tek

⁴ BERGER, s. 202, 203; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 224-225; TUPMAN, s. 26. Ayrıca bkz. VOSKUIL C. C. A/FREEDBERG-SWARTZBURG A. J., Composition of the Arbitral Tribunal, Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, 1989, s. 65.

⁵ Tanınan bu özgürlük, hakemlerin çift sayıda da olsa taraflarca seçilebilmesini mümkün kılmaktadır. Ne var ki Model Kanun, çift sayının yaratacağı olumsuzlukları gidermek konusunda, yeterli olmayabilir. Tarafların anılan eksikliği giderecek özel hükümler (*umpire* gibi) kararlaştırması yararlı olur (HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 348, BROCHES, *Commentary*, s. 54). Ayrıca bkz. BERGER, s. 204; DEREN-YILDIRIM, s. 56.

⁶ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 38, 39.

⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 226. Ayrıca bkz. KAPLAN Y., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 19-20 MHB 1999-2000/1-2, s. 477-479.

⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 226; GRANZOW, s. 101.

hakem atayacaktır (*karş.* LCIA Art. 5.4; 5.6)⁹. Oysa 1996 AA §15/III'e göre taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma olmadığı takdirde, hakem *mahkemesi*, tek hakemden oluşacaktır. Buna karşın, hakemlerin sayısının belirlenmesinde, mahkemeye geniş bir esneklik-takdir hakkı tanıyan bir başka hüküm, Hollanda hukukunda bulunmaktadır. Hakemlerin sayısı, önceden belli edilmiş; somut olayın özelliklerine her zaman uygun düşmeyebilecek, sabit bir rakam yerine; taraflar arasında bu konuda bir anlaşma olmaması hâlinde ve talep üzerine, Bölge Mahkemesi (*District Court*) **Başkanı** tarafından belirlenecektir (Hollanda CCP Art. 1026/II; *karş.* **MTK m. 7/A/II**). Böylelikle *lex loci arbitri* ve tahkim yeri mahkemeleri, sadece *lex arbitri* içinde ve tahkim yargılaması üzerinde baskın bir konum kazanmış olmamakta; *ama aynı zamanda*, tek veya üç hakem seçeneklerinden hangisinin daha uygun olduğuna, her somut olayın-uyuşmazlığın özelliğini dikkate alarak karar verilebilmektedir¹⁰.

Üç hakeme ilişkin tercihin, fayda ve sakıncalarından da bahsetmek mümkündür¹¹. Özellikle sakıncaları konusunda, göze çarpan hususlar şunlardır: **Taraf-hakemi** olarak da adlandırılan hakemin belirlenmesinin bir takım gecikmelere sebebiyet verebilecek olması; seçilen *taraf*-hakeminin diğer hakemlerle işbirliğinden kaçınması, hatta bu kimsenin yargılamanın ileriki aşamalarında, istifa etmesidir¹². Ne var ki, UNCITRAL Rules (UNCITRAL Rules Art. 5) veya bir tahkim kurumu olan DIS (DIS Rules §3/I), taraflar arasında bir anlaşma olmadığı sürece, üç kişilik hakem heyetinin oluşturulacağını düzenlemiş; bu konuda, herhangi bir takdir hakkına da yer vermemiştir. Taraflarca bu tip tahkim kuralları üzerinde anlaşılmış olması hâlinde, tarafların rızası alınmadan, uyuşmazlığın çözümü için daha tatminkâr olsa bile tek hakem atanamayacaktır. Aksi hâlde hükmü veren hakem, *kural olarak*, taraflarca, uyuşmazlıklarının çözümünde, tahkim kuralları dolayısıyla üzerinde anlaşmış oldukları kimse olmayacak; *hakem heyeti, usulünce teşekkül etmiş sayılmayacaktır*¹³.

⁹ DERAİNS/SCHWARTZ, s. 133 vd.

¹⁰ VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 68; FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 84; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 39.

¹¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 227. Ayrıca bkz. BROCHES, *Commentary*, s. 54; BERGER, s. 206, HUSSLEIN-STICH, s. 56.

¹² Bu hâlde, ortaya çıkan hukuki sorunlar için şimdilik bkz. SCHWEBEL M. S., *The Validity of an Arbitral Award rendered by an Truncated Tribunal*, 6(2) ICC Bulletin 1995, s. 19 vd.

¹³ Hakemlerin sayısına ilişkin yapılacak belirlemede, tahkim kurumlarına tanınmış takdir yetkisi için bkz. SCC Rules Art. 16/I; Zürich CC Rules Art. 10. Böyle bir takdir hakkı, en azından UNCITRAL Model Kanunu'na ve yine bazı *civil law* ülkelerince benimsenmiş değildir (Model Kanun m. 10/II, ZPO §1034/I; Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1681/III). Model Kanun'un hazırlık çalışmaları esnasında, üç kişilik hakem heyetinin, tahkim uygulamasında, yaygın bir uygulaması olduğu tespit edilmiş; tarafların gerek zaman zaman gerekse masraftan tasarruf etmek istemeleri hâlinde, açıkça tek hakem üzerinde anlaşabilecekleri düşünülmüştür. Kaldı ki Model Kanun'un asıl düzenleme alanı olan milletlerarası uyuşmazlıklar dikkate alındığında, farklı hukuk kültürlerinden gelen tarafların sıklıkla kendi hakemini belirleyebilme imkânına sahip olmak isteyecekleri de yine bir başka pratik gerçektir. Hakem tayini konusunda uzman olmayan makamlara (örneğin *mahkemelere*) tanınacak hakem

Hakemlerin **çift sayı şeklinde** belirlenmesi, teorik olarak UNCITRAL Model Kanunu'nda mümkün görülümüşse de, milletlerarası tahkim uygulamasında, sık karşılaşılan-tercih edilen bir durum değildir¹⁴. Mısır Tahkim Kanunu'nun 15/II. maddesine göre hakem heyeti, *tahkim anlaşmasının ve nihayetinde tahkimin yokluk yaptırımı ile karşı karşıya kalmaması bakımından* tek sayı üzerinden oluşturulmalıdır. Hükümde, tarafların aksi yöndeki iradelerine rağmen, tek sayıya ulaşmak bakımından, herhangi bir yedek hukuk normu, bulunmamaktadır¹⁵. Oysa hakemlerin çift sayı üzerinden seçilmesine izin vermeyen Hollanda hukukunda, bu durumda, *taraf-hakemlerince*, hakem heyetinin başkanı olacak üçüncü bir kişinin seçilmesi gerektiğine ilişkin yedek-tamamlayıcı hukuk kuralı bulunmaktadır (Hollanda CCP Art. 1026/III; 1996 AA §15/II; ayrıca bkz. Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1681, İtalyan CCP Art. 809/III, iç tahkim yönünden NCPC Art. 1454)¹⁶. Ne var ki tahkimi kurtarıcı, tahkim kaydını yaşatıcı, böyle açık bir düzenleme içermeyen Hindistan hukukunda, bu sefer, mahkemeler, hakemlerin çift sayı şeklinde belirlenmesinin açıkça yasaklanmış olmasına karşın; bu durumdaki tahkim kayıtları bakımından, hakemlerin seçimiyle ilgili kanun hükümlerini, taraflarca ayrıca belirlenmiş bir seçim usulü de yoksa *kıyasen* uygulamışlardır. Hindistan mahkemesinin içtihadına göre, hakemlerin sayısı ile ilgili, çift sayı şeklindeki belirlemeler, her ne kadar Hindistan hukukunda geçerli değilse de; *hakemlerin seçimine ilişkin taraf anlaşmalarının doğrudan tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilememesi nedeniyle*¹⁷ hakem tayinine ilişkin kanun hükümlerinin, *geçersiz kalan taraf iradeleri yerine, kıyasen ve kurtarıcı-yedek hukuk normu* olarak uygulanması, mümkündür (*karş. MTK m.*

sayısına ilişkin olası bir takdir hakkı, taraflar ve milletlerarası tahkim pratiği yönünden başlı başına sorun yaratmaya ehildir (HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 349).

¹⁴ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 39. Ayrıca bkz. BERGER, s. 205; HUSSLEIN-STICH, s. 56. Çift hakem anlayışı, tarafların, temsilcileri aracılığıyla sulh olmalarına yarayan, tahkimin uzlaştırıcı yönünün, sözleşmesel kimliğinin bir sonucudur. Tek sayı üzerinde ısrar, tahkime daha yargısal bir kimlik kazandırmaktadır (SANDERS, *Arbitration*, s. 89). Özellikle İngiltere'de geçerli *umpire* kavramı, bu duruma ilginç bir istisna teşkil etmektedir (1996 AA §21). Hükümün verilmesi sürecinde, doğrudan ve aktif katılımı bulunan hakem heyeti başkanının aksine *umpire*, sadece iki taraf-hakeminin hüküm üzerinde anlaşamamaları hâlinde heyete dâhil olur ve hüküm, kendisinin de başkan olduğu üç kişilik bir hakem heyeti tarafından değil; sadece kendisi tarafından verilir (MERKIN, s. 58, 59; SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 87; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 103, 104). Türk hukuku yönünden de bunun mümkün olduğuna ilişkin bkz. ERTEKİN/KARATAŞ, s. 162; AKINCI, s. 102. Ayrıca bkz. TAŞKIN, *Hakem Sözleşmesi*, s. 71, 72; HGK, 19.03.2003, 15-142/182, Man BD 2004/4, s. 97.

¹⁵ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s.230. Ayrıca bkz. *Cour d'appel Paris, Ministry of Public Works (Tunisia) v. Société Bec Fères (France)*, XXII YBCA 1997, s. 682.

¹⁶ FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 85; DERAİNS, s. 238; SANDERS, *Arbitration*, s. 88; RUTHERFORD/SIMS, s. 72; HARRIS/PLANTERÖSE/TECKS, s. 111; SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 232. İngiliz hukukunda, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, iki veya daha fazla çift sayıdaki hakem üzerinde anlaşılması, kanunen, ek bir hakemin, hakem heyeti başkanı olarak belirleneceği anlamına gelmektedir (1996 AA §15/II; *karş.* §21). Oysa diğer *common law* ülkeleri yönünden böyle bir durum, *geleneksel* İngiliz Hukukunda olduğu gibi iki hakem ve gerektiğinde *umpire*'ın tercih edildiği şekilde yorumlanmaktadır. Model Kanun, *umpire* sistemini, açıkça reddetmiştir (VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 69; MERKIN, s. 49).

¹⁷ Aynı yorum, Hollanda hukuku için de geçerlidir (VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 69). Aynı yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. ERTEKİN/KARATAŞ, s. 79, dn. 102.

7/A/I; 7/B)¹⁸. Bu sayede tarafların, uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla halletmek konusundaki iradeleri korunmakta ve yaşatılmaktayken; hakemlerin çift sayı üzerinden belirlenmesi hâlinde, yaşanabilecek olası kilitlenmeler yahut hukuki belirsizlikler de çözümlenmektedir. Böyle bir usul, tarafların mahkemeler önünde yargılanmaktansa bu koşullar altında, üç hakem önünde yargılanmayı, genelde tercih edeceklerini düşünmek suretiyle de meşru/haklı kılınabilir¹⁹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden de yukarıda özellikle Hindistan hukukunda kabul edilen (kazai) içtihadın geçerli olması, önerilebilir. Hakemlerin sayısı konusunda, *lex loci arbitri*'nin tek sayı şeklindeki zorunluluğu dikkate alındığında (MTK m. 7/A/I), çoğu kez sorun, bu kurala uyulmaması hâlinde, gündeme gelecek yaptırımdır. Anılan kuralın emredici niteliğinden hareket edildiğinde, verilecek en kolay yanıt, tahkim anlaşmasının geçersiz kalmasıdır. Hükmün emredici karakteri, tarafların mesele üzerinde tasarruf etmesi imkânını ortadan kaldırdığından, örneğin hakemlerin, yargılamanın ileriki aşamalarında, *tarafların bu konuda sessiz kalmaları nedeniyle yargı yetkisi kazanmasına engeldir* (karş. MTK m. 7/H/I, III). Oysa Hindistan Yüksek Mahkemesi, bu hâlde gündeme gelecek olan geçersizliğin, tarafların *saf* tahkim iradesine sirayet etmeyeceği; hakemlerin sayısına ilişkin ortaya çıkacak boşluğun da kanun hükümleriyle doldurulabileceği sonucuna ulaşmıştır. Mısır hukukunun aksine, burada ve özellikle bizim hukukumuzda, açıkça *-doğrudan tahkim anlaşmasına yönelik- yokluk* yaptırımı da düzenlenmediğine göre, sadece hakemlerin sayısı üzerindeki anlaşmayı geçersiz kılıp *geriye kalan saf tahkim iradesini ayakta tutmak, oluşan boşluğu da yedek kanun hükümleri ile doldurmak* (MTK m. 7/B/I, b. 3), en azından milletlerarası tahkimin gereklerine uygun düşmektedir. Bu, Milletlerarası Tahkim Kanunu için de önerilebilecek bir çözümdür.

III- Hakemlerin Seçimi ve Bu Süreçte Rol Alanlar

Tahkimin kalitesi ve başarısı, seçilen hakemlerin kalitesi ve uzmanlığı ile yakından ilgilidir. Hakemlerin seçiminde etkin, temel iki faktör bulunmaktadır: Hakemlerin yargılama süresince sergilemiş oldukları çaba ve gayret nedeniyle emeklerinin, uzmanlıklarının karşılığı olarak kendilerine belli bir tutarın ödenmesi; hakemlik faaliyetinin yargılama süresince tarafsız ve bağımsız kalmayı; yargılamanın da süratle ve verimli biçimde tamamlanmasını gerektirmesidir²⁰. Taraf-hakemlerinin, tek hakemin ya da hakem heyeti başkanın seçimi

¹⁸ *MMTC Limited (India) v Sterlite Industries Ltd. (India)*, XXII YBCA 1997, s. 273; 8(1) ICC Bulletin 1997, s. 39.

¹⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 231.

²⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 232.

esnasında, özellikle hakemlerle taraflar arasında yapılacak görüşmelerin kapsam, içerik, sıklık ve gereklilik yönlerinden değerlendirilmesi; bu esnada uygulanmakta olan ve tarafların uymakla yükümlü oldukları kuralların ne olduğu, tezimizin sınırlarını aşmaktadır²¹. Ne var ki hakemlerin taşınması gereken özellikler yönünden öne çıkan unsur, hakemlerin ve fakat her şekilde hakem heyeti başkanının, yargılamaya egemen olacak kişi olması nedeniyle tahkim hukukuna vakıf olmasıdır (DIS Rules §2/II)²².

Tarafların, hakemlerin taşınmalarını istedikleri özellikler bakımından, başta tahkim anlaşmasında olmak üzere kimi belirlemeler yapmaları veya hakemlerde bulunması gereken özelliklerin zaten taraflarca seçilen tahkim kurallarında yahut tahkime uygulanacak hukukta bulunması mümkündür²³. Böyle bir anlaşmanın varlığına rağmen, anlaşmaya aykırı olarak ilgili vasıfları taşımayan hakemin seçimi hâlinde, diğer taraf, öncelikle söz konusu hakeme ve hatta hakem heyetinin usulüne uygun teşekkül etmemiş olması nedeniyle verilen hükme karşı koyabilecektir (MTK m. 7/C/II; 15/A/II, 1, b). Hakemleri atayacak olanların, hakemlerde aranan özellikler yönünden, taraflar arasındaki anlaşmayı dikkate almaları gerektiği açıktır (MTK m. 7/B/III)²⁴. Ne var ki bu hâlde, ilgili makamın, hakem seçimiyle ilgili kurallar kapsamında, üzerine düşeni yapmamış olan tarafın *tek yanlı* taleplerine de uygun davranmak zorunda olup olmadığı, aydınlatılması gereken bir sorundur. Bir başka ifadeyle; söz konusu taleplerin dikkate alınmaması hâlinde, hakem heyetinin usulüne uygun şekilde teşekkül etmediğinden bahsetmek mümkün müdür²⁵? Aynı sonuç, daha önce, hakemlerin belirlenmesi esnasında, karşılıklı görüşmeler sırasında, tarafların üzerinde anlaşamadıkları bir kimsenin, bu sefer atama makamınca hakem olarak tayini hâlinde de geçerli midir? Bu son ihtimalde, atama makamı, kendisince söz konusu uyuşmazlığın çözümü için en uygun olan hakemi, sadece daha önce tarafların birisince tasvip görmediği gerekçesiyle atayamamak gibi bir durumla karşılaşmaktadır. Bu hâldeki kimselerin, hakem olarak atanamaması şeklinde bir kural, geçerli olmamakla birlikte; başkaca uygun adayların bulunması hâlinde, böyle bir atamadan da kaçınılması, mümkündür. Zira aksi yöndeki bir seçim, taraflar arasındaki işbirliği yönünden

²¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 232 vd; BISHOP/REED, s. 407 vd.

²² Tek hakemin veya başkanın, tahkim yargılamasını, usulüne uygun bir biçimde, herhangi bir haksız gecikmeye neden olmadan ve fakat tarafların adil yargılanma haklarını da zedelemeyen; ileride karardan tatmin olmayan tarafın hükmün icrasına/tenfzine, *tahkime yönelik kimi usulî itirazlar nedeniyle* engel olmasına da sebebiyet vermeden yürütmesi ve tamamlaması beklenir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 234). Ayrıca bkz. KAPLAN, *Hakemlerin Seçilmesi*, s. 479, 480.

²³ SANDERS, *Quo Vadis*, s. 229, 230.

²⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 244.

²⁵ Alman taraf, verilen kararın tenfzine, kendi hakemini seçmemiş olmasının ardından, Moskova Ticaret Odası Başkanı'nca atanan hakemin, *aksi yöndeki taleplerine rağmen* Almanca bilmemesi nedeniyle karşı çıkmış ve fakat bu itiraz, mahkemece reddedilmiştir (KRÖL, *Schiedsrecht*, s. 1177). Ayrıca bkz. ŞANLI, s. 247.

ciddi kimi engeller yaratabilecek; hakemlerle ilgili, mahkemeler önünde yeni çekişme ve yargılamaların yaşanmasına yol açabilecektir (*karş. MTK m. 7/B/III*)²⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, hakemlerin atanması sırasında, Asliye Hukuk Mahkemesinin “...*gerektiğinde tarafları dinledikten sonra...*” vereceği kararın kesin olduğunu düzenlemiştir (**MTK m. 7/B/IV**)²⁷. Hükümde, mahkemenin hakem seçimini, üzerine düşeni yerine getirmeyen tarafın yokluğunda mı yoksa sadece duruşma yapmaksızın mı karar vereceği konusunda, bir açıklık bulunmamaktadır. Verilen kararın *kesin* olması şeklindeki özelliğin bizlere bir ipucu olması mümkündür. Dahası, özellikle Alman hukukundaki, bu ve benzeri durumlarda, *duruşma* açılmamakla birlikte, her hâlde diğer tarafın hukuki dinlenme hakkının korunacağı şeklindeki düzenlemeden hareketle (ZPO §1063/I) bizler için de burada, mahkemenin *duruşma açıp açmamak konusunda*, takdir hakkının bulunduğunu ve fakat her hâlükârda, *her iki tarafı da* beyan ve itirazlarını sunma imkânı tanıyacağını kabul etmek gerekir. Mahkemece verilen kararın kesin olması; dinlenmeyen, yokluğunda karar verilen tarafa, sonradan bir itiraz/karşı koyma imkânının da sunulmaması, vardığımız bu sonucu destekler niteliktedir (Model Kanun m. 11/V; ZPO §1063/I, 1065/I). Şu hâlde, Kanun’un 7/B/III. maddesi hükmüne göre mahkeme, duruşma açıp açmamak konusunda takdir hakkı sahibi olmakla birlikte (HUMK m. 507/I, b.2), her iki tarafın, özellikle hakemini seçmek konusunda üzerine düşeni yapmayan tarafın da hukuki dinlenme hakkı korunacaktır. *Kanımızca da* mahkemenin üzerine düşenlerini yerine getirmeyen tarafın beyan veya tercihleri ile *bağlı* olması mümkün değildir. Zaten mahkemenin, sadece tarafların *anlaşmalarıyla* bağlı olduğu düzenlenmiştir (**MTK m. 7/B/III**). Hükümün lâfzen de aşılması pahasına, tarafın tek yanlı talep ve beyanlarıyla bağlı kalmak, tahkim anlaşmasına göre üzerine düşenleri yerine getirmeyen tarafın ödüllendirilmesi; diğer tarafın ise edimini yerine getirmeyenin tek taraflı istek ve arzularına, bu sefer mahkeme aracılığıyla mahkûm edilmesi, demektir. Ne var ki bütün bunlar, hakemini seçmeyen tarafın varsa son derece haklı beyan ve açıklamaları ile meşru menfaatlerinin özellikle de *her iki tarafın ve tahkimin çıkarına olan hususların*, mahkemelerce gözetilmeyeceği anlamına da gelmemelidir²⁸.

²⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 236.

²⁷ Yerli tahkim için *karş. POSTACIOĞLU*, s. 793; **TAŞKIN**, *Hakem Sözleşmesi*, s. 130, 131; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 654; HGK, 19.93.2003, 15-142/182, (Man BD 2004/4, s. 98, 99).

²⁸ HGK, 19.93.2003, 15-142/182, (Man BD 2004/4, s. 97) sayılı karardaki karşı oy yazısında, şu hususlar belirtilmiştir: “...Yargıtay uygulaması ile bu tür davanın ancak duruşmalı olarak görülebileceği belirlenmiş olmasına göre, *duruşmaya gelen davalının bu yönde bir savunma ve dolayısıyla mahkemece seçilecek hakem konusunda, bir irade açıklamasında bulunabileceğinin kabulü zorunludur. Aksi hâlde, bu tür davanın duruşmalı olarak yapılması gereğinin bir anlamı kalmayacaktır. ... davalı tarafın bir hakem ismi bildirme konusunda bir önerisinin olabileceğinin ve mahkemece de bu önerinin yasaya ve tahkim sözleşmesi hükümlerine aykırı bir nitelik taşımadıkça dikkate alınması ve bu kişinin mahkemece hakem olarak atanması menfaatler dengesine*

İrade serbestîsi, hakemlerin seçiminde de ana unsurdur. UNCITRAL Model Kanunu madde 11/II'de ve pek çok millî düzenlemede, (1996 AA §16/I; ZPO §1035/I; NCPC Art. 1493; Hollanda CCP Art 1027/I; *ayrıca bkz.* 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IV, 1; **MTK m. 7/B/I**) tarafların, hakemin seçimi veya hakem heyetinin nasıl oluşturulacağı konusunda, tam bir serbestîye sahip oldukları düzenlenmektedir. Bu hâlde, tarafların anılan özgürlüğü, *ya* meselenin ayrıca tahkim kaydında düzenlemesi yoluyla doğrudan *ya da* dolaylı bir şekilde, kararlaştırılmış tahkim kuralları vasıtasıyla kullanması, mümkündür. Bunun yanı sıra, pek çok millî tahkim kanununda da hükümler bulunmakta olup söz konusu düzenlemeler, tarafların aksi yönde bir seçiminin olmaması veya *kararlaştırdıkları usulün kullanılmaması* hâlinde, uygulanmak üzere hazır beklemektedirler (Model Kanun m. 11/III, IV; **MTK m. 7/B/I, II**)²⁹.

Tarafların rolü konusunda, özellikle kurumsal tahkimde, öne çıkan husus, tarafların bu durumda, sadece *aday* göstermekte oldukları; *atamanın* ise tahkim kurumunca yapıldığıdır. Gerçi çoğu zaman, söz konusu aday teklifine itibar edilecek olmasına karşın, bu bir zorunluluk da değildir (LCIA Rules Art. 7/I; ICC Rules Art. 8/III, IV, 9/I)³⁰. Bu durum, özellikle *taraf-hakemlerinin* atanması, tasdik ve tayini esnasında, gündeme gelmektedir. Tahkim kurumunca

uygun düşecektir...Taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözecek hakem mahkemesinin teşkilinde asıl amaç, Anayasa'nın temel ilkelerinden biri olan adil yargılanma hakkının sağlanmasıdır... HUMK'un 520 nci maddesinde veya tahkim sözleşmesinde belirlenen sürede hakemini seçmeye tarafın bu nedenle uğrayacağı müeyyide, bu davanın yargılama giderlerinden sorumlu tutulması olmalıdır...". *Ayrıca bkz.* 15.HD. 25.11.1994, 2509/7055 (**ERTEKİN/KARATAŞ**, s. 175). *Karşı oy yazısı, özellikle hakemini seçmeyen tarafın da hukuki dinlenilme hakkının korunması konusundaki, hassasiyeti dile getirmektedir. Kanımızca*, hakemini süresinde seçmeyen tarafın maruz kalacağı yaptırım, sadece yargılama giderleri değil; ancak tarafın tek yanlı tercihlerinin de artık mahkemenin takdirinde olması; diğer yanı kendiliğinden bağlayamamasıdır. Ancak bu durum, hiçbir şekilde, aynı tarafın, *kendisi adına seçilecek hakemin*, anılan yargılama için ne derece uygun düşüp düşmediği konusunda, hiçbir etki ve katkısının olmayacağı; dinlenmeyeceği anlamına gelmemelidir. Mahkemece hakem atanması, şu hâliyle ve özellikle de MTK'nın mehzazlarından olan farkları nedeniyle mekanik bir işlem olmanın çok ötesindedir. Kanunumuz yönünden, atanması gündeme gelen hakem adayına yönelik, tarafın karşı çıkma-veto etmek hakkı varken bunu yapmaması hâlinde, sonradan aynı hakemin reddine gidip gidemeyeceği (**MTK m. 7/B/IV; 7/D/II; karşı.** Model Kanun m. 12/II) yanıtlanmamış bir soru; düzenlenmemiş bir mesele olmaktadır. Bu son meseleyle ilgili olarak her iki yönde de düşünmek, mümkündür. Ayrıca kanunumuzda, Model Kanun m. 16/II'den farklı olarak, hakemin atanması faaliyetine katılan tarafın, *aynı hakem veya hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığı konusunda, itiraz etme/karşı koyma hakkından feragat etmediği*, düzenlenmemiştir. Tanınan hukuki dinlenilme hakkına rağmen, tahkim anlaşmasının geçersizliği konusunda herhangi bir itirazda bulunmayan tarafın, ileride tahkim yargılamasında, hakemlerin yargı yetkisine karşı koyup koyamayacağı; bu hakkından, *açık düzenleme olmaması nedeniyle* vazgeçmiş sayılmasının mümkün olup olmayacağı, hâlâ tartışmalıdır.

²⁹ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 267. Hakemlerin seçimi hakkında, herhangi bir kayıt içermeyen tahkim anlaşmaları, kimi zaman, özellikle iç/yerli tahkimde, geçersiz kabul edilebilmiştir. Bu durum, milletlerarası tahkim için de geçerli değildir (*karş.* NCPC Art. 1443) (*Corte di appello* Genoa, *Della Sanara Kustvaart-Bevrachting & Overslagbedriff BV v Fallimento Cap Giovanni Coppola srl*, XVII YBCA 1992, s. 542). *Ayrıca bkz.* **KAPLAN**, *Hakemlerin Seçilmesi*, s. 482 vd; **DEREN-YILDIRIM**, s. 59.

³⁰ **DERAINS/SCHWARTZ**, s. 143 vd. *Ayrıca bkz* **ŞİT**, s. 47 vd. *Karş.* 11. HD. 07.07.1981, 2726/3508, (YKD, 1981/11, s. 1449, 1450).

öncelikle göz önünde tutulan husus, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığıdır. Aksi hâlde zarar göreceklein başında, kurumun itibarı gelmektedir³¹.

Hakem veya hakemlerin belirlenmesi esnasında, tarafların herhangi bir anlaşmaya varamaması hâlinde, *atama makamları*, önemli bir işlevi yerine getirmektedirler (örneğin *ad hoc* tahkimler için bkz. UNCITRAL Rules Art. 6/II, 7/II, b). Bu hâlde, *düzenlenmiş ise öngörülen sürede*, tarafların bir uzlaşmaya varamaması veya özellikle tahkimin diğer tarafının böyle bir gayret ve işbirliği içinde olmaması hâlinde, *ilgili atama makamı*, hakemlerin seçilememesi nedeniyle tüm tahkimi olumsuz yönde ve ciddi bir biçimde etkilenmekten gereken hakem veya hakemleri atayarak kurtarmaktadır. Bu noktada tarafların, özellikle atama makamı olarak belirledikleri kurumun böyle bir işlevi yerine getirip getirmediğini veya hangi şartlar dâhilinde yerine getirdiğini önceden araştırmaları, yerinde olur. Aksi hâlde, yani üzerinde anlaşılan atama makamının böyle bir işlevi yerine getir(e)memesi hâlinde, tarafların *ya* hakemlerini yine kendilerinin belirlemesi *ya* yeni bir atama makamı üzerinde uzlaşmaları *veya lex arbitri* elverdiği ölçüde, mahkemeye başvurmaları gerekir (**MTK m. 7/B/II**)³².

Taraflar arasında, hakemlerin seçimi konusunda, bir anlaşma olmaması veya var olan anlaşmanın gereğinin yerine getirilememesi hâlinde (Model Kanun m. 11/III-IV, *özellikle bkz. a, c*), pek çok millî kanun (PIL Art. 179; ZPO §1035/IV; NCPC Art 1493/II; **MTK m. 7/B/II**), yedek hukuk kuralı olarak, hakemlerin seçimi konusunda, düzenlemeler getirmiş ve bu hâlde, mahkemelere başvuruyu mümkün kılmıştır³³.

³¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 238.

³² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 239-241.

³³ Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği; tek hakemin taraflarca birlikte seçileceği; ancak 30 gün içinde bir sonuç alınamaması hâlinde, Ankara mahkemelerinin yetkili olacağı şeklindeki bir tahkim kaydını içeren uyuşmazlıkta Yargıtay, öngörülen sürede hakemin seçilememiş olması nedeniyle tahkim şartının geçersiz kaldığı sonucuna ulaşmış; hakem tayini yoluna gitmemiştir (15 HD. 17.12.1987, 3643/4505, **KOSTAKOĞLU**, s. 235, 236). Karar, öncelikle tahkim anlaşması yanında *ve özellikle tahkim anlaşmasının geçersiz kaldığı durumlarda*, yetkili mahkemenin de taraflar arasında kararlaştırılabilmesine imkân tanınması nedeniyle önemlidir. Bu hâlde teknik anlamda, *ne* bir seçim yetkisi *ne de* yargı yolları arasında bir kademelendirme söz konusu olmakla birlikte, tahkimin sonuçsuz kalması durumlarında, yetkili mahkemenin seçimine imkân verilmeli; böyle bir kayıt da başlı başına tahkim anlaşmasını geçersiz kılmamalıdır. Öte yandan karara konu olay, özellikle MTK'nın 7/B/II, b.2 hükmünün önemini ortaya koymaktadır. Yerli tahkimlerle ilgili benzer bir düzenlemeye gidilmemiş olması, hakem seçimi konusunda mahkemenin rolünü, *sadece taraflar arasında hiçbir anlaşmasının olmaması durumuyla* sınırlandırmıştır (15. HD. 13.3.1985, 1984-2851/846, 15. HD. 7.11.1984, 1639/3389, **KOSTAKOĞLU**, s. 237-239). Oysa tıpkı olayda olduğu gibi, kararlaştırılan usulün işletilememesi nedeniyle tahkim anlaşmasını geçersiz saymak yerine, mahkemenin yardımıyla tahkimin hayat bulmasını sağlamak, en azından milletlerarası tahkimde, tercih edilen ve kabul gören bir anlayıştır. Aksi düşüncenin kabulü, saf tahkim iradesinin, taraflardan birinin *hakem seçimine yanaşmaması şeklindeki* tek yanlı eylemine kurban etmek anlamına gelir. Yerli tahkimle ilgili olarak ayrıca bkz. **ERTEKİN/KARATAŞ**, s. 154, 163; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 954; **KURU**, s. 6009-6013; **ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM**, s. 622-624.

Çok özel bir düzenleme olan İsviçre PIL Art. 179/III'e göre **mahkemeler**³⁴, taraflarca seçilmesi hâlinde, **âdeta bir atama makamı olarak**³⁵ görev yapmakla **yükümlüdürler**³⁶. PIL Art. 179/III hükmü özelliğini, daha ziyade henüz tahkim yeri belirlenmemiş *ad hoc* tahkimlerde gösterir. Şöyle ki, PIL Art. 179/I, II hükmüne göre mahkemelerin bu aşamadaki yardımı, ancak tahkimin PIL Art. 176/I hükmüne tabi olması, yani tahkim yerinin İsviçre'de olması hâlinde mümkündür. Oysa böyle bir durum, kimi zaman ve özellikle de *ad hoc* tahkimler için gerçekleşmeyebilmektedir. PIL Art. 179/III hükmü, bu esnada yürürlük kazanmakta ve taraflara, tahkim yerinden bağımsız olarak, âdeta atama makamı belirlercesine, İsviçre mahkemelerini seçme imkânı vermektedir. Anılan özellik, aslında mahkemenin bu esnada göreceği işlevin sınırlarını da çizmektedir³⁷.

Milletlerarası tahkimde, mahkemelere bir atama makamı olarak taraflarca iltifat edilmesi, mahkemelerin meseleye olan uzaklıkları ve içinde buldukları tecrübesizlik nedeniyle olağan bir durum değildir. Bu nedenle sözü edilen hükme benzer bir kurala, pek rastlanmamakla birlikte, öğretide mahkemelerin, (tarafların seçimi üzerine) bir **atama makamı** olarak görev yapmak konusunda, genel bir takdir haklarının bulunduğu düşünülmektedir. Öğretide, mahkemenin, atama makamı olarak görev yapmayı reddetmesi hâlinde dahi bu sefer kendisine, tahkime uygulanacak hukuk nedeniyle müracaat edilecekse baştan olumsuz bir tutum sergilemenin tutarlı bir yanının olmadığı, ileri sürülmektedir³⁸.

³⁴ Bu durumda, PIL Art. 179/II'den farklı olarak herhangi bir Federal yahut Kantonal hukuka gönderme yapılmış değildir; mahkeme, kendi Kantonal usul hukuku ile de bağlı değildir (**PETER W/LEGLER T.**, Art. 179, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000, s. 363).

³⁵ Mahkemenin izleyeceği *acele muhakeme* ve sonuçta tahkim anlaşmasının *prima facie* geçerliliğiyle yetinecek olması, bir keyfilik olarak görülmemelidir (*karş.* Hollanda CCP Art. 1027/IV). Hâkimin tahkim anlaşmasının *varlığı* konusunda kanaat sahibi olması yeterlidir; söz konusu anlaşmanın *geçerliliğinin* ve *kapsamının tam olarak* tespiti şart değildir. Tahkim anlaşmasının *varlığı*, kanun tarafından esas kabul edildiğinden, ispat yükünü davalı taşımaktadır. Mahkemece verilecek kararın, *tartışmalı olmakla birlikte*, ancak anayasa şikâyeti yoluyla denetlenmesi mümkün görülmüştür ki bu noktada, keyfilik, tek denetim ölçüsüdür (**PETER/LEGLER**, s. 372, 373). *Karş.* BGE 118 Ia 20.

³⁶ Mahkemece, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının *prima facie* bulunduğunun tespit edilmesi hâlinde, ayrıca uyuşmazlığın İsviçre'yle bir ilgisinin bulunup bulunmadığı araştırılmaksızın, sanki bir atama makamı gibi görev yapılacaktır. Bir görüşe göre hâkim, bu esnada, *hâkim sıfatıyla* da hareket etmemektedir (*nobile officium*) (RGZ 53, 1, 3; **FREEDBERG-SWARTZBURG**, s. 85). Atanan hakemin PIL Art. 180'e göre reddi ya da hakem kararının PIL Art. 190/II, a'ya göre iptali (BGE 115 II 294. *Karş.* BGE 118 Ia 20) söz konusu olabilir (**BUCHER/TSCHANZ**, s. 59, 60). *Aynı yönde bkz.* **BRINER**, *Switzerland*, s. 18; **GAILLARD**, *Court Decisions*, s. 66. *Ayrıca bkz.* **HENN**, s. 129.

³⁷ **PETER/LEGLER**, s. 363.

³⁸ **KRÖLL**, s. 1178; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 242; 15. HD. 11.7.1991, 3329/3693, (**ERTEKİN/KARATAŞ**, s. 160, 161). *Karş.* 15. HD. 29.05.1986, 1969/2192 (YKD 1986/10, s. 1518, 1519).

Türk hukukunda ise hâkimlerin, kanunda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamayacakları dikkate alındığında (AY m. 140/V)³⁹, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi olmayan tahkim yargılamaları yönünden bu şekilde, birer atama olarak hareket etmeleri mümkün gözükmemektedir. *Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi olanlar için ise yine kanunda, mahkemelere böyle bir işlev yüklenmiş değildir*⁴⁰. Ancak bu, tarafların, hakem veya hakemlerin seçimi konusunda, *yer itibarıyla yetkili mahkemeyi belirlemelerinin mümkün olmadığı anlamına gelmemelidir*. Zira Kanun'un 7/B/I, b. 2, 3, 4 maddesi hükümlerine dayalı olarak hareket edecek mahkeme, yine aynı Kanun'un 3/I. maddesine göre belirlenecek olup söz konusu düzenleme de kesin yetkiyi içermediğine göre, tarafların yetkili mahkemenin belirlenmesi konusundaki tasarruflarına da itibar etmek gerekir⁴¹.

Mahkemelerin milletlerarası tahkim sürecine, hakemlerin tayini noktasında dâhil olmaları hâlinde, hiç şüphesiz ki, gündeme gelen ilk soru, hangi ülke mahkemesinin bu hâlde, milletlerarası yetkiye sahip olacağıdır. Millî tahkim kanunları, *kendi mahkemelerinin tahkime bu şekilde destek olmaları yönünden* bulunması gereken şartları ayrıca düzenleyebilmektedirler. Sıklıkla kullanılan şart, *ya tahkim yerinin ilgili ülkede olması* (ZPO §1025/I; 1996 AA §2, 105; *kısmen MTK m. 1/II*) veya tahkimin (*usulünün*) ilgili ülke hukukuna tabi bulunmasıdır (NCPC Art. 1493/II; *kısmen MTK m. 1/II*)⁴². Kimi zaman da örneğin Alman hukukunda olduğu gibi (ZPO §1025/III, 1062), *tahkim yerinin henüz belli olmadığı tahkimler bakımından (mülklik ilkesinin bir istisnası gibi)*, davacı ya da davalının Almanya içerisinde olağan yerleşim yeri veya iş yerine sahip olmaları hâlinde Alman mahkemelerinin hakemlerin seçimi ve reddi konusunda, yetkili oldukları düzenlenebilmektedir (Hollanda CCP Art. 1073/II; *karş. MTK m. 1/III*). Model Kanun ve ülkemiz hukuku yönünden, burada bir düzenleme boşluğu bulunmaktadır.

Paris İstinaf Mahkemesi, son derece istisnai bir olay olan *National Iran Oil Company (NIOC) v. State of Israel* davasında, her ne kadar kanunda öngörülen şartlar karşılanmamış ise de (NCPC Art. 1493/II) âdeta Fransa ile ilgili bir irtibat noktası *yaratmak* yoluyla hakemi atamıştır⁴³. Taraflar arasındaki boru hattı inşaatı sözleşmesinde yer alan *ad hoc* tahkim kaydına göre, her bir taraf, kendi hakemini atayacak, bu kimseler de başhakemi

³⁹ 15. HD. 7.11.1984, 1639/3389, (KOSTAKOĞLU, s. 238, 239); 15. HD. 13.3.1985, 1984-2851/846, (KOSTAKOĞLU, s. 236, 237).

⁴⁰ AKINCI, s. 103.

⁴¹ 15. HD. 11.7.1991, 3329/3693, (ERTEKİN /KARATAŞ, s. 160, 161). *Karş.* 15. HD. 29.05.1986, 1969/2192 (YKD 1986/10, s. 1518, 1519)

⁴² KESSEDJIAN, s. 5.

⁴³ PINSOLE P., Court Appointed Arbitrator: French Court Expands Jurisdiction to Avoid Denial of Juctise, 17(6) Mealey's IAR 2002, s. 35-37.

belirleyecekler; anlaşamamaları hâlinde ise atama, ICC Başkanı tarafından yapılacaktır. Tahkim yeri kararlaştırılmış değildir. 1996 yılında, İsrail'in kendi hakemini seçmemesi üzerine Paris İstinaf mahkemesi, *taraf-hakeminin* atanmasına ilişkin talebi, NCPC Art. 1493/II'nin şartlarını taşımadığından reddetmiştir. İran, düşman ülke olarak kabul edildiğinden, İsrail mahkemelerine başvuramamışsa da, Paris İstinaf Mahkemesi, yapılan ikinci başvuruyu kabul etmiş; üçüncü hakemin ICC Başkanı tarafından *gereğinde* atanabilecek olmasını, Fransa ile kurulması gerekli irtibat noktası olarak yeterli görmüştür⁴⁴. Aslında mahkeme, Fransız mahkemelerinin milletlerarası bir meseleyle ilgili olarak ve yine milletlerarası tahkimin lehine, yargı yetkisi genişletmiştir. Bunu yaparken, hakemini atamayan tarafın, sadece üstlendiği bir yükümlülüğü yerine getirmekten haksız yere kaçındığını tespit etmekle kalmamış, ama aynı zamanda geçerliliğinde tereddüt duyulmayan tahkim anlaşmasına işlerlik kazandırarak adaletin tecellisini sağlamış, bunun inkârına (*denial of justice*) mâni olmuştur. İşin ilginç yanı mahkeme, başhakemin atanmasıyla ilgili usulün zımnen de olsa tahkim yerinin Fransa içinde olacağı anlamına geleceği şeklinde bir yorumu da reddetmiştir. Dahası, taraflar arasında, tahkimin Fransız hukukuna tabi olacağı konusunda herhangi bir anlaşma da bulunmamaktadır. Şu hâlde, lâfzen NCPC Art. 1493/II'nin işlerlik kazanması mümkün değildir. Ancak salt, baş-hakemin seçimiyle ilgili olarak Fransa'yla kurulan bu basit irtibatı yeterli gören mahkeme, tahkim anlaşmasının da geçersiz olmamasından güç alarak "...tahkim anlaşmasının tarafının uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek konusunda, kamu düzeniyle ilgili ve bu nitelikte bir hakka sahip..." olduğu; mahkemelerin de anılan hakkı garanti edecek ve ona işlerlik kazandıracak uygulamalardan kaçınamayacağı sonucuna ulaşmıştır⁴⁵. Mahkeme, bir adım daha ileri giderek bunun *truly transnational rule of public policy* olduğuna da hükmetmiştir. Kısacası, anılan vasıflandırmanın ardından, artık Fransız mahkemelerinin NCPC Art. 1493/II'ye rağmen milletlerarası yargı yetkilerini genişletmek hiç de zor değildir⁴⁶.

IV- Hakemlerin Belirlenmesinde İzlenecek Usul

Tek hakemin *seçimi* konusunda öne çıkan husus, öncelikle böyle bir seçimin tarafların uzlaşmasıyla olabileceğidir. Bu ilke, tahkim kurallarınca ve millî hukuklarca da benimsenmiştir (ICC Rules Art. 8/III; DIS Rules §14; Model Kanun m. 11/III, b; 1996 AA §16/III; ZPO §1035/III; **MTK m. 7/B/I, b. 2**). Kimi tahkim kurallarında düzenlendiği gibi,

⁴⁴ Cour d'appel Paris, 29 March 2001, *National Iran Oil Company (NIOC) v State of Isreal*, 17(6) Mealey's IAR B-1, 2002.

⁴⁵ **PINSOLE**, *Arbitrator*, s. 37, 38. Aynı yönde bkz. **GAILLARD**, *Court Decisions*, s. 71.

⁴⁶ **PINSOLE**, *Arbitrator*, s. 37, 38.

gündeme gelen diğer bir durum, *öngörülen sürede*, tarafların bir anlaşmaya varamaması hâlinde, söz konusu *atamanın* ilgili tahkim kurumunca yerine getirilmesidir. Süre belirlemesi (*karş. MTK m. 7/B/I, b.2*), tarafların tahkimi sürüncemede bırakma, geciktirme yönündeki kimi iyiniyetli olmayan tutumlarına karşı, oldukça önemli bir silahtır. Gerçi, örneğin ICC Rules Art. 8/III’de öngörülen sürenin Divan tarafından veya tarafların anlaşmasıyla uzatılması yanında, sürenin sona ermesine rağmen taraflarca *ortak* bir seçimde buluşulması da, mümkündür. Ne var ki, sürenin sona ermesi ile birlikte diğer taraf, *artık sürenin sona ermesine bağlanan sonuçların gerçekleşmesini* de ilgili makamdan isteme hakkına sahiptir⁴⁷.

Tahkim kurallarında olduğu gibi millî kanunlarda da benzer hükümlere rastlanmaktadır (Model Kanun m. 11/III, b; ZPO §1035/III; **MTK m. 7/B/I, b.2**). Ne var ki ilgili hükümde, şayet, herhangi bir süre sınırlaması getirilmemişse taraflardan birinin, talebinin diğer tarafça kabul görmemesi üzerine, *herhangi bir uzlaşma/anlaşma çabası göstermeksizin derhâl* mahkemeye müracaat edip edemeyeceği sorunu gündeme gelmektedir (*ayrıca bkz. Tasarı m. 420/I, b*). Süre içeren hükümler bakımından (1996 AA §16/III; 18/III, *d*) ise tek hakemin seçiminde, ancak sürenin sona ermesiyle birlikte artık, herhangi bir anlaşma çabasının gösterilmesi gerekmez⁴⁸. Milletlerarası Tahkim Kanunu dikkate alındığında, tek hakemin seçimi konusunda, mahkemeye müracaat, ancak tarafların anlaşamaması hâlinde mümkündür (**MTK m. 7/B/I, b.2**). Belli bir süre sınırlaması, getirilmemiştir. Bu durumda, tarafların tek hakemin seçimi konusunda *anlaşamamış olmaları* vakiasının, mahkeme önünde, atamanın yapılmasından önce, çekişmeli hâle gelmesi, mümkündür. Böyle bir vakianın nasıl ispatlanmasının gerektiği hususu bir yana, hangi hâllerde anlaşmaya varılamamış sayılacağına ilişkin somut kriterlerin bulunmaması, mahkemelerin bu konuda, kanun hükmünün hiçe sayılması pahasına, herhangi bir tahkikata girmeksizin, derhâl hakemi atamalarına yol açabilecektir.

Üç kişilik hakem heyetleri ise genelde, iki *taraf-hakemi* –taraflarca seçilmiş hakem- ve bir de *başkandan* oluşur (**MTK m. 7/B/I, b.3**; ZPO §1035/III; *karş.* Hollanda CCP Art. 1027/I). Bu yaklaşım, genelde tüm düzenlemelerde yer almakla birlikte; farklılık, özellikle başhakemin seçimi konusunda yaşanmaktadır⁴⁹. Kurumsal tahkimde, oluşacak hakem heyeti bakımından yaşanan durum, tarafların kendi taraf-hakemleri için ancak *aday* gösterebilmeleri;

⁴⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 244-245.

⁴⁸ MERKIN, s. 51; *Villa Denizcilik Sanayi ve Ticaret AS v. Longen SA*, [1998] 1 Lloyd’s Rep. 195. *Ayrıca bkz. BROCHES, Commentary, s. 57; BERGER, s. 214; GRANZOW, s. 103; CALAVROS, s. 64; HUSSLEIN-STICH, s. 61.*

⁴⁹ Hollanda hukuku yönünden hakemler, tıpkı bir yargıç gibi tarafsız ve bağımsız değil; daha ziyade, tarafların vekili olarak görülürler. Bu nedenle de *tüm* hakemlerin, tarafların ortak iradesi sonucunda seçilmesi düzenlenmiştir (Hollanda CCP Art. 1027/I, II) (**BERGER, s. 212; FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 84**).

tarafın *adayını* belirlememesi hâlinde ise *atamanın* ilgili kurumca, onun için yapılacak olmasıdır (ICC Rules Art. 8/IV, 9)⁵⁰.

Özellikle, millî hukukların uygulanacağı durumlarda, (varsa) öngörülen sürenin sona ermesine rağmen (MTK m. 7/B/I, b.3)⁵¹ tarafın kendi hakemini seçmemiş olması hâlinde⁵², diğer taraf, (ya kararlaştırılmış atama makamına ya da) mahkemeye başvuracaktır⁵³. **Süresi içinde hakemini seçmemiş tarafın, sürenin geçmesinin ardından kendi hakemini seçebilmesi, ancak diğer tarafın buna rıza göstermesine bağlıdır. Zira sürenin geçmesi ile birlikte, âdeta diğer taraf lehine olarak hakemin seçimi sırası, (ilgili atama makamına veya) mahkemeye geçmekte; taraf, hakemini seçme hakkını kaybetmektedir**⁵⁴.

⁵⁰ Yapılacak atamanın niteliği, tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmesine mânidir (PETER/LEGLER, s. 366). *Aday gösterme sürecinde*, tarafların yapacağı itirazlar ve ilgili kurumun gerçekleştireceği denetim (ICC Rules Art. 9/I), böyle bir sürecin doğal sonuçlarıdır (ICC Rules Art. 7/IV). *Ayrıntısı için bkz. CALVO*, s. 70, 71; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 249.

⁵¹ Yerli tahkimde HUMK m. 520'de öngörülen 7 günlük sürenin uzatılabileceği; ancak kısaltılmayacağı, savunulmuştur (TAŞKIN, *Hakem Sözleşmesi*, s. 86, 87; HGK, 19.93.2003, 15-142/182, (Man BD 2004/4, s. 98). *Ayrıca bkz. DAYINLARLI*, s. 46). Aksi kararlaştırılabilen hükümde, sürenin uzatılabileceğini ve fakat kısaltılmayacağını savunmak için ayrıca özel nedenlerin bulunması gerekir. Gerçi, 7 günden daha kısa bir sürenin, hakem seçimi konusunda tarafı, *hayli güç ve hakkı kullanamayacak bir konuma soktuğu* nedenleriyle geçersiz kılınması mümkünse de başlangıçta, sürenin kısaltılmayacağından bahsetmek mümkün olmasa gerek. Milletlerarası tahkimde ise üç hakemin seçimi hâlinde geçerli olan 30 günlük sürenin kısaltılmayacağından bahsetmek, kanımızca mümkün değildir. Tarafların hakem seçimi konusunda, kanundaki tüm hükümlerin aksini kararlaştırdığı bir yerde (MTK m. 7/B/I), sadece *süre üzerinde*, tasarruf edebilmeleri ve onu da *tarafın diğer yan üzerinde haksız bir üstünlük elde etmediği; yahut aynı tarafı, hakkı kullanamama noktasına getirmediği ölçüde* kısaltabilmeleri, mümkün olmalıdır.

⁵² Hakem seçimine ilişkin irade beyanının *yazılı* olarak yapılması gerektiği şeklindeki görüşü için bkz. **AKINCI**, s. 101.

⁵³ Tarafların, süresi içinde, hakemlerini seçmek konusundaki yükümlülüklerinin gereğini yerine getirip getirmediği, bir başka sorunu gündeme getirmektedir: Kararlaştırılan sürede, tarafın seçtiği hakeme ulaşması ve onun da olurlu alması gerekmektedir? *Concordat* Art. 14 yahut NCPC Art. 1452, hakemin görevi kabul etmesini şart koşmaktadır. Hakem görevi kabul etmezse *tarafın yapmış olduğu seçimin geçerli olduğundan bahsetmek mümkün değildir*. Tarafın anılan seçimi, belli bir süre içinde gerçekleştirmesi gerektiğine göre, salt seçtiği, daha doğru bir ifadeyle; hakemi olarak görmek istediği kimseyi karşı tarafa bildirmesini, geçerli bir – *hakem-* seçim(i) olarak kabul etmemek gerek. Zira henüz, *aday* tarafından **hakemlik görevinin** kabul edilip edilmediği, eş deyişle o kimsenin *hakem sıfatını* taşıyıp taşımadığı belli değildir. Zaten İngiliz *Court of Appeal, Tradax Export SA v. Volkswagenwerk AG* davasında, hakemin kuvvetle muhtemel görevi kabul edeceğini düşünmenin yeterli olmadığını; kendisine ulaşılması ve hatta olumlu yöndeki görüşünün de alınması gerektiği sonucuna varmıştır (*Karar metni ve değerlendirmesi için bkz. MADL*, s. 108). *Ayrıca bkz. FOUCHARD /GAILLARD/GOLDMAN*, s. 530-532.

⁵⁴ BayObLG, 57 BB 15/2002, 753. **BERGER**, s. 213; **YEĞENGİL**, s. 238; **KURU**, s. 6009; **AKINCI**, s. 101. *Karş. HOLTZMANN/NEUHAUS*, s. 361 vd; **VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG**, s. 76; **KALPSÜZ, Seminer**, s. 37, 38; **TAŞKIN, Hakem Sözleşmesi**, s. 92. *Ayrıca bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES*, s. 654, 655. Hollanda hukukunda ise (Hollanda CCP Art. 1027) hakemlerin seçimi konusunda, kararlaştırılan usulün işletilememesi hâlinde, sadece atanamayan değil; örneğin üç kişilik hakem heyetinin gerektiği durumlarda, *tüm* hakemler mahkeme tarafından atanmaktadır. Bu şartıcı değildir. Zira *kural olarak* hakemler, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla atanır; *taraf-hakemlerine ilişkin herhangi bir ayırım da getirilmiş değildir*. Sonuç olarak bu durum, taraflar üzerinde, kararlaştırdıkları usulün işletilmesi yönünde, ağır bir baskı yaratmaktadır (**VOSKUIL /FREEDBERG-SWARTZBURG**, s. 74; **BERGER**, s. 213; **FREEDBERG-SWARTZBURG**, s. 85; **DERAINS**, s. 239; **van den BERG/van DELDEN/ SNIJDERS**, s. 45). *Ayrıca bkz. GAILLARD, Court Decisions*, s. 66.

1996 AA § 17/I'ye göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, her bir tarafın kendi hakemini atayacağı durumlarda, taraflardan birinin kendi hakemini süresi içinde seç(e)memesi hâlinde, hakemini belirlemiş olan tarafın, diğer tarafa yazılı olarak müracaat edip kendi hakeminin *tek hakem* olarak çalışmasını teklif etmesi, mümkündür. Söz konusu teklife rağmen, diğer tarafın yedi gün içinde, yine de hakemini seçip bunu karşı tarafa bildirmemesi hâlinde, seçilen taraf hakemi, tarafların anlaşmasıyla belirlenen tek hakem gibi yargılamayı sürdürüp kararını verecektir (1996 AA §17/II). Buna rağmen, diğer yanın, gerçekleştiği kabul edilen böyle bir seçimin *iptali* için mahkemeye başvurması mümkündür⁵⁵ Anılan usulün, (milletlerarası) kamu düzenini rencide eder yönü, bulunmamıştır⁵⁶.

Üç kişilik hakem heyetlerinde, *baş-hakem* olarak görev yapacak hakemin seçiminde, *ya* yine tarafların *ya da* bu sefer seçilen taraf-hakemlerinin anlaşması *veya* en nihayetinde ilgili tahkim kurumunun atamayı yapması öngörülebilir. Bazı kurumsal tahkim düzenlemelerinde, başhakemin seçimi, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, doğrudan tahkim kurumunca gerçekleştirilmektedir (ICC Rules Art. 8/IV); diğer bazı düzenlemelerde (DIS Rules §12/II) ve özellikle UNCITRAL Rules'ta (UNCITRAL Rules Art. 7/III) ise baş-hakemin seçimi, taraf-hakemlerine bırakılmaktadır. Kimi millî hukuklarda da baş-hakemin seçimi, taraf-hakemlerinin işidir (Model Kanun m. 11/III, a; 1996 AA §15; ZPO §1035; NCPC Art. 1444; Hollanda CCP Art. 1030; **MTK m. 7/B/I, b. 3**). Taraf hakemlerinin anlaşamaması hâlinde ise atama, mahkemeler aracılığıyla olacaktır (Model Kanun m. 11/III, a; **MTK m. 7/B/I, b.3**; *karş.* Hollanda CCP Art. 1027).

Hakemlerin nasıl seçileceği belirlenirken karşılaşılan bir diğer durum da, güçlü olan tarafın zayıf taraf aleyhine, kimi haksız üstünlükler elde etmiş olmasıdır. Tek hakemin taraflardan sadece birisi tarafından seçilecek olması *veya* tarafların kendi hakemlerini seçmesinin ardından, başhakemin seçimi üzerinde anlaşamaması hâlinde seçimin, taraflardan yine sadece birisince gerçekleştirileceğinin kararlaştırılması, hep bu türdendir. Yine hakem heyetinin oluşumunda, özellikle ilgili kurum üyeleriyle üye olmayanlar arasında yaşanacak

⁵⁵ Sorun, mahkemenin böyle bir sonucu, hangi gerekçelerle geçersiz sayacağıdır. Hükümde, herhangi bir açıklık yoktur. Mahkemenin, her somut olayın özelliğini de dikkate alarak geniş bir takdir hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Emsal içtihatların sayısı da azdır, bu nedenle somut bir örnek de verilememektedir. Benzer bir hükme, Model Kanun'da rastlanmamaktadır (**HARRIS/PLANTEROSE/TECKS**, s. 118). *Ayrıca bkz. MERKIN*, s. 54; **TWEEDDALE/TWEEDDALE**, s. 106; **HARBST**, s. 77, 78.

⁵⁶ **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 469, 470; **SCHWEBEL/LANE**, s. 214; **GAILLARD**, *Court Decisions*, s. 66. Tahkime uygulanacak hukukun açıkça kararlaştırıldığı veya tahkim yerinin belirlenmesi suretiyle tahkime uygulanacak hukukun seçilmiş sayıldığı hâllerde bu tip kurallar, tarafların tahkim anlaşmasının bir parçasıdır. Anılan türdeki kurallar dikkate alınmak suretiyle gerçekleştirilen hakem seçimi, *en azından* 1958 New York Sözleşmesi'nin V,1, d maddesinin bir tenfiz engeli sayılmasına engeldir (*India Supreme Court, Sumitomo Heavy Industries Ltd v ONGC Ltd (India)*, XXIV YBCA 1999, s. 678; BGH, BGHZ 98, 70 vd; BGH, RPS 1/2001, s. 14 vd). *Karş. YEĞENGİL*, s. 236; **BERBER**, s. 94.

uyuşmazlıklar bakımından, sadece söz konusu kurumun üyelerinin hakem olarak atanacağını düzenlenmiş olması hâlinde de, aynı sorun gündeme gelmektedir⁵⁷.

Taraflar arasındaki eşitliği esas alan örnek düzenlemelerden birinin bulunduğu Alman hukukunda, hakemlerin seçiminde geçerli olan usulün, taraflardan birine diğerine göre ayrıcalıklı ve üstün bir konum kazandırması hâlinde, seçimin artık mahkemelerce yapılacağı kabul edilmiştir (ZPO § 1034/II). Buna göre,

“2) Tahkim anlaşmasının, hakemlerin seçimi konusunda taraflardan birine, *diğerini müşkül durumda bırakacak şekilde üstün haklar sağlaması durumunda*, diğer taraf, yapılan seçimden veya yapılması kararlaştırılan seçim usulünden farklı olarak ve ondan ayrılarak söz konusu hakem veya hakemlerin yeniden seçimi için mahkemeye müracaat edebilir. Talep, *en geç*, hakem heyetinin oluşumundan haberdar olduğundan itibaren iki hafta içinde yapılmalıdır. 1032. paragrafın üçüncü alt paragrafı, mutatis mutandis (her şekilde) uygulanır.”

Benzer hükme, Hollanda hukukunda da rastlanmaktadır (Hollanda CCP Art. 1028)⁵⁸:

“Hakem veya hakemlerin seçiminde, tahkim anlaşmasının taraflardan birine, *üstün ve ayrıcalıklı bir konum sağlaması hâlinde*, diğer taraf, anlaşılmış olan usulün yerine Bölge Mahkemesi'nin *Başkanı'ndan, tahkimin başlamasından itibaren 1 ay içinde*, hakem veya hakemlerin atanmasını isteyebilir. *Diğer tarafın dinlenmesi temin edilir*. 1027/IV. maddenin hükümleri burada da uygulanır.”

Ancak her iki düzenlemede de öne çıkan husus, **mahkemenin yardımını talep etmek bakımından öngörülen (kısa) sürelerdir. Söz konusu sürelerin kaçırılması hâlinde ise hakem heyetinin teşekkülü konusunda geçerli olan eşitsizliğe dayanılarak ilgili hakemlerce verilen kararın iptali istenemez**⁵⁹. Bu hâlde gündeme gelecek tek fevkalade istisna, diğer tarafın söz konusu seçimden haberdar olmaması ve tahkime katılmaması, yani ilgili sürenin işlememiş sayılmasıdır (*Ayrıca bkz.* 1996 AA §18/III, c, d)⁶⁰.

⁵⁷ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 466 vd; KAPLAN, *Hakemlerin Seçilmesi*, s. 503. *Ayrıca bkz.* §4, II, C, s. 159, dn. 244, 245.

⁵⁸ VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 74-75; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 39, 40.

⁵⁹ BERGER, *The German Arbitration Law*, s. 39-40; BÖCKSTIEGEL, *New German Arbitration Act*, s. 25; BÖCKSTIEGEL, *Germany*, s. 9; KREINDLER/MAHLICH, s. 81-82; SCHWAB, s. 305; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 39, 40. *Ayrıca bkz.* GRANZOW, s. 97; SCHÜTZE, s. 59.

⁶⁰ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 39; BERGER, s. 242; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 253; SCHÜTZE, s. 46, 47; KRÖLL, *Schiedsrecht*, s. 1178; HARBST, s. 76. *Tribunal Fédéral, GSA (Switzerland) v T (UK) Ltd*, XV YBCA 1990, s. 509.

Söz konusu hükümlerin, özellikle çok taraflı tahkimde, oldukça önemli yansımalarının bulunduğu, inanılır⁶¹. Taraflar arasındaki eşitliğin bozulması nedeniyle *tüm* atamanın mahkemelerce gerçekleştirilecek olması, çok taraflı tahkimde, özellikle kurumsal tahkim alanında, kabul edilen bir ilkedir (ICC Rules Art. 10; LCIA Rules Art. 8; SCC Rules Art. 16/III). Aksi hâlde üç kişilik bir hakem heyeti ihtimalinde, taraflardan biri, kendi hakemini (dilediği gibi) seçebilmekteyken; diğer *yanda* bulunan **pek çok taraf**, tek bir hakem üzerinde anlaşmaya varmak, uzlaşmak zorunda kalmaktadır. Bu durum taraflardan birinin, diğer yanda bulunan pek çok tarafa nazaran üstün bir konum sahibi olduğu şeklinde yorumlanmaktadır⁶² ve taraflarca öngörülen seçim-atama usulü, artık mahkemenin yapacağı atamayla yer değiştirmektedir.

Türk hukukunda, özellikle Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, benzer bir hükme yer verilmemiş olması, tıpkı önceki kanun dönemindeki Alman uygulamasında (ZPO eski §1025/II) ve Türk hukukunda da, iç-tahkimle ilgili meselelerde içtihatlarla kabul edildiği gibi, bu tip tahkim anlaşmalarının geçersiz sayılmasının gerekip gerekmeyeceği sorununun, gündeme getirecektir⁶³. Oysa Alman hukukunda yaşanan reform süreci dikkate alınarak tahkim anlaşmasının tüm olarak değil; sadece *hakem seçimine ilişkin ilgili kısmını* geçersiz sayarak; yerine kanun hükümlerini uygulamak, milletlerarası tahkimin lehinde yapılmış bir yorum olur ki, bunun, kanunun genel amacıyla da örtüştüğünü söylemek, mümkündür. Böyle bir müdahalenin çoğu kez tarafların da lehine olduğunu belirtmek gerekir. Zira temeldeki tahkim

⁶¹ *Siemens AG & BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Construction Company Ltd. (Dutco Case)*, XVIII YBCA 1993, s. 140 vd.

⁶² **ANCEL**, s. 125.

⁶³ **AKINCI**, s. 100 *Ayrıca bkz. NOMER, Kamu Düzeni*, s. 555 vd, 573; HGK 09.06.1999, 19-467/489 (YKD 2000/2, s. 183 vd). Bu son içtihat bakımından, *kanımızca*, karara konu olan meselenin ve özellikle de taraflar arasında kararlaştırılan sözleşme hükmünün, tam anlamıyla *hakem seçimi* konusunda, taraflardan birine üstünlük tanınması konusuyla bir ilgisi yoktur. Zira sözleşme hükmü, iddia sahibine (*yani davacıya*), kurumsal tahkim alanında, hangi *tahkim kurumunun* ve dolayısıyla hangi *tahkim kurallarının* geçerli olacağını belirleme hakkı vermektedir (**WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 68). Buradan, hakemlerin de söz konusu kurumlardan biri olacağı anlaşılmamalıdır. Hakemler iddia sahibinin seçtiği tahkim kurallarına göre belirlenecek; bu sırada, her iki taraf da eşit konumda bulunacaklardır. Şu hâlde meselenin *ne* hakem seçiminde taraflardan birine üstünlük tanınmasıyla *ne de* söz konusu üstünlüğün somut uyuşmazlıkta olduğu gibi taraflardan belli birine değil; ama *iddia sahibine* ait olmasıyla bir ilgisi vardır. Zira bir an için tüm hakemlerin, *iddia sahibince* seçildiğini kabul ettiğimizde dahi böyle bir hükme geçerlilik tanınması olası değildir. Sorun, hakem heyetinin oluşumunda, taraflardan herhangi birinin diğerine göre sahip olacağı üstün konumdur (**BERBER**, s. 93, 94). Bu üstünlüğün, tahkim anlaşmasında, "*iddia sahibine*" bırakılması; bu yüzden her iki tarafın da (*teorik olarak*) söz konusu ezici üstünlüğü kullanılabilir olduğu gerçeği, savduğumuz görüşü çürütmeye yetmez. Taraflar arasındaki eşitlik anlayışından, adil yargılanma hakkından *ex ante* feragat mümkün değildir. Taraflardan her ikisinin de diğerini yargısal anlamında ezebilecek, sömürebilecek olması, taraflar arasındaki eşitliğin korunduğu; adil yargılamanın sağlandığı anlamına gelmez. *Ayrıca bkz. DAYINLARLI*, s. 17, 18; 13. HD. 25.4.1991, 1990/8778-4492, (YKD 1991/8, s. 1224); 20. HD. 28.03.2002, 1955/2791 (YKD 2002/7, s. 1077); HGK, 19.93.2003, 15-142/182, (Man BD 2004/4, s. 96, 97).

iradesi, hâlâ ayakta ve geçerli tutulmakta; taraflar arasındaki eşitlik ise tahkim iradesine rağmen özenle korunmaktadır⁶⁴.

V- Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

A- Genel Olarak

Tahkimin yargısal tabiatı, tarafların hakemlerini seçme ve belirleme özgürlükleriyle ilgili bir takım sınırlamalar da getirmektedir. Zira seçilen hakemler, yargısal bir işlev görecekler ve dahası verdikleri kararlar, tıpkı devlet mahkemelerinde verilenler gibi bağlayıcı ve kesin hüküm etkisine sahip olacaktır. Bu aşamada devlet, hakem kararlarını icra edeceğine göre *âdeta* otoritesini tahsis ettiği kararların verildiği *yargılamaların* ve yine bu kararları *verenlerin*, adil bir yargılamanın gerektirdiği asgari standartlara uymasını beklemekte; bunu aramaktadır⁶⁵. Hakemler, icra ettikleri yargılama faaliyetinin bir gereği olarak, kendilerinden de beklenildiği üzere, tüm tahkim yargılaması boyunca, tarafsız ve bağımsız olmak; o şekilde kalmak (MTK m. 7/B/III; C/II); bu konuları üzerinde çekişme yaratacak nitelikteki hususları, tahkim yargılaması başlamadan önce veya derhâl açıklamakla yükümlüdürler (MTK m. 7/C/I). Söz konusu yükümlülüklerin ihlali hâlinde gündeme gelen konular, doğan zararlar yüzünden, hakemlerin şahsi sorumluluklarının bulunup bulunmadığı veya bunlardan bağışık olup olmadıkları tartışması bir yana, özellikle hakemlerin reddi ile verilen kararların iptal edilmesi veya tenfizine engel olunmasıdır.

B- Hakemlerin Tarafsız ve Bağımsız Olma Yükümlülüğü

Hakemlerin tahkim yargılaması içerisinde, tarafsız ve bağımsız olmaları ile tüm yargılama süresince de bu şekilde kalmaları, milletlerarası tahkimin temeli olarak kabul edilen bir ilkedir. Anılan yükümlüklerinin icrası bakımından hakemler, gereken durumları açıklamak ve tarafların bilgisine sunmakla yükümlüdürler. Bu, *taraf-hakemleri* için de aynen geçerlidir⁶⁶.

⁶⁴ UNCITRAL Model Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, bu durumda, tahkim anlaşmasının geçersiz sayılması şeklindeki öneri reddedilmiş ve zaten sorunun büyük ölçüde, *hakemin reddi* (Model Kanun m. 12) veya *hakem kararının iptali* (Model Kanun m. 34) usulü içerisinde çözüme kavuşturulabileceği görüşü, kabul edilmiştir. Görülmektedir ki, Model Kanun için de bu tip bir anlaşma, doğrudan tahkim anlaşmasını etkilememekte (*karş.* Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1678/I) geçersiz kılmamakta; sadece öngörülen usulün bertaraf edilmesi ve yarattığı olumsuzlukların giderilmesi yeterli görülmektedir (*Concordat* Art. 19) (HOLTZMANN /NEUHAUS, s. 360; VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 75). Böyle bir sonuç ve özellikle de önerilen çözüm şekli (PIL Art. 180 *yahut* 190/II, d) İsviçre hukuku için de önerilmiştir (PETER/LEGLER, s. 365). Ayrıca bkz KAPLAN, *Hakemlerin Seçilmesi*, s. 503; KAPLAN, *Hakemin Reddi*, s. 57; KURU, s. 6006, 6007. *Karş.* 13. HD. 25.04.1991, 8778/4492, (YKD, 1991/8, s. 1222, 1223).

⁶⁵ TUPMAN, s. 26; ALVAREZ, *The Challenge*, s.203; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 255.

⁶⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 256; SMITH, s. 320; DONAHEY, s. 40-41; HASCHER D., ICC Practice in relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators, 6(2) ICC Bulletin, 1995, s. 5 vd.

Anılan ilkeye, pek çok tahkim kuralında ve millî tahkim kanununda yer verilmiştir. Mesele, özel olarak hakemler hakkındaki etik yükümlülükleri düzenleyen IBA (IBA Rules of Ethics for International Arbitration Art. 1, 3-1) veya AAA kurallarınca (AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, Canon II; Art. 7/I) da düzenlenmiştir. Söz konusu yükümlülüğe doğrudan ve açıkça yer veren kurallar bulunmasına karşın (*ayrıca bkz.* LCIA m. 5/II; ICC Rules Art. 7/III; **MTK m. 7/C/I**), mesele çoğu kez, anılan yükümlülüğün ihlalinin aynı zamanda, bir red sebebi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği şeklinde, dolaylı olarak ele alınmaktadır (UNCITRAL Rules m. 10/I; ZPO §1036/II, Model Kanun m. 12; Hollanda CCP Art. 1033/I; *karş.* **MTK m. 7/C/II**)⁶⁷.

Bazı düzenlemelerde, *ya* sadece bağımsızlık (PIL Art. 180/I, ICC Rules Art. 7) *ya da* sadece tarafsızlık (1996 AA §24; *ayrıca bkz.* **MTK m. 7/B/III; özellikle C/II**) esas alınmıştır. Bu hâlde cevaplanması gereken soru, böyle bir tercihin, yani söz konusu yükümlülüklerden sadece birini ön plana çıkarmanın ve sadece bunun gerçekleşmesinin yeterli görülmesinin, bilinçli olarak mı yapıldığıdır. Örneğin ICC Rules Art. 7/I bakımından, her ne kadar “*tarafsız kalma*” hâlinin ihmali, böyle bilinçli bir tercihe dayanmamakta ise de⁶⁸; 1996 AA § 24’te sadece “*tarafsızlığa*” göndermede bulunulmuş olması, *bağımsızlık* şeklindeki ödevin **bilinçli** olarak düzenlenmemesi, tercih edilmemesi şeklindeki iradenin sonucudur⁶⁹. Buna karşın, İsviçre hukukunda, *tarafsızlık unsuruna* hükümde yer verilmemesi, *bir yoruma göre taraflarca tayin edilen hakemden*, hâkimlerden beklenen düzeyde bir tarafsızlığı beklemenin gerçekçi ve uygun olmayacağı nedenine dayanmaktadır⁷⁰; *bağımsızlık*, daha objektif bir kriter olarak görülmüştür. Gerçi çoğu kez, tarafsızlık unsuruyla ilgili bir meselenin zaten bağımsızlık kriteriyle de örtüştüğü düşünülmektedir⁷¹. Bu gerçekçi yaklaşımın, özellikle *taraf-hakemleri* konusunda daha esnek, hâkimlerle pek de denk sayılmayacak kimi kabul ve görüşlerin geçerli olmasını sağladığı da ileri sürülmüştür⁷².

Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından *hakemlerin reddi*, hakemlerin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması; taraflarca kararlaştırılmış olan bir red sebebinin

⁶⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 256. *Ayrıca bkz.* van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 47.

⁶⁸ DERAİNS/SCHARTZ, s. 109; CALVO, s. 64; DONAHEY, s. 32.

⁶⁹ SAVILLE, s. 508; MERKIN, s. 63; HARRIS/PLANTERÖSE/TECKS, s. 142. *Ayrıca bkz.* Laker Airways Inc v FLS Aerospace Ltd, [1999] 2 Lloyd’s Rep, s. 45.

⁷⁰ PETER/FREYMOND, s. 382.

⁷¹ LIEBSCHER, *Fair Trial*, s. 90; SMITH, s. 328. BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 39; EASTWOOD, s. 294; BISHOP/REED, s. 398; BUCHER/TSCHANZ, s. 69, 70.

⁷² BLESSING, *The New International Arbitration Law*, s. 38, 39; LALIVE, *Swiss Law*, s. 12; VOSER N./GOLA P., *The Arbitral Tribunal, Chapter 3, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004, s. 42; PETER W/FREYMOND C., Art. 180, *International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 382); BGE 118 II 361, 362. *Ayrıca bkz.* NOMER, *Kamu Düzeni*, s. 568

bulunması; hakemin *tarafsızlığından* şüphe etmeyi haklı kılan nedenlerin gerçekleşmesi (*ki bu, kanun tarafından düzenlenmiş tek ret nedenidir*), hâlinde mümkündür (MTK m. 7/C/II). Kanuna tabi milletlerarası tahkim yargılamalarında, en azından lâfzen ve *yine taraflarca ayrıca kararlaştırılmış başkaca bir ret sebebi yoksa* sadece **tarafsızlık** unsuru, hakemin reddi için gerekli ve yeterli görülmüştür (MTK m. 7/C/II). Bunu, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak görmemek, gerekir. Zira aynı kanunda, mahkemece tayin edilecek hakemlerin **bağımsız** ve **tarafsız** olmaları gerektiği, düzenlenmiştir (MTK m. 7/B/III). Ayrıca kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce, *tarafsızlığından ve bağımsızlığından* şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartları, açıklamak zorundadır (MTK m. 7/C/I). Şu hâlde, mahkemece, hakem tayini sırasında gözetilecek bir değer, hakemin reddi sebebi olarak düzenlenmediğini kabul etmek bir hayli zordur⁷³. Zaten, İHAS'ın 6/I. maddesinin tahkim yargılamaları için de uygulanabilir olduğu kabul edildikten sonra⁷⁴, tarafsızlık yanında, *bağımsızlık* unsurunun da hakemler için *yine Sözleşme'nin kabul ettiği mana ve içerikte* geçerli bulunduğu, sonucuna varmak gerekir. Bu aynı zamanda, Anayasa'nın 36/I. maddesinde düzenlenen ve bireyin **yargı mercileri** önünde sahip olduğu kabul edilen *adil yargılanma* hakkının da tabii bir sonucudur (*ayrıca bkz. 5170 s. K ile değişik AY. m. 90/V*)⁷⁵.

Tarafsızlık ve bağımsızlık konusunda, söz konusu kavramların neyi ifade ettiği; nasıl yorumlanması gerektiği konusunda, ilgili düzenlemelerde çoğu zaman, bir açıklık bulunmamaktadır. Tarafsızlık ve bağımsızlık ödevlerinin yerine getirilememesi ve bu nedenle de örneğin, söz konusu hakemin reddi ya da hakem kararının iptali istendiğinde, anılan yükümlülüklerin *hâkimlerce* ihlal edilip edilmediğinin sorgulandığı durumlarda (HUMK m. 28, 29; *ayrıca bkz. MTK m. 17/I*) geçerli olan kriterlerin aynısının *hakemler* için de uygulanacak olup olmadığı sorunu, gündeme gelir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1968 yılında vermiş olduğu meşhur bir kararında⁷⁶, anılan yükümlülükler yönünden hakemlerin, hâkimlerden *daha sıkı şartlarda* değerlendirilmesi gerektiği; zira vermiş oldukları hükümlerin denetiminin çok daha dar kapsamlı olduğu *-hükümün esasının incelenmesinin mümkün olmadığı-* sonucuna ulaşırken; İngiliz *Court Of Appeal, AT&T v. Saudi Cable*⁷⁷ davasında her ikisi için de aynı kriterlerin geçerli olduğu, sonucuna ulaşmıştır. Oysa anılan yükümlülükler yönünden, *hakemler* ile *hâkimlerin* bir tutulmasının; söz konusu ilkelerin gerek *hâkimler* gerekse *hakemler* yönünden tümüyle aynı şekilde anlaşılmasının çok da mümkün olmadığı,

⁷³ *Ayrıca bkz. GRANZOW*, s. 108; *DEREN-YILDIRIM*, s. 63.

⁷⁴ *Bkz. §3, II, B, 2.*

⁷⁵ *Ayrıca bkz. §4, II, C, s. 154 vd.*

⁷⁶ *Commonwealth Coatings Corp v Continental Casualty Co*, 393 US 145 vd (1968).

⁷⁷ *AT&T Corporation and another v Saudi Cable*, [2000] 2 Lloyd's Rep 127; *AMBROSE*, *Arbitration law*, s. 476, 477.

ileri sürülen görüşlerdendir⁷⁸. Zira hakemler, hâkimlerin aksine, tahkim yargılamasından önce, yargılama sırasında ve hatta ondan sonra da belli bir mesleği ayrıca icra etmiş, etmekte veya edecek olan kimselerdir. Taraflarca seçilirler ve emeklerinin karşılığı yine taraflarca ödenir. Hakemlerin sahip oldukları şahsi tecrübe; o alanda sahip oldukları bilgi, beceri ve şöhret, genelde taraflarca tercih edilmeleri için birer nedendir. Bu, söz konusu hakemin geçmişte, ilgili tarafla bir şekilde temasta bulunmuş olmasını da doğal kılmaktadır. Anılan son özellik, taraf veya taraf avukatları ile daha esnek, sık veya özel bir ilişkiye sahip olan *taraf-hakemleri* için hayli belirgindir. Özellikle taraf avukatlarının hakem hakkında sahip olduğu bilgi; o hakemle ilgili geçmiş tecrübesi; bilgisine ve becerisine duyduğu güven, o kimsenin taraf-hakemi olarak belki bir kez daha, aynı taraf adına seçilmesini mümkün kılmaktadır. Gerek taraf-hakeminin gerekse başhakemin seçiminin somut bir takım bilgi ve ilişkileri gerekli kılması; özellikle de güvene dayalı olması şeklindeki tabii zorunluluk, tarafsızlık ve bağımsızlık kavramlarının hâkimlerle hakemler yönünden, aynı şekilde yorumlanmasına mâni olduğuna, inanılmaktadır⁷⁹.

Tarafsızlık, genel ve bir o kadar da yalın anlamıyla ***taraflardan sadece birine ve onu lehine arka çıkmamak; iltimas göstermemek; söz konusu uyuşmazlık üstüne daha önce görüş bildirmemiş, kanaat açıklamamış, hüküm kurmamış olmaktadır***⁸⁰. Tarafsızlık, bağımsızlıktan farklı olarak, temelde, hakem ile *uyuşmazlığın esası* arasındaki bir ilişkiyi esas alır⁸¹. Tarafsızlığın daha ziyade zihnî bir durum olması, ispatı yönünden de, bir o kadar soyut ve sübjektif kriterlerin ortaya konulmasını gerektirmektedir⁸².

⁷⁸ Bu görüş, hakemlerin, hâkimler için de geçerli olan nedenlerden ötürü reddedilebileceğinin düzenlendiği hâllerde de aynen geçerlidir (HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 104; PETER/FREYMOND, Art. 180, s. 382, 383). Ayrıca bkz. TUPMAN, s. 50; SMITH, s. 325-327.

⁷⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 258. İngiliz hukukunda, anılan denklik tereddütsüz bir biçimde kabul edildiği içindir ki, hâkimler için geçerli *R v. Gough* kriteri olan “*real danger of bias*”, 1996 AA § 24/T'deki açık hükme rağmen, hakemler için de geçerli olmuştur (EASTWOOD, s. 290-291). Ayrıca bkz. §4, II, C, s. 154 vd.

⁸⁰ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 567; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 164, 200, 201; BERGER, s. 243-245; SMITH, s. 323; TUPMAN, s. 29; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 98.

⁸¹ ALVAREZ, *The Challenge*, s. 214; DONAHEY, s. 32; BISHOP/REED, s. 398; EASTWOOD, s. 294; LIEBSCHER, s. 284; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 201.

⁸² AAA Etik Kuralları dikkate alındığında (AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, Canon VII), *tarafsızlık* ile nötr kalmak (*neutrality*) arasında da bir ayırımın yapılması gerekir. Özellikle kimi tahkim türleri yönünden, taraf hakemlerinin nötr kalmaları, gerekli değildir (CARTER, s. 170; SMITH, s. 323; De FINA, s. 385-386; BISHOP/REED, s. 403). Ancak bu, kesinlikle söz konusu hakemlerin ön yargılı ya da peşin hükümlü olmalarının mümkün olduğu anlamına gelmemektedir. Bu durum sadece hukukî, sosyal ve kültürel bir perspektiften, taraf hakemlerinin kendilerini seçenler yönünden temayül sahibi olması, yakınlık duyması ve hatta özellikle farklı milliyetten insanların buluştuğu/karşılaştığı milletlerarası tahkimde, somut olayın ve bizzat tarafın içinde bulunduğu durumun özelliklerini yansıtmak şeklinde, özel bir işlevi de yerine getirmesi anlamına gelmektedir. Sonucun dikte ettirilmesi, baştan belli edilmesi noktasına varmadığı ölçüde, nötr kal[a]mama hâlinin, tarafsızlığı zedelediğinden bahsetmek güçtür (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 259; DONAHEY, s. 32). Ayrıca bkz. SANDERS, *Arbitration*, s. 90; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 570; DELVOLVÉ

Tarafsızlığın konu edildiği her hâlde, özellikle milletlerarası tahkimde, *hakemlerin milliyeti*, ön plana çıkmaktadır. Her ne kadar, taraf ile hakemin aynı milliyette olması durumunda, hakemin, aynı milliyette olduğu taraf lehine peşin hükümlü olacağı zannedilmekteyse de, salt bu durum, *kural olarak*, hakemin tarafsızlığını zedeleyen bir neden olarak görülmemektedir. Tam aksine, taraf ile *hakeminin* aynı milliyetten olması, özellikle milletlerarası tahkimde, taraf ile aynı kültürü paylaşan, aynı hassasiyetleri yaşayan veya bilen bir kimsenin, heyette söz konusu tarafın tercümanlığını yapması; kimi özellikleri ve hassasiyetleri, hakem heyetinin dikkatine sunması sonucunu doğururken; *gerek* tahkime katılmayı ve işbirliğini özendirmekte *gerekse* verilecek hükmün bu nedenler ışığında daha kolay kabullenilmesini mümkün kılmaktadır⁸³.

UNCITRAL Model Kanunu madde 11/I'de, "Hiç kimse, *tarafarla aksi kararlaştırılmadığı sürece*, milliyeti nedeniyle hakemlik yapmaktan alıkonamaz." şeklinde, milliyetin başlı başına, bir önyargı, tarafgirlik teşkil etmeyeceği açıkça düzenlenmiştir⁸⁴. Buna karşın, yine bir başka genel uygulama ve hâkim anlayış ise özellikle *tek hakemin* veya *başhakemin* taraflarla aynı milliyetten olmamasına özen gösterilmesidir (ICC Rules Art. 9/V; LCIA Rules Art. 6/I; Model Kanun m. 11/V; **MTK m. 7/B/III**)⁸⁵. Mehz Model Kanun bakımından atama makamının böyle bir hususu, sadece "...*shall take into account as well the advisability of...*" göz önünde bulunduracağı, dikkate alacağı düzenlenmiştir. MTK'nın 7/B/IV. maddesi bakımından da Asliye Hukuk Mahkemesi hâkiminin söz konusu ilkeyi, göz önünde bulunduracağı düzenlenmiştir. Model Kanun'dan tercüme edildiği anlaşılan hükmün, bir tavsiye niteliğinde olduğu; hâkime sadece bir takdir hakkı tanıdığı; anılan ilkeye uymanın zorunlu olmadığı şeklinde yorumlanması, son derece olumsuz sonuçların doğumuna neden olabilecektir⁸⁶. Gerçi

/ROUCHE/POINTON, s. 98; **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 201, 202. OLG Hamburg, XV YBCA 1990, s. 455. *Karş. KAPLAN, Hakemin Reddi*, s. 55, 56; **KAPLAN, Usul**, s. 101, 102.

⁸³ **VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG**, s. 72.

⁸⁴ Düzenleme aslında, doğrudan ülke hukuklarına yönelik olup *lex arbitri*'nin milletlerarası tahkimde, yabancıların hakem olamamasına ilişkin herhangi bir kısıtlayıcı hüküm içermesine mâni olmak amacını taşımaktadır (**HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 359; **BROCHES**, *Commentary*, s. 56; **STROHBACH H.**, Composition of the Arbitral Tribunal and Making of the Award, UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1984, s. 106; **BENJAMIN**, *Commercial Arbitration*, s. 6; **GRANZOW**, s. 101, 102; **CALAVROS**, s. 61 vd; **HUSSLEIN-STICH**, s. 57, 58). Pekâlâ, anılan durumun aksi kararlaştırılabilir. Taraflarca aksi kararlaştırıldığı hâlde, anlaşmaya aykırı olarak bir hakemin belirlenmiş olması, bir red sebebidir (**VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG**, s. 72, 82). *Aynı yönde bkz. SANDERS, Arbitration and Conciliation*, s. 88. *Ayrıca bkz. KAPLAN, Hakemin Reddi*, s. 60-61; *Sempozyum*, s. 120, 121.

⁸⁵ **GLOSSNER**, s. 98. *Ayrıca bkz. DEREN-YILDIRIM, s. 57, 58; **ŞANLI**, s. 247. *Karş. FOUCHARD /GAILLARD /GOLDMAN*, s. 457.*

⁸⁶ Mahkemece yapılacak atamalarda, verilen kararların kesin olduğu düzenlenmiştir. Ancak buradaki *kesinliğin*, tıpkı mehzda olduğu gibi, herhangi bir denetime tabi tutulmamak mı, yoksa kesin hüküm etkisine sahip olmak mı şeklinde yorumlanacağı, son derece tereddütlüdür. Gerçi, "...*subject to no appeal...*" ibaresinin "...*shall be final...*" ifadesinin yerine son anda tercih edildiği dikkate alındığında, temel gayenin kesinlik değil; herhangi bir

öğretide de, Model Kanun'un ilgili hükmünün, ülke mahkemelerine yönelik, daha ziyade bir *tavsiye ve temenni* içerdiği; millî hukuklardan ziyade, aslında tahkim kurallarında yer alan türden bir düzenleme olduğu, ileri sürülmüştür⁸⁷. Söz konusu düzenleme, Model Kanun'un pek çok hükmü gibi, UNCITRAL Rules Art. 6/IV'den alınmıştır. Hükmün *aslında, sadece taraflara* bir takdir hakkı tanınmakta olduğu; tahkim anlaşmasının taraflarının bu ilkenin de aksine anlaşabilmelerini mümkün kılmak amacıyla daha esnek bir biçimde kaleme alındığı, kabul edilmektedir. Taraflar, pekâlâ mahkemeyi *yahut ilgili atama makamını*, söz konusu ilkeye uymaktan kurtarabilir⁸⁸.

Tarafsızlığın açıkça ve bariz bir biçimde ihlal edildiği sonucuna götüren örnekler, oldukça nadirdir. Ne var ki, hakemin somut uyuşmazlıkla ilgili önceden görüş bildirmiş ve hatta söz konusu çekişmede, tarafın avukatlığını da yürütmüş olmasının, uyuşmazlıkla ilgili olarak önceden bir yargıya sahip olmama ilkesi ile çeliştiği bir gerçektir (HUMK m. 28/I, b. 3; 29/I, b. 1, 2, 3)⁸⁹. Ancak bu durum, önceden, hukuki sorunlar hakkında, *genel ve soyut açıklamalar-görüşler içeren yayın yapılmış olması hâlini* de içermez. Tam aksine, özellikle taraf-hakemleri geçmişte, ilgili hukuki sorun hakkında, sahip oldukları bilimsel görüş ve tavır, eleştirel bakış açıları veya yaklaşımları nedeniyle seçilmektedirler⁹⁰. Tarafsızlık kavramının oldukça öznel ve bir o kadar da ispatının güç olması nedeniyle *fiilen ve gerçekten de tarafsız kalınmadığının değil; tarafsız olunmadığı izleniminin ispatı* (HUMK m. 29/I, b. 6; 34/VI), yeterlidir (Model Kanun m. 12/I; ZPO §1036/I)⁹¹.

denetime tabi tutulmamak olduğu söylenebilir (HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 362, 436). Böyle bir yaklaşımın, hukuk politikası yönünden eleştirilebilecek çokça yönü olmakla birlikte Anayasa'ya da aykırı olmadığı ileri sürülmüştür (GRANZOW, s. 105-107). Kanunumuz bakımından, mehzazın ruhuna uygun olmayan bir tercüme yapıldığı düşünülse de Asliye Hukuk Mahkemesi'nce (*duruşma açılacaksa, karş. KURU, s. 6008*) basit usulde yapılacak böyle bir yargılamada (*acele muhakeme niteliğinde de olmadığına göre*) verilen kararın *hem (kural olarak) herhangi bir denetime tabi tutulmadığını hem de kesin hüküm etkisine sahip olduğunu* söylemek gerekir (*karş. HUMK m. 529*). Baş hakemin milliyeti konusunda gereken özenin gösterilmemesi ve bu nedenle de taraflardan birinin Türk, diğerinin yabancı olduğu milletlerarası tahkim yargılamalarında, hakemlerin çoğunluğunun yine Türklerden oluşması yahut hakemlerin niteliği konusundaki anlaşmaya rağmen anılan özelliklerden yoksun hakemin atanması durumunda, diğer tarafa, *doğrudan atanacak hakemin kimliği ve özellikleri konusunda*, hukuki dinlenilme hakkı tanınmış da olsa, sonuçta verilecek kararın kesin hüküm etkisine sahip oluşu, son derece olumsuz sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Kaldı ki bu son hâlde, söz konusu hakemin atanmasında rol alan tarafın, aynı hakemin atanmaması konusunda önceden yapmış olduğu itirazları, bu kez de *hakemin reddi* usulü içerisinde yineleyip yineleyemeyeceği hayli tartışmalıdır (Model Kanun m. 12/II, *karş. MTK m. 7/D*). *Karş. Sempozyum, s. 123.*

⁸⁷ VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 72, 77; *Sempozyum, s. 123.*

⁸⁸ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 362; BROCHES, *Commentary, s. 57, 58. Ayrıca bkz. DEREN-YILDIRIM, s. 57, 58.*

⁸⁹ BISHOP/REED, s. 403.409-411.

⁹⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 260; BISHOP/REED, s. 412; HASCHER, s. 8, 9.

⁹¹ Milletlerarası tahkimde, hükmün benimsenmesi ve gönüllülük esasına göre icrasının sağlanması bakımından, taraf-hakemlerince yerine getirildiğine inanılan *kültür elçiliği*, heyette tarafın âdeta vekili-temsilcisi olarak bulunmak şeklinde anlaşılmadığı ve böyle de gerçekleşmediği sürece tarafgirlik, tarafsız olmama-kalınmama şeklinde yorumlanmamaktadır. Kararlardaki, oldukça sert bir biçimde ve kalın hatlarla ifade edilen muhalefet şerhleri de *başlı başına*, ilgili hakemin tarafsızlığı konusunda şüphe yaratacak nitelikte görülmemektedir. Tam

Bağımsızlık, hakemlerin karar verme özgürlüklerini etkileyebilecek veya etkiler gözüken boyutta; taraflar ile hakemler arasında; güncel veya geçmişte var olan; tabiiyet yaratan; ihtiyaca dayalı bağımlık tarzındaki ilişkilerin bulunmaması anlamına gelmektedir⁹². Bağımsızlık, memnun etmeme cesaretinin gösterilebilmesi; özellikle de *taraf-hakemi* için bir daha seçilmek yönünden herhangi bir arzunun olmaması anlamına gelir⁹³. *Tarafsızlık, adaletin tecellisi; bağımsızlık ise adaletin tecelli ettiğinin görülebilmesi için gereklidir*⁹⁴.

Somut olayla veya verilecek kararlar ilgili herhangi bir menfaatin söz konusu olması hâlinde, bağımsızlığın ihlal edilmiş olduğu açıktır. *Hiç kimsenin kendi davasının yargıcı olamamasının nedeni de budur* (HUMK m. 28/I, b. 1, 2, 4)⁹⁵. Uyuşmazlığa taraf olanların (büyük) ortaklarının yahut yöneticilerinin hakem olarak tayini, uygun değildir. ***Durumun gerçekten de bir peşin hükümlülük, ön yargı yahut tarafgirlik tehlikesi yaratacak nitelikte olup olmadığı da önemli değildir.*** Ne var ki, *tahkimin sonucundan etkilenmeyecek boyutta* hisse sahibi olanın, tahkimde, hissesine sahip olduğu tarafın hakemi olması, her hâlde bağımsızlığın ihlali olarak da görülmemiştir⁹⁶. Oysa hakemin taraf ile hâlihazırda avukatlık ilişkisi içinde olması, *bağımsızlığın bulunmadığı bir durum olarak* red sebebi sayılacaktır (HUMK m. 28/I, b. 3)⁹⁷.

Hakemin reddine neden olarak sunulan olayların değerlendirilmesinde, ön plandaki husus, *taraf ile hakem arasındaki ilişkinin zamanı, sıklığı, derecesi ve özellikle maddi-manevi*

aksine karar verme sürecine katılmak; uyuşmazlıkla ilgili görüş-değerlendirmesini sunmak, hakemin yargısal görevinin bir parçasıdır, ödevidir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 260, 261; CARTER, s. 172; ALVAREZ, *The Challenge*, s. 216-217). Ayrıca bkz. SMITH, s. 327, 335, 340; REDFERN/HUNTER/BLACKABY /PARTASIDES, s. 201.

⁹² ALVAREZ, *The Challenge*, s. 214; BISHOP/REED, s. 398; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 564, 565; DELVOLVÉ /ROUCHE/POINTON, s. 98. Ayrıca bkz. KAPLAN, *Hakemin Reddi*, s. 43, 44; DEREN-YILDIRIM, s. 63, 64.

⁹³ DONAHEY, s. 31. Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 565.

⁹⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 261; TUPMAN, s. 29; ALVAREZ, *The Challenge*, s. 224. Tahkimin başından sonuna kadar, *bağımsızlık* anlayışının aynı şekilde uygulanmasının gerektiğini, söylemek mümkündür. Ne var ki, özellikle tahkim kurumlarında, atama esnasında, yargılamanın devamında gündeme gelecek kimi ret hâllerine *nazar*an daha katı anlayışların geçerli olduğu da bir gerçektir. Hakem atanırken aranacak kriterlerin katılığı, istinasız ve tavizsiz uygulanan yüksek standartlar, yargılamanın devamı esnasında, hakemlere yönelik red iddialarının önemli ölçüde önüne geçecektir. Oysa yargılama süresince, bir hakemin reddi talebinin olası başarısı, *o zamana kadar icra edilen yargılamanın tümünün veya en azından önemli bir kısmının yeniden icrası anlamına gelecektir*. Böyle istenmeyen bir durumun önüne geçmek bakımından, sözü edilen menfi sonuçla bağımsızlığın korunmadığı izlenimini yaratan olay veya olaylar birlikte değerlendirilerek daha pragmatik, hoşgörülü ve belki de mülayim bir yolun izlenmesi tercih edilmektedir (DERAINS /SCHWARTZ, s. 113).

⁹⁵ *Locabil (UK) Ltd v. Boyfields Properties*, [2000] 1 All ER 65; EASTWOOD, s. 289; LIEBSCHER, s. 282; 284, 285. Ayrıca bkz. KURU, s. 6000.

⁹⁶ BISHOP/REED, s. 409; LIEBSCHER, s. 282. *AT&T Corporation and another v Saudi Cable* [2000] 2 Lloyd's Rep 127 vd.

⁹⁷ Ayrıca bkz. *Cour d'appel Paris, Dennis Coakley Ltd v. sté Michel Reverdy*, IX YBCA 1984, s. 400.

boyutu olmaktadır⁹⁸. Taraf ile hakem arasındaki ilişkinin bağımsızlık yönünden sorgulandığı durumların yanında, belki en az onun kadar sorgulanması gereken bir diğer mesele, *hakem ile taraf avukatları* arasındaki ilişkinin bağımsızlık üzerindeki etkileridir⁹⁹.

Milletlerarası tahkim uygulamasında yaşanan diğer sorun, bir hakemin sıklıkla aynı tarafça atanması veya tercih edilmesidir. Bu hâlde özellikle diğer tarafın duyacağı endişe, söz konusu hakemin, bundan sonraki atamaların da beklentisi içinde olup olmayacağıdır. Gerçi önceki seçimlerin, kural olarak ve başlı başına bir ret sebebi olarak görülmemesi eğilimi hâkimken; *bunun mutad, yoğun ve âdeta bir kural hâline geldiği durumlarda, artık bağımsızlığın korunduğundan şüphe etmek gerekir*¹⁰⁰. Taraflar arasında, paralel süreçte birden fazla, birbiriyle yakın ilişki içinde bulunan uyuşmazlığın bulunduğu hâllerde, her bir uyuşmazlık için tarafın aynı hakemi seçmiş olmasının, söz konusu hakem bakımından bağımsızlık sorunu yaratıp yaratmayacağı, güncel bir başka problemdir. Bunun ciddi bir masraf ve zaman tasarrufu sağlaması; hakemin konulara, ilişkiler yumağına daha vakıf olması gibi olumlu bir takım sonuçları bulunmaktaysa da aynı hakemin önceki yargılamalardan edindiği kimi bilgilerin, yargıların ve düşüncelerin somut olay bakımından tarafsız kalmasını; adil ve sağlıklı bir değerlendirme yapabilmesini engellemesi de söz konusu olabilmektedir. Bu, tümüyle somut olayın özellikleri dikkate alınarak çözümlenmesi gereken bir konudur¹⁰¹.

Çok sayıdaki tahkim kuralı, millî düzenleme, konu hakkındaki özel etik kurallar, *taraf-hakemleri* ile diğer hakemler arasında bir ayırım yapmamış; özellikle tarafsızlık ve bağımsızlık şeklindeki gerekleri, tüm hakemler için geçerli kılmıştır. Taraf-hakeminin taraflı ve yan ile bağımlılık ilişkisi içinde olabilmesini mümkün kılan, herhangi bir hükme rastlamak, son derece güçtür¹⁰². Buna karşın, taraf-hakemlerinin de, tahkim yargısının taraflarca kabullenilmesi, benimsenmesi, işbirliği içinde sürdürülerek tamamlanması ve nihayetinde

⁹⁸ TUPMAN, s. 47; HASCHER, s. 6, 7; PETER/FREYMOND, s. 380. Hakemin de çalıştığı hukuk bürosu ile geçmişe dayanan, uzun süreli bir ilişki, söz konusu hakemin bağımsızlığı yönünden ciddi bir sorundur. Oysa taraflardan birinin ya da ona bağlı yavru ortaklığın, bağlı şirketin geçmişte, arızı olarak bir veya birkaç işine bakılmış olmasının da, bağımsızlığın ihlali yönünden aynı etkiye sahip olmadığı kabul edilmektedir (CALVO, s. 68). Hukuk bürolarının dünyada önemli ölçüde birleştiği, birlikte iş yaptığı; tahkim konusundaki uzmanların sayısının ise hayli az kaldığı bir ortamda, *taraflar ile hakem arasında hiçbir ilişkinin olmamasını aramak*, neredeyse imkânsızdır (BISHOP/REED, s. 410, 419-420). Ayrıca bkz. BERGER, s. 244.

⁹⁹ DAC Report, §102 vd; LIEBSCHER, s. 285; DERAİNS/SCHWARTZ, s. 116; HASCHER, s. 8-10. Hakem ile taraf avukatının farklı ülkelerde kurulu bulunan ve fakat birlikte/ortak iş yapan, birbirlerinin şubesi, uzantısı konumunda olan hukuk bürolarının çalışanı olması hâlinde de, tıpkı avukat ile hakem arasında var olan, sıkı ve ileriyeye dönük beklentiler içeren ilişki örneğinde olduğu gibi bağımsızlığın korunduğundan bahsetmek mümkün olmamalıdır (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 264).

¹⁰⁰ HASCHER, s. 7; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 264; SCHLOSSER, Rn. 503.

¹⁰¹ CALVO, s. 63; HASCHER, s. 10.

¹⁰² TUPMAN, s. 49.

hükümün gönüllü olarak icrasının sağlanması yönünden önemli bir işlevi yerine getirdikleri, gözden uzak tutulmamalıdır¹⁰³.

*Taraf-hakemi (kimi zaman non-neutral hakem olarak da adlandırılmaktadır)*¹⁰⁴, âdeta, *taraf nezdinde* davasının, taleplerinin ve argümanlarının hakem heyetince gereği gibi dikkate alınacağına güvencesidir. Bu özellik, tarafların farklı kültür ve yargı sistemlerinden geldiği hâllerde, çok daha belirgindir. Sahip olduğu kültürel ve yargısal farklılıklar nedeniyle talep ve argümanların hakem heyetince anlaşılacağı; gereği gibi idrak edilemediği inancı, milletlerarası tahkimde, oldukça yaygın bir taraf düşüncesidir. *Âdeta kültür elçisi konumundaki taraf-hakemi, bu endişenin izalesi için orada bulunmaktadır*¹⁰⁵. Taraf hakemi, bu işlevini, hakem heyeti toplantılarında; söz konusu argümanları açıklayarak, tanıtarak, vurgulayarak yerine getirebileceği gibi yargılamanın devamı esnasında, özellikle sözlü oturumlarda, karmaşaya sebebiyet verecek kimi durumların açıklanması, aydınlığa kavuşturulması için soru sormak şeklinde de icra edebilir. *Tarafların içinde bulunduğu özellikli konum, sahip oldukları hassasiyet ve zorluklar gözetilerek tahkim yargılamasının sürdürülmesi de taraf-hakeminin işlevleri arasındadır*. Bu gibi pratik ve bir o kadar da tabii kaygılar nedeniyle *taraf-hakeminin taraf ile aynı milliyette olması* ve *[sadece] seçilecek başhakemin özellikleri konusunda taraf ile hakeminin -diğer tarafın yokluğunda görüşmeleri* mümkün ve caiz kabul edilmiştir (IBA Rules of Ethics Rule 5.2; AAA Code of Ethics Canon VII C)¹⁰⁶. Hiç şüphesiz ki, taraf-hakeminin yukarıda çizilen ve doğal karşılanacak işlevi ile taraf- hakeminin de uyması gereken tarafsızlık ve bağımsızlık prensipleri arasında, hassas bir denge bulunmaktadır. Yine bu denge yüzündendir ki, **baş-hakemin seçimi hariç, taraf-hakeminin kendisini seçen taraf ile diğer tarafın yokluğunda görüşmesi, yasaktır**¹⁰⁷.

Hakemlerden birinin diğer hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda şüpheye düşmesi hâlinde ise ne yapılabileceği, problemlili bir konudur. Hakemin reddinin, taraflara bırakılmış bir saha olması nedeniyle diğer iki hakemin bu durumda, üçüncü hakem aleyhine resmî yoldan bir usul takip etmesi, kolay değildir. Ne var ki *lex arbitri*'nin tekrar tekrar

¹⁰³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 271.

¹⁰⁴ Burada kullanılan *non-neutral* tabiri, sadece hakemin *taraf-hakemi*, doğrudan tarafça seçilen hakem olduğunu vurgulamak üzere kullanılmış olup hakemlerin tarafsız-bağımsız olma gibi kimi özellikleri ile ilgili değildir (DE FINA A. A., The Party Appointed Arbitrator in International Arbitrations-Role and Selection, 15(4) Arb Int, 1999, s. 382). Bu tabir bazen, taraflarla aynı milliyetten olan taraf hakemleri için de kullanılmaktadır (BISHOP/REED, s. 401). Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 462.

¹⁰⁵ DE FINA, s. 382; BISHOP/REED, s. 401. Ayrıca bkz. HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 389. Karş. GRANZOW, s. 107.

¹⁰⁶ DE FINA, s. 383; BISHOP/REED, s. 403.423-426. Ayrıca bkz. BERGER, s. 254-256.

¹⁰⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 272; DE FINA, s. 383; BISHOP/REED, s. 424-425. Ayrıca bkz. NOMER, Kamu Düzeni, s. 568-569; DEREN-YILDIRIM, s. 64, 65.

gözden geçirilmesi, yerinde olur. Zira örneğin, teorik de olsa LCIA Rules, diğer iki hakemin üçüncü hakemin değiştirilmesi yönünde, talepte bulunmasını mümkün kılmıştır (LCIA Rules Art. 12.1; 12.3)¹⁰⁸.

C- Hakemlerin Açıklama-Beyan Yükümlülüğü

Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları gerektiğine ilişkin sorumluluklarının temini bakımından genelde hakemler, bu kapsamda, ilgili olabilecek tüm hususları açıklama yükümlülüğü altındadırlar. Bu tip bir yükümlülüğe, bazı tahkim kuralları ve millî tahkim kanunlarında, yer verilmiştir (MTK m. 7/C/I; Model Kanun m. 12; NCPC Art. 1452; Hollanda CCP Art. 1034; UNCITRAL Rules Art. 9; ICC Rules 7/II, LCIA Rules Art. 5/III; DIS Rules §16, 1996 AA ve İsviçre PIL'de bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır). Gerçi, öğretilerde, bu şekilde açık bir düzenleme bulunmasaydı da, hakem ile taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bir gereği olarak hakemin, aynı yükümlülük altında olacağı düşünülmektedir¹⁰⁹.

Her hakem, taraflar arasındaki uyuşmazlığı, geçerli ve adil bir hükümle çözüme kavuşturmak, sonuçlandırmak zorundadır. Bu zorunluluk, hakemin ileride kendisinin reddi sebebi olarak kullanılabilir veya hükmün iptali sonucunu doğuracak, hakem olarak seçildiği esnada var olan veya yargılamanın devamı esnasında yaşanan, tüm hususların derhâl açıklanmasını gerektirmektedir¹¹⁰. Gerçi bu hâlde, sorulması gereken soru, “...tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartlar...” (Model Kanun m. 12/I, II; MTK m. 7/C/I) ile neyin kastedildiği; gerçekte neyin, ne kadar açıklanacağı ya da açıklanmasının gerekeceğidir. Verilecek en yalın cevap, **ilgili** olabilecek her türlü olayın, durumun açıklanmasının gerektiğidir (Hakemlerce açıklanması beklenen hususlar hakkında, yol gösterici olması bakımından *ayrıca bkz.* IBA Rules Art. 4.2)¹¹¹. Neyin açıklanıp neyin açıklanmayabileceğinin kararını verecek olan, hakemin kendisidir (IBA Rules Art. 4.1)¹¹². Kimi hâllerde, *salt* belli bazı durumların açıklanmamış olması, hakemin reddini haklı kılacak bir neden olarak görülmüştür¹¹³. Ne var ki, bizler için önemli olan, hakemliğe seçilme

¹⁰⁸ DERAİNS/SCHWARTZ, s. 175; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 273.

¹⁰⁹ PETER/FREYMOND, s. 385; ALVAREZ, *The Challenge*, s. 217. Açıkça düzenlenmemekle beraber, İsviçre ve Fransız hukuklarında da anılan yükümlülüğün bulunduğu kabul edilir (DONAHEY, s. 36; SMITH, s. 327 VOSER/GOLA, s. 45). İngiliz hukukunda, her ne kadar, böyle bir yükümlülüğe yer verilmemişse de, zaten bunun çok da gerekli olmadığı iddia edilmiştir. Çözeceklerinden ziyade, yaratacağı sorunların daha çok olduğu düşünülmektedir. Anılan sorunların başında, söz konusu yükümlülüğün ancak hangi koşullarda tam olarak yerine getirildiğinin tespitindeki güçlük ve salt olası bir riayetsizliğin hakemin de reddine sebebiyet verip vermeyeceği, gelmektedir (EASTWOOD, s. 298). *Ayrıca bkz.* GRANZOW, s. 112; HUSSLEIN-STICH, s. 68, 69.

¹¹⁰ BERGER, s. 261, 262, LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 265.

¹¹¹ HASCHER, s. 5.

¹¹² EASTWOOD, s. 298; DERAİNS/SCHWARTZ, s. 175 vd. *Ayrıca bkz.* KRÖLL, *Arbitral Process*, s. 30.

¹¹³ OLG Naumburg, 17(6) Mealey's IAR 2002, s. 27; *Karş.* TUPMAN, s. 41.

esnasında açıklanan hususlara dayanılarak, *daha sonra, yargılamanın ileriki aşamalarında* hakemin reddi veya hükmün iptali yoluna gidilmesinin mümkün olmamasıdır. Zira taraflar, açıklanan durumlar bakımından itirazlarını derhâl ileri sürmelidirler; aksi hâlde ileride, zaten açıklanmış olanlara dayanma haklarından feragat etmiş sayılırlar (*özellikle bkz. Model Kanun m. 13/II; karşı. MTK m. 7/D/II*)¹¹⁴.

Açıklama yükümlülüğünün ihlali durumuna bağlanan sonuçlar ve bu hâlde geçerli hukuki çareler, daha ziyade *lex arbitri* 'yle ilgilidir. Söz gelimi, İngiliz hukuku yönünden *Court of Appeal, AT&T v. Saudi Cable* davasında, hakemin tayinini etkileyecek nitelikte olan bir durumun gayriihtiyarî açıklanmaması hâlini, ön yargı yönünde gerçek bir tehlike (*real danger of bias*) olarak görmemiş; bu nedenle de açıklamama hâlini bir yaptırıma tabi tutmamıştır¹¹⁵. Oysa bu durum ve varılan sonuç, hakemin reddi yönünden makul bir şüphenin yeterli görüldüğü "*reasonable suspicion*" veya bağımsızlığın bulunmadığı şeklindeki bir tehlikenin görüntüsüne-izlenimine itibar edildiği hukuk sistemlerinde, daha farklı olabilirdi¹¹⁶. Örneğin, hakemin taraflardan biriyle olan iş ilişkisini açıklamadığı bir olayda, hükmün oybirliği ile verilmiş; mahkemenin de fiilen bir ön yargı ve peşin hüküm durumunu tespit edememiş olmasına rağmen, hakem kararı, *salt ön yargı izlenimini yaratacak hususların açıklanmamış olması* nedeniyle iptal edilmiştir¹¹⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden de benzer içerikteki bir zorunluluğa yer verilmiştir (*MTK m. 7/C/I*)¹¹⁸. Ne var ki, söz konusu beyan yükümlülüğünün ihlali hâlinde, gündeme gelecek yaptırımın ne olduğu açık değildir. Açıklama yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemiş olmasını, bir ret sebebi olarak kabul etmek, *taraflarca kararlaştırılan usulde şayet öngörülmemiş ise (MTK m. 7/C/II)*, kanunun lafzı da dikkate alındığında, tartışmalıdır. *Salt böyle bir durumun –beyanın içeriğinden bağımsız olarak- hakemin*

¹¹⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 268. Ayrıca bkz. BERGER, s. 265.

¹¹⁵ *AT&T Corporation and another v Saudi Cable* [2000] 2 Lloyd's Rep 127. Karara konu olayda, hakemin gerek taraflara gerekse ICC'ye vermiş olduğu *CV*'sinde, bir sekreteryaya hatası olarak kendisinin, aynı zamanda, uyumsuzluğun tarafı olan şirketle rakip olan ve yine uyumsuzluk konusu ihaleye girerek kaybeden şirketin son derece düşük miktardaki ortağı ve münhasır yetkiler paylaşmayan idarecisi olduğu yazılmamıştır.

¹¹⁶ VOSER/GOLA, s. 43.

¹¹⁷ *Commonwealth Coatings Corp v Continental Casualty Co*, 393 US 145 (1968). Aynı karardaki bir muhalefet şerhi, açıklanması gerekip de açıklanmayan hususların hüküm sonucunu da etkileyecek ağırlıkta ve tehlikede olması hâlinde, hükmün iptalinin gerekeceği fikrini savunmuştur (TUPMAN, s. 42; SMITH, s. 325). Ayrıca bkz. ALVAREZ, *The Challenge*, s. 221; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 208, 209; KAPLAN, *Usul*, s. 111. Karar, bir *domestic tahkim* meselesiyle ilgilidir (SCHWEBEL/LAHNE, s. 211). Açıklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hakemin taşıdığı sorumluluk, hakemin yargısal faaliyeti nedeniyle sahip olduğuna inanılan bağımsızlıktan etkilenmemektedir. Avusturya Yüksek Mahkemesi, hakemin yargısal işlevi nedeniyle sahip olduğu bağımsızlığı, yine hakemin içinde bulunduğu sözleşmesel bulunduğu sözleşmesel yükümlülüğün bir uzantısı olan, *açıklama yükümlülüğünün ihlali hâlini de kapsamadığı* sonucuna ulaşmıştır (OGH, *H GmbH v Hon*, RPS 2/1999, s. 7; aynı yönde bkz. KRÖLL, *Arbitral Process*, s. 31).

¹¹⁸ Milletlerarası Tahkim Kanunu Tasarısı, *Madde Gereçekçeleri*, s. 3, 8.6.2001, (www.tbmm.gov.tr) (Erişim tarihi, 24.11.2006).

*tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren bir neden olarak kabulü, güçtür*¹¹⁹. Buna karşın, böyle bir beyanda bulunulmadığı sürece, beyana konu edilmesi gereken hadisenin bir ret sebebi olarak görülmesi durumunda, hakemin reddi yoluna başvuracak taraf için geçerli olan sürenin işlemeyeceği de açıktır (MTK m. 7/D/II)¹²⁰. Bir başka anlatımla beyan yükümlülüğü kapsamında, açıklanan hadiseye dayanılarak süresinde ret usulüne başvurulmaması, anılan nedenin bir daha hakemin reddinde, gerekçe olarak kullanılmasına engeldir¹²¹. Beyan yükümlülüğünün ihlali hâlinde, gündeme gelecek tek hukuki sonucun bu olduğunu düşünmek, mümkündür. *En azından kanunda, hakemin reddini gerektirir nedenler arasında (MTK m. 7/C/II), salt hakemin beyan yükümlülüğüne uymamış olması, düzenlenmiş değildir.* Şu hâlde hakem tarafından açıklanmayan hadisenin, hakemin gerçekten de reddine yeter olup olmadığının ayrıca tespiti, gerekir. Öte yandan, tıpkı yukarıdaki içtihadta olduğu gibi, tarafsız yahut bağımsız olunmadığı *izlenimini yaratacak hususların (ki bu durumun, gerçekten de öyle olduğunun tespitinden evvel) salt açıklanmamış olması* nedeniyle de hakemin reddinin ya da hükmün iptalinin istenebilmesi, söz konusu açıklama yükümlülüğünün her hâlde en etkin ve ağır yaptırımıdır. Meselenin taraflarca aksinin de kararlaştırılmayacağı, emredici hukuk normu şeklinde düzenlenmesi ve getirilen hükmün amacı, tahkime ve hakemlere kazandırdıklarının gözden uzak tutulmaması gerekir.

VI- Hakemlerin Reddi, Görevden Alınması ve Yeniden Seçimi

Hakemin seçilmesi veya hakem heyetinin oluşumu ile birlikte, bu oluşum, kural olarak, hükmün verilmesine kadar devam eder. Oysa anılan durumun, her zaman, alışageldiği şekliyle yaşanması, şart değildir. Bir hakemin görevi, işlevi, çok farklı nedenlerle ve daha erken bir aşamada da son bulabilir. Örneğin, yargılamanın devamı esnasında, ilgili hakemin tarafsız veya bağımsız olmadığı sonucuna ulaşıldığında (MTK m. 7/C/II, D/I-V); söz konusu hakem görevini, hukuken-fiilen icra edemez hâle geldiğinde (MTK m. 7/F/I, II) veya görevinden istifa ederek (*çekilerek*) bizzat hakemin kendisi, görevini hukuken sona erdirdiğinde (MTK m. 7/F/I), hakemlik faaliyeti de daha erken bir aşamada sona ermiş olmaktadır¹²². Bütün bu hâllerde, *lex arbitri*, görevi sona eren hakemin yerine yenisinin tayinine-seçilmesine müsaade etmeli (MTK m. 7/G/I, III) veya bazı son derece istisnai durumlarda, görevi sona eren

¹¹⁹ HASCHER, s. 15. Karş. KRÖLL, *Arbitral Process*, s. 31.

¹²⁰ KRÖLL, *Arbitral Process*, s. 30, 31. Beyan yükümlülüğüne riayet edilmemesi hâlinde, İsviçre hukukunda da aynı sonuç geçerli olmaktadır (VOSER/GOLA, s. 45).

¹²¹ DONAHEY, s. 38, 39.

¹²² VOSKUIL /FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 81.

hakeme rağmen, kalan hakemlerin, âdeta *aksak hakem heyeti* “*truncated tribunal*” hüviyetinde de olsalar yargılamayı yürütebilmesini ve hüküm kurabilmesini mümkün kılmalıdır¹²³.

A- Hakemin Reddi

Hakemler, yargısal faaliyetleri nedeniyle kimi asgari standartları karşılamak ve yerine getirmekle yükümlüdürler. Adil bir yargılamanın zorunlu unsuru, hüküm tesis eden, karar veren makamın, otoritenin, tarafsız ve bağımsız olmasıdır¹²⁴. Bu standardın hakemlerce karşılanmadığı hâllerde ise ilgili hakemin reddedilmesi doğaldır (Model Kanun m. 12/II). Model Kanun, hakemlerin reddi bakımından, *sadece diğer tarafın hakeminin veya bir atama makamınca belirlenmiş hakemlerin reddedilebileceği şeklinde bir sınırlama getirmemiş; bir takım şartlarla tarafın kendi hakemini dahi reddini mümkün görmüştür (atama esnasında bilinmeyen nedenlerle sınırlı olarak bkz. Model Kanun m. 12/I; ZPO §1036/II; LCIA Rules Art. 10/III)*. Hakemin reddinde güdülen saik, özellikle taraflarca seçilen hakemlerin ön yargılı, peşin hükümlü tutum ve davranışlarının kabullenilmemesi; adil ve tarafsız bir yargılamanın gerçekleşmesini mümkün kılmak olabileceği gibi, *tümüyle taktiksel nedenlerle usulî bir takım avantajlar elde etmek amacıyla yargılamanın geciktirilmesi de*, olabilir. Milletlerarası tahkimde, yapılan ret taleplerinin büyük ölçüde başarısız kaldığı bilinmektedir; burada, özellikle tahkim kurumlarının hakemlerin atanması esnasında sergiledikleri denetim işlevi, önemli bir rol oynamaktadır¹²⁵.

Hakemin reddi ve içeriğine dâhil diğer konular, tahkimin daha ziyade, yargısal yönünü oluşturmakla beraber, milletlerarası tahkim uygulaması, bu alanda da taraflara hayli geniş bir irade serbestîsi tanıyabilmektedir. Ret sebepleri yanında, ret usulünün de taraflarca belirlenebilmesi ve hatta söz konusu seçimlerin özellikle *lex loci arbitri*'ye üstün tutulması, bu alanda, irade serbestîsine tanınan ayrıcalıklar olmaktadır (özellikle bkz. PIL Art. 180; **MTK m. 7/D/I**)¹²⁶.

¹²³ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 302. Milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, *hakemin reddi* ile aslında çok daha genel olarak, hakemin görevine son verilmesinin anlatıldığı, ileri sürülmüştür. Bu geniş anlam dikkate alındığında, hakemin reddine ilişkin nedenler de genişlemektedir: *a) Ehliyet; b) Taraflarca kararlaştırılan özellikleri haiz olmama; c) Tarafsızlık ve bağımsızlık; son olarak da d) Görevin gereği gibi icra edilememesi, hakemin reddi genel başlığı altında incelenen konular olmaktadır (TUPMAN, s. 27).*

¹²⁴ **CALVO**, s. 65. Hakemin reddine ilişkin haktan tarafların karşılıklı veya taraflardan birinin tek tarafı olarak önceden feragatinin geçerli sayılmaması gerektiğine ilişkin bkz. **STROHBACH**, s. 109. Ayrıca bkz. **CALAVROS**, s. 66.

¹²⁵ **REDFERN/HUNTER/BLACABY/PARTASIDES**, s. 203, 204; **BÖCKSTIEGEL**, Practice of Various Arbitral Tribunals, ICCA Congress series no 5, s. 132; **CALVO**, s. 71; **TUPMAN**, s. 26.

¹²⁶ **PETER/FREYMOND**, s. 380.

1- Hakemin Reddi Sebepleri

Hakemin reddi yönünden ön plana çıkan sebepler, *-taraf larca kararlaştırılmış olanlardan ayrı olarak-* hiç şüphesiz ki, *tarafsızlık ve bağımsızlık* unsurlarının sağlanamamasıdır¹²⁷. Karşılaşılan ilk sorun, kimi yol gösterici kriterler içeren düzenlemeler dışında (AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes; IBA Ethics for International Arbitrators), anılan kavramların, genel-geçer bir tanıma kavuşturulamamış olmasıdır¹²⁸. Ne var ki pek çok tahkim düzenlemesi, söz konusu hususların eksikliğini, bir ret sebebi olarak da açıkça düzenlemiştir (DIS Rules §18/I; ICC Rules Art. 11/I; LCIA Rules Art. 10.3; Model Kanun m. 12/II; PIL Art. 180; ZPO §1036; Hollanda CCP Art. 1033/I; *karş. MTK m. 7/C/II*). **Bu hâlde, düzenlemelerin içeriği önem kazanmaktadır.** Zira İsviçre PIL Art. 180'e göre hakemin reddi için sebep olarak gösterilen, *bağımsızlık* unsurunun temin edilememesidir ki, bir görüşe göre *tarafsız* olmayan-kalamayan bir hakemin reddi de pekâlâ mümkündür¹²⁹. Oysa bu durumun tam aksine, 1996 AA §24'de, mahkemenin hakemin görevine son vermesi hâli, (sadece) *tarafsız* olunmama durumuna ilişkindir¹³⁰. Yalın bir biçimde *bağımsızlık*, hakemin reddine yeter, başlı başına bir sebep olarak görülmemekteyse de, bağımsız olmama durumunun, hakemin tarafsız da olmadığı yönünde meşru/haklı bir şüpheye neden olması hâlinde "*justifiable doubts*", hakemin reddi, yine de mümkündür (1996 AA §24/I, özellikle c)¹³¹.

ICC Rules Art. 11/I ise *bağımsız olmama hâlini* veya *başka türlü bir nedenin* eksikliğini, hakemin reddi yönünden yeterli saymıştır (*ayrıca bkz.* ICC Rules Art. 12/II). Her ne kadar açıkça düzenlenmemiş ise de, hakemin bitaraf olmaması da reddi yönünden geçerli

¹²⁷ CALAVROS, s. 67; BERGER, s. 257.

¹²⁸ TUPMAN, s. 29. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/C/II. maddesinde, tıpkı iç tahkimde kıyasen uygulandığı şekliyle hakemin reddini yahut kendiliğinden çekilmesini (*istinkafını*) gerektiren sebepler arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Örneğin öğretilde, yerli tahkimle ilgili olarak hakemin davaya bakmasının yasak olduğu hâllerde, taraflar talep etmese dahi hakemin kendiliğinden çekilmek zorunda olduğu, ileri sürülmüştür (AKINCI, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 167; KURU, s. 6026; ALANGOYA /YILDIRIM/YILDIRIM, s. 626, 627. *Karş. YEĞENGİL*, s. 259-261). Anılan hususun tarafça ileri sürülmesi bakımından ise herhangi bir süre sınırlaması, söz konusu değildir (15. HD. 6.6.1988, 1646/2157, YKD 1988/11, s. 1555-1556; 20. HD. 28.03.2002, 1955/2791, YKD, 2002/7, s. 1076; 15. HD. 18.1.2006, 2005-5778/93, Legal HD, 2006/3, s. 832-834). Hakemin reddini istemek bakımından kimi durumların gerçekleşmesi hâlinde, milletlerarası tahkim yönünden de herhangi bir süre sınırlamasının söz konusu olmadığından bahsetmek, olası değildir. İç hukuktaki ayırım, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na sadece "... *tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartlar...*" şeklinde alınmıştır. Bu hâlde, bağımsızlık unsurunun da dikkate alınmasının gerektiği konusunda, hiçbir tereddüt yoktur (DEREN-YILDIRIM, s. 63). Ne var ki hakemin reddi konusunda, gerekçesi her ne olursa olsun (*çekinme nedenlerinin aynı zamanda bir red gerekçesi olduğunda şüphe yoktur*) süre, aynı kanunun 7/D/II. maddesinde düzenlenmiştir. İç tahkimdeki gibi süre yönünden herhangi bir ayırım, hakemin reddini gerektiren neden ne kadar ağır olursa olsun, milletlerarası tahkimde geçerli olmayacaktır. Buna karşın hakemin tek yanlı olarak çekilmesi, doğacak sorumluk bir yana, pekâlâ mümkündür. *Karş.* 15. HD. 10.12.1984, 2360/3871, (KOSTAKOĞLU, s. 230).

¹²⁹ PETER/FREYMOND, s. 382. *Ayrıca bkz.* TUPMAN, s. 29; SMITH, s. 328.

¹³⁰ DAC Report, §101-104

¹³¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 304; BISHOP/REED, s. 399. *Ayrıca bkz.* WAGNER, s. 719.

bir sebep olarak kabul edilmektedir. Tahkim yargılamasının yürütülmesinde zafiyet; taraflar ile olan bir ilişkinin açıklanması yükümlülüğünün ihlali de hakemin görevine son vermeyi mümkün kılan nedenler arasındadır¹³². Lakin genelde, söz konusu redde sebep olan durumlar, özellikle yargılamanın ciddi bir seyir takip etmesi ve önemli bir zaman diliminin geçmesinin ardından, daha dar yorumlanmaktadır¹³³.

Ret usulü içerisinde, genelde iki ana kriterin uygulandığını söylemek mümkündür. Önemli ölçüde takip edilen yaklaşım, hakemin tarafsızlığı veya bağımsızlığı bakımından haklı/meşru şüphenin yeterli görülmesi (*justifiable doubt*) (Model Kanun m. 12/II; ZPO §1036/II, PIL Art. 180/I, c; *karş. MTK m. 7/C/II*); özellikle İngiliz hukuku yönünden, bitaraf kalınmadığı hususunda gerçek-fiilî bir tehlikenin (*real danger*) varlığı aranmaktadır (*aynı yönde bkz.* ICSID Art. 25). Gerçi, çoğu hâlde, aynı sonuca götürdüğü *düşünülen* bu farklı yaklaşımlardan daha katı olan “*fiilî-açık tehlike*” kriteri, İngiliz *Court of Appeal* tarafından *AT&T v. Saudi Cable* davasında uygulanmıştır (*karş. 1996 AA §24/I, a*)¹³⁴. Mahkeme davada, *fiilî, gerçek bir tarafgirliği*; tarafsız kalınamayacağı izlenimine tercih etmiş; somut olay yönünden reddi istenen hakemin *AT&T* aleyhinde ön yargılı olacağı konusunda *somut* bir delil bulamamıştır. Hakemin, ihale sürecindeki rakip firma olan *Nortel*'deki yöneticiliğinin kariyeri içinde oldukça arızı bir durum teşkil ettiği; şirket işlerine katılımının çok sınırlı olduğu; pay sahipliğinin ise oldukça düşük seviyede bulunduğu hususlarını dikkate alan mahkeme, hakemin saygın bir milletlerarası tahkim hukukçusu ve avukat olarak tarafsızlık yönünde, üzerine düşenlerin bilincinde olduğu; yargılama süresince de alınmış kararlarda ve bizzat kendisinin tutum ve davranışlarında, bir uygunsuzluk bulunmaması nedenleriyle hiçbir türde izine rastlanmayan tarafgir tutuma dayalı hakemin reddine yönelik başvuruyu, reddetmiştir¹³⁵. Oysa 1996 AA §24/I, a'da, *lâfzen* hakemin reddi için tarafsızlık konusunda, *meşru/haklı sayılabilir bir şüphenin bulunması* yeterli görülmüş olmasına karşın; hüküm, mahkemece, bitaraf olma-kalma bakımından *gerçek-fiilî bir tehlikenin bulunup bulunmadığı* hususunun “*real danger of bias*” araştırılması gerektiği şeklinde, yorumlanmıştır¹³⁶. İlginçtir, aynı davayla ilgili olarak ICC Divanı, bu sefer “*justifiable doubts*” kriterini uyguladığı hâlde, yine

¹³² DERAİNS/SCHWARTZ, s. 175, vd; CALVO, s. 64. Ayrıca bkz. ALVAREZ, *The Challenge*, s. 224-225; BISHOP/REED, s. 399.

¹³³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 305.

¹³⁴ Kanunda, açıkça “*justifiable doubts*” kriterinden bahsedilmekteyse de, içtihatlar “*real danger*” kriteri üzerinde gelişmiştir (*Laker Airways v FLS Aerospace* [1999] 2 Lloyd's Rep 45; *R. v. Gough*, [1993] AC 646); EASTWOOD, s. 289; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 110. Ayrıca bkz. LIEBSCHER/SCHMID, s. 553.

¹³⁵ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 305.

¹³⁶ Hakemin reddi sırasında, bağımsızlık unsuruyla ilgili olarak aranacak *makul şüphe, gerek* İsviçre Federal Anayasası madde 58 ve *gerekse* İHAS m. 6 bağlamında değerlendirilmelidir. Hakemlerin anılan kurallardan kopuk bir yargılama ve yorum yapması mümkün görülmemiştir (PETER/FREYMOND, s. 384). Ayrıca bkz. KAPLAN, *Hakemin Reddi*, s. 46, 52.

de mahkemeye aynı sonuca ulaşmıştır. Gerçi, bu, her iki kriterin, her zaman, aynı sonucu vereceği anlamına gelmemektedir¹³⁷. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun da özellikle hakemin tarafsızlığından *şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartların gerçekleşmesini aramış olması* nedeniyle hükmün, Model Kanun çizgisinde düzenlenmiş ve iç hukukla paralel olduğunu söylemek mümkündür (MTK m. 7/C/II; HUMK m. 29/I, b. 6; 34/VI; *Tasarı* m. 421/II)¹³⁸.

2- Hakemin Reddine Yönelik Sınırlamalar

Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmalarına ilişkin mecburiyetin doğal bir sonucu da tarafların, anılan yükümlülüğü yerine getirmeyen; söz konusu özellikleri taşımayan hakemlerin reddine yönelik usulî haklarından baştan feragat edememeleridir¹³⁹. 1976 yılında Köln İstinaf Mahkemesi, *kimlikleri taraflarca bilinmeyen hakemlerin verdikleri kararın tenfizinin, kamu düzenine aykırı olacağı sonucuna ulaşmıştır*. Zira böyle bir bilgiye sahip olmayan tarafların, hakemlerin gereğinde reddine ilişkin haklarını kullanmaları da mümkün olmayacaktır¹⁴⁰. Bu, anılan hakkın, hiçbir sınırlama içermeksizin taraflarca kullanılabilmesi anlamına da gelmemektedir. Özellikle hakkın kötüye kullanımının; yargılamanın geciktirilmesinin önüne geçmek bakımından, söz konusu hakkın kullanımı, süre sınırlamalarına tabidir. *Bu hâlde, anılan hakkın, hakemin reddine neden olduğu düşünülen olayın tarafça bilinmesinin/farkına varılmasının ardından, belirli bir süre içinde kullanılması gerekmektedir* (Model Kanun m. 13/II; ZPO §1037/II; MTK m. 7/D/II; UNCITRAL Rules Art. 11/I; LCIA Rules Art. 10/IV; DIS Rules §18/II; ICC Rules Art. 11/II). Tarafların, yargılamanın kendi aleyhlerine döndüğü bir esnada, zaten bildikleri bir ret sebebine dayanmaları mümkün olmayıp öngörülen sürede, derhâl ret prosedürünü başlatmaları gerekecektir. Aksi hâlde, tarafın *anılan sebebe* dayanarak hakemin reddi hakkında feragat ettiği sonucuna ulaşılacaktır¹⁴¹.

Hakemin reddi yönünden gündeme gelen ikinci sınırlama, ***tarafsızlık-bağımsızlık konusunda kimi özellikleri taşımayan bir kimseyi, hakem olarak atayan tarafın, sonradan, aynı hakemin, zaten kendisince de bilinen sebeplerle reddini isteyemeyeceğine ilişkindir***. Taraf, kendisince atanan veya ***atanma usulüne katıldığı*** hakemin ancak atanmasından sonra öğrendiği sebeplere dayanarak reddi yoluna gidebilir (Model Kanun m. 12/II; ZPO §1036/II;

¹³⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 307. Ayrıca bkz. §4, II, C, s. 154 vd.

¹³⁸ KRÖLL, *Arbitral Process*, s. 29, 31.

¹³⁹ Bu yöndeki bir anlaşmanın kamu düzenine de aykırı olacağına ilişkin bkz. *Bezirksgericht*, Affoltern am Albis, XXIII YBCA 1998, s. 754.

¹⁴⁰ OLG Köln, IV YBCA 1979, s. 258. Karş. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 305.

¹⁴¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 308; KRÖLL, *Arbitral Process*, s. 28, 29; PETER/FREYMOND, s. 384. Tartışmalar için bkz. HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 408, 409. Bkz. §4, II, C, s. 159-160.

LCIA Rules Art. 10/III; *karş.* UNCITRAL Rules Art. 10/II; *karş.* **MTK m. 7/C**)¹⁴². **Böyle bir hükme, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer verilmiş değildir; ne var ki, kanuna tabi tahkimler için söz konusu ilkenin geçerli olmaması için hiçbir neden de yoktur** (*karş.* *Tasarı m. 412/II*)¹⁴³.

Tartışmalı olan husus, özellikle tarafın, atama makamınca (*herhangi bir taraf yahut başhakem için*) gerçekleştirilen işleme, *hakemin belirlenmesi süreci devam ederken*, söz konusu kimsenin tarafsız-bağımsız olamayacağı konusundaki nedenlere vakıf olmasına rağmen, itiraz etmemesi hâlinde de yukarıda anılan sınırlamanın geçerli olup olmayacağıdır. Tarafın, hakemin reddi imkânından *yine de* faydalanacak olup olmadığı, büyük ölçüde *lex arbitri*'ye tabidir. Örneğin ICC Rules bakımından 30 günlük süre, *-daha önce, atama süresince, itiraz edilip edilmediği önemsenmeksizin-* atamanın veya gösterilen adayın onaylandığının tebliğinden itibaren başlamaktadır (ICC Rules Art. 11/II; *karş.* 9/II)¹⁴⁴. Model Kanun yönünden ise özellikle hazırlık çalışmaları, birlikte yapılan seçimlerde veya tarafın *veto etme, karşı çıkma hakkının* bulunduğu durumlarda, daha farklı bir sonuca ulaşılmasını mümkün kılmaktadır. UNCITRAL Model Kanunu'ndaki açıkça *"...[ilgili hakemin] atanmasına katılan tarafın..."* ibaresi (Model Kanun m. 12/II), UNCITRAL Rules'tan *ki, böyle bir ibareye anılan kurallar içerisinde yer verilmemiştir*, önemli bir ayrımı ortaya koymaktadır¹⁴⁵.

Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından, hakemin reddi usulü, taraflarca serbestçe düzenlenebilir (**MTK m. 7/D/I**; PIL Art. 180/I). Şu hâlde, kanuna tabi tahkimler için hakemin reddiyle ilgili hükümlerin (**MTK m. 7/D/II-V**) hiçbir şekilde uygulanmayacak olması, ihtimal dâhilindedir (*karş.* Model Kanun m. 13/III)¹⁴⁶. Bu durumda sorunun çözümü, münhasıran taraflar arasında geçerli olacak kurallarda aranmalıdır (**MTK m. 8/A**). Kanundaki hükümlerin

¹⁴² SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 91; BROCHES, *Commentary*, s. 60. VOSER/GOLA, s. 47. Hakemin seçiminde, hakem heyetinin oluşumunda, rol alan tarafın, *sonradan* hakemlerin usulünce seçilmediği; kararlaştırılan veya geçerli olan prosedüre göre oluşturulmadığı ve bu nedenle de görev yapan hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığını ileri sürmesi, mümkün değildir (Hollanda CCP Art. 1052/III) (**van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS**, s. 82, 83, *karş.* AKINCI, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 164).

¹⁴³ CALAVROS, s. 69; HUSSLEIN-STICH, s. 70; KAPLAN, *Hakemin Reddi*, s. 47; KAPLAN, *Usul*, s. 114; DEREN-YILDIRIM, s. 67.

¹⁴⁴ DERAINS/SCHWARTZ, s. 177; TUPMAN, s. 31.

¹⁴⁵ BROCHES, *Commentary*, s. 60; HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 390, 391, 408. Ayrıca bkz. BERGER, s. 266, 267; HUSSLEIN-STICH, s. 71. Model Kanun bakımından da red süresi, en erken hakem heyetinin oluşumundan itibaren başlamaktadır (Model Kanun m. 13/II). *Hakem heyetinin oluşumuyla* anlatılmak istenenin, bir açıklık olmamakla birlikte, son hakemin belirlenmesi ve onun da görevini kabul etmesi olduğu ileri sürülmüştür (VOSKUIL/ FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 86). Ancak sorun, işleyecek süreden farklı olarak, önceden hakemin belirlenmesinde rol alan tarafın, o esnada, bildiği kimi red sebeplerini, sonradan, *-ki bu, her hâliükârda hakem heyetinin oluşumundan itibaren işleyecek süre içinde olacaktır-*, ileri sürmesinin mümkün olup olmadığıyla ilgilidir. Olumsuz bir yorumun, kanunumuz bakımından geçerli olması beklenmemelidir. Zira en azından, Model Kanunu'nun 12/II. maddesindeki *son cümleye* benzer bir hüküm dahi kanunumuzda bulunmamaktadır (*karş.* **MTK m. 7/B/IV; D/II**). Ayrıca bkz. **§12, V, B, s. 452, dn. 86**.

¹⁴⁶ *Karş.* WAGNER, s. 721.

uygulanması durumunda ise hakemin reddi için süre, **en erken hakemin seçiminden, en geç ise red sebebini öğrendiği tarihten itibaren işlemektedir.** Dahası kanunda, tarafın, özellikle diğer taraf-hakeminin ya da baş-hakemin reddi imkânından yoksun kalması sonucunu doğuracak bir nedene açıkça yer verilmiş değildir. Hakemin seçimi sırasında (**MTK m. 7/B/III; karş. Model Kanun m. 12/II; ZPO §1036/II**), tarafın *seçim usulüne katılmış olması* ve bu sırada, örneğin hakemin reddini gerektiren bir nedene vakıf olması durumunda, söz konusu itirazlarını ileri sürmemesi, aynı tarafın hakemin seçilmesinden itibaren 30 gün içinde hakemin reddi yoluna başvurmasına engel değildir. Kanunda, aksi yönde bir düzenlemenin bulunmayışı, anılan sonucu zorunlu kılmaktadır. Gerçi bu şekilde, hakem tayini sırasında, taraflara tanınan hukuki dinlenilme hakkı ve yargılama sonunda verilen mahkeme kararının kesin hüküm etkisi, hayli tartışmalı bir hâle bürünmektedir. Meselenin çözümü sırasında, takip edilmekte olan olağan yargılama usulünün –duruşma açılıp açılmaması konusundaki takdir hakkı bir yana- bir anlamının olması gerektiği de düşünülebilir. Kendisine tanınan hukuki dinlenilme hakkının kullanmayan taraf yönünden bir takım sonuçların gündeme gelmesi, doğal karşılanmalıdır. Ne var ki, böyle bir sonucu açıkça teyit eden herhangi bir hüküm de düzenlenmemiştir. Şu hâlde her iki görüş arasında yapılacak seçimin, *mahkeme kararına tanınan kesin hükmün etki alanı konusundaki belirsizlik bir yana*, hakemin reddi şeklindeki yargısal temel hakkından tarafın, baştan mahrum edilmemesi yönünde kullanmak daha tercihkârdır.

3- Hakemin Reddi Usulü

Ret usulü, kural olarak, tarafların anlaşmasına bırakılmıştır (Model Kanun m. 13/I; ZPO §1037/I; PIL Art. 180/III; **MTK m. 7/D/I**). Gerçi, tarafların tahkim anlaşması ile birlikte hakemlerin nasıl reddedileceğini düzenlemesi, nadir karşılaşılan bir durum olduğundan, söz konusu usul, özellikle kurumsal tahkimde, ilgili tahkim kurallarına; *ad hoc* tahkimde ise *lex loci arbitri*'ye göre belirlenecektir.

Kurumsal tahkimde öne çıkan husus, tarafların hakemin, hakemlik görevinin sona ermesi yönünden anlaşamamaları veya hakemin görevinden gönüllü olarak çekilmemesi hâlinde, ilgili *tahkim kurumunun* hakemin reddi konusunda karar vermesidir (ICC Rules Art. 11; LCIA Art. 10.4). Özellikle süre ve başvurunun kime yapılacağı konusunda, her tahkim kurumunun kendine özgü kuralları bulunmaktadır; *lex loci arbitri*'nin emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla öncelikle bu kurallar, tüketilir (**MTK m. 8/A; 7/D/I**)¹⁴⁷. Tahkim kurumunun (*kimi zaman sadece atamayı gerçekleştiren makamın*, UNCITRAL Rules Art. 8,

¹⁴⁷ **ALVAREZ**, *The Challenge*, s. 204-205.

9), ret sebebini benimsemesi hâlinde, hakemin görevi sona erer. **Bu karar, kural olarak nihaidir** (ICC Rules Art. 7/IV; LCIA Rules Art. 10.4, 29.1, özellikle bkz. 29.2)¹⁴⁸. Başvurunun reddinin ardından yine aynı sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise artık tahkime uygulanacak hukuka bağlıdır (Model Kanun m. 13/III; ZPO §1037/II; *karş.* PIL Art. 180/III; **MTK m. 7D/I**)¹⁴⁹.

UNCITRAL Model Kanunu, tahkim kurumu (veya atama makamı) önünde, **ret usulünde başarılı olamamış tarafa**, *bir imkân daha tanıyarak* bu sefer, tahkim yeri mahkemesine müracaat etme olanağı sunmuştur (Model Kanun m. 13/III; ZPO §1037/III; 1996 AA §24/II)¹⁵⁰. **Aynı hükmün birinci fıkrasına göre ise tarafların bu hükmün aksini kararlaştırmaları mümkün değildir** (*karş.* **MTK m. 7D/I**; *Tasarı* m. 422/I). Anılan kural, tahkim yeri hukukunun (*lex loci arbitri*) emredici normu niteliğindedir. Ne var ki hüküm, özellikle tahkimin geciktirilmesi şeklindeki kötüniyetli kullanımlara engel olmak için *sadece* mahkemeye olan müracaatı süre sınırlamasına tabi tutmamış; ama aynı zamanda, *hem* mahkemenin kararının kesin olacağını *hem de* mahkemede yapılan yargılamanın devamı esnasında dahi hakemlerin kendi yargılamalarını devam ettirmek konusunda, takdir hakkına sahip olduklarını düzenlemiştir (*aynı yönde bkz.* ZPO §1037/III; 1996 AA §24/III-VI; *karş.* **MTK m. 7D/I, IV**; LCIA Art. 29.2)¹⁵¹.

Tahkim kurumuna yapılan hakemin reddi başvurusunun ardından, **bu usulde başarısız olan tarafın**, bir kez de tahkim yeri mahkemesine müracaat etmesinin mümkün olup olmadığı meselesi, İngiliz hukukunda, örnek karar niteliğindeki *AT&T v. Saudi Cable* davasında incelenmiştir. ICC düzenlemesinde yer alan, Divan'ın kararlarının kesin olduğu şeklindeki açık hükmün varlığına rağmen (ICC Rules Art. 7/IV; LCIA Rules Art. 29.2; *karş.* **MTK m. 7D/I**), ilk derece mahkemesi, *ICC kurallarının* ihlal edilip edilmediği noktasında, Divan'ın kararı ile kendisini bağlı saymış; fakat bu, onun *İngiliz hukukuna* göre hakemin, tahkim usulünün icrasında bir eksikliğinin veya tarafgir bir tutum içinde bulunup bulunmadığını

¹⁴⁸ ICC Divanı, bir hakem değildir. Divan'ın hakem heyetinin teşekkülünde olduğu gibi hakemlerin reddine ilişkin vermiş olduğu kararlar da yargısal nitelikli değildir; bu tip kararların, hakem kararlarına karşı geçerli olan iptal davası yoluyla denetimi mümkün görünmemektedir. Ne var ki, tahkim yeri hukukunun emredici hükümleri de saklıdır (**ALVAREZ**, *The Challenge*, s. 209-210; **DE LY**, *Judicial Review*, s. 153-156; **SANDERS**, *Arbitration*, s. 97; **PETER/LEGLER**, s. 366).

¹⁴⁹ **TUPMAN**, s. 33; **SANDERS**, *Arbitration*, s. 97; **HARRIS /PLANTEROSE/TECKS**, s. 140; **LEW /MISTELIS/KRÖLL**, s. 310.

¹⁵⁰ Hakemin reddi talebinin kabulü hâlinde, verilen karar kesindir. Bu nedenle hakemin reddi talebi üzerine yapılacak yargılamada, Model Kanun'un 18. maddesine azami önemin verilmesi gerekir. Oysa Hollanda hukukunda, her iki yöndeki karar da, taraflar arasında geçerli red usulü ne yönde olursa olsun, nihai olarak mahkemece bir kez daha denetlenir (Hollanda CCP Art. 1035) (**VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG**, s. 86).

¹⁵¹ **HOLTZMAN/NEUHAUS**, s. 407; OLG Naumburg, 17(6) Mealey's IAR 2002, s. 27; *Cour d'appel Paris, Ministry of Public Works (Tunisia) v Société Bec Frères (France)*, XXII YBCA 1997, s. 682, §14-20.

araştırmasına da engel olmamıştır. Oysa *Court of Appeal*, böyle bir ayrımı tümünden reddederek anılan görüşün tam aksine, ICC Divan'ın kararlarının kesin olduğu şeklindeki yoruma itibar etmeyerek söz konusu kesinliğin, İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisini ortadan kaldıramayacağı (1996 AA §24, *emredici bir hükümdür; Schedule I*); hâkimin, her hâlükârda, tahkimin, tahkim kurallarına uygun bir biçimde yürütülmesinde, basiretsizlik gösterilip gösterilmediğini inceleyebileceği (1996 AA 24/I, *d, i*); bu hâlde, mahkemenin ICC hükümlerini yorumlarken Divan'ın almış olduğu kararı ancak göz önünde bulundurabileceği; ne var ki, İngiliz mahkemelerinin hakemin reddi, görevinden alınması şeklindeki iddialar karşısında, ICC Rules'un ihlal edilip edilmediği hususu da dâhil olmak üzere, tam bir yargı yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁵². **Tahkim yeri hukukuyla tahkim kurallarının çatışması hâlinde çözüm, tahkim yeri hukukunun emredici kuralları lehine olacaktır; eş deyişle *lex arbitri*'yi bu hâlde, *lex loci arbitri*'nin emredici normları oluşturacaktır** (LCIA Art. 29; 1996 AA §24/II)¹⁵³.

Kimi millî tahkim kanunlarına göre ise tahkimin sona ermesine kadar mahkemeye, hakemin reddi nedeniyle müracaat etmek, mümkün değildir¹⁵⁴. Tarafların belli bir ret usulü üzerinde anlaşmış olmaları hâlinde ise (*ki buna, lex loci arbitri tarafından müsaade edilmiş olabilir*), söz konusu prosedür neticesinde alınan karar, *sonuç olarak "final"* nihai, *-tahkim yeri mahkemelerince bir kez daha denetlenmesi istenemeyecek-* bir karar hüviyetinde olacaktır. Yani bir anlamda, *yukarıda sözü edildiğinin aksine*, tahkim yeri hukuku, otoriteyi tümüyle tarafların iradesine, eş deyişle tahkim kurallarına bırakmıştır. Tahkim yeri mahkemelerinin, yargılama süresince, hakemin reddiyle ilgili olarak, artık herhangi bir yargı yetkisi bulunmamaktadır (*karş. Concordat Art. 21*)¹⁵⁵. Özellikle İsviçre örneği dikkate alındığında, tahkim yeri mahkemeleri, hakemin reddi konusundaki uyuşmazlıklara, ancak taraflarca hakemin reddiyle ilgili ayrıca bir usul belirlenmemişse bakabilmektedir (PIL Art. 180/III; *karş. Concordat 21/I*)¹⁵⁶. Bu durum tarafın, hakemin reddiyle ilgili sebepler yönünden hakem

¹⁵² *AT&T Corporation and another v Saudi Cable* [2000] 2 Lloyd's Rep 127; **MERKIN**, s. 65.

¹⁵³ **ALVAREZ**, *The Challenge*, s. 212; **EASTWOOD**, s. 299, 302.

¹⁵⁴ Bu durumda taraflar, anılan taleplerini, ancak hakem kararına karşı *ya* kararın iptali *ya da* tenfizine engel olmak şeklinde ileri sürmek durumundadırlar. Taraflar, *hem* tarafsızlığından veya bağımsızlığından şüphe duydukları hakemler ile yargılamayı sürdürmek *hem de* itirazlarını derhâl yargılamanın sürdüğü dönemde, ileri sürmek zorundadırlar. **Aksi hâlde, yani, yargılama içerisinde hiçbir itirazda bulunmayıp doğrudan hükme karşı çıkılması, hakemin reddi hakkından feragat edildiği şeklinde, yorumlanabilecektir** (VOSKUIL /FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 84; **BLESSING**, s. 193; **FOUCHARD/GAILLARD /GOLDMAN**, s. 502, 503; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 311-313). *Aynı yönde*, BGH, BGHZ 141, 90, 93 vd. *Ayrıca bkz. KRÖLL S.*, Party Pursuing Bias Claim Against Arbitrator Must Do So At Place of Arbitration, German Supreme Court Rules, 17(8) Mealy's IAR, 2002, s. 36, 37.

¹⁵⁵ **BERGER**, s. 279.

¹⁵⁶ **BUCHER**, s. 32; **LIEBSCHER**, *Fair Trial*, s. 89; **BLESSING**, s. 193; **BRINER**, *Switzerland*, s. 16-17; **TUPMAN**, s. 37; **PETER/FREYMOND**, s. 386.

kararının iptalini istemesine, engel değildir: Bunun için *ya* hakemin reddine yeter nedenin tarafça hükmün verilmesinin ardından öğrenilmesi gerekir *ya da* hakemin reddine karar verecek makamın (*örneğin ilgili tahkim kurumunun*) uyuşmazlığın esası hakkındaki hükmün verilmiş olmasına rağmen hâlâ kararını açıklamamış olması gerekir¹⁵⁷. Taraflarca anlaşılan usule göre, hakemin reddi yönünden yargı yetkisini haiz *makamın* hakemin reddine yönelik talebi reddine rağmen (*ki bu kararın, bir kez de mahkemeler önünden tartışılması mümkün değildir*¹⁵⁸), söz konusu ret nedeninin bu sefer, bir iptal gerekçesi hâline dönüşebilmesi, ancak, hakemin reddi konusunda verilmiş kararın, örneğin PIL Art. 180/I'nin gereklerini veya taraflarca ayrıca ve özel olarak kararlaştırılmış diğer ret nedenlerini karşılamaktan uzak, keyfî, tutarsız, taraflarca uyulması beklenmeyecek ölçüde sakat olması hâlinde mümkündür¹⁵⁹. Bu anlamda, tahkim kurallarına rağmen tarafın PIL Art. 180/I'den kaynaklanan haklarının devam ettiği durumlarda, *yani* hakemin reddine karar verecek makamın PIL Art. 180/I'yi tam olarak uygulamaması hâlinde, tahkim yeri mahkemelerinin yargı yetkisi de devam edeceğinden, artık ***nihai kararın iptali yoluna gitmeye gerek olmadığı düşünülür***¹⁶⁰.

Tarafların ret usulü üzerinde anlaşmamış oldukları her durumda, millî tahkim kanunları, uygulama alanı bulacaktır ki bu, tarafları, tüm bir yargılamayı, hüküm öncesi dönemi, tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda ciddi şüpheler bulunan hakemlerle sürdürmekten kurtarmaktadır (Model Kanun m. 13/II; **MTK m. 7/D/II-V**). UNCITRAL Model Kanunu, tarafın hakemin reddi yönündeki talebinin değerlendirilmesini, ***öncelikle*** hakemin veya hakem heyetinin kendisine bırakmış¹⁶¹; *sadece* anılan ret talebinin reddi üzerine, mahkemeye müracaatı mümkün görmüştür (Model Kanun m. 13/II, III; ZPO §1037/II, III; ***benzer bir biçimde, MTK m. 7/D/II, III***)¹⁶². İngiliz ve Belçika hukuklarında ise durum, biraz daha farklı olup sorunun halli, doğrudan ve ilk elden mahkemelere aittir (1996 AA §24/III, IV; Belçika

¹⁵⁷ **BRINER**, *Switzerland*, s. 16. Ayrıca bkz. BGE 118 II 359, 361.

¹⁵⁸ Karş. **PETER/FREYMOND**, s. 386.

¹⁵⁹ **BUCHER/TSCHANZ**, s. 71, 136, 137; **BUCHER**, s. 31, 32; **BERGER**, s. 271. Benzer bir durumun, Avusturya hukukunda da nihai hakem kararının iptaline neden olabileceğine ilişkin bkz. **LIEBSCHER/SCHMID**, s. 553. Ayrıca bkz. **KAPLAN**, *Usul*, s. 115.

¹⁶⁰ Bütün bu nedenlerle ilgili tahkim kurumunun kararının (*karş.* ICC Rules Art. 7/IV) ayrıca gerekçeli olması da, umulur (**BUCHER/TSCHANZ**, s. 72). Karş. **SMIT**, *ICC Court*, s. 64, 65; **DE LY**, *Judicial Review*, s. 154-155.

¹⁶¹ Mısır Anayasa Mahkemesi, bu konuda karar verme yetkisinin hakemlere bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu, sonucuna ulaşmıştır, (Egyptian Supreme Constitutional Court, 6 November 1999, Case No 84 of the 19th Judicial Year, 3 Int ALR N-80 2000). Ayrıca bkz. **SANDERS**, *Quo Vadis*, s. 106; **SCHWAB**, s. 308; *Sempozyum*, s. 129.

¹⁶² Model Kanun'un önceki taslakları, hakemin reddi konusunun yine hakemlerce çözümlenmesini beklemenin içerdiği psikolojik engeller nedeniyle yersiz olduğu, görüşünü yansıtmaktayken; sonradan uygulamada, yapılan red başvurularının özellikle tahkimi uzatmak ve sabote etmek kaygısını taşıması nedeniyle mümkün olduğu ölçüde, geç bir zamanda, mahkeme müdahalesinin mümkün kılınması hususunda birleşmiştir (**TUPMAN**, s. 32). Ayrıca bkz. **BROCHES**, *Commentary*, s. 60, 61.

Yargılama Usulü Kanunu m. 1691/II; *aynı yönde bkz.* PIL Art. 180/III; Hollanda CCP Art. 1035/II)¹⁶³.

Hakemin reddine sebebiyet verecek olan hadisenin, ***nihai kararın verilmesinden az önce veya hatta hükmün verilmesinin ardından öğrenilmesi*** hâlinde, çok daha ilginç bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira söz konusu karar, “*partial*” kısmi bir karar olmadığı sürece (MTK m. 14/A/II) hakemlerin görevi, nihai kararlarla birlikte sona ermektedir. Bu hâlde, hakemin reddi yoluna müracaat etmek, *ya* bir anlam ifade etmeyecek *ya* da zaten hukuken mümkün olmayacaktır¹⁶⁴. Bunun yerine tarafların, yukarıda anılan şartla verilen kararın, hakem heyetinin usulüne uygun teşekkül etmemesi; usulünce bir yargılamanın sürdürülmemiş olması *ya* da kamu düzenine aykırılık nedenleriyle iptalini istemesi veya tenfizine engel olması gerekir¹⁶⁵.

Tarafın, hükmün verilmesinden önce, ilgili hakemin reddine yol açabilecek durumu bilmesine rağmen, yargılama sürecinde, gerekli başvuruları yapmaması durumunda, anılan hakem veya hakemlerce verilen kararın iptali mümkün değildir. Zira tarafın, söz konusu hadiseye dayalı olarak herhangi bir talepte bulunma hakkından feragat ettiği kabul edilir. Bu yaklaşım, hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları şeklindeki koşulun emredici bir norm olarak düzenlendiği, Model Kanun için de aynen böyledir¹⁶⁶. Aksi hâlde, *hem* konuyla ilgili süre sınırlamalarının bir anlamı olmayacaktır *hem de* taraf, yargılama süresince suskun kalarak

¹⁶³ Ayrıca bkz. van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 47, 48.

¹⁶⁴ BGH, ZIP 20/1999, s. 859, 860.

¹⁶⁵ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 505; BUCHER/TSCHANZ, s. 73; TUPMAN, s. 40; BERGER, s. 271. *Tribunal Fédéral, G SA (Switzerland) v T Ltd (UK)*, XV YBCA 1990, s. 509. Fransız, İngiliz, İsviçre hukuklarında, hüküm öncesi dönemde, hakemin reddi talebi üzerine, mahkemelerce red sebebi hakkında, hangi kriterler uygulanmaktaysa, hüküm sonrası dönemde de aynı ilkeler uygulanmaktadır (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 314). Oysa Alman hukukunda, durum biraz farklıdır. Alman Federal Mahkemesi’nin, istikrar bulmuş kararlarını takip eden bir başka kararında (BGH, ZIP 20/1999, s. 859) *taraf*, hükmün verilmesinin ardından, hakemin hukuk bürosunun, diğer tarafın bağlı olduğu ana şirketin hukuk müşaviri olarak çalıştığını öğrenmiş, bu durumun hakem tarafından da açıklanmamış ve yargılamanın usulünce yürütülmemiş olması nedenlerine dayanarak hükmün iptalini talep etmiştir. Yüksek mahkeme, hakemin bağımsız olmadığına ilişkin bir iddianın ancak hükmün verilmesinden önce ileri sürülmesinin gerektiği; hakemin bağımsızlığı konusunda şüphe yaratan durumun hükmün verilmesinin ardından öğrenilmesi durumunda, hükmün iptalinin ancak *açık ve ağır-derin bir tarafgirlik veya bağımlılık hâlinde* mümkün olacağı, oysa olaydaki durumun anılan tanımlamaya uygun düşmemesi nedenleriyle hükmün iptali talebini reddetmiştir. ***Hakem kararının kesin hüküm etkisi, ancak söz konusu kararın icrasının kamu düzenini de derinden etkilemesi hâlinde görmezlikten gelinmeli; aksi hâlde, kararın varlığı esas kabul edilmelidir.*** Hakem kararının verilmesinden sonra özellikle tarafgirlik ve bağımlılık hususunun ispatı noktasında, aranan daha yüksek standart, *hukuki kesinliği* meşru kılmaktadır (*Brandesi v. Calabrian Chemicals Co*, XIII YBCA 1988, s. 543; KRÖLL, *Arbitral Process*, s. 31, 32. *Aynı yönde*, BGH, IPRAx, 4/1997, 244-248. *Bkz.* §4, II, C, s. 161, dn. 254.

¹⁶⁶ BERGER, s. 270, 271; HOLTZMANN/HEUHAUS, s. 409; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 315; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 207; BROCHES, *Commentary*, s. 64; KRÖLL, *Place of Arbitration*, s. 37; TUPMANN, s. 52; CALAVROS, s. 69 vd; KAPLAN, *Hakemin Reddi*, s. 50, 71. Ayrıca bkz. HUSSLEIN-STICH, s. 72-73.

sonucu bekleyecek; hükmün aleyhine gerçekleşmesi durumunda, zaten daha önceden bildiği (hakemle ilgili) vakıalara dayanarak hükmün geçerliliğini tartışmaya açabilecektir¹⁶⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden, getirilen düzenlemenin büyük oranda, İsviçre hukukuna yakın olduğu söylenebilir. Örneğin tarafların, ret usulünü serbestçe belirlemeleri hâlinde (*karş.* Model Kanun m. 13/I), artık ülke mahkemelerinin yardımını talep etmeleri, mümkün değildir. Gerçi PIL Art 180/III hükmü kadar açık bir düzenleme, kanunda mevcut değilse de, aksi sonucun, yani hem taraflarca kararlaştırılan usulün hem de Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/D/II-V maddesi hükümlerinin geçerli olması, beklenmemelidir. Kaldı ki, Model Kanun'un 13/III. maddesine benzer bir hükme de (*aynı yönde bkz.* ZPO §1037/III), kanunumuzda rastlanmamaktadır. Bu son özellik, bir eleştiri kaynağıdır. Yani hakemin reddine karar verecek *makamın, olumlu veya olumsuz* yöndeki kararlarının denetimine ilişkin herhangi bir hükme, kanunda yer verilmemiştir. Örneğin, **ICC Divanı tarafından verilecek karar, taraflar yanında, mahkemeler için de nihaidir, kesindir** (ICC Rules Art. 7/IV). Ne var ki tarafın, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi, *ancak ve sadece* kanunun 7/C/II. maddesine (PIL Art. 180/I) göre yetersiz bir tahkikatın ardından ülke mahkemelerine başvurabilmesinin mümkün olması, savunulabilir bir görüştür. Zira kanunun 7/D/I. maddesinin aksine; 7/C/II maddesi hükmünün, taraflarca aksi kararlaştırıp uygulama alanını daraltamaz; tam aksine ancak genişletilebilir. **Bu nedenle, söz konusu hükmü karşılamaktan uzak; tarafın anılan düzenlemedeki haklarının kaybı anlamına gelecek bir inceleme ile yetinilmez.** Böylelikle, ülke mahkemelerinin yargı yetkisi, *kanunun 7/D/I maddesine rağmen*, kanunun 7/C/II maddesi hükmünün korunması amacıyla hâlâ vardır ve tamdır. Burada, bir özelliğe tekrar işaret etmek gerekir: Yapılacak kurum içi incelemede, *zaten* kanunun 7/C/II maddesinin gereği yerine getirilmiş, söz konusu nedenler incelenmiş ve buna rağmen hakemin reddi talebinin reddine karar verilmişse artık, ülke mahkemelerine başvuru mümkün olmamalıdır. Ülke mahkemelerine yapılacak başvuru, doğrudan kurum kararının denetlenmesine yönelik

¹⁶⁷ **BUCHER/TSCHANZ**, s. 72, 73; **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 211, 212; **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 504. *Ayrıca bkz.* BGH, 17(8) Mealey's IAR 34. Hakemin reddi yoluna gidilmesinin gerekip gerekmediği; gidilecek ise ne zaman gidileceği hususlarının taktiksel boyutu da vardır. Taraf, olası bir ret talebinin başarısız kalmasının ardından hakem veya hakemlerle yargılama boyunca da sürecek olan ilişkisini; söz konusu hakem veya hakemlerin kendisine yönelik tutum ve düşüncelerinin ne yönde olabileceğini, öngörmek durumundadır. Kaldı ki ön yargılı, peşin hükümlü, tarafgir bir hakem, zaten heyet içerisinde farklı bir gözle değerlendirilecek; baş-hakem, bu tip bir hakemi değerlendirmektense diğer hakemi dikkate almak isteyecektir. Bu hâlde, hükmün içeriği üzerinde, söz konusu hakemin olası bir etkisi, neredeyse kalmayacak; bu da, aynı hakemin reddine gerek bırakmayacaktır. Artık hakemin reddine ilişkin yapılacak bir başvurunun tahkim yargılamasını geciktirmekten başka bir etkisi olmayacaktır. Üstelik aynı tarafça atanacak diğer bir kimsenin tarafsız ve bağımsız olduğunu düşünmek de, her zaman mümkün değildir. Tarafgir veya bağımlı olduğu açıkça belli olmayan böyle bir kimsenin hüküm üzerinde, eskisinden daha etkili olabilmesi de mümkündür. Bu nedenlerle olabildiğince nadiren hakemin reddi yoluna gidilmesini telkin eden görüş için bkz. **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 316; **BISHOP/REED**, s. 405-406.

değildir; aksi düşüncenin kabulü, bu sefer kanunun 7/D/I maddesinin ihlali anlamına gelir. Buradaki başvuru sadece, kanunun öngördüğü ret nedenlerinden bir kısmının veya tamamının yine *lex arbitri*'nin öngördüğü kapsamda, bir ret nedeni olarak kabul edilmemesi hâlinde, eksik kalan-incelemeyen bu nedeni ve içeriği yönünden de hakemin reddi talebinin incelenmesini sağlamak amacıyla.

Taraflar arasında, ayrıca öngörülmüş bir usul olmadığı sürece, Kanun'un 7/D/II-V. maddesi hükümleri uygulanacaktır:

Hakemin reddi süresi 30 gündür. Süre, *en erken* hakemin seçildiği (MTK m. 7/B/I, b. 2, 3; II, III); *en geç*, reddi gerektiren nedenin öğrenildiği andan itibaren başlamaktadır (MTK m. 7/D/II).

Hakemin reddini talep eden taraf, ret isteğini ve gerekçelerini, diğer tarafa ve hakem kuruluna bildirir (MTK m. 7/D/II). Kural olarak redde, hakem kurulu karar verir (MTK m. 7/D/III). Ne var ki *tek hakemin reddine* yahut *hakem kurulunun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıdaki hakeminin reddine*, ancak ve sadece yetkili asliye hukuk mahkemesince karar verilir (MTK m. 7/D/IV)¹⁶⁸. Reddi istenen hakemin de söz konusu karara katılıp katılamayacağına ilişkin, kanunda bir açıklık bulunmaması nedeniyle her iki yönde de sonuca varmak mümkündür (*karş.* ICSID Rules Art. 9/IV)¹⁶⁹. Özellikle *karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıdaki hakemin (veya tek hakemin)* reddinin ancak mahkemeden istenecek olması şeklindeki düzenleme, kanun koyucunun, reddi istenen hakemlerin kendileri hakkında karar vermelerini istemediği, şeklinde, yorumlanabilir. Öte yandan bunun, sadece *tek* veya *karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıdaki hakemin reddi talepleriyle sınırlı tutulması*; kural

¹⁶⁸ UNCITRAL Model Kanunu'nun 13/II. maddesinde kabul edilen usul, yine bir uzlaşmanın ürünüdür. Zira hakemin reddi konusunda, genelde, iki eğilim bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hakemin reddi meselesinin derhâl, tahkim yargılamasının devamı esnasında ülke mahkemelerine taşınması; diğeri, sorunun ancak nihai hakem kararının verilmesinden sonra ve çoğu hâlde, iptal davası içerisinde, ele alınmasıdır. Model Kanun, taraflarca da aksi kararlaştırılmamışsa, hakemin reddine yönelik itirazın öncelikle hakem heyetinin bizzat kendisince incelenmesini ve her hâlde, ret talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, derhâl, tahkim yeri mahkemelerinde, karşı konulabilmesini, mümkün kılmıştır. Söz konusu karma usul, genel bir kabul görmekle birlikte, sorunsuz da değildir. Örneğin, hakem heyetinin karar çoğunluğunu oluşturacak sayıdaki hakeminin reddi hâlinde, ret talebinin yine aynı hakemlerce değerlendirilecek olması, anılan sisteme karşı getirilen birkaç temel itirazdan biridir (VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 85).

¹⁶⁹ ZPO §1037/II kapsamında, hakem heyetine yapılacak başvurularda, **reddi istenen hakemin de dâhil olduğu heyet, şayet reddi istenen hakem de bu arada çekilmemişse yahut taraflar anılan hakemin görevinin sona erdirilmesi konusunda anlaşamamışlarsa** söz konusu ret talebi hakkında bir karar verecektir (BÖCKSTIEGEL, *Germany*, s. 12). Bu yorum, en azından hazırlık çalışmaları sırasında yapılan tartışmalardan anlaşıldığı kadarıyla Model Kanun için de geçerlidir (VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG, s. 85); BROCHES, *Commentary*, s. 62, 63. SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 91-92; SANDERS, *Arbitration*, s. 97; GRANZOW, s. 116; CALAVROS, 71 vd; HUSSLEIN-STICH, s. 75. İngiliz ve Avusturya hukukları için de aynı sonuç, geçerlidir (HARRIS /PLANTEROS/TECKS, s. 144; LIEBSCHER/SCHMID, s. 553). *Aksi yöndeki görüş için bkz. STROHBACH*, s. 112. Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 128, özellikle 129; ERTEKİN /KARATAŞ, s. 190. Hakemin reddiyle ilgili karar, Model Kanun'un 29. maddesi anlamında yetkilendirilse de, sadece *baş-hakem* tarafından verilebilecek bir karar değildir (BERGER, s. 274).

olarak ret taleplerinin doğrudan *hakem kuruluna* yapılacağı düzenlenmesi; bu hâlde kurulun oluşumuyla ilgili olarak herhangi bir istisnaya yahut çekinceye ayrıca ve açıkça yer verilmemesi nedenleriyle hakem kurulunun alacağı kararlar bakımından, reddi istenen hakemin de kurulda bulunmasının mümkün olduğu, düşünülebilir (*karş.* HUMK m. 35/II). Dahası, aksi yöndeki görüşün kabulü, geriye kalan hakemlerin (*ki çoğu hâlde bu, 2 hakem olacaktır*) karar alabilmeleri yönünden gerekli karar yeter sayısı konusunda, sorunlara sebebiyet verebilecek, niteliktedir. Karar yeter sayısı ile ilgili, hakemlerce verilecek kararlar bakımından, heyette bulunan ve reddi istenen hakemin, böyle bir durumda, karara katılmayacağı konusunda, bir istisnaya ayrıca ve açıkça yer verilmiş değildir (**MTK m. 13/A/I**)¹⁷⁰.

Hakem kurulunun, ret talebinin reddine karar vermesi hâlinde ve ancak bu ihtimalde taraf, *söz konusu kararın kaldırılması ve hakemin reddi* istemiyle yetkili asliye hukuk mahkemesine, ret talebinin reddedildiğini öğrendiği andan itibaren 30 gün içinde, başvurabilir (**MTK m. 7/D/III**)¹⁷¹. Düzenlenen hususun, iptal davasından (**MTK m. 15/A/I**) farklı bir hukuki çare olduğunda, tereddüt etmemek gerekir. En azından, önceki hakem kararının kaldırılması yanında, ayrıca mahkemece, hakemin reddine de karar verilebilecektir.

Doğrudan asliye hukuk mahkemesine başvurulduğu durumlarda, mahkemenin vereceği (*her iki yöndeki de*) karar, kesindir (**MTK m. 7/D/IV; karş.** NCPC Art. 1457/I)¹⁷². Kanunda, “Asliye hukuk mahkemesinin bu *fıkra* uyarınca vereceği kararlar kesindir.” hükmüne yer verilmektedir. Düzenlemede geçen *fıkra* tabiri, yorumlanmaya muhtaçtır. Zira şayet *fıkra ibaresinden*, 7. maddenin **D**) başlığı (bendi) anlaşılıyorsa (ki, hükümde “...kararlar...” şeklinde, *sanki* mahkemenin çeşitli *durumlarda* vereceği kararlara işaret edilmek istenmiştir), bu hâlde, Asliye Hukuk Mahkemesi’nin *hem* hakemin reddi konusunda doğrudan baktığı işlerde *hem de* hakemlerce verilen kararın ardından ve *ret talebinin reddi kararının* kaldırılması ile hakemin reddi istemleri üzerine vereceği kararların kesin olması gerekir. Buna karşın, *en azından lâfzen*, bizim de anladığımız biçimiyle *fıkra* tabiri, 7. maddenin **D**) bendinin IV. fıkrasını yani

¹⁷⁰ Ayrıca bkz. **ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, Tasarı**, s. 224.

¹⁷¹ Süresinde ileri sürülmemen ret gerekçelerinin bir kez de iptal davası sırasında ileri sürülmesinin mümkün olmadığına ilişkin bkz. **BROCHES, Commentary**, s. 64. *Karş.* **CALAVROS**, s. 69; **HUSSLEIN-STICH**, s. 73.

¹⁷² Benzer bir hükme sahip İsviçre hukuku yönünden, *tıpkı* PIL Art. 179/III’de olduğu gibi PIL Art. 180/III için de anayasa şikâyetinin dahi mümkün olmadığı fikri, ağırlık kazanmaya başlamışken (BGE 118 Ia, 20, 23) (**SAMUEL, Swiss Law**, s. 27), böyle bir kararın, bu sefer iptal davası esnasında (PIL Art. 190/II, a), dolaylı olarak denetlenmesinin mümkün olup olmadığı, yine öğretide, fikir ayrılıklarına neden olmuştur. Bunun mümkün olduğuna ilişkin bkz. **PETER/FREYMOND**, s. 387. *Karş.* **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 111, **BERGER**, s. 271, 282. Aynı tartışma, Fransız hukuku için de geçerlidir. Soru, şu şekildedir: Ret talebinin reddine yönelik kararın, iptal davası esnasında, kesin hüküm etkisini haiz olması söz konusu mudur? Şayet, ret talebine bakan hâkim, *juge d’appui* işlevini görmekteyse böyle bir kararın iptal davası sırasında, istinaf mahkemesini bağlaması beklenmemelidir. Ne var ki, aksi yönde istinaf mahkemesi içtihatlarının olduğu da bilinmektedir (**DÉLVOLVÉ/ROUCHE/POINTON**, s. 88). Ayrıca bkz. **GRANZOW**, s. 115.

“Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi için ancak asliye hukuk mahkemesine başvurulabilir. Asliye hukuk mahkemesinin bu fıkra uyarınca vereceği kararlar kesindir.” hükmünü kastediyorsa, bu hâlde, *sadece, doğrudan* mahkemeye başvuru durumlarda, mahkemece verilen kararlar kesin olacak; *diğer hâlde*, yani bir anlamda, hakem kararının denetimi amacıyla yapılan başvurular sonucunda verilen mahkeme kararları (**MTK m. 7/D/III**), kesin olmayacaktır. *Böyle bir ayırımın, sonucun, bilinçli olarak istenip istenmediğinden; istenmişse bunun hangi amaçları içerdiğinden emin değiliz.* Lakin aynı kanunun bu sefer 7/B/III. maddesinde, “...*bu fıkra hükümlerine göre verdiği kararlar kesindir...*” şeklinde bir ibareye yer verilmiş olup kastedilenin, aslında 7. maddenin **B) bendi**’nin tümü olduğu, anlaşılmaktadır. Görülmektedir ki, kanun koyucu, maddeler içinde yer alan **A) veya B) vb. ayırımları, fıkra** şeklinde yorumlamaktadır. Aksi hâlde, örneğin **7. maddenin D bendinin III. ve IV. fıkraları arasında, hiçbir haklı nedene dayanmayan ayırım gündeme gelecektir.**

Hakem kurulunun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıdaki hakeminin mahkemece reddine karar verildiğinde, ilgili hakemin hakemlik görevi yanında, *tahkim yargılaması* da sona erer; *ancak kanımızca, kanun metnin aksine, tahkim sona ermez* (**MTK m. 7/D/IV**). *Tahkim, ancak reddine karar verilen hakemlerin isimlerinin tahkim anlaşmasında yazılı olması hâlinde sona erer (aynı yönde bkz. MTK m. 7/G/III)*. Bu hâlde, hakem seçiminde geçerli olan usul uygulanarak yeni hakemler seçilir (**MTK m. 7/B**). Yeniden seçilecek hakemlerle yargılamaya, kalındığı yerden mi devam edileceği yahut tüm tahkikata baştan mı başlanacağı, kanunumuzun düzenlemediği bir meseledir (*karş. HUMK m. 36/A/III*).

Hakemin reddi hâlinde, *gerek doğrudan mahkemeye başvurulduğunda ve gerekse ret talebinin reddine yönelik kararın kaldırılarak hakemin mahkemece reddi yoluna gidildiğinde, derdest yargılamaya rağmen hakemlerin (reddi istenen de dâhil olmak üzere) tahkime kaldıkları yerden devam edip edemeyecekleri, kanunumuzda ayrıca ve açıkça düzelenmiş değildir.* Örneğin Model Kanun’da, reddi istenen hakem de dâhil olmak üzere, hakem heyetinin yargılamayı sürdürüp hüküm dahi verebileceği düzenlenmiştir¹⁷³. Ancak yine de takdir hakkı, hakemlere aittir (Model Kanun m. 13/III; ZPO §1037/II)¹⁷⁴. Esasen bu yaklaşım,

¹⁷³ SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 93. *Karş. KURU*, s. 6026. *Ayrıca bkz. ERTEKİN/KARATAŞ*, s. 120.

¹⁷⁴ CALAVROS, s. 73; BERGER, s. 284. *Karş. VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG*, s. 87. Model Kanun’un anılan maddesine yönelik tartışmalar sırasında, görüşlerden biri de hakemin reddinin mahkemelerce denetimi meselesinin, mümkün olduğunca uyumsuzluğun esasına yönelik hakem kararından sonraki evreye bırakılması ve özellikle iptal usulü içinde değerlendirilmesiydi. Böylelikle, tahkim yargılamasının mahkemeler aracılığıyla sabote edilmesi, kesilmesi önlenmiş olacaktı. UNCITRAL Model Kanunu’nun 13/III. maddesinin son cümlesinde düzenlenen husus, bir uzlaşmanın sonucudur. Buna göre, hakemin reddine yönelik talebin reddi üzerine tarafa, derhâl mahkemeye ulaşma hakkı tanınmış, öte yandan reddi istenen hakemin de dâhil olduğu

milletlerarası tahkimde, mahkemelerin rolü olduğu diğer durumlarda da kabul görmüştür (Model Kanun m. 8/II; 16/III; ZPO §1032/III; 1040/III). Oysa İsviçre hukukunda, örneğin hakemin reddi yargılamasının mahkemelerde devam ettiği sırada, hakemlerce yargılamaya devam edilip edilmeyeceği düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, takdir hakkının hakemlere ait olduğu kabul edilmektedir. Özellikle hakemin mahkemelerce reddine karar verilmesi ihtimalinde (*özellikle de, hakemin isminin tahkim anlaşmasında yer almış olması durumunda*), bu esnada şayet hüküm de verilmiş olursa söz konusu hakem kararının hiçbir geçerliliği kalmayacak; yapılan onca tahkikatın bir kez daha yapılması; harcanan paranın bir kez daha harcanması gerekebilecektir. Ne var ki bütün bunların takdiri, hakemlere ait olup mahkemeler önündeki derdest yargılamanın, kendiliğinden, tahkim yargılamasını durdurması beklenmemelidir¹⁷⁵. ***Benzer bir sonucun, Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden de geçerli olmaması için hiçbir neden bulunmamaktadır.*** En azından, mehz olan UNCITRAL Model Kanunu'nda ve İsviçre hukukunda kabul edilenlerin, yorum yoluyla da olsa bizler için geçerli olması, beklenir¹⁷⁶. Zira en azından, böyle bir durumda, tahkim yargılamasının kendiliğinden duracağına ilişkin ayrıca ve açıkça bir hüküm, kanunda bulunmamaktadır (*karş. HUMK m. 36/II*).

B- Hakemin Görevinin Sona Ermesi-Hakemin Çekilmesi

Hakemin görevi, kendisinin tek taraflı olarak çekilmesi dışında, tahkim anlaşmasının taraflarının karşılıklı anlaşmaları ile de sona erebilir. Bu durum pek çok tahkim kuralı ve ülke hukukunda da düzenlenmiştir (Model Kanun m. 14/I; 1996 AA § 23/III; IV; ICC Rules Art. 12/I; **MTK m. 7/F/I**). Esasen böyle açık bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda da aynı sonuca ulaşmak, kolaylıkla mümkündür. Zira madem ki, taraflar tahkimin hâkimidirler; arzu etmedikleri bir hakemle de yargılamayı sürdürmek zorunda değildirler¹⁷⁷. Bu şekildeki bir sona ermenin, taraflarla hakem arasında akdedilen hakemlik sözleşmesinin ihlali anlamına gelip gelmediği ise ayrı bir meseledir (*ayrıca bkz. MTK m. 7/E; 7/F/III*).

Taraflar arasında bir anlaşma sağlanamadığı durumlarda ise yine pek çok tahkim kuralında ve millî hukukta düzenlendiği biçimiyle taraflardan birinin, hakemlik görevini *hiç veya zamanında, fiilî veya hukuki nedenler yüzünden ifa edemeyen* hakemin görevine son verilmesini talep hakkı, bulunmaktadır. Bu durum, kimi düzenlemelerde, hakemin reddi usulü

heyetin yargılamaya devam edebilmesi mümkün kılınmıştır. Gerçi bu hâldeki heyetin, uyuşmazlığın esası hakkında herhangi bir karar vermemesi, yapılan tekliflerdendir (**MELIS, Courts**, s. 90).

¹⁷⁵ **BUCHER/TSCHANZ**, s. 73, 74.

¹⁷⁶ Yerli-iç tahkim yönünden *karş. POSTACIOĞLU*, s. 794; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 656.

¹⁷⁷ **VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG**, s. 88-89; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 316.

içerisinde, bir başka *sebepe* olarak düzenlenmekteyken (1996 AA § 24/I, b, c; ICC Rules Art 11/I); UNCITRAL Model Kanunu, meseleyi, hakemin görevinin sona erdirilmesine ilişkin bağımsız bir sebep ve farklı bir usule tabi olarak düzenlemiştir (Model Kanun m. 14/I; ZPO §1038/I; **MTK m. 7/F/I, II**). Hakemin görevini -hiç veya gereği gibi- icra edememesi, ciddi bir hastalık veya ölüm nedeniyle *tabii* olabileceği gibi, nadiren örneklerine rastlandığı gibi hukuken de mümkün olamayabilir¹⁷⁸. Model Kanun'un ilgili hükmü, şu şekildedir (*ayını yönde bkz. ZPO §1038/I; karşı. MTK m. 7/F/I, II*):

“(1) Eğer hakem, *de jure* veya *de facto* görevlerini icra edemez bir hâle gelir **veya diğer herhangi bir nedenle (görevlerini) gecikmeksizin ifada aksarsa** kendisinin istifası veya tarafların anlaşması ile görevi sona erer. Aksi hâlde, bu tip sebeplerden birinde yaşanacak çekişme üzerine, taraflardan biri, mahkemeye [yahut 6. maddede öngörülen yetkili makama] müracaat ederek hakemin görevden alınmasını ister; mahkemenin kararı kesindir....”

Düzenlemenin, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/F maddesi hükmünden önemli bir farkı vardır. Model Kanun bakımından, *de jure* veya *de facto* hakemin görevlerini yerine getirememesi bir nedenle (*ki tespiti, nispeten daha kolaydır*); herhangi bir sebeple (*de jure* veya *de facto* olmayanlar) hakemin, makul bir sürenin de ötesinde, *gecikerek edimlerini ifa etmesi, bir başka neden* olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁹. Sorun bu son hâlde, *hakemin hakemlik görevinin sona erdirilmesi* bakımından, münasip olmayan gecikmenin (*.undue delay*) veya İngiliz Tahkim Kanunu örneğinde olduğu gibi, hakemin yargılamayı usulünce icra edememesinin (1996 AA §24/I, d, i) (*...properly to conduct the proceedings...*), geçerli bir neden olarak nasıl tespit edileceğindedir¹⁸⁰. Gerçekten de tahkim yargılamasının başlaması ile birlikte, özellikle taraflardan birinin hızla ve çabuk verilmiş bir hükümde menfaati olmadığı durumlarda, tarafların, hakemlik faaliyetinin icrasında, bir gecikme olup olmadığı konusunda, anlaşmaları, çoğu kez mümkün değildir (*ayrıca bkz. ICC Rules Art. 12/II*)¹⁸¹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden ise, “Bir hakemin *hukuki ve fiilî sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde* hakemlik yetkisi, hakemin çekilmesi veya tarafların bu yönde anlaşmaları ile sona erer”. Hakemin görevini hiç ya da *zamanında* yerine getirememesi, hukuki (*de jure*) veya fiilî (*de facto*) kimi nedenlere dayalı olmalıdır (*aynı yönde bkz. Tasarı m. 424/I*). Bu sebeple de UNCITRAL Model Kanunu'nun aksine, *hakemin* başlı başına, hukuki veya fiilî

¹⁷⁸ TUPMAN, s. 30. Ayrıca bkz. BROCHES, *Commentary*, s. 65.

¹⁷⁹ SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 93.

¹⁸⁰ Aslında *en azından*, Model Kanun bakımından burada, daha ziyade *truncated tribunal* durumlarına sebebiyet veren hakemler, konu edilmek istenmiş ve tarafların bu tip tutum ve davranışlara karşı korunması arzulanmıştır (SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 94). Ayrıca bkz. HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 441; SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, s. 20-22; MERKIN, s. 64; HARRIS/PLANTEROSE/TECKS, s. 143.

¹⁸¹ HASCHER, s. 13, 14.

nedenlerin eseri olmadan, makul olmayacak ölçüde gecikerek görevini ifası, çekilmesinin mahkemeden talep edilebilmesi için yeterli değildir. Zira kanunumuz yönünden, görevi zamanında ifa edememenin dahi hakemle ilgili *fiilî* veya *hukuki* bir gerekçesi, olmalıdır; söz konusu gerekçeden yoksun bir başvuru, kanunun aradığı çekilme için yeterli olmayacaktır. Ne var ki Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi tahkimler yönünden, zaten bir süre sınırlaması olduğundan (**MTK m. 10/B**), hakemlik görevinin gecikerek ifası ve Model Kanun'dan farklı (eksik) bir biçimde (Model Kanun m. 14/I) kalem alınan hüküm nedeniyle (**MTK m. 7/F/II**) tarafların bir zarara uğraması, beklenmemelidir.

Hakemin hakemlik görevinden istifası (*çekilmesi*) (**MTK m. 7/F/II**) ise her zaman mümkün bir başka durumdur. Böyle bir istifanın tahkim yargılaması üzerindeki olumsuz etkilerini dikkate alan Belçika hukuku, hakemlik görevinin tarafların karşılıklı anlaşması ile sona ermediği durumlarda (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1687), hakemin istifası hususunda, ilk derece mahkemesinin hakeme izin vermesini, şart koşmuştur (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1689; *aynı yönde* bkz Hollanda CCP 1029/II; ICC Rules Art 12/I)¹⁸².

C- Yeniden Hakem Seçimi-Tayini

Hakemin reddi konusundaki başarılı bir başvurunun ardından (**MTK m. 7/D/I-V; F/II**), tarafların anlaşmasıyla veya kendisinin çekilmesiyle hakemin hakemlik görevinin sona ermesi (**MTK m. 7/F/I**) yahut başka türdeki nedenlerle hakemin (yargı) yetkisinin sona erdirilmesi üzerine (**MTK m. 7/F/II**), tahkim yargılaması hakemsiz kalacak veya hakem heyeti eksik/aksak duruma gelecektir. Bu hâlde yeniden hakem seçimine gidilmeli ve böylece yargılamanın hakemine kavuşturulması veya heyetin (*aksak hâliyle yargılamayı sürdüremeyecek olması ihtimalinde*) eksikliğinin giderilmesi gerekir.

Yapılacak yeni seçim de, ilkinde geçerli olan kurallara tabidir (**MTK m. 7/G/I; Model Kanun m. 15; ZPO §1039/I; Hollanda CCP Art. 1035/III**). Bu, hakemlerin seçiminde, tarafların menfaat ve iradelerine saygı duyulması ile üstünlük tanınmasının doğal bir sonucudur. O hâlde görevi sona eren hakemin taraf-hakemi olması hâlinde, yine aynı taraf, hakemini seçecektir ki, aksi bir yolun izlenmesi, tarafın kendi seçimine duyacağı güven unsuru ortadan kaldıracak; hakem heyetinin oluşturulmasında taraflar arasında var olduğu kabul

¹⁸² Görevini ifa etmek istemeyen hakemi, yargılamada görev almaya mecbur etmek, tarafların da menfaatine uygun bir durum olmayıp yerine, anılan görevi başarıyla sürdürebilecek kimsenin getirilmesi, daha tercihîdir. Söz konusu istifanın hakemin sorumluluğu ve ücret hakkı üzerinde bir takım –olumsuz- sonuçları olacağı açıktır. *Ayrıca bkz. SOLHCHI M. A., The Validity of Truncated Tribunal Proceedings and Awards, 9(3) Arb Int 1993, s. 313; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 50.*

edilen dengeyi bozacak; tahkimin bütünü üzerinden sağlanacak toplam faydayı azaltacaktır¹⁸³. Ne var ki bazı millî tahkim kanunlarında, açıkça düzenlendiği üzere (ZPO §1039/II; *karş.* Model Kanun m. 15; **MTK m. 7/G/I**), bu hâlde tarafların, ilkinden daha farklı bir usulün geçerli olması için anlaşmaları da mümkündür. Açıkçası, bu son ihtimal konusunda, hüküm içermeyen Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden de aynı sonuca varmak mümkündür. Zira tarafların anlaşması kaydıyla önceki usulden ayrılmayı engelleyen hiçbir neden yoktur. Kanunun 7/G/I. maddesinin, önceki hakemin seçiminde geçerli olan usulde (*aksi yöndeki taraf iradesine rağmen*), ısrar ettiğini düşünmek, yerinde değildir. Önceki usul de tarafların iradesinin bir sonucuydu (**MTK m. 7/B/I**).

İlkinde, hakem seçimine ilişkin olarak, üzerine düşeni yerine getirmeyen taraf da yeniden seçim esnasında, aynı hakka bir kez daha sahip olacaktır (Model Kanun m. 15, *son cümle*; UNCITRAL Rules Art 11/II). Gerçi hükmün, bu hâliyle kötüye kullanılması, mümkündür. Kasıtlı olarak peşin hükümlü hakem atayan taraf, yeni hakemin seçiminde, bu kez de örneğin, işbirliği içinde olmayabilecek; üzerine düşenleri zamanında yerine getirmeyebilecek veya yine benzer şekilde bir hakemi, seçebilecektir. Böyle bir olasılığı dikkate alan *kimi tahkim kurumları*, bir kez daha hakemlerin seçimi gerektiğinde, aynı usulün **gereğinde** izlenmeyebileceği konusunda, takdir haklarını ellerinde bulundurmaktadır (LCIA Rules Art. 11.1; *daha sınırlı bir yaklaşım için bkz.* ICC Rules Art. 12/IV)¹⁸⁴. Söz konusu kurallar, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının bir parçası olarak geçerli olduğuna göre (**MTK m. 8/A; 7/B/I**), *lex loci arbitri*'nin emredici kuralları da ihlal edilmediği ölçüde, bu yeni kuralların, diğer tarafın iradesi hilafına uygulanması, mümkündür.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden göze çarpan bir durum da, hakemlerin **ismen** tahkim anlaşmasında kararlaştırılması hâlinde, hakemin veya hakem kurulunun yahut kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıdaki hakemin *reddine* (**MTK m. 7/D/V**) veya yetkilerinin sona erdirilmesine karar verilmesi (**MTK m. 7/F/II, G/III**) ya da bu kimselerin görevlerinin herhangi bir sebeple sona ermesi (**MTK m. 7/F/I, G/III**) durumlarında, yeniden hakem seçimi yoluna gidilmemesi; tam aksine tahkimin sona ermesidir (**MTK m. 7/D/V, G/III; karş. Concordat Art. 23/II**)¹⁸⁵. Belçika hukukunda da hakemin reddine karar verilmesi yahut istifasının kabul edilmesi durumunda ve şayet, söz konusu hakem de ismen tahkim anlaşmasında belirtilmişse, *ipso jure* tahkim anlaşması sona erecektir. **Ne var ki taraflar, kanunun bu hükmünün aksini kararlaştırabilirler** (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m.

¹⁸³ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 465; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 318. Aynı yönde bkz. TAŞKIN, *Hakem Sözleşmesi*, s. 126; DAYINLARLI, s. 53, 54.

¹⁸⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 321.

¹⁸⁵ BERGER, s. 289, KURU, s. 6002; AKINCI, s. 109; DEREN-YILDIRIM, s. 68-70.

1691/III). Tahkim anlaşmasında ismen belirtilen hakemin, *ölümü* yahut *hukuki ve fiilî nedenlerle görevini ifa edememesi* veya *hakemlik görevini kabul etmemesi* ile *tarafların karşılıklı anlaşmasıyla görevine son verilmesi* hâllerinde de, kural olarak tahkim anlaşması, *ipso jure*, sona erecek olmakla birlikte, **tarafların bu hükmün de aksini kararlaştırmaları, mümkündür** (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1687/I; III). Şu hâlde, hakemlerin ismen, tahkim anlaşmasında belirtilmiş olması hâlinde, yaşanan kimi durumların ardından, ismen belirlenen hakemin görevine devam edemeyecek olması hâlinde, tahkim anlaşmasının kendiliğinden sona ereceğine ilişkin her iki hükmün de *taraflarca aksinin, baştan kararlaştırılması mümkündür*¹⁸⁶.

Yukarıda sözü edilen olasılıklar, kanunumuz yönünden de *-bir istisna hariç-* geçerlidir. Söz konusu istisnaya göre, yeniden hakem seçimine gidilememesi ve bu nedenle de tahkimin sona ermesi durumunun gerçekleşebilmesi için reddine yahut çekilmesine karar verilen veya görevi başkaca bir sebepten dolayı sona eren hakem veya hakemlerin *ya tek hakem ya da hakem heyetinin tüm ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıran sayıdaki hakemlerinden olması* gerekir (*ayrıca bkz. Tasarı m. 425/III*). Eş deyişle üç kişilik hakem heyetinin sadece bir hakemi için yukarıda sözü edilen durumların gerçekleşmesi, *ne* tahkimi sona erdirecek *ne de* yeni hakemin seçilmesine-atanmasına mâni olacaktır. Bu durum, iç/yerli tahkimde geçerli anlayışa göre önemli bir farklılık yaratmaktadır¹⁸⁷.

Kanunumuzda, Belçika hukukunda olduğu gibi, anılan hükümlerin uygulanmasının taraflarca aksini kararlaştırmanın mümkün olup olmadığı konusunda bir açıklık yoktur. Söz konusu hükümlerin emredici olduğu hususunda ısrar etmek, yerli tahkimler için dahi geçerli olmayan bir anlayışın milletlerarası tahkimde geçerli kılınması anlamına gelebilir. Zira Yargıtay, iç tahkimle ilgili olarak, bu durumda, tahkim anlaşmasının sukutuna engel olmak maksadıyla¹⁸⁸ tarafların bazı tedbirler alabileceğini, açıkça öngörmüştür¹⁸⁹. Bu noktada, milletlerarası tahkim hukukumuz bakımından, *kanımızca*, taraflar, sadece anılan hükümlerin uygulanmayacağını kararlaştırmakla yetinebilecekleri gibi, kendileri de kimi tedbirleri, açıkça

¹⁸⁶ Hollanda hukuku bakımından tahkimin, böyle bir durumda, *sona ermesi* için tarafların ayrıca ve açıkça anlaşmaları gerekir (Hollanda CCP Art. 1030/I). Önceki dönem içtihatlarında da tahkim anlaşmasının ayakta tutulmasına sebebiyet verecek yorumlar yapılmıştı (**VOSKUIL/FREEDBERG-SWARTZBURG**, s. 90). *Ayrıca bkz. MELIS, Mandatory*, s. 358; **van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS**, s. 50, 51.

¹⁸⁷ **ÜSTÜNDAĞ S.**, Mahkeme Kararları Kroniği, İsmen Tayin Olunan Bir Hakemin Ölümü veya İstifa Etmesi, Tahkim Şartının Sukutu, TD 19.2.1960, C. XXVIII İÜHF 1962/1, s. 282-285. *Ayrıca bkz. ERTEKİN/KARATAŞ*, s. 150.

¹⁸⁸ Hâkim görüşün bu olduğuna ilişkin bkz. **TAŞKIN**, *Hakem Sözleşmesi*, s. 78, 79.

¹⁸⁹ İsmi tahkim anlaşmasında yer alan hakemlerden biri, görevi kabul etmemiş; taraflarca tek hakemle ihtilafın halli de derpiş edilmemiştir. *Üstündağ*, ikinci ihtimali, tahkim anlaşmasının sukutuna engel olmak konusunda, taraflarca ayrıca tanzim edilmiş *ek tedbir* olarak görmüş; Yargıtay'ın da anılan türden bir tedbiri içtihat ederek bu yöndeki yetkiyi taraflara verdiğini, belirtmiştir. (**ÜSTÜNDAĞ**, *Hakem*, s. 283). *Ayrıca bkz. YEĞENGİL*, s. 231; **ERTEKİN/KARATAŞ**, s. 152; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 954; **ALANGOYA /YILDIRIM/YILDIRIM**, s. 621.

kararlaştırabilirler. Ayrıca bir düzenlemenin olmaması hâlinde ise kanunun hakemlerin yeniden seçimine ilişkin yedek hükümleri, uygulama alanı bulacaktır (MTK m. 7/D/V; G/I).

Hakemlerin görevi, görevlerinden tek yanlı çekilebilecek (MTK m. 7/F/I) olmaları bir yana, yargılamayı sona erdiren kararlarından önce, ancak *ya* tahkim anlaşmasının tarafların ortak rızasıyla *ya da* mahkeme kararı ile sona erer. Tahkim anlaşmasında ismen belirlenen hakemin kimliği, kişiliği üzerinde *ortak* bir irade bulunduğuna göre; hakemlik görevinin çeşitli nedenlerle tamamlanamaması durumunda tarafların, yine ortak iradeleriyle yeni bir hakem atayabilmesi mümkün olmalıdır. Bu esnada, tarafların özdeki tahkim iradesini, aynı anlaşma içerisindeki hakem seçimine ilişkin kayda bağlamak, en azından milletlerarası tahkim ölçeğinde, artık geçerli kabul edilmeyebilecektir¹⁹⁰. Tahkim iradesinin varlığında tereddüt edilmediği durumlarda, hakemlerin seçimine ilişkin ve fakat konusuz kalan anlaşmaların, yine taraflarca varılacak bir uzlaşma sonunda güncellenmesi; değiştirilmesi mümkün olmalıdır. Bu noktada taraflar, madem ki hakem seçimi konusunda, bir kez daha anlaşmaya varabilmektedirler, o hâlde, sahip oldukları bu imtiyazdan da feragat edip kendi ortak iradeleri dışında, seçimin başka türde olmasına da rıza gösterebilirler. Özellikle milletlerarası tahkimde, başlangıçta çeşitli yönlerden geçersiz olan tahkim anlaşmasının dahi salt süresi içinde itiraza uğramaması nedeniyle düzelebildiği, sağlık kazanabildiği dikkate alındığında, tahkimle ilgili kayıtların icra edilememesi nedeniyle tahkim anlaşmasının da kendiliğinden ve derhâl geçersiz kalacağından bahsetmek, mümkün olmamalıdır. Kaldı ki, hakem seçimine ilişkin başlangıçtaki

¹⁹⁰ *MMTC Limited (India) v Sterlite Industries Ltd. (India)*, XXII YBCA 1997, s. 273; 8(1) ICC Bulletin 1997, s. 39. MTK'nın 15/A/VII. maddesinde, iptal kararının *kesinleşmesi* hâlinde, ancak *hangi* iptal nedenleri üzerine aynı tahkim yargılamasına devam edilebileceği ve hakemlerin yeniden seçimi ile sürenin tespitinin mümkün olabileceği düzenlenmektedir. Sayılan iptal nedenleri bakımından ise özellikle kendisine ayrıca göndermede bulunulmayan nedenlerden hareketle şu hususları belirtmek gerekir: Sayılmayan, hariç bırakılan nedenlerin başında, tahkime elverişlilik gelmektedir (MTK m. 15/A/II, 2, a). Bu halde, taraflar arasındaki uyuşmazlık bakımından tahkim anlaşması, geçerliliğini yitireceğinden ve aynı yargılamaya devam etmek de mümkün olmayacağından yeniden hakem seçimi yahut süre tespiti gibi bir durumun geçerli olması mümkün değildir. Aynı şekilde, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçersizliği nedeniyle önceki hakem kararının iptali (MTK m. 15/A/II; I, a), üzerine bir kez daha yargılama inşa edilebilecek bir anlaşma bırakmadığından yine hakem seçimi veya süre tespiti gibi bir durum geçerli olmayacaktır. Hariç bırakılan bir diğer iptal nedeni ise süreye uyulmaması; süresi içinde hakemlerin karar vermemiş olmasıdır (MTK m. 15/A/II, I, c). Süre konusunu, tahkim iradesinin zorunlu bir unsuru olarak gören ve derhâl hükmün iptalini sağlayan tarafın, iptal hükmünün ardından üzerinde yeniden yargılama inşa edilebilecek bir tahkim iradesi de kalmamış olacağından, bu hâlde de artık süre tespiti yahut hakem tayini gibi durumların geçerli olması mümkün değildir. Gerçi, bir an için süre konusunu, bir usul hatası olarak değerlendirmek de mümkündür. Ancak süre şartı, tahkim anlaşmasıyla birlikte düzenlenmekte ve özellikle saf tahkim iradesi yanında kararlaştırılan diğer usulî belirlemelerden farklı olarak yargılamanın nasıl olmasını değil; *ama doğrudan hükmün hangi sürede verilmesi gerektiğini esas aldığından, söz konusu uyuşmazlık* yönünden tahkim anlaşmasının tarafları arasındaki geçerliliğini etkilemektedir. İsimleri tahkim anlaşmasında belirtilen hakemler hakkında, red nedenlerinin gerçekleşmiş olduğu, nihai hakem kararının verilmesinden sonra da öğrenilebilir ve bu halde, hükmün iptalinden başkaca bir yol bulunmamaktadır. Bu hâlde, kanunumuz bakımından her ne kadar hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığıyla ilgili ayrıca bir iptal nedeni düzenlenmemişse de (*bkz. §4, II, D, s. 160, dn. 600*) söz konusu hükmün en azından kamu düzenine aykırı olacağına da tereddüt etmemekte gerekir. İlginçtir, bu nedenle iptal kararının verilmesi durumunda, tahkim yargılamasına tekrar başlamak ve yeniden hakem seçimi yapabilmek mümkündür.

anlaşmanın konusuz kalması nedeniyle geçersiz hâle geldiği düşünülen tahkim anlaşmasının, aslında yargılama içerisinde sıhhat bulması, teorik olarak pekâlâ mümkündür. Bütün bu nedenlerle kanunda, tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik ayrıca düzenlenmiş hükümlerin, taraflarca aksinin kararlaştırılabilmesine; şayet hakem seçimi konusunda taraflarca doğrudan bir düzenlemeye gidilmemişse oluşacak boşluğun yedek kanun hükümleriyle doldurulmasına, imkân tanınmalıdır¹⁹¹.

Bu bağlamda, gündeme gelebilecek bir diğer sorun ise taraflar arasında, tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak söz konusu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı konusunda, bir anlaşmaya *açıkça* rastlanmaması hâlinde, yine de var olduğu iddia edilen bu tarz bir anlaşmanın varlığının nasıl ispat edileceğidir. Örneğin hakem seçimi konusunda, *benzer yöndeki herhangi bir hükme yer vermeyen tahkim kuralları üzerinde anlaşılmış olmasına rağmen*, tahkim yeri hukukunun, hakem seçimiyle alâkalı ve aslında tahkim anlaşmasının geçersiz kalması sonucunu doğurabilecek hükmüne üstünlük tanınması, ancak anılan hükmün *emredici norm* olarak kabulü hâlinde mümkündür. Aksi hâlde, taraflar arasında geçerli ve öncelikle uygulanması gereken kuralların aşılp tahkim anlaşmasının geçersiz sayılması, beklenmemelidir¹⁹².

¹⁹¹ MTK'nın 7/D/V ve 7/G/III. maddelerinde, kanunda öngörülen hâllerin yaşanması durumunda, tahkimin sona ereceği, ayrıca ve açıkça, düzenlenmiştir. Bu nedenle de *kanımızca*, söz konusu kanun hükümlerinin uygulanmasına mâni olabilmek için taraflarca, *önce* kanun hükümlerinin aksinin kararlaştırılması; yani anılan hükümlerin taraflar arasında uygulanmayacağı konusunda anlaşılmaya varılması gerekir; ondan sonra da hakem seçiminin nasıl yapılacağı konusunda, *ya* yine taraflar arasındaki anlaşma hükümlerine veya yedek kanun hükümlerine bakılmalıdır. Buna karşın, HUMK'a tabi yerli tahkimler için sözü edilen türde hükümlere yer verilmemişse de aynı durumda, tahkimin sona ereceği; tahkim anlaşmasının geçersiz kalacağı, görüşü hâkimdir. Tahkim anlaşmasında ismine yer verilen hakemin görevini yerine getiremeyecek olması karşısında, tahkim anlaşmasının geçersiz kalmaması adına, yeniden hakem seçimine gidilebilmesi için, yine önce tarafların ortak iradesinin varlığı aranmalıdır; iddia edildiği şekliyle doğrudan ve derhâl yedek kanun hükümlerine dayanılarak hakem seçimi yapılamaz. Bunun *kanımızca*, tahkim anlaşmasıyla hakemlik sözleşmesi arasındaki fark ile de bir ilgisi yoktur. Bu noktada, yedek kanun hükümleri (HUMK m. 522/II) ile taraflar arasında varılacak anlaşma da kendi arasında, bir yarış içinde değildir (*Karş. TAŞKIN, Hakem Sözleşmesi, s. 79*). Önce taraflar arasında, başlangıçtaki yahut sonraki anlaşma araştırılmalı; böyle bir anlaşmaya varılması durumunda, hakem seçimindeki boşluk için yedek kanun hükümlerine başvurulmalıdır. Tahkim anlaşmasında, hakemin kim olacağına dair kayıt, bir sözleşme hükmü olması nedeniyle icra edilememesi durumunda, *hakemin kim olacağı konusunda* yaşanan boşluğun, taraflar arasındaki ortak irade atlanarak, doğrudan yedek kanun hükümleri ile doldurulması olası değildir. Bu bağlamda, en azında HUMK'a tabi tahkim anlaşmaları yönünden tarafların, tahkim anlaşmasının geçersiz kalmaması için, ismen belirtilen hakemin görevi icra edemeyecek olmasına rağmen, tahkim anlaşmasının geçersiz kalmayacağı yönünde, *ayrıca* anlaşmalarının gerekip gerekmediği; *kanımızca* büyük ölçüde, söz konusu sözleşme kaydının icrasında yaşanacak başlangıçtaki veya sonraki imkânsızlığın sözleşmenin tümüne sirayet edecek olup olmaması ile ilgilidir (*karş. BK. m. 20, c.2*). Milletlerarası tahkimde, kanunda düzenlenmiş açık hükümlerin varlığı nedeniyle taraflardan, bu konuda, ayrıca anlaşmaları beklenmekteyse de; iç tahkim yönünden bu, gerekli olmayabilir. Ne var ki, kısmi butlanın akdin tamamına sirayet etmeyeceği kabul edilse dahi bu sefer, hakemin kim olacağı yahut nasıl seçileceği konusunda, tarafların yine başlangıçta veya sonradan anlaşmaları gerekeceğinden ve ancak seçim konusunda uzlaşmamaları hâlinde, yedek kanun hükümlerine gidilebileceğinden, her hâlükârda, söz konusu tahkim anlaşmasını ayakta tutmak konusunda tarafların ortak iradesine, ihtiyaç duyulacaktır.

¹⁹² MELIS, *Mandatory*, s. 358; SCHWEBEL, *Three Salient Problems*, s. 144 vd. Ayrıca bkz. TAŞKIN, *Hakem Sözleşmesi*, s. 78, 79; AKINCI, s. 97, 98.

D- Aksak (Eksik) Hakem Heyeti

Milletlerarası tahkim uygulamasında, hakem heyetlerinde, özellikle hakemlerden birinin hükmü imzalamaması; yargılamalara ve hakem toplantılarına katılmaması yahut tek taraflı olarak yargılamanın belli bir evresinde istifa etmesi durumunda, *kalan hakemlerin yetkilerinin ne olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır*¹⁹³. Zira partizan (tarafgir), diğer hakemlerle işbirliği içinde olmayan bir hakemin reddi ve yenisinin atanması, yargılamayı geciktirme niyetinde olan tarafların işine yaramaktadır. Buna karşın, örneğin kalan iki hakemin, yargılamaya bu şekilde devam etmeleri, bir seçenek olarak karşımızda durmaktadır¹⁹⁴.

Hükmün, kural olarak, hakemlerce *birlikte*, heyet hâlinde verilmesi gerektiği gibi, her bir hakemin hükmün verilmesi sürecine katılması, bir temel hak olmasının yanında, adil yargılamanın da gereğidir (*açık düzenleme için bkz. Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1701/I; karşı. MTK m. 13/A/I, II*)¹⁹⁵. Savunulan bir görüşe göre, *tarafların heyet içerisinde de eşit bir şekilde temsili ya da bir başka ifadeyle hakem heyetinin oluşumunda, tarafların eşit konumda bulunmaları*, taraf-hakemlerinden sadece birinin yargılama içinde kalmasıyla *hem zedelenmekte hem de* bu durum, yani yargılamaya sadece iki hakemle devam edilmesi, tarafların hakem heyetinin üç kişiden oluşması gerektiği şeklindeki anlaşmaları ile çelişmektedir¹⁹⁶.

Taraf-hakeminin, yargılamanın tamamlanmasından ve tüm hakemlerin kararın verilmesi sürecindeki katılımlarının ardından kararı, içeriğine katılmaması nedeniyle imzalamaması hâlini, ayrıca değerlendirmek gerekir. Hükmü imzalamayan taraf hakemi, tüm yargılamaya katılmış; hükmün oluşumunda rol oynamış; etkinlik göstermiştir. O hâlde, heyetin oluşumunda; tahkikatın devamında ve hükmün verilmesinde taraf, kendi hakemi vasıtasıyla diğer taraf ile eşit konumdadır. Sadece ilgili hakemin hükmü imzadan imtina etmesi, yapılan tüm yargılamayı olumsuz bir biçimde etkilememelidir. Kaldı ki, hükmün içeriğine katılmayan tarafın muhalefet şerhi yazması da, kimi zaman mümkündür. Bu nedenlerle pek çok

¹⁹³ SOLHCHI, s. 303 vd; SCHWEBEL, *Truncated Tribunal*, s. 19 vd; Final Award of 16 October 1999, *ad hoc* arbitration, *Himpurna California Energy Ltd v Republic of Indonesia*, XXV YBCA 2000, s. 186. Ayrıca bkz. BENSUADE D., *Malecki Long Truncated Tribunals and Waivers of Dutco Right*, 23(1) J. Int'l Arb 2006, s. 81 vd.

¹⁹⁴ SCHWEBEL, *Truncated Tribunal*, s. 19. Esasen bu sorun, hakemlerden birinin vefatı, fiilen veya hukuken heyetteki görevine devam edememesi ya da başarıyla reddedilmiş olması hâlinde de gündeme gelmektedir. Ne var ki bu durumlarda, hâkim görüş, yeni bir hakemin tayin edileceği yönündedir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 323).

¹⁹⁵ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 746-749.

¹⁹⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 323; SOLHCHI, s. 304, 305. Ayrıca bkz. SZURSKI T., *The Constitution of the Arbitral Tribunal, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 332-335. Ayrıca bkz. HUSSLEIN-STICH, s. 156; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 228.

düzenlemede, **salt imza atmaktan imtina eden hakemin varlığı hâlinde**, söz konusu imza şartı, zorunlu bir unsur olmaktan çıkarılmış ve sadece neden imzanın bulunmadığı hususunun açıklanması yeterli görülmüştür (Model Kanun m. 31/I; Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1701/IV; Hollanda CCP Art. 1057/III; PIL Art. 189/II; ZPO §1052/II; 1054/I; UNCITRAL Rules Art. 34/IV; *karş. MTK m. 13/A/I, II*).

Oysa bazen, partizan bir taraf-hakemi, *çok daha önceki bir aşamada*, işbirliğinden kaçınmakta; yargılamayı sabote edebilmektedir. Hakemin, hükmün içeriği hakkındaki görüşmelerde veya tahkikatlarda yer almaması, hüküm üzerinde, herhangi bir etkisin de olmaması anlamına gelmektedir. *Bu hâliyle karar, âdeta, iki hakem tarafından verilmiş gibidir*. Paris İstinaf Mahkemesi, *ATC-CFCO v. Comilog* kararında, bu şekilde, aksak (*eksik*) bir heyet tarafından verilen kararı, heyetin usulünce teşekkül etmemiş olması nedeniyle iptal etmiştir¹⁹⁷. Mahkeme, *ATC-CFCO* hakeminin taslak hükmün kendisine bildirilmesinin ardından istifasının, tahkimi geciktirmeye ve yargılamayı sabote etmeye yönelik olduğu; anılan davranışın hakemin göreviyle bağdaşmadığı, şeklindeki iddialara itibar etmemiş ve *hakem heyetinin tahkim anlaşmasına uygun bir biçimde teşekkül edip etmediği meselesi üzerinde durarak* kararın, üyelerinden birinin bulunmadığı bir heyetçe verildiği; bunun da, **heyetin yargı yetkisinin kaynağı olan tahkim anlaşmasıyla örtüşmediği** sonucuna ulaşmıştır¹⁹⁸.

Milletlerarası tahkim uygulamasında ise artan eğilim, tahkim yargısını sabote etmeye yönelik davranışlar karşısında, *hakem heyetinin kalanının*, yargılamaya devam edebilmesinin ve hatta hüküm kurabilmesinin mümkün olması gerektiği yönündedir¹⁹⁹. İlginç bir örnek, *Himpurna California Energy Ltd v. Republic of Indonesia* davasında yaşanmıştır²⁰⁰. Endonezya devleti tarafından seçilen hakemin, yargılamanın bir evresinde, istifa etmesi üzerine, (*eksik*) heyet: Taraf-hakeminin geçerli bir mazerete dayanmayan yokluğuna rağmen heyetin, bu hâlde yargılamayı sürdürüp hüküm dahi tesis edebileceği; zira heyetin tarafların anlaşmasına da uygun bir biçimde kurulduğu; bu nedenle de *taraf-hakeminin* bulunmamasının heyetin **oluşumunda** bir sorun yaratmadığı; ancak **etkinliğine** zarar verdiği; anılan farkın ise önemli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Özellikle kararda dile getirilen ayırım sayesinde, bu hâldeki aksak heyetlerin vermiş olduğu kararlara, teorik bir temel kazandırmanın mümkün

¹⁹⁷ *Cour d'appel Paris, Agence Transcongolaise des Communications- Chemin de fer Congo Océan (ATC-CFCO) v Compagnie Minière de l'Ogooue-Comilog SA (Gabon)*, XXIV YBCA 1999, s. 281. Ayrıca bkz. **FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN**, s. 615; **WAGNER**, s. 725.

¹⁹⁸ *Karş. SCHWEBEL, Truncated Tribunal*, s. 22.

¹⁹⁹ **SCHWEBEL, Truncated Tribunal**, s. 19, 20; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 324.

²⁰⁰ Final Award of 16 October 1999, *ad hoc* arbitration, *Himpurna California Energy Ltd v Republic of Indonesia*, XXV YBCA 2000, s. 186 vd.

olduğu, savunulmuştur²⁰¹. Kaldı ki, *taraf-hakeminin* istifasının tarafların, tahkim kurumunun (ICC Rules Art. 12/I) veya mahkemenin (Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1689; Hollanda CCP Art. 1029/II) **ayrıca** rızasını gerektirdiği hâllerde, tek taraflı böyle bir tutum, hakemin görevinin hukuken de sona ermesi sonucunu doğurmamaktadır²⁰². *Bu nedenledir ki, usulünce oluşmuş hakem heyeti, fiilen olmasa bile hukuken hâlâ görevinin başındadır*. Böylece, sadece çift sayıdaki hakem sorunu çözülmekle kalmamakta; ama aynı zamanda, hükmün verilmesi bakımında oy birliğinin aranmadığı durumlarda, ilgili hüküm de kurtarılmaktadır (*karş. MTK m. 13/A/I; B/V*)²⁰³. Şu hâlde, oy çokluğu ile verilmiş bir karar ile aksak bir heyetin oy birliği ile aldığı karar arasında bir fark kalmamaktadır. Zaten, adil yargılanma (*due process*) prensibi, taraf-hakeminin hükmün oluşum sürecine etkin ve aktif katılımını değil; katılma imkânına sahip olmasını gerekli ve yeterli görmektedir (*karş. ZPO §1052/II*)²⁰⁴.

ICC Rules'a göre ise, *tahkikatın tamamlanmasının ardından* Divan, ölen ya da Divan tarafından 12/I ve II. maddelere göre görevinden alınan hakemin yerine, yeniden atama yapmayarak uygun bulduğu takdirde, kalan hakemlerin yargılamaya devam etmesine karar verebilir (ICC Rules Art. 12/V; *ayrıca bkz. LCIA Rules Art. 26.2*). Bu hâlde Divan, kalan hakemlerin ve tarafların görüşleri ile somut olayın özelliğini göz önünde bulunduracaktır²⁰⁵.

Tarafların, tahkim yargılamasına, bu ve benzeri tahkim kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış olmaları hâlinde, *her bir hakeme, yargılamaya eşit bir biçimde katılma olanağı sunulduğu ölçüde*, aksak hakem heyetlerinin yargılama yapabilmesi, yani yargı yetkilerinin bulunduğu, taraflarca daha baştan kabul edilmiş demektir. Artık, hakem heyetinin usulünce oluşmadığı sonucuna varmak mümkün değildir²⁰⁶. Bu hâlde, karşımıza iki sorun çıkabilir: Bunlardan ilki, salt bu konuyla ilgili *lex loci arbitri*'nin hükümlerinin emredici olup olmadığı;

²⁰¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 324.

²⁰² SOLHCHI, s. 313; SCHWEBEL, *Truncated Tribunal*, s. 20. *Ayrıca bkz. SANDERS, Arbitration and Conciliation*, s. 95-96.

²⁰³ SZURSKI, s. 335.

²⁰⁴ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 750; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 213; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 325. Kaldı ki, Model Kanun'un 15. maddesinin aksinin kararlaştırılması; *dolaylı olarak* aksak hakem heyetince de yargılamaya devam edilebileceği anlamına gelmektedir (HARBST, s. 91; *ayrıca bkz. HOLTZMANN/NEUHAUS*, s. 466). *Ayrıca bkz. POSTACIOĞLU*, s. 795, 796. *Karş. SZURSKI*, s. 334.

²⁰⁵ Hükmün uygulama alanı, sadece tahkikatın sona ermesinden sonra gerçekleşen durumlarla ilgili olup hüküm, daha erken bir aşamada gerçekleşen hadiseler için suskundur (DERAINS/SCHWARTZ, s. 195; *ayrıca bkz. BLESSING*, s. 101; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 750; SZURSKI, s. 333).

²⁰⁶ Taraflar arasında, tam aksi yönde, bir anlaşma da olabilmektedir. *Quorum* ilkesine göre taraflar, karar çoğunluğu içerisinde, mutlaka, kendilerince seçilen *taraf-hakemlerinin* de bulunmasını şart koşabilirler. Bu hâlde, aksi yöndeki bir çoğunluğun alacağı kararı, geçerli kabul etmek olası değildir. Aslında günümüzdeki sorun, böyle bir açık anlaşma hükmünün bulunmadığı hâllerde, benzer bir ilkenin, taraflar arasında geçerli olup olmadığıdır. Kararın çoğunlukça alınacağına ilişkin hükümler, bir görüşe göre, söz konusu açıklığı sağlamaya, yetmemektedir (SOLHCHI, s. 309-310; SCHWEBEL, *Three Salient Problems*, s. 280). *Karş. BENSUADE, Truncated Tribunal*, s. 84; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 100.

yani tahkim kuralları ile değiştirilip değiştirilmeyeceğidir (*karş. MTK m. 13/A/I, II; 7/A/I, son cümle*). İkincisi de madem ki asıl olan, her hakemin karar verme sürecine fiilen de katılımıdır; bunun böyle olmadığını; yani taraf-hakeminin çeşitli nedenlerle de olsa bu sürece *kendisinin* katılmadığının nasıl ispatlanacağıdır²⁰⁷. İstifa, bu duruma, açık bir örnek teşkil etmektedir; ancak somut olay, her zaman böyle olmayabilir. Diğer hakemlerin kendi aralarında anlaşıp üçüncü hakemi devre dışı bırakmak için onu, hükmün verilmesi sürecine dâhil etmemesi hâlinde, bu durumun nasıl ispatlanacağı, oldukça zor bir meseledir. Gerçi böyle bir örnek, yukarıda sözü edilen, eksik hakem heyetlerine ilişkin yaşananların tam aksi yönündedir. Ne var ki, eksik heyetlere tanınacak hareket serbestisi genişledikçe, bu sefer de hakemlerden birinin katılmak istemesine rağmen, diğer iki hakemce yargılama sürecinden dışlanabilmesine zemin hazırlanmış olmaktadır²⁰⁸.

Milutinovic davasında tahkim, Libya'da inşaat işi için kurulan bir konsorsiyum ile ilgilidir. Konsorsiyum sözleşmesi, “*ICC Arbitration in Zurich*” kaydını taşımaktadır. Tüm bir tahkikatın tamamlanmasının ardından davalı, davalı taraf tanıklarından bazılarının yeniden dinlenmesini istemiş; talep oy çokluğu ile reddedilmiş ve bunun üzerine karara katılmayan *taraf-hakemi* istifa etmiştir. Kalan iki hakem, verdikleri “*partial award*” kısmi karar ile ICC Divanı'na da istifanın kabul edilmemesi üzerine (ICC Rules Art. 12/I), işbirliğine yanaşmayan hakemin hâlâ heyetin bir üyesi sayıldığı; bu nedenle de heyetin oluşumu konusunda bir eksikliğin bulunmadığına hükmetmişlerdir. Zira aksi yöndeki bir durumun gerçekleşmesi, yani taraf-hakeminin görevinden alınıp yargılamaya yeni bir taraf-hakemi ile devam edilmesi, sona ermekte olan bir tahkim yargılamasının gerek tarafça gerekse taraf-hakemince tekrar sabote edilmesine imkân hazırlayacak ve tahkikatın yeniden başlatılmasına karşı çıkan tarafın bu hakkının zorla elinden alınması, anlamına gelecektir. *Böyle bir olasılık ise tahkimin güvenilirliğinin zedelenmesi ve uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla*

²⁰⁷ **SOLHCHI**, s. 305-306. *Ayrıca bkz. YEĞENGİL*, s. 314; **ÖZBAY**, s. 164; 11. HD. 02.10.1975, 2842/5417, (YKD, 1977/3, s. 381); 15. HD. 27.11.1990, 2769/5089, (**ERTEKİN/KARATAŞ**, s. 231, 264). “...HUMK.’nun 531. maddesi gereğince hakemler ekseriyetle karar verebilir iseler de, bu ekseriyet hakem heyetinin tam olarak teşekkülü üzerine meydana gelen ekseriyet olup, yoksa üç hakemden ikisinin birleşmesi ve üçüncü hakemin yokluğu ile noksan heyetle verilen kararın ekseriyetle verilmiş bir hakem kararı sayılması hukuken ve kanunen mümkün değildir. Bu durumda, ortada hukuken geçerli bir hakem kurulu kararı mevcut olmayıp, yokluk ifade eden böyle bir karar bozulmalıdır...” 15. HD. 8.3.1983, 2519/485 (**KOSTAKOĞLU**, s. 254).

²⁰⁸ İsveç Tahkim Kanunu §30’a göre, geçerli bir mazereti olmadığı hâlde ilgili hakemin, uyuşmazlığın çözümünde, heyet içinde yer almaması, heyetin hüküm kurmasını engellemeyecektir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, hükmün verilmesine *katılan* çoğunluk hakemlerce açıklanan karar, geçerlidir. Çoğunluk sağlanamıyorsa başkanın reyî üstündür (*ayrıca bkz. ZPO §1052/II; PIL Art. 189/II*). Şu hâlde, yapılmak istenen, katılmamak yoluyla heyetin oluşumunun sakatlanmasına mâni olmak; *lack of participation=not properly composed* eşitliğini bozmaktır. *Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN*, s. 749, 750; **SCHWEBEL**, *Three Salient Problems*, s. 296; **SCHWEBEL**, *Truncated Tribunal* s. 20-22.

çözümüne duyulan ihtiyacın görmezden gelinmesi, sonucunu doğuracaktır²⁰⁹. Ne var ki, karar İsviçre Federal Mahkemesi'nce yargısal temel hakların ihlali nedeniyle iptal edilmiştir: Kararın verildiği esnada *heyet*, hakemlerden birinin katılımı olmadığından usulüne uygun teşekkül etmemiş olup taraflar arasındaki eşitlik böylelikle zedelenmiştir. Hükmün heyet hâlinde oluşturulması asıldır; bu da taraflar için yargısal bir temel haktır²¹⁰.

Öğretide, *Concordat* rejimine tabi bu kararın *hem* o dönemde, milletlerarası tahkim alanındaki yaygın inanışla örtüşmediği *hem de* bir benzerinin bugünkü İsviçre hukuku bağlamında tekrarının son derece tartışmalı olacağı, ileri sürülmüştür²¹¹. Tartışmaya açılan nokta, özellikle somut olayın da özelliği dikkate alındığı tarafın, taraf-hakeminin istifasının ardından *ne* tabii hâkiminden mahrum bırakıldığıdır *ne de* tarafsız ve bağımsız olmayan bir heyetçe yargılandığıdır: Hakem heyeti, usulünce teşekkül ettiği gibi, yargılama da anılan heyetçe sürdürülmüş ve tamamlanmıştır. Dahası, taraf-hakeminin kendisi, istifa ederek heyetin oluşumunu bozmuştur. Tarafın kendisinin, gerek heyetin oluşumunda gerekse yargılamanın devamında diğer tarafa nazaran daha gayriadil bir durumda bırakıldığını söylemek güçtür; en azından oluşan durumun karşı taraftan kaynaklandığı söylenemez. Kalan hakemlerin ise salt bu nedenle tarafsız ve bağımsız olmadıklarını ya da kalamayacaklarını iddia etmek, mümkün değildir. Zira içinde *taraf-hakemi* de olsa heyetin kalanının tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları, asıldır. Tarafsızlık ve bağımsızlık fikri, *taraf-hakemlerinin* her ikisinin de heyet içinde bulunması nedeniyle sağlanmamakta; korunmamaktadır. *Taraf-hakeminin heyetin yapacağı tahkikata ve müzakerelere katılma hakkı, şansı ve imkânı olduğu ölçüde, yargılama makamı usulünce teşekkül etmiş; yargılamayı yürütmüş ve sonuçlandırmış sayılmalıdır*²¹².

Paris İstinaf Mahkemesi'nin 2005 yılında, *Malecki v. Long* kararında, varmış olduğu sonuç, bir yönüyle dikkat çekicidir. Tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar arasında, aksak hakem heyetlerinin yargılamaya devam edebileceği düzenlense ve tarafların anılan kurallar üzerinde de anlaşmış oldukları²¹³ kabul edilse dahi bu, tarafın, özellikle hakeminin istifa ettiği konusunda bilgilendirilmesine mâni olmadığı gibi, yeni hakem atayabilmesi

²⁰⁹ Kararda hakemler, açıklıkla tüm tahkikatın, *gerek* delillerin toplanmasının *gerekse* duruşmaların heyetin tamamınca sürdürüldüğü ve tamamlandığı hususlarına dikkat çekmişler; daha önceki herhangi bir aşamada, böyle bir durumun gerçekleşmiş olması hâlinde ise aynı sonuca ulaşıp ulaşılamayacağını şüpheli olduğunu ifade etmişlerdir (ICC Case No. 5017, *Ivan Milutinovic PIM v. Deutsche Babcock AG*). Kararın geniş değerlendirmesi için bkz. SCHWEBEL, *Truncated Tribunal*, s. 22 vd. Ayrıca bkz. SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 176; KAPLAN, *Usul*, s. 157.

²¹⁰ Karar, doğrudan İHAS'ın 6. ve İsviçre Anayasası'nın 58. maddelerine (*tabii hâkim ilkesi*) göndermede bulunmuş olması nedeniyle de ilgi çekicidir. *Kararın eleştirisi ve benzer yöndeki gerekçeler için bkz. SCHWEBEL, Truncated Tribunal*, s. 25, 27; SCHWEBEL, *Three Salient Problems*, s. 161 vd. Karş. SZURSKI, s. 334-335; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 100.

²¹¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 328. Ayrıca bkz. SCHWEBEL, *Truncated Tribunal*, s. 28, 29.

²¹² SCHWEBEL, *Truncated Tribunal*, s. 28-30. Karş. SZURSKI, s. 334, 335.

²¹³ Ayrıca bkz. HARBST, s. 91.

konusunda gerekli hukuki dinlenilme hakkının tanınmasına da engel değildir. Söz konusu tahkim kuralları üzerinde anlaşılması, tarafın, *hakem heyetinin teşekkülünde diğer taraf ile eşit koşullar altında olması* şeklindeki yargısal temel hakkından baştan feragat ettiği şeklinde, yorumlanamaz. Kalan hakemlerin yargılamaya devam edebilmeleri yetkisi, aynı hakemlerin, hakemi istifa etmiş yahut yargılamaya katılmayan tarafı, *-yargılamalara katılmasa dahi-* anılan durumdan haber etmeyebilmeleri anlamını, taşımaz. Mahkeme, her ne kadar, kararında, *aksak hakem heyetlerinin Dutco* içtihadı ile çelişmediği sonucuna varmışsa da; böylece yargılamaya devam edilebilmesi için dahi tarafa, sahip olduğu sair hakları kullanabilmesi bakımından gerekli hukuki dinlenilme hakkının tanınması, şarttır²¹⁴.

²¹⁴ Karar metni ve ayrıntısı için bkz. **BENSUADE**, *Truncated Tribunal*, s. 85-86, 92-93. Ayrıca bkz. **KAPLAN**, *Usul*, s. 156.

Ş13 MİLLETLERARASI TAHKİMDE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ VE MAHKEMELERİN ROLÜ

I- Genel Olarak

Asıl yargılamanın başlaması ve söz konusu faaliyetinin hükümle bitmesi arasındaki süre farkı, tarafın, hukukça korunmasına kesin olarak karar verilen hak ve menfaatlerinin etkin bir biçimde korunmasına, kimi zaman, engeldir. Bu sürede, davanın konusu veya onu ispatlayacak deliller ortadan kalkabileceği gibi, nihai hükümle dahi telafi edilemeyecek, onarılamayacak zararlar gerçekleşebilir. Yargılamanın diğer tarafı, hükmü etkisiz ve manasız kılmak için davanın konusu üzerinde tasarrufta bulunabilir; kendi mal varlığını eksiltip hükmün fiilen icra edilememesi gibi bir sonucun gerçekleşmesine, neden olabilir. *Geçici hukuki koruma tedbirleri, bu zaman aralığında doğması muhtemel olumsuz sonuçları gidermek; asıl ve nihai hukuki korumanın elde edileceği ana kadar yukarıda anılan olumsuz sonuçlara dair riskin taraflar arasında dağıtılmasını, daha doğru bir ifadeyle söz konusu riskin geçici hukuki koruma tedbirini talep eden taraftan diğer tarafa aktarılmasını sağlamak, amacındadır*²¹⁵.

Geçici hukuki koruma tedbirleri, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sona erdirilmesinden önce ve bu yolda geçecek süre içinde, tarafların hak ve menfaatlerin korunması amacına yönelik bir hukuki çare olup gaye, yargılama süresince tarafların, yargılama nedeniyle de zarara uğramalarının önüne geçmektir. Nihai hukuki korumanın, kimi zaman ancak bu sayede anlamlı, etkin, işlevsel ve değerli olduğu konusunda tereddüt duyulmamalıdır²¹⁶.

Milletlerarası tahkim uygulamasında, geçici hukuki koruma tedbirlerinin yeri, önemi; şayet mümkün görülmesi hâlinde içeriği; nasıl hükme bağlanacakları; icrası; bu esnada mahkemelerin yardım ve denetimi; milletlerarası tahkimin gerçekten de böyle bir hukuki çareye ihtiyaç duyup duymadığı; tahkimin hukuki niteliği ile örtüşüp örtüşmediği; bütün bu

²¹⁵ **HOLTZMAN/NEUHAUS**, s. 542; **YEŞİLİRMAK A.**, Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 11(1) ICC Bulletin 2000, s. 31; **YEŞİLİRMAK A.**, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, 2005, s. 2-3; **JARVIN S.**, Is Exclusion of Concurrent Court's Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced by a Revision of The Convention? 6(1) J. Int'l Arb. 1989, s. 171, 172; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 586; **von SEGESSER G/KURTH C.**, Interim Measures, *Chapter 5*, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004, s. 69, 70; **ÜSTÜNDAĞ**, *İhtiyati Tedbirler*, s. 10 vd; **ÖZEKES**, *İhtiyati Haciz*, s. 36; **PEKCANİTEZ H.**, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 115; **ÖZSUNAY E.**, Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların "Uluslararası Tahkimle İlgili Düzenlemeler"inde Geçici ve Koruyucu Önlemler, İBD 2003/2, s. 266 vd; **PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 618, 619.

²¹⁶ **CREMADES M. B.**, Is Exclusion of Concurrent Courts' Jurisdiction over Conservatory Measures to be Introduced through a Revision of the Convention, 6(3) J Int'l Arb 1989, s. 105, 106; **BÖSCH A.**, The Problem of Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, ed. Alex Bösch, Berlin, 1994, s. 3-4; **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 5; **ÖZEKES**, *İhtiyati Haciz*, s. 38, 39.

meselelerle ilgili ortaya çıkan sorunlar ve özellikle düzenlemeler bağlamında yaşanan farklılıklar, çoğu kez, geçici hukuki koruma tedbirlerinin kendilerine özgü niteliklerden kaynaklanmaktadır. Geçici hukuki koruma tedbirlerinin zaman açısından bir sınır içerdiği kuşkusuzdur. Nihai hukuki korumanın başladığı, etkinlik kazandığı ana kadar, geçici hukuki koruma tedbirine gereksinim duyulur. Geçici hukuki koruma, asıl davada olduğu gibi taraflar arasındaki uyuşmazlığı, geleceğe yönelik olarak kesin şekilde çözmeyecektir. Öyleyse, mantıksal olarak, nihai hukuki korumanın yerini tutmamalı; onu aşmamalı ve fakat etkin ve işlevsel kılarak tamamlamalıdır²¹⁷. Geçici hukuki koruma tedbirine karar verebilmek, yani erken dönemde, tarafların hak ve borçları üzerinde etki edebilmek için de bir nedenin, gerekliliğinin; eş deyişle aciliyetin olması gerekir. Kısaca nihai hukuki korumayı beklemenin ve onunla yetinmenin bir risk olduğu durumda, geçici hukuki tedbirler, meşruiyet kazanır²¹⁸.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin zamana bağlı olan özelliği; yani bir anlamda *geçiciliği*, beraberinde değiştirilebilmelerini; kaldırılarak sona erdirilebilmelerini, mümkün kılar²¹⁹. Bu tip bir hukuki çareyi gerekli kılan aciliyet unsuru ise nihai hukuki korumadan farklı olarak, en azından başlangıçta, *-hukuki dinlenilme hakkının sonradan tanınması şartıyla-* yargılamanın diğer tarafının yokluğunda (*ex parte*) geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilebilmesini, mümkün kılmaktadır²²⁰.

Tahkimle geçici hukuki korumanın çakıştığı noktada, iki özelliğinin ortaya çıktığı söylenebilir²²¹. Bunlardan ilki, hakemlerin *imperium* yetkisinin olmamasıdır²²². Yargı yetkisine sahip özel kişilerden başka kimse olmayan hakemlerin, verilen kararların cebren icrası sırasında da, mahkemelerle aynı konumda olması, beklenmemelidir; tarihsel olarak da böyle bir işlevin hakemlere yüklenmediği, görülecektir²²³. Ancak *kanımızca* söz konusu özellik, hakemlerce anılan nitelikleri haiz bu tip bir kararın verilmesiyle taraflar üzerinde yarattığı etki yani *bağlayıcılık* bakımından, bir güçlük yahut eksiklik yaratmamalıdır²²⁴.

²¹⁷ **BOND S. R.**, The Nature of Conservatory and provisional Measures, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, ICC Publication No. 519, 1993, s. 9-10; **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 6, 7. Ayrıca bkz. **ÖZEKES**, *İhtiyati Haciz*, s. 38, 39; **YILMAZ E.**, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara, 2001, s. 37.

²¹⁸ **BOND**, *Provisional Measures*, s. 18; **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 7.

²¹⁹ **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 7.

²²⁰ **REDFERN A.**, Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection-Is the Tide About to Turn?, 30 Texas Int'l Law J 1995, s. 79; **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 7. Ayrıca bkz. **SCHEEF H-C**, Der einstweilige Rechtsschutz und die Stellung der Schiedsrichter bei dem Abschluß von Schiedsvergleichen nach dem deutschen und englischen Schiedsverfahrensrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2000, s. 34-38.

²²¹ **REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES**, s. 333-336.

²²² **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 8.

²²³ **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 8.

²²⁴ Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, hükmedildikleri andan itibaren, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde *nihaidir, kesindir*; koşullar değişmediği veya kaldırılmalarını gerektiren başkaca nedenler olmadığı

Verilen herhangi bir türdeki geçici hukuki koruma tedbirinin *lex arbitri* ve özellikle de *lex fori* yönünden cebren icrası kaçınılmaz da görülse, salt bu durum, anılan kararın tarafları hukuken de bağladığı gerçeğini değiştirmemektedir. Varmak istediğimiz sonuç, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi ve bu esnada yapılmakta olan yargılama ile bunların cebrî icrası sırasında yaşananların birbirinden farklı olduğu, gerçeğidir. Özellikle milletlerarası tahkimde, (*geçici hukuki koruma tedbirleri için yapılan acele muhakemeler de dâhil olmak üzere*) yapılan yargılamalar, ne kadar esnek; *lex fori*'den ne kadar bağımsız olursa olsun ve her bir *forum* için farklı anlam ve değer taşısa da; cebrî icra, *lex fori*'yle o kadar sıkı, yoğun ve katı bir ilişki içindedir. Kısacası yapılan yargılama, her bir forum için ayrı ayrı anlamlar ifade ederken; cebrî icra, sadece tek bir ülke içindir ve yalnızca onun için bir anlam ifade etmektedir.

Hakemlerce verilen böyle bir yargı kararının, tarafları bağladığında tereddüt duyulmamalıdır. Bu son özellikten hareket edilerek tahkimin nispiğini, bir kez daha yinelemek gerekir. Anılan özelliğin, tahkimin sözleşmesel niteliğinden kaynaklandığını söylemek mümkünse de, *kanımızca* böyle bir sonuç, özlenen ve beklenen ayrımı ortaya koyamamaktadır. Zira bir *yargılama* da ancak tarafları için geçerli ve bağlayıcıdır. Yargılamaya taraf olmayan kimseler için herhangi bir karar verilemez, hüküm kurulamaz. Ne var ki verilen kararın cebrî icrası sırasında, yargılamaya taraf olmayan kimselerin hukuki durumları da, söz konusu cebrî icra nedeniyle çoğu kez de olumsuz yönde etkilenebilmektedir²²⁵. Böyle bir sonucun, milletlerarası tahkimde yerinin olmadığını ve hatta salt bu gerçeği dikkate alarak, kimi geçici hukuki koruma tedbirlerinin tahkime uygun düşmediğini söylemek, *kanımızca* mümkün olmamalıdır²²⁶. Çünkü zaten, böyle bir durumun, tahkimle tahkim yargılamasıyla bir ilgisinin olmadığını kabul etmek gerekir. Tahkimin, yargı yetkisini haiz hakemlerin, *tıpkı mahkemeler gibi* sadece taraflar için hükmetmiş olduğu/emrettiği bir geçici hukuki koruma tedbirinin cebren icrası sırasında yaşanacaklarla

sürece, aksi yönde başkaca kararlara konu olmaları, mümkün değildir. Söz konusu kararların bağlayıcılığı, böyle bir hukuki çareyi, etkin kılan unsurlardandır (YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 8, 14). *Ayrıca bkz. §11, II, C, 2, b, iii, β, γ; §13, IV.*

²²⁵ YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 8.

²²⁶ Milletlerarası tahkimde, hangi türdeki geçici hukuki koruma tedbirlerinin geçerli olduğu, daha ziyade, somut olayın özelliğiyle ve *hakemlerin* geçici hukuki koruma tedbiri ile korunmak istenen menfaat hakkındaki düşünceleriyle ilgilidir. Sorunun çözümünde etkili bir diğer unsur da hiç şüphesiz ki, çeşitli yollarla tahkime etki eden veya edecek olan millî hukuk sistemleri ile ülke mahkemeleridir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 586; REDFERN, s. 71)

değerlendirilmesi doğru değildir. Cebri icra safhasının, milletlerarası tahkimle bir bağlantısı olamaz; zira hakemlerin bu sahada bir etkisi, katkısı yoktur²²⁷.

Milletlerarası tahkimde, bu konuyla ilgili olarak “*provisional-interim measures*”, “*protective-conservatory measures*”, “*precautionary measures*”, “*holding measures*”, “*preliminary injunctive, urgent measures*”, şeklinde çok değişik ifadeler kullanılmaktaysa da²²⁸ tezimiz içerisinde, daha genel olan ve sadece belli bir işlevi hedef almaksızın *geçici hukuki koruma tedbiri* ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

Bir görüşe göre, uyuşmazlığın *kimi zaman* esasını belirleyici niteliği; *kimi zaman ise* bizzat uygulanması ile gündeme gelebilecek telafisi imkânsız zararlar ve hatta belki de diğer tarafı yıldırma kastıyla saldırgan amaçlı kötüye kullanımı, özellikle milletlerarası tahkimde, geçici hukuki koruma tedbirlerinin uygulama alanını daraltmış ve istisnai durumlarla sınırlandırmıştır²²⁹.

Milletlerarası tahkimde, geçici hukuki koruma tedbirleri ile ilgili, ön plana çıkan, bir kaç soru bulunmaktadır: Geçici hukuki koruma tedbirlerine, *kim* tarafından (hakemlerce mi, yoksa mahkemelerce mi veya her ikisi tarafından da mı) karar verilebilir? Milletlerarası tahkim alanında, *hangi tür* geçici hukuki koruma tedbirleri geçerlidir? Hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirleri, *kim* tarafından; *nasıl* uygulanmalıdır; *icrası* nasıl olmalıdır²³⁰?

II- Hakemlerce Geçici Hukuki Himaye Tedbirlerine Hükmedilmesi

A- Genel Olarak

Uyuşmazlığın esası hakkında, tahkim anlaşmasına dayanılarak yapılan yargılama yanında, geçici hukuki koruma tedbirlerine de karar vermek gerektiğinde, kimlerin yetkili olduğu konusunda, akla hemen mahkemeler ve hakemler gelmektedir. *Hakemlerce* geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilip hükmedilemeyeceği konusu, öncelikle *hakemlerin yargı yetkileriyle ilgilidir* ve tarafların iradesine, tahkime uygulanacak kurallara ve ilgili millî

²²⁷ SANGIORGIO D., Der vorsorgliche Rechtsschutz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach der Art. 183 IPRG, Zurich, 1996, s. 40-50.

²²⁸ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 8, 9. Ayrıca bkz. BOND, *Provisional Measures*, s. 10; FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 709; ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 40; ÖZSUNAY, s. 267.

²²⁹ LEW M. D. J., Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases, 11(1) ICC Bulletin 2000, s. 23; BERGER, s. 336; BÖSCH, s. 4, 5. Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 116.

²³⁰ GOSWAMI L., Interim Relief: The Role of the Courts, International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series No. 10, 2001, s. 111. Ayrıca bkz. BERTI V. S., Art. 183, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 428.

hukuka, yani kısaca, *lex arbitri*'ye bağlıdır²³¹. Şayet böyle bir otoritenin varlığı kabul edilecek olsa bile, hangi tür geçici hukuki koruma tedbirlerine; hangi şartlar ile karar verileceği, her somut uyuşmazlıkta değişebilecek tahkim anlaşmasına; hakemlerin yapısına; uyuşmazlığın tipine ve nihayetinde uygulanacak hukuka (*özellikle de tahkim yeri hukukuna*) göre değişecek ve gelişecektir²³². Ancak sorulması gereken sorular, bunlarla bitmemektedir: Hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek konusunda, acaba münhasır bir yargı yetkilerinin mi olduğu (*karş.* ICSID Convention Art. 26, 47; ICSID Arbitration Rules 39/V); mahkemelerin ne zamana kadar yahut hangi şartlar altında, tahkim anlaşmasına veya yargılamasına rağmen geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebileceği; tarafların salt geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, hakemler ve mahkemeler dışında kimi üçüncü kişi yahut kurumları yetkilendirip yetkilendiremeyeceği, *kısaca*, bu tip hizmet veren kurumlar lehine yapılan anlaşmaların sıhhati, hep cevap bekleyen sorular olmaktadır²³³.

Hakemlerin, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek yönünden, gereken otoriteyi, tarafların aralarındaki anlaşmada bulması, akla gelen ilk olasılıktır. Bu durum, taraflarca doğrudan tahkim anlaşmasında kararlaştırılmış olabileceği gibi; dolaylı olarak, hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmesini mümkün kılan tahkim kuraları üzerinde anlaşılması hâlinde de gerçekleşebilir. Kaldı ki, tahkime uygulanacak hukukun da özellikle *lex loci arbitri*'nin de hakemlere, aynı yönde bir otoriteyi tanınması mümkündür (**MTK m. 6/II**). Yargı yetkisi ve kaynağı, sıklıkla bir usulî mesele olarak algılandığından, *münhasıran* tahkime uygulanacak hukuka (*lex arbitri*'ye) göre belirlenir ki, bu da çoğu kez, tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitri*) olmaktadır²³⁴. Ancak asıl mesele, özellikle geçmiş dönemde, çoğu zaman, yargı yetkisinin kaynağı olarak görülen millî hukukların, geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, herhangi bir yetkiyi, *hakemlere* açıkça tanımamış olması

²³¹ **BUCHMAN B. L.**, *France*, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, *ed.* Alex Bösch, Berlin, 1994, s. 257. Ayrıca bkz. **BANDEL S.**, Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, München, Zulässigkeit und Wirkungen schiedsrichterlicher und gerichtlicher einstweiliger Maßnahmen gemäß den Bestimmungen des SchiedsVfG, München, 2000, s. 13, 14; **PEKCANITEZ**, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 119.

²³² **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 587; **LEW**, *Interim and Conservatory Measures*, s. 25; **YEŞİLIRMAK**, s. 32; **YEŞİLIRMAK**, *Provisional Measures*, s. 48. **BERAUDE J. P.**, Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals, A Comparison with the Republic of Congo Pre-Arbitral Referee Case, 22(3) J. Int'l Arb. 2005, s. 254; **WIRTH M.**, Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, 18(1) *ASA Bulletin* 2000, s. 31-32; **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 132.

²³³ **YEŞİLIRMAK**, *Provisional Measures*, s. 48 vd.

²³⁴ **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 588; **REDFERN**, s. 81, 82; **HAUSMANIGER C.**, The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration? 7(1)ICSID Review-FILJ, 1992, s. 92-95.

nedeniyle salt tahkim anlaşmasına dayanılarak (*voluntas partium facit arbitrum*) bu yönde bir karar verilmesinin mümkün olup olmadığı²³⁵.

Oldukça uzun bir süre, geçici hukuki koruma tedbirlerine, *yalnızca* mahkemelerce hükmedilebilmiştir (*Concordat* Art. 26; *karş.* PIL Art. 183)²³⁶. Örneğin, 1893 yılında verilen *Reichsgericht* kararı, çok da gerekçe içermeksizin, hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek yönünden yargı yetkisi sahibi olmadığı, sonucuna ulaşmıştır²³⁷. Ne var ki, 1972 yılında, Hamm İstinaf Mahkemesi, anılan içtihattan ayrılmış; mahkemelerin *ancak* hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine nasıl hükmedileceği konusunda herhangi bir kuralın taraflar arasında doğrudan veya dolaylı olarak kararlaştırılmamış olması yahut bu konuda hakemlerce bir sonuca ulaşılmasının fiilen mümkün olmaması veya uygun düşmemesi hâlinde, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebileceği, içtihat edilmiştir²³⁸. Oysa öğretilde, uyuşmazlığın esası hakkında nihai ve bağlayıcı karar verme yetkisi ile donatılmış hakemlerin, bu yolda ve geçecek süre içinde, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından da *tabii hâkim* statüsünde oldukları ileri sürülmüştür²³⁹. Lakin aksi yöndeki bir sonucun ardında, çoğu kez, tahkime özgü, *pratik* nedenler bulunmaktadır: Tahkimde, geçici hukuki koruma tedbirlerine diğer tarafın yokluğunda hükmedilip hükmedilemeyeceği bir sorundur. Bu konuda karar verebilmek için öncelikle teşekkül etmiş bir hakem heyeti yahut

²³⁵ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 54, 56 vd; BERGER, s. 331; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 530. Kimi içtihatlarda hakemler, bu yöndeki otoritelerinin kaynağı konusunda, herhangi bir *millî* hukuka gönderme yapma ihtiyacı hissetmemişlerse de; bu şekilde göz ardı edilemeyecek bir diğer millî hukuk da söz konusu geçici hukuki koruma tedbirinin icra edileceği yer hukukudur (LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 26).

²³⁶ Anılan sonuç, Avusturya hukukunda, bugün hâlâ geçerlidir (LIEBSCHER/SCHMID, s. 566).

²³⁷ RG, RGZ 31, 370, 374 vd. Aynı sonuç, daha sonraları Alman Federal Mahkemesi tarafından da teyit edilmiştir (BGH, ZPZ 71, 427, 436). Ayrıca bkz. SCHWAB K. H., *Einstweiliger Rechtsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit*, Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, s. 631-633.

²³⁸ OLG Hamm, MDR 6/1972, 521, 522; KÜHN W., *Vorläufiger Rechtsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit*, Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Band 1, Heidelberg, 1987, s. 48, 49.

²³⁹ KESSEDDJIAN, s. 7; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 49. Öğretilde, aksi yönde görüşler de vardır: Tarafların mal varlığı değerleri üzerinde, derhâl ve doğrudan etki gösterebilecek bu tip kararların, ancak mahkemelerce verilebileceği ileri sürülmüştür. Hakemlerin cebrî icra gücünden yoksun olmaları, bu konuda, sıklıkla başvurulacak gerekçeler arasındadır (BÖSCH A., *Germany, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook*, ed. Alex Bösch, Berlin, 1994, s. 278, 279). Tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlıkların ancak tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri yahut sulh olup anlaşabilecekleri konulardan olması da, anılan meselede, bir gerekçe teşkil etmiştir. Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin yargılamanın, uyuşmazlığın esasından ayrı olması ve konusunun da tarafların subjektif hakkıyla alakalı olmaması, bu tip yargılamaları tahkime elverişli olmaktan çıkarmaktadır (SCHWAB, *Einstweiliger Rechtsschutz*, s. 638-641). Zaten, başta ihtiyati haciz olmak üzere, diğer türdeki geçici hukuki koruma tedbirleri de, örneğin ZPO'nun *icraya* ilişkin kısmında, düzenlenmektedir. Kaldı ki tahkim anlaşması, *ex parte* de hükmedilebilen geçici hukuki himaye tedbirlerine imkân vermeyecektir. İlk görünüş ispatı ile yetinilen geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, ancak tam ispat ile bağlı olan hakemlerin yargı yetkisi sahibi olmaları, beklenmemelidir (KÜHN, s. 61). Oysa *Brinkmann* taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü konusunda yetkili olan hakemlerin, geçici hukuki korumayı gerektirecek çekişme konusunda da yetkili olduklarını; geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin yargılamanın ve konusunun uyuşmazlığın esasından ayrılamayacağını; kaldı ki, etkin hukuki korumanın da bunu zorunlu kıldığını, ileri sürmüştür (BRINKMANN G., *Schiedsgerichtsbarkeit und Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes*, Berlin, 1977, s. 41, 52).

seçilmiş bir hakem gerekir. Kaldı ki, söz konusu kararın *rızaen* yerine getirilmemesi hâlinde, hakemlerin veya yardımına ihtiyaç duyulacak mahkemelerin neyi veya neleri, ne kadar yapabileceği, başlı başına belirsizlikler ve sorunlar yumağıdır²⁴⁰. Bugün için dahi “Hakemler, haciz ve diğer hiçbir geçici hukuki himaye tedbirine hükmedemez” şeklindeki hukuk kurallarına, millî hukuk sistemlerinde rastlanmaktadır (İtalyan Usul Kanunu m. 818)²⁴¹. *Ne var ki eğilim, artık aksi yöndedir*²⁴².

Tahkimin de bir yargılama olduğu hatırlandığında, yargılama sonunda verilecek kararın icrasının bir anlam ifade edebilmesi; yargılama süresince taraflar arasındaki mevcut durumun, yargılamada geçecek süreden olumsuz yönde etkilenmemesi ve hiç olmazsa bir yargılamanın kaçınılmaz, zorunlu unsurlarından olan delillerin muhafazası bakımından kural olarak, tahkimle devlet yargısı arasında bir fark olmamalıdır. Tahkimin aleyhine gerçekleşecek her fark, tahkimin özellikle de milletlerarası alanda etkisini, işlerliğini ve güncelliğini, yitirmesine neden olacaktır²⁴³. En azından *mantığın bir gereği olarak*, uyuşmazlığın esası hakkında karar verebilenlere, geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda güvenmemek; bu konuda onları, etkisiz ve yetkisiz bulmak, mümkün olmasa gerek²⁴⁴.

Geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedip hükmetmeme; hükmedilecekse hangi türünün dikkate alınacağı sorularının cevaplanabileceği en uygun yer, *uyuşmazlığın esasının da görüldüğü*, tahkim yargılamasıdır. *Şayet*, hakem heyeti teşekkül etmiş ve uyuşmazlığın esası hakkında yargılamaya başlanmış ise *hakemler*, çekişmenin hukuki ve fiilî boyutları hakkında çok daha bilgili ve donanımlı olacakları gibi, uyuşmazlığın sonunda, kim veya kimlerin daha ziyade haklı çıkacağı ve hükmedilecek geçici koruma tedbirlerinin olası etkilerinin ne olacağı konusunda, daha sağlıklı bir değerlendirme yapma imkânına sahiptirler. Kaldı ki hakemler, talep edilen geçici koruma tedbirinin diğer tarafı yıldırım ve sıkıntıya

²⁴⁰ KÜHN, s. 48, 50; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 9, 10. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 588; LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 24; HAUSMANIGER, s. 87-91; KARRER A. P., *Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please, International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, ICCA Congress Series No 10, 2001, s. 97; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 235; PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 116, 117.

²⁴¹ RUBINO-SAMARTANO, s. 620 vd.

²⁴² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 589; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 50; SCHWAB, *Einstweiliger Rechtsschutz*, s. 628 vd; BRINKMANN, s. 1 vd; PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 117, 118. *Karş. Sempozyum*, s. 117.

²⁴³ BOND, *Provisional Measures*, s. 9-10. Tahkimin geçerli bir usul olduğu kabul edildiğine göre, *etkin ve sağlıklı* adaletin tecellisi bakımından geçici hukuki koruma tedbirleri yönünden, tahkimle devlet yargısı arasında bir fark olmamalıdır (PLUYETTE G., *A French Perspective, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, ICC Publication No. 519, 1993, s. 73, 74).

²⁴⁴ KARRER, s. 98. Ayrıca bkz. BERGER, s. 348; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 589.

sokmak amacıyla kötüye kullanım kastını içerip içermediğini veya yargılamayı geciktirmek, oyalamak için talep edilip edilmediğini anlayabilecek en uygun konumdadırlar²⁴⁵.

B- Hakemlerce Hükmedilecek Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri Hakkındaki Düzenlemeler

Hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmesi bakımından, millî hukuklar nezdinde geçerli, üç ana eğilim, bulunmaktadır:

- a) Aksi kararlaştırılmadığı sürece hakemlere, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmek bakımından, geniş bir takdir yetkisi tanınmalıdır;
- b) Belli tipteki geçici hukuki korumalara hükmedebilmek yönünden hakemler, otorite sahibi olmakla birlikte; *diğer bir kısım* için tarafların anlaşmasına ihtiyaç duyulur;
- c) Millî hukukun hakemlere, gereken otoriteyi *açıkça* sağlamamasına karşın tarafların bu yöndeki bir yetkiyi, hakemlere vermesi, mümkündür²⁴⁶.

İlk yaklaşım, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirleri konusundaki fiilî tekeli, açık kanun hükmü ile kaldıran; bu nedenle de bir devrim niteliğindeki düzenleme olan UNCITRAL Model Kanunu'nun 17. maddesinde kabul edilmiştir²⁴⁷. Düzenleme hakemlere, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedip hükmetmeme; hükmedilecek ise hangi türüne hükmedileceği konusunda, geniş bir takdir yetkisi, vermektedir. Belki de hüküm içerisinde *saklı*, tek sınırlama, söz konusu geçici hukuki koruma tedbirinin *-tahkim anlaşmasına konu-uyuşmazlığın esası ile ilgili olması zorunluluğunun (...in respect of the subject matter of the dispute...)* bulunmasıdır (*aynı yönde ZPO §1041; benzer yöndeki bir sınırlama için bkz. 1996 AA § 38/IV*)²⁴⁸. Bu başlık altında incelenebilecek diğer bir düzenleme örneği ise İsviçre PIL Art. 183/I'dir. Buna göre, *taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece* hakem heyeti, tarafın

²⁴⁵ BERGER, s. 348; REDFERN, s. 74, 75; KARRER, s. 110; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 51. Tahkimdeki *mahremiyetin* dahi geçici hukuki koruma tedbirlerine, yine hakemlerce karar verilmesi konusunda önemli bir etken olduğuna ilişkin *bkz. HAUSMANIGER*, s. 85-86. *Ayrıca bkz. BÖSCH*, s. 3, 5.

²⁴⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 590; *Ayrıca bkz. BERAUDO*, s. 246; ÖZSUNAY, s. 269 vd.

²⁴⁷ CALAVROS, s. 96; HUSSLEIN-STICH, s. 101.

²⁴⁸ REDFERN/HUNTER/BLACABY/PARTASIDES, s. 341; BINDER, s. 117. Model Kanun'un anılan metninde, ayrıca, "...*interim measures of protection...*" tabiri geçmekte olup öğretilde, bunun ihtiyati haczi de içeren "...*interim measures of conservation...*" anlamında olmadığı düşünülmüştür. Mesele, davalı borçlunun dava konusu olmayan mal varlığına da el atmanın mümkün olup olmadığıdır (DEREN-YILDIRIM, s. 82). Gerçi *Granzow* metnin bugünkü hâliyle de ihtiyati hacizleri kapsadığı iddiasındadır (GRANZOW, s. 125. *Karş. WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN*, s. 130-131). Özellikle söz konusu maddenin yeniden düzenlenmesine ilişkin yapılan çalışmalar sırasında her ne kadar "...*in respect of the subject matter of the dispute...*" şeklindeki ifadenin metinden çıkarılması talepleri reddedilmişse de zaten, hükmün örneğin sadece *çekişme konusu edilen mal varlığı değerleriyle ilgili olacak şekilde* herhangi bir sınırlayıcı anlam içermediği; böyle de yorumlanmaması gerektiği sonucuna varılmıştır (SORIEUL, s. 556).

talebi üzerine, geçici veya koruyucu önlemlere karar verebilir²⁴⁹. Esasen düzenleme, bir yönüyle Model Kanun'dan daha geniştir. Zira “*uyuşmazlığın esası ile ilgili olma*” şeklinde bir sınırlama, hükümde *-en azından lâfzen-* bulunmamaktadır (*karş.* “1679/II. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla hakem heyeti, taraflardan birinin talebi üzerine, *-ihtiyati- haciz kararı hariç olmak üzere*, geçici ve koruyucu tedbirlere emredebilir”, Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1696/I)²⁵⁰. Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından hakemlerin, *taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece*, tahkim yargılaması sırasında, talep hâlinde *ihtiyati tedbire* veya *ihtiyati hacze* karar verebileceği düzenlenmiştir (MTK m. 6/II). “*Geçici hukuki koruma tedbiri*” şeklinde, genel ve kapsayıcı bir tanımlama yahut ifade tarzı yerine, tıpkı mahkemeler teşkilatında geçerli olduğu şekliyle gerek *ihtiyati tedbire* gerekse *ihtiyati hacze* ayrı ayrı yer verilmiş olması; özel olarak bu kavramlara göndermede bulunulması, *kanunun* mukayeseli hukuk nezdinde önemli bir özelliğidir. Şu hâlde UNCITRAL Model Kanunu'nun aksine, *hakemlerce hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbirlerinin sadece çekişme konusu şey ile ilgili olması gerekli değildir*; nihai hakem kararının icrasının da ihtiyati haciz yoluyla güvence altına alınması mümkündür. *Bu, belki de hakemlere, geçici hukuki korumalar alanında, verilen en geniş yargı yetkisidir.*

İkinci türdeki düzenlemeye, 1996 İngiliz Tahkim Kanunu'nda rastlanmaktadır. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece kanun, hakemlerce sadece belirli tipteki geçici hukuki koruma tedbirlerinin hükmedilmesini, mümkün görmüştür. Yargılama masraflarının güvence altına alınması hususunda, karar vermek yanında (1996 AA §38/III, *a, b*) hakemlerin ayrıca, hangi türdeki geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilecekleri ki, *düzenlenenler, daha ziyade delillerin tespitiyle alâkalıdır*, açıkça sayılmıştır (AA § 38/IV *a, b; V; VI*). Sayılanlar dışında, diğer türdeki geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından, tarafların anlaşması gerekir (1996 AA § 39/I, II, *a, b*)²⁵¹.

Üçüncü türe ise hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi bakımından herhangi bir düzenleme içermeyen Fransız hukukunda rastlanmaktadır. Her ne kadar, hakemlere kanunen açık bir yetki verilmemişse de, en azından tarafların bizzat kendilerinin böyle bir otoriteye kaynaklık edebilecekleri, kabul edilmiştir²⁵². Ancak zaten,

²⁴⁹ BERTI, s. 428. Aksi yöndeki bir anlaşmanın açıkça yapılması gerektiğine ilişkin bkz. von SEGESSER /KURTH, s. 70.

²⁵⁰ von SEGESSER/KURTH, s. 70; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 590. *Karş.* BUCHER/TSCHANZ, s. 87. Yazarlara göre hükümde, her ne kadar, hakemlerce hükmedilecek geçici koruma tedbirleri konusunda *lâfzen* bir sınırlandırmaya yer verilmemişse de (PIL Art. 183/I) bu, hakemlerin yargı yetkisinin sınırlarını aşarak bir karar verebileceği anlamına da gelmemektedir. Hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbiri, her hâlde, taraflar arasındaki uyumsuzluk konusuyla ilgili olmalıdır. Örneğin, hakemlerce *ihtiyati hacze* karar verilemez; ancak tahkime konu uyumsuzlukla ilgili mal varlığının üzerinde taraflarca tasarruf edilmesine mâni olunabilir.

²⁵¹ DAC Report, §201; MERKIN, s. 93; HARRIS /PLANTEROSE/TECKS, s. 202-205.

²⁵² BUCHMAN, s. 257; BERAUDO, s. 246; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 10.

hakem heyetinin teşekkülü ile birlikte, artık hakemlerin, adil ve *etkin* bir hükümle/kararla yargılamayı sona erdirmeye görevi altında olduklarına, inanılır. Bu, aynı zamanda kurumsal etkinliğin sağlanması ve korunması anlamına gelir. *Yargılama makamlarının* nihai karardan önce ve onun dışında ayrıca, geçici –*hukuki koruma tedbirlerine*- kararlar verebilmeleri, yargı yetkilerine zımnen mündemiç bir husustur²⁵³.

Hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilecekleri, tahkim kurallarınca da düzenlenebilmektedir (ICC Rules Art. 23; LCIA Rules Art. 25/I; UNCITRAL Rules Art. 26)²⁵⁴. Örneğin, UNCITRAL Rules Art. 26/II’de hakemlerin, talep üzerine, uygun gördüğü ve *uyuşmazlığın konusu ile ilgili* geçici tedbirlere hükmedebileceği; (*aynı yönde bkz.* DIS Rules §20) bunun da, “*interim award*” biçiminde olacağı düzenlenmiştir. Öğretide varılan sonuç, bu hâlde, uyuşmazlığın konusu ile doğrudan ilgili olmayan tedbirlere hükmetmek bakımından hakemlerin gerekli yargı yetkisine sahip olmadıklarıdır. Bu nedenle de geçici hukuki koruma tedbirleri, daha ziyade, davanın da konusu olan *şeyin* korunması veya elden çıkmasının engellenmesiyle sınırlıdır; diğer tarafın mal varlığını eksiltici tasarruflara karşı herhangi bir önlem, içermemektedir²⁵⁵. Bu yorumdan hareketle ICC Rules Art. 23 gibi oldukça geniş kapsamlı düzenlemeler bakımından hakemlerin, yukarıda anılan türde bir sınırlandırmaya tabi olmaksızın, talep hâlinde, somut olayın özelliğine uygun düşen *her türlü* geçici veya koruyucu tedbire hükmedebilecekleri, öğretide ileri sürülmektedir²⁵⁶.

Ne doğrudan tahkim anlaşmasının *ne* dolaylı olarak, tahkime uygulanacak kuralların *ne de* tahkimin tabi olduğu hukukun hakemlere geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından böyle bir otoriteyi-yargı yetkisini temin etmediği ve fakat aksini de düzenlemediği hâllerde, hakemlerin, kendiliklerinden, böyle bir güce sahip olup olmadıkları, tartışmalıdır. Gerçi 1988 tarihli ICC Rules’un, konuyla ilgili açık hiçbir hüküm içermemesine rağmen pek çok hakem heyeti, kendinde böyle bir yargı yetkisini bulmuş olmasına karşın, söz konusu düşüncenin altında yatan gerçek, daha ziyade, tarafların tahkim anlaşmasıyla hakemlere, uyuşmazlığın *esasının* çözümü için *zaten* gerekli otoriteyi sağlamış olmasıydı. Bu yetki aynı zamanda, tarafların hak ve menfaatlerinin gereğinde *önceden, nihai karar verilinceye kadar* güvence altına alınmasını *veya* hakemlerce uyuşmazlığın esası üzerinde verilecek kararların daha anlamlı ve uygulanabilir olmasını sağlamak üzere, sair kimi geçici tedbirlere

²⁵³ DONOVAN F., Powers of the Arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders, 10(1) ICC Bulletin 1999, s. 61, 65. Ayrıca bkz. SANDERS, *Arbitration*, s. 112, 113.

²⁵⁴ Ayrıca bkz. DONOVAN, s. 66, 67; SCHWARTZ E. A., The Practices and Experience Of the ICC Court, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, ICC Publication No. 519, 1993, s. 45 vd.

²⁵⁵ REDFERN, s. 80; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 592.

²⁵⁶ DERAİN/SCHWARTZ, s. 274; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 593.

hükmedebilmesini de *evleviyetle* içermektedir²⁵⁷. Öte yandan, hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilirken, otoritelerinin *sözleşmesel* –nispi- kaynağı, kendi içinde, zaten pek çok sınırlamayı barındırmaktadır:

- a) Hakemlerin tahkim anlaşmasına taraf olmayan kimseler üzerinde yargı yetkisi bulunmamaktadır; hakemlerce bu kimselerin belli hususları icra etmesine veya icra etmekten kaçınmasına yönelik tedbir kararı verilemez (**MTK m. 6/II, son cümle**).
- b) Hakemler, hükmettikleri geçici tedbirlerin icrasına yönelik eylemlerde bulunamazlar; *tartışmalı olmakla birlikte*, söz konusu tedbire uyulmaması hâlinde, *cezai sonuçlar içeren başkaca kararlar veremezler*²⁵⁸.
- c) Hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilebilmesi, öncelikle bu yönde karar verecek olan *makamın* oluşmasını, yani hakemin seçimini veya heyetinin teşekkülünü gerektirmektedir (**MTK m. 6/II**). Oysa sıklıkla geçici hukuki koruma tedbirlerine çok daha erken bir aşamada ihtiyaç duyulmakta; hakem heyetinin oluşumunun beklenmesi dahi ciddi sıkıntılara sebebiyet verebilmektedir²⁵⁹.

²⁵⁷ YEŞİLIRMAK A., Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 11(1) ICC Bulletin 2000, s. 32; BERGER, s. 331; DONOVAN, s. 66, 67.

²⁵⁸ LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 25.

²⁵⁹ Kurumsal tahkim yönünden, belki bu aşamada, kurumun kendisince geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilebilmesi düşünülebilirse de, çoğu düzenleme böyle bir tercihi içermemektedir. ICC uygulamasında, 1 Ocak 1990'da yürürlüğe giren *ICC Pre-Arbitral Referee Procedure*, hakem heyetinin oluşumundan ve hatta tarafların tahkime başvurmalarından önceki dönemde, hükmedilebilecek geçici hukuki korumalar hakkındaki düzenlemeleri içermektedir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 594. Ayrıca bkz. BLESSING, s. 284, 285; JARVIN, *Conservatory Measures*, s. 179; NICKLISCH, *Engineer*, s. 337). Aslında, böyle bir usul neticesinde verilen kararın, hakemlerce hükmedilmesi muhtemel bir geçici hukuki koruma tedbiriyle karıştırılmaması gerekir. Bir kere *referee*, hakem değildir. Bu tip bir düzenleme, özellikle uzun süreli ve sürekli borç ilişkisini içeren hukuki ilişkilerde, bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasıyla birlikte, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin akıbetiyle de ilgili olarak derhâl bir karar verilmesi gereken hâllerde, hakem heyetinin kurulmasının zaten imkânsız olduğu ve taraflarınca da sorunun mahkemeler önüne taşınmasının istenmediği durumlarda, işlerlik kazanmaktadır. Böyle bir kararın hukuki niteliğinin özellikle mahkemelerin cebrî icra konusunda yardımı talep edildiğinde, nasıl vasıflandırılacağı bir sorundur. Paris İstinaf Mahkemesi, böyle bir sorunla ilgili olarak, *referee*'nin bir hakem olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemelerce tenfizi-icrası istenebilecek bir karar, ancak *hakemlerce* verilebilir. Söz konusu usulde verilen karar, tarafların hak ve borçları üzerinde nihai bir etki yaratmadığı gibi, uyuşmazlığın kendisini de etkilememekte; uyuşmazlığın esasını çözüme kavuşturmamaktadır. Bu tip bir karar, ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle yerine getirilebilir ve bütün bu nedenlerle de yargısal değil; sözleşmesel bir nitelik taşımaktadır. Aslında *referee*, böyle bir durumda, taraflarca akdedilebilecek bir sözleşme hükmünü belirlemekte; tarafların ortak niyetlerini yansıtmaktadır. Sözleşme hükmünden daha etkili olmayan böyle bir karara uyulmasını beklemenin, beklentileri karşılamayacağı ileri sürülmüştür. Oysa *Beraudo*, belki mahkemelerden söz konusu kararın doğrudan icrası-tenfizi istenemeyecekse de, tarafın, usul kanunlarının kendisine tanıdığı, herhangi bir türdeki geçici hukuki koruma tedbirinin doğrudan hükmedilmesini isteme hakkının bulunduğu ve aslında bu kez, çok daha kuvvetli olduğu zira açıkça yerine getirilmeyen bir sözleşme hükmünün artık tarafın elinde bulunduğu, görüşündedir (BERAUDO, s. 252, 253; HAUSMANINGER, s. 102-104, 108. Ayrıca bkz. LECUYER-THIEFFRY C., First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Rules, 20(6) J. Int'l Arb. 2003, 509 vd). *Referee* kararı, sözleşmesel nitelikte olmakla birlikte, nihaidir ve tarafça derhâl yerine getirilmelidir (DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 20, 23); bu nedenle bir uzlaştırıcının önerisinden daha etkindir. Verilen karara uyulmaması, sözleşmesel karakteri nedeniyle başlı başına bir sorumluluk sebebidir (PAULSSON J., A Better Mousetrap: 1990 ICC Rules for a Pre-Arbitration Referee Procedure, IBL, 1990, 215-

C- Hakemlerce Hükmedilebilecek Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri

Milletlerarası tahkimde, hakemlerce ancak hangi türdeki geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebileceği sorunuyla ilgili olarak ileri sürülen bir görüşe göre, hakemlerce hükmedilebilecek geçici hukuki koruma tedbirlerinin, kural olarak, *tahkim yeri hukukunun emredici kuralları saklı kalmak kaydıyla* tahkim yeri mahkemelerinin hükmedebilecekleri ile sınırlı değildir. Bu düşünceden olmak üzere, örneğin tahkim yeri Almanya olan bir hakem heyeti, pekâlâ, Alman hukukunda kabul edilmediği biçimiyle ve kural olarak ihtiyati haczin geçerli olduğu bir durumda, taraflardan birinin mal varlığı üzerindeki tasarruflarının âdeta dondurulmasını; sahibi tarafından mal varlığı üzerinde tasarruf edilmesinin önüne geçmeyi amaçlayan İngiliz tipi bir *Mareva injunction-freezing order*'a hükmedebilir (*karş. MTK m. 6/II*)²⁶⁰.

216). Öğretide, *Yeşilirmek, refere* yahut her ne ad altında olursa olsun, bu şekilde karar verenlerin de bir hakem; verilen kararın da bir hakem kararı olarak görülmesinin mümkün olabileceği iddiasındadır. Taraflar arasındaki sorunun, yargısal bir yol izlenerek çözümlenmesi veya varılan sonucu bağlayıcı olması bir yana, kararın çözümlendiği sorunla sınırlı kalmak kaydıyla nihai olduğu da dikkate alındığında, *lex arbitri*'ye uygun düştüğü ölçüde, böyle bir karar da, tıpkı hakem kararı gibi tanınıp icra edilebilir (**YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 145-146). Anılan müessesenin esin kaynağı olan ve Fransız usul sistemindeki, (*juge des référés*) *ordonnance de référé*, ihtiyati hacze daha yakın *ordonnance sur requete*'in karşısında yer alan, bir diğer geçici hukuki koruma tedbiri olup en temel özelliği, sonrakinin aksine *ex parte* hükmedilmemesidir. Anılan türdeki bir acele muhakemenin içeriği hayli geniş ve esnek olup dava konusu paranın bir kısmının yahut tamamının tedbiren ödenmesine de karar verilebilir (*référé provision*) (NCPC Art 809/II). Bu tür bir yargılamada, hüküm verilmeye kadar ve hatta taraf teşkilinden önce mahkeme, *sur minute* kimi emirler de verebilir. *Ayrıntısı için bkz. DERAINS Y.*, Technical expertise and "reféré arbitral", *New Trends In The Development of International Commercial Arbitration and The Role of Arbitral and Other Institutions*, ICCA Congress Series No. 1, 1983, s. 187-189; **DONOVAN F.**, The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: A Survey of Jurisdictions, the Work of UNCITRAL and Proposals for Moving Forward, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA Congress Series No. 11, 2003, s. 92-93; **PLUYETTE**, s. 86, 87; **BUCHMAN**, s. 256.

²⁶⁰ **BERGER**, s. 341 ; **BRINER R.**, Special Considerations Which May Affect the Procedure (Interim Measures, Amiable Composition, Adoption of Contracts, Agreed Settlements), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series No. 7, 1996, s. 365; **LEW/MISTELIS /KRÖLL**, s. 595; **BANDEL**, s. 161-164; **SCHWAB/WALTER/BAUMBACH**, Kap. 17a, Rn. 5; **EKŞİ**, s. 314. Bu hâlde ilk problem, söz konusu kararın mahkemelerce icrasının istendiğinde yaşanacaktır. Doğal olarak mahkemeler, söz konusu hakem kararını *ya* hiç icra etmeyecek *ya da* kendi usullerince icrası mümkün bir biçime dönüştürüp öyle icra edecektir (ZPO §1041/II, *son cümle*). *Ayrıca bkz. YEŞİLİRMAK*, s. 32. MTK'nın 6/II. maddesinin özellikle *ihtiyati tedbir- ihtiyati haciz* şeklindeki açık ayrımına *lâfzen* itibar edilmesi hâlinde, böyle bir ayırım ile çatışan hakem kararlarına Türk hukukunda geçerlilik tanınmayacağı düşünülebilir. Söz konusu hüküm, aynı maddenin III. fıkrası ve mahkemelerin bu esnadaki rolüyle birlikte değerlendirildiğinde (ZPO §1041/II; **BUCHER/TSCHANZ**, s. 89), örneğin, bir *freezing order*'ın, Türk hukukunda geçerli olan, para alacaklarına ilişkin *ihtiyati haciz* ayrımı dikkate alındığında, aslında bir ihtiyati haciz kararı olarak **kabul edilmesi**, ihtimali de gündeme gelmektedir (İİK m. 260/I, b. 4). Ne var ki *lex fori*'ye yabancı bir kararın cebren icrasına olanak tanınmaz (**PEKCANİTEZ**, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 122). Lakin bu, hakemlerce verilen kararın tümüyle geçersiz, işlevsiz sayılması anlamına da gelmemelidir. Kararın yorumu ve hatta gereğinde, *mümkünse* Türk hukukuna uydurulması yoluyla söz konusu geçici hukuki koruma tedbirinin icrası, mümkün kılınmalıdır. *Ne var ki* kanunun lafzı (**MTK m. 6/II**), tahkim yeri hukukuna yabancı tarafların ve hakemlerin, Türk hukukunda geçerli bu ayrımı bilmelerinin istendiği şeklindeki, yoruma açıktır. ZPO §1041/II, *son cümle* hükmüne yakın bir düzenlemenin de kanunda olmaması dikkate alındığında, mahkemelerce böyle bir ayırımın gözetileceğini düşünmek, yerinde olmamakla birlikte; yanlış da değildir.

Hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbirleri, özellikle milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, bir görüşe ve *içeriklerine* göre: Delillerin tespiti-korunması, yargılama süresince taraflar arasındaki hukuki ilişkin düzenlenmesi, hükmün icrasının temini, –*uygulamadaki tartışma nedeniyle*- gerek yargılama giderlerinin²⁶¹ gerekse yargılamaya konu alacağın güvence altına alınması amacıyla yapılan geçici ödemeler şeklinde, sınıflandırılabilir²⁶². Yapılan bir diğer ayrıma göre, geçici hukuki koruma tedbirleri, delillerin korunmasına; “...*status quo*’nun muhafazasına...”; dava konusu da olan *mal varlığı değerinin* bulunduğu hâliyle saklanmasına yahut el değiştirmesinin önlenmesine, yöneliktir²⁶³. Hukukumuzda daha yakın, bir başka ayırım ise şu şekildedir²⁶⁴:

- a) Teminat amaçlı tedbirler (*malın yediemine teslimi, üzerinde yapılabilecek tasarrufların engellenmesi, teminat mektubu bedelinin talep edilmesinin engellenmesi, delillerin korunması*);
- b) Düzenleyici tedbirler (*tasfiyenin geçici bir süreyle tatili, sahip olunan yetkilerin askıya alınması, sözleşme konusu edimi ifa etme zorunluluğunun kaldırılması*). Bu gibi tedbirlerin icrası için ayrıca mahkeme yardımı gerekmez²⁶⁵;
- c) İfa amaçlı tedbirler, *nihai kararlar birlikte gerçekleşmesi beklenen sonucun, tedbire konu edildiği durumlar, (haksız rekabete konu edilen malların satışının durdurulması yahut aidiyeti çekişmeli sınaî hakkın kullanımına izin verilmesi veya kullanılmasına engel olunması)*.

Yargılamanın oldukça erken bir aşamasında, uyuşmazlık ile ilgili iddianın temelini oluşturan, taraflar arasındaki çekişmeli vakanın ispatı için gerekli olan delillerin tespiti ve korunması gerekebilir. Çekişmenin, malların kalitesiyle ilgili olduğu bir olayda, söz konusu mallar üzerinde tasarruf edilmesinden veya malın bizatihi fiziki durumunun değişmesinden önce, malların iddia edilen hâlinin tespiti gerekebilir. Muhasebe kayıtlarının, mali durum raporlarının veya sair bilgi-belgenin, *sadece* diğer taraf elinde bulunduğu hâllerde, iddia sahibi taraf, söz konusu belgelerin güvence altına alınmasını isteyebilir. Hakemler, genel kabul

²⁶¹ *Tartışmalar için bkz. REDFERN/HUNTER/BLACABY/PARTASIDES*, s. 349; *BLESSING*, s. 283, 284; *YEŞİLİRMAK, Provisional Measures*, s. 215, 216.

²⁶² *YEŞİLİRMAK, Provisional Measures*, s. 11. Böyle bir sınıflandırmaya göre uyuşmazlık konusu şey üzerinde tasarruf edilmesine mâni olunması, *hem* taraflar arasındaki hukuki ilişkinin yargılama süresince tanzimi *hem de* hükmün icrasının mümkün kılınması anlamını taşıyabilmektedir (*LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 595). *Ayrıca bkz LEW, Interim and Conservatory Measures*, s. 29; *von SEGESSER/KURTH*, s. 71-77.

²⁶³ *REDFERN*, s. 78;

²⁶⁴ *WIRTH*, s. 32-33; *BRINER, Interim Measures*, s. 363. *BERGER*, s. 339; *WALTER/BOSCH /BRÖNNIMANN*, s. 133-134; *SANGIORGIO*, s. 133; *ÜSTÜNDAĞ, İhtiyati Tedbirler*, s. 13 vd; *PEKCANITEZ, Geçici Hukuki Koruma*, s. 132, 133; *ÖZSUNAY*, s. 268-269; *ŞİT*, s. 131 vd.

²⁶⁵ *YEŞİLİRMAK, Provisional Measures*, s. 11, 12.

gördüğü üzere, bu türde geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verme hakkına sahiptirler (*açık düzenleme örneği için bkz. 1996 AA § 38/IV, a, b*). Öğretiye göre, *delillerin tespiti-korunması hakkında* açık bir düzenleme bulunmada da (*karş. MTK m. 6/II; ayrıca bkz. MTK m. 12/B*) uyuşmazlığın esasıyla ilgili sınırlamayı da karşıladığından (Model Kanun m. 17; ZPO §1041/I; *karş. MTK m. 6/II*) mevcut hükme dayanılarak da hakemlerce anılan yönde karar vermek, mümkündür²⁶⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanunu örneği dikkate alındığında, her ne kadar ilgili hükümde, *geçici hukuki himaye tedbirleri* şeklinde genel bir ifadeye yer verilmeyip doğrudan *ihtiyati tedbir* ve *ihtiyati haciz* şeklinde bir belirlemeye gidilmişse de (*karş. Tasarı m. 418*) bu, hakemlerce delil tespitine karar verilemeyeceği anlamına gelmemelidir²⁶⁷. En azından, böyle bir sınırlamaya gidilmesinde, hiçbir hukuki yarar bulunmamaktadır (*Tasarı m. 418*)²⁶⁸. Delil tespiti meselesiyle ilgili olarak bir düzenleme boşluğunun olduğunu söylemek yahut Kanun'un 6/II. maddesini geniş yoruma tabi tutmak, çok da gerekli olmayabilir. Her ne kadar *delil tespitine* ilişkin bir hükme, ayrıca ve açıkça kanunda yer verilmemişse de, aynı kanunun **12/B.** maddesinde hakemlerin, delillerin *toplanmasında*, asliye hukuk mahkemesinin (**MTK m. 3/I**) yardımını isteyebileceği düzenlenmiştir. Hakemlerce somut olayın özelliği gereği, söz konusu delilin *derhâl yargılamanın başında* ikamesine karar verilebilir; bu konuda mahkemenin yardımı da istenebilir. Söz konusu hükmün, delillerin ancak ne zaman toplanabileceğine ilişkin bir sınırlama getirmediği de ortadadır. Bu noktada delillerin *toplanmasının*, delillerin *tespitinden* çok farklı olduğu yahut çok farklı bir amaca hizmet ettiğini söylemek, her hâlde mümkün olmasa gerek. En azından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu delillerin tespitini (HUMK m. 368-374), *deliller ve ikamesi* faslında düzenlemiştir. Şu hâliyle delil tespiti, söz konusu delilin, bazı nedenlerle diğerlerinden daha önce toplanmasından veya tahkikata konu edilmesinden başka bir şey değildir (HUMK m. 368, 369)²⁶⁹. Gerçi böyle bir yorum sonucunda, delillerin tespiti şeklindeki *geçici hukuki koruma tedbirinin*, ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizden daha farklı bir rejime tabi olması söz konusudur. Zira mahkemece ilgili delilin derhâl toplanmasına (*delil tespitine*) *kendiliğinden* de karar verilebilecek olmasına

²⁶⁶ REDFERN, s. 78; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 596; REDFERN/HUNTER/BLACABY/PARTASIDES, s. 340, 341; WAGNER, s. 773; BANDEL, s. 182-184; SCHEEF, s. 47.

²⁶⁷ PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 127, 128. Ayrıca bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, *Tasarı*, s. 220.

²⁶⁸ Delil tespiti, deliller hakkında bir *çeşit* ihtiyati tedbirdir denilebilir; ama bu, onu, asla bir ihtiyati tedbir türü hâline getirmez. Zira delil tespiti, tıpkı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz gibi başlı başına, koruyucu bir tedbirdir. *Ayrıntısı için bkz. ÖZEKES, İhtiyati Haciz*, s. 50-52; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 631 vd.

²⁶⁹ *Karş.* Öğretide, hakemlerin delillerin toplanması konusunda sahip olduğu yetki ile bir geçici hukuki koruma tedbiri olan delillerin tespitine ilişkin yetkisinin birbirinden ayrı olduğu ve öyle değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Zira geçici hukuki koruma tedbirlerinin aksine, hakemler, delillerin toplanması konusunda hiçbir zaman *yargı yetki* sıkıntısı yaşamamışlardır (YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 11).

karşın (**MTK m. 12/B**); ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacze *ancak* talep hâlinde hükmedilebilecektir (**MTK m. 6/II**). Ne var ki bu, menfaati olan tarafın hakemlerden, ilgili delil yahut delillerin derhâl toplanmasını (*tespitini*) istemesine, engel de değildir. Bütün bu nedenlerle Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun gerek 6/II. maddesinin geniş yorumuyla gerekse 12/B. maddesi hükmü yardımıyla hakemlerin delil tespitine karar verebilmesini mümkün kıldığını yahut buna yabancı veya karşı olmadığını söylemek mümkündür.

Yargılama süresince, taraflar arasındaki ilişkinin durumu, **özellikle uyuşmazlığın doğrudan, belli bir mal varlığına ilişkin olmaması hâlinde**, daha zor sorunlara, sebebiyet vermektedir (LCIA Rules Art. 25/I, *b*). Örneğin, bir alt-müteahhidin büyük bir inşaat projesinde, kendisinin de taraf olduğu uyuşmazlık nedeniyle çalışmaya devam etmemesi, *hakemlerce de uyuşmazlık süresince, alt-müteahhidin çalışmayı sürdürmesi şeklinde bir karar verilmemesi hâlinde*, belki de tüm projenin durmasına ve telafisi güç zararların doğmasına sebebiyet verebilir (UNCITRAL Rules Art. 26/I)²⁷⁰. Öğretide, hakemlerin böyle bir tedbire hükmedebilmelerinin, özellikle UNCITRAL Model Kanunu'nu takip eden millî hukuklar için geçerli olan (Model Kanun m. 17) veya UNCITRAL Rules gibi tahkim kurallarında yer alan, “*uyuşmazlık konusu ile ilgili tedbirler hakkında karar verilebileceği*” şeklindeki sınırlandırmanın yorumlanmasını zorunlu kıldığı ileri sürülmektedir: Böyle bir koşulun dar yorumu dikkate alındığında, hakemlerce *ancak* uyuşmazlık konusunu oluşturan *mal varlığı değerleri* üzerinde ve onların korunması ile ilgili tedbirlere hükmedilebilecektir²⁷¹. Buna karşın, ileri sürülen bir diğer görüşe göre, hakemlerin uyuşmazlık konusu ile *yakından ilgili* olduğu sürece, talep edilen bu türdeki geçici tedbirlere hükmetme konusunda da takdir yetkileri bulunmalıdır²⁷².

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, hakemlerce hükmedilebilecek geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, iç hukukta da kullanıldığı şekliyle *ihiyati tedbirlere* göndermede bulunması, bu kavramın, Türk hukukunda anlaşıldığı şekliyle ve genişlikte, milletlerarası

²⁷⁰ *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd*. [1993] AC 334. Fikrî ve sınai mülkiyet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar yönünden bkz. **LEW**, *Report*, s. 45, 46. Ayrıca bkz. **BERTI**, s. 430; **BERGER**, s. 340; **ÜSTÜNDAĞ**, *İhtiyati Tedbirler*, s. 30-35.

²⁷¹ Bu dar yorum sonucunda, hakemlerin ancak bağlayıcı olmayan, tavsiye niteliğindeki kararlar ile tarafları etkilemeleri söz konusu olacaktır (**REDFERN**, s. 80).

²⁷² **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 597; **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 208-211. Ayrıca bkz. **BROCHES**, *Commentary*, s. 88. ICC Rules altında yargılama yapan hakemler, diğer tarafa ait ürünlerin satılmasının durdurulması (*ICC Case no 7895*, 11(1) ICC Bulletin 2000, s. 64-65); uzun süreli sözleşmenin tarafları arasında icrasına nihai hükmün verilinceye kadar devam edilmesi; *borç tutarı olan paranın bir teminat hesabına tediyesi* gibi tedbirlere hükmetmişlerdir (*ICC Case no 8879*, 11(1) ICC Bulletin 2000, s. 84 vd). Diğer örnekler için bkz. **LEW**, *Interim and Conservatory Measures*, s. 29; **YEŞİLİRMAK**, s. 33. Özellikle *ifa amaçlı geçici hukuki koruma tedbirlerinin*, uyuşmazlığın esasını belirlemek şeklindeki özellikten yoksun olmaları nedeniyle taraflar arasında, tahkim anlaşmasının bulunduğu durumlarda *juge des référés* usulüne, milletlerarası tahkimde özellikle mahkemelerce, çok da sıcak bakılmaması gerektiğine ilişkin bkz. **PLUYETTE**, s. 72, 73.

tahkim için de geçerli olduğunu ortaya koymaktadır (HUMK m. 103). Bu hâlde, özellikle her türdeki *düzenleyici ihtiyati tedbirin* tıpkı mahkemelerde olduğu gibi, hakemlerce de hükmedilebilmesi gerekir²⁷³.

Tahkim yargılaması sırasında, taraflardan birinin, elde edilecek hükmün ileride sonuçsuz kalması amacıyla malvarlığını, alacaklının ulaşamayacağı yerlere, kimselere devretmesi; geçirmesi, mümkündür. Bu hâlde, *hükmün icra edilebileceğinin, hükme konu hakkın yerine getirileceğinin* güvencesi aranır. Meselenin tahkim kurallarında, kimi zaman, ayrıca ve özel olarak düzenlenmiş olması bir yana (LCIA Rules Art 25/I, a), *kural olarak*, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek konusunda, hakemlere tanınan genel yetkinin bu durumda, *yani, hükmün icrasının güvence altına alınması bakımından da* geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır²⁷⁴. Çekişmenin konusunu, *belli bir malvarlığının oluşturması hâlinde ise*, söz konusu malvarlığı değerinin üzerinde tasarruf edilmesinin engellenmesi, uyuşmazlık konusuyla da doğrudan ilgili olması nedeniyle tereddütsüz kabul edilen bir durumdur (Model Kanun m. 17; UNCITRAL Rules Art. 26)²⁷⁵.

Aynı genel kabulün, özellikle nihai hakem kararından önceki dönemde, para alacaklarına ilişkin çekişmelerde, ihtiyati haciz talepleri için de geçerli olduğunu söylemek, güçtür. Belçika Yargılama Usulü Kanunu madde 1696/I'de, hakemlerin, tarafların mahkemeye başvuru hakları saklı kalmak kaydıyla (MTK m. 6/IV) talep hâlinde, *-ihtiyati-* haciz kararı dışında, geçici veya koruyucu tedbirlere hükmedebileceği, düzenlenmektedir (*karş. MTK m. 6/II*). Gerçi, böyle açık düzenlemeler dışında da, *ihtiyati haciz* konusunun, genelde, hakemlerin otoritelerinin dışında kaldığı, kabul edilmektedir²⁷⁶. Şöyle ki: Böyle bir geçici hukuki koruma tedbiri, bir kısım millî hukuk ve tahkim kuralında da öngörüldüğü üzere, *doğrudan uyuşmazlık konusu şey ile ilgili olmayıp* hükmün icrasını-tensizini güvence altına almaktadır (Model Kanun m. 17)²⁷⁷. Oysa ZPO § 1041/I ile birlikte Alman hukukunda, her ne kadar Model Kanunu'nun 17. maddesi takip edilmişse de, yasama sürecinde, meselenin geniş bir çerçeve de ele alındığı görülmektedir. Buna göre, *ihtiyati haciz de dâhil olmak üzere*,

²⁷³ ÜSTÜNDAĞ, *İhtiyati Tedbirler*, s. 30-35.

²⁷⁴ ICC Case no 8113, 11(1) ICC Bulletin 2000, s. 65 vd. Ayrıca bkz. REDFERN, s. 79, 80.

²⁷⁵ BUCHER/TSCHANZ, s. 87; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 598.

²⁷⁶ LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 25. Ayrıca bkz. WIRTH, s. 34-35; SANGIORGIO, s. 145; BERTI, s. 430-431.

²⁷⁷ İsviçre hukuku (PIL Art. 183/I) için bkz. BUCHER/TSCHANZ, s. 87. Böyle bir yorum, milletlerarası tahkimin genel ihtiyaçları ile uyum içinde değildir. Bu hâlde, *sadece* doğrudan uyuşmazlık konusu üzerinde değil; ama onunla yakından ilgili ve ilintili olmak kaydıyla diğer türdeki tedbirlere de hükmetmenin mümkün olması gerektiği, ileri sürülmektedir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 599).

geçici hukuki koruma tedbirleri dikkate alındığında mahkemeler ile hakemler arasında bir fark bulunmamaktadır²⁷⁸.

İleri sürüldüğü şekliyle hakemler, *ihtiyati haciz* kararı verebilmek bakımından gerekli yargı yetkisinden yoksundurlar. Bu kapsamda, hakemlerin yargı yetkisi, tahkim anlaşmasının *tarafları* ve yine aynı anlaşmasının kapsadığı *uyuşmazlıkla* sınırlıdır. Uyuşmazlık, *belli bir mal varlığını* ilgilendirdiğinde ve tarafın söz konusu mal varlığı değeri üzerindeki tasarrufuna mâni olunması gerektiğinde, hakemlerce, bu yönde bir geçici hukuki koruma tedbirine karar verilebilmesi fikrine, karşı konulmamaktadır. *Ancak uyuşmazlık, her zaman belli bir mal varlığı değerine yönelik olmayabilir.* Para alacaklarının, burada özel bir konumu vardır; bu tip alacak hakları, belli bir mal varlığı değerine yönelik olmadığı gibi; borçlunun belli bir işi yapması veya yapmaktan kaçınması hakkında da, değildir. Sorun, belli bir miktar paranın *nihai* bir biçimde, ödenmesine hükmedebilme yetkisine sahip hakemlerin, *söz konusu alacağın önceden güvence altına alınmasına da karar verebilmesinin mümkün olup olmadığıdır.* Uyuşmazlığın esasını çözmekle yetkili hakemin, anılan durumu, önceden ve geçici olarak güvence altına alamayacağını düşünmek, hayli zordur²⁷⁹. Kaldı ki, hakemlerce bir an için böyle bir kararın verilebileceği düşünüldüğünde yapılacak yargılamanın muhatabı, (kararın *kim* tarafından ve *nasıl* icra edileceği sorunundan bağımsız olarak) *yine* tahkim anlaşmasının diğer tarafı olacaktır (MTK m. 6/II, son cümle). **Bu durum, zaten devlet mahkemeleri için de, böyledir.** Yargılamaya taraf olmayan bir kimse aleyhine, ihtiyati haciz kararı da dâhil olmak üzere hiçbir karar verilemez (İİK m. 260/I, b. 1, 4)²⁸⁰. Özellikle kararın *cebren icrası*

²⁷⁸ BT-Drs 13/5274, s. 45. Ayrıca bkz. BÖCKSTIEGEL, Germany, s. 18; BANDEL, s. 138; MUSIELAK/VOIT, §1041, Rn. 4. Ayrıca bkz. ALBERS, §1041, Rn. 2. Ne var ki, *ihtiyati haciz* gibi bir yetkinin hakemlerce ancak istisnai durumlarda kullanılması da telkin edilmektedir (HARBST, s. 102; ZÖLLER/GEIMER, §1041, Rn. 2, 8). Hakemlere uygun gördükleri *her türdeki* geçici tedbire hükmetmek yetkisinin tanındığı ICC veya diğer tahkim kurallarına göre, tahkimin icra edildiği durumlarda, zaten böyle bir ikilem gündeme gelmeyecektir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 599). Karş. PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 124.

²⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, 21.10.1993 gün, 1993/33-40-2 sayılı kararında, Anayasa’da ve Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun’da öngörülmemiş olmasına rağmen, iptali, dava edilen kanunlar ile KHK’ler hakkında *yürütmeyi durdurma* kararı verebileceğine hükmetmiş ve kendi mevzuatındaki kanun boşluğunu şöyle doldurmuştur: “Yargı yetkisinin etkinliği, “karar verme” aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektir ki, “yürütmeyi durdurma” önlemi bu “eksiksiz kullanma” kapsamında yer alır. “Dava” kavramı içinde *yürütmenin durdurulması da vardır...*Yürütmenin durdurulması kararı yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön uygulamasıdır. Bu karar, sonuç karardan ayrı ama o davayla ilgili bir bölümdür. *Son kararı vermeye yetkili organın, davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü “yargı yetkisinin eksiksiz kullanımı” ile bağdaşmaz...* Yürütmenin durdurulması, yargılama evrelerinde yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak yargı yetkisinin bütünlüğü içinde yer alır... *İster özel hukuk, ister kamu hukuku uyuşmazlıklarında olsun, yasalarda açıkça bulunmasa bile “önlem (tedbir)” yetkisinin varsayılması bir zorunluluktur...*”, AYM, 21. 10.1993, 33/40-2 (RG., 6.11.1993, S. 21750, s. 21 vd.).

²⁸⁰ Karş. BİRSEL/BUDAK, s. 212. Anılan mesele, bir *imperium* değil; yargı yetkisi meselesidir. Bu nedenle hakemlerin *de* tahkim anlaşmasının tarafı olmayan ve fakat söz gelimi, borçlunun mevduat hesaplarının bulunduğu bankaya yönelik, herhangi bir türdeki geçici hukuki koruma tedbirine karar vermesi, düşünülemez. Şu hâlde olsa olsa, tıpkı devlet yargısında olduğu gibi, *borçluya yönelik olarak* borçlunun üçüncü kişilerden olan alacaklarının haczine **karar verilebilir** (İİK m. 89/I; 86/I, II). *Ayrıntısı için bkz. KARRER*, s. 106; *von*

*safhasında, borçlunun haczi kabil mal varlığının üçüncü kişilerin elinde bulunması durumunda, söz konusu kararın, üçüncü kişilerin mal varlığı içerisinde de icra edilebilmesi (İİK m. 44, 89, 99), ne yargılamanın ve hakemlerin işidir ne söz konusu üçüncü kişiyi, tahkime taraf yapar ne de söz konusu kararın, üçüncü kişiler aleyhine verildiği anlamına gelir*²⁸¹. Kaldı ki üçüncü kişi, böyle bir haciz işlemine karşı, gerekli hukuki çarelerden yoksun kalmış da değildir (İİK m. 99; 97/I; 261/II; III; 265/II; **MTK m. 6/III**)²⁸².

Hakemlerin ihtiyati hacze karar verememesi bakımından ileri sürülen bir diğer gerekçe, *hakemlerin cebrî icra gücünden yoksun olmalarıdır*. Örneğin Fransız hukuku bağlamında,

SEGESSER/KURTH, s. 74; **SANGIORGIO**, s. 163-167; **SCHWAB/WALTER/BAUMBACH**, Kap. 17a, Rn. 4. *Karş. KÜHN*, s. 54, 55. İlginçtir, hakemlerce ihtiyati hacze karar verilip verilmeyeceği sorunu değerlendirilirken çoğu kez, böyle bir kararın etkin olabilmesi bakımından üçüncü kişiler üzerinde de kimi etkilerinin olması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin, borçlunun bankalardaki mevduat ve alacaklarının ihtiyaten haczi gündeme geldiğinde, bankanın aslında tahkim anlaşmasına taraf olmadığı; hakemlerin de bu nedenle bankalara yönelik böyle bir karar veremeyeceği, ileri sürülmektedir. İhtiyati haciz müessesesinin özel olarak İcra ve İflâs Kanunu içinde ayrıca düzenlenmesi bir yana (SchGK Art. 271 vd) üçüncü kişiler üzerinde yaratmış olduğu etki, hakemlerce de böyle bir kararın verilebilmesine *karşı* geliştirilen görüşler arasında yer almaktadır (**von SEGESSER/KURTH**, s. 74). *Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, Geçici Hukuki Koruma*, s. 124, 125. Şu hâlde aslında cevaplanmayı bekleyen iki temel soru bulunmaktadır: Davalının bankadaki mevduatının ihtiyaten haczine karar verildiğinde banka, söz konusu ihtiyati haciz yargılamasının ve nihayetinde davanın tarafı hâline mi gelmektedir; *yoksa sadece* borçluya yönelik verilen haciz kararının *muhafazası* için alınan tedbirlere mi muhatap olmaktadır? İhtiyati haciz müessesesinin bir icra hukuku müessesesi olması yanında, ihtiyati haciz kararının da bir icra takip işlemi olması, başlı başına, hakemlerce de anılan türde bir kararın verilmesine engel midir? İhtiyati haciz *yargılamasının* kendisinin de devletin egemenlik yetkisiyle bağdaştırılabilmesi mümkün müdür?

²⁸¹ Tahkim anlaşmasıyla tarafın aslında (niteliği nedeniyle), üçüncü kişileri de etkileyebilecek geçici hukuki koruma tedbiri türlerinden ve onların icrasından vazgeçmiş sayıldığı görüşü için *karş. BERGER*, s. 338. *Ancak haciz* şeklindeki icra takip işlemi ile söz konusu geçici hukuki koruma tedbirinin borçlunun mal varlığı üzerinde somutlaşması mümkünse de teorik olarak, hükmedilen ihtiyati haciz kararının borçlunun *tüm mal varlığı üzerinde* etki edebilecek olması ve hüküm alacaklısına tahkimde de böyle bir imtiyazın tanınmasının mümkün olup olmadığı, hakemlerce de karar verilebileceği düşünülen ihtiyati haciz kararlarına yönelik eleştiri noktalarındandır. Söz gelimi, *persönlichen Arrest* yönünden hakemlerce verilecek bu tip kararların Anayasa'ya aykırı olacağı, düşünülmektedir (**BANDEL**, s. 167; **HARBST**, s. 102; **ZÖLLER/GEIMER**, §1041, Rn. 2). *Ayrıca bkz. Sempozyum*, s. 118, 119; **PEKCANITEZ, Geçici Hukuki Koruma**, s. 131.

²⁸² İsviçre öğretisinde, hakemlerce ihtiyati hacze karar verilemeyeceği şeklinde bir görüşün olduğu bilinmektedir (**WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 130-131; **PEKCANITEZ, Geçici Hukuki Koruma**, s. 124). Ne var ki, *kanımızca*, benzer bir görüşün savunulmasının ardında, hakemlerin borçlunun dava konusu olmayan mallarının haczine karar vermesinin tahkim anlaşmasının ihlali olduğu; haciz kararı için hakemlerin gereken cebrî icra gücünden yoksun olduğu; kaldı ki, anılan boşluğun da "*mareva injunction*" yoluyla doldurabileceği şeklindeki gerekçeler olmamalıdır. Para alacağına ilişkin davanın, davalının belli bir mal varlığı değerine yönelik olmadığı tereddütsüzdür. Para alacağının tahsilinin güvencesi, (*kural olarak*) borçlunun *tüm malvarlığı* olduğu göre, bu kapsamda, tahkim anlaşmasının ihlali sonucunu doğuracak herhangi bir sorunun yaşanmaması gerekir. Verilecek haciz kararının, münhasıran borçluya yönelik olacağı ve onun mal varlığı değerleri üzerinde icra edileceği de dikkate alındığında, burada, tahkim anlaşmasından dolayı bir sorunla karşılaşılmalıdır. Hakemlerin cebrî icra gücünden yoksun olmaları ile hakemlerin bir geçici hukuki koruma tedbiri ve aslında bir mahkeme kararı olan ihtiyati haciz kararı verememesi arasında hiçbir bağ yoktur. İcrası mümkün ise her mahkeme kararının icrası *kural olarak* cebrî icra gücünü haiz icra daireleri tarafından yerine getirilir (*karş. HUMK m. 106/I*) Hakemlerce verilen ihtiyati haciz kararı, borçlunun mal varlığı üzerinde icra edilmeksizin, herhangi bir etki de doğurmadığına göre, sorun hakemlerin cebrî icra yetkisine sahip olup olmamaları değildir. İddia edilen boşluğun, "*mareva injunction*" yoluyla doldurulmaya çalışılması ise her *lex fori* için uygun olmayabilir. *Karş. BANDEL*, s. 162-164. *Ayrıca bkz. KÜHN*, s. 54; **SCHEEF**, s. 42. Para alacakları bakımından, ihtiyati haczi *meçbur bırakan ve zaten* haczin kendisinin borçluya yönelik tasarruf yasağı anlamına geldiği hukuk sistemlerinde (İİK m. 86/I, 91), ihtiyati haciz müessesesinin başkaca bir geçici hukuki koruma tedbirinin *alternatifi* olması; onula *seçimlik ilişki* içinde bulunması mümkün değildir. *Ayrıca bkz. DEREN-YILDIRIM*, s. 82.

haciz, cebrî icranın, devletin egemenlik yetkisinin bir parçası olup mahkemelerin münhasır yargı alanına dâhildir²⁸³. Hatta ihtiyati haczin, cebrî icrayı düzenleyen özel bir kanunda düzenlenmesi ve bu nedenle de örneğin İsviçre hukukunda, PIL Art. 183/I'in kapsamı dışında kalması, aynı yönde ileri sürülen bir diğer gerekçedir²⁸⁴. İhtiyati hacizler yönünden öne çıkan unsur, kararın etkisini doğrudan tarafların, *teorik olarak tüm* mal ve hakları üzerinde, müdahaleci ve sınırlayıcı bir biçimde göstermesidir ki, böyle bir yetkinin münhasıran devlet mahkemelerine bırakıldığı kabul edilir²⁸⁵.

Kimi hukuk sistemlerinin aksine, örneğin ihtiyati haciz kararının verilmesinin ardından ayrıca, kararın *cebren icrasına* yönelik ikinci bir (yargısal) işlemin yapılması gerekir. Yani şayet hakemlerce ihtiyati hacze karar verilse bile bu, aynı zamanda, cebrî icra şeklindeki, münhasıran devlete ait bir otoritenin kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Yani (*tıpkı Türk hukukunda geçerli olduğu üzere*), sadece ihtiyati hacze karar verilmesi, tarafların mal varlıkları üzerinde, bir takım hukuki sonuçların gündeme gelmesi için yeterli olmayıp ayrıca, *kararın icrası şeklinde*, ikinci bir işleme ihtiyaç duyulmaktadır (İİK m. 261). Hakemlerce verilen böyle bir kararın ardından, ihtiyati haczin fiilen gerçekleşmesi, her hâlde, mahkemelerin yardım ve denetimini gerekli kılmaktadır (MTK m. 6/III)²⁸⁶. **Meselenin bu kısmı, tümüyle bir cebrî icranın konusudur.**

Benzer bir durumun, hakemlerce hükmedilmesinde tereddüt edilmeyen, örneğin dava konusu taşınırın güvence altına alınması şeklindeki ihtiyati tedbir kararlarının icrası sırasında da gerçekleşebilecek olması, çoğu kez göz ardı edilmektedir (HUMK m. 101/I, *b.1*, 2; 106/I; İİK m. 261/II; 79-99). Gerçi hakemler, cebren icrası gerekli, HUMK'un 101/I, *b.1* maddesi anlamında, dava konusu taşınırın yediemine tevdi şeklinde bir ihtiyati tedbir kararı

²⁸³ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 726; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 599, 600; PLUYETTE, s. 88, 89.

²⁸⁴ WIRTH, s. 34, 35; von SEGESSER/KURTH, s. 74. Ayrıca bkz. SANGIORGIO, s. 145-148; PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 125. Karş. AKINCI, s. 87, 89.

²⁸⁵ BERGER, s. 341. Aynı yönde bkz. WAGNER, s. 772. Ayrıca bkz. YILMAZ, *Tedbirler*, s. 176-177; PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 125, dn. 27; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 206.

²⁸⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 600; PLUYETTE, s. 88; BANDEL, s. 139, 140. Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 125. Bir görüşe göre, hükmün icrasının güvence altına alınması, sadece mal varlığının haczi ile değil; ama diğer bir takım yollarla da gerçekleşebilir. Özellikle hakemlerce ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği veya verilmemesi gerektiği şeklindeki itirazlar dikkate alındığında, hakemlerin, İngiliz tipi, *tarafı mal varlığı üzerinde tasarruf etmekten men eden; mal varlığının bir başka kişiye devredilmesine mâni olan freezing order*'a hükmetmesinde bir sakınca olmadığı düşünülmektedir (BERGER, s. 341). Aynı sonucun, Türk hukukundan da geçerli olacağını düşünmek, hayli güçtür. Zira para alacakları konusundaki son derece katı, *ihtiyati haciz-ihtiyati tedbir ayrımı*, hakemlerce ihtiyati hacze karar verilemeye bile ihtiyati tedbir zımında başkaca geçici-koruyucu önlemlerin alınmasına mânidir. HUMK'un 103. maddesi, aynı kanunun 101. maddesinde sayılanların dışında, herhangi bir türde ve içerikte, geçici-koruyucu önlemlerin alınmasına müsait bir içerikte olmasına karşın, müddeabihin bir para alacağı olması hâlinde, İİK'nın 257 vd. hükümlerinin aşılarak doğrudan HUMK'un 103. maddesine başvurulması, Türk hukuku açısından ne mümkündür ne de gereklidir. Zira zaten, MTK'nın 6/II. maddesi, hakemlere ihtiyati haciz konusunda, gereken açık yetkiyi vermiştir.

vermekten; *doğrudan* aynı kanunun 103. maddesi anlamında, cebren icrasına gerek ve zaten imkân bulunmayan, davalının, söz konusu taşınır üzerindeki tasarrufunun yasaklanması şeklinde bir emirle de yetinebilirler. Ancak bu durum, ihtiyati tedbirler için de cebrî icranın mümkün ve gerekli olabileceği gerçeğini değiştirmemektedir. Bu nedenlerle *cebrî icra olgusunun ve bu aşamada gündeme geleceklerin geçici hukuki koruma tedbirleriyle ilgili yargılama aşamasına sirayet etmemesi gerekir*²⁸⁷. **Bu iki aşama, birbirinden zaten farklıdır; tahkim anlaşmasıyla da, farklı iki hukuki rejime tabi kılınmıştır.** İsviçre öğretisindeki en güncel yaklaşım da, hakemlerin para alacaklarına ilişkin ihtiyati hacze karar verebilmeleri yönündedir. Bu hâlde, kendi kanunlarında, ihtiyati hacze hükmedebilmek yönünden aranan koşulların sağlanmış olması gerekir ve yetişir²⁸⁸. Yani tahkim yeri İsviçre olan bir yargılamada, hakemlerce verilecek tedbir kararının İsviçre’de icrası gerekecekse, para alacaklarına ilişkin olarak bir *Mareva injunction*’a yahut *talep edilen alacak miktarı tutarınca teminat mektubunun teminine* değil; bilinen şekliyle ve anlamıyla bir *ihtiyati hacze karar* verilmesi gerekir²⁸⁹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun, meseleyi, hakemlerce ihtiyati hacze karar verilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin onca tartışmaya rağmen, açıkça ve olumlu yönde düzenlenmiş olması nedeniyle oldukça farklı bir konumu bulunmaktadır (**MTK m. 6/II; III; Taslak m. 6; Tahkim Tasarı m. 7/II; karş. I. Taslak, m. 17; kenar başlığına rağmen II. Taslak m. 6, karş. Tasarı m. 418**). Aksi kararlaştırılmadıkça hakemler, talep üzerine, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilirler (**MTK m. 6/II**). Bu yalın hâl, hakemlere sadece ihtiyati hacze hükmedebilmek yönünden açık bir yetki vermemekte; ama aynı zamanda, *bir yükümlülük de yüklemektedir*. Zira Türk hukukunda, para alacaklarının güvence altına alınması bakımından, asli geçici hukuki koruma tedbiri olan ihtiyati haczin (İİK m. 257/I) hakemlerce de, anılan ayrıma uygun olarak hükmedilmesi beklenebilir. Burada çözümü gereken sorun, özellikle hakemlerin de söz konusu ihtiyati hacze, *kanunda öngörülen şartlarla* (İİK m. 257/I, II) hükmetmelerinin gerekip gerekmediğidir²⁹⁰. Hüküm (**MTK m. 6/II**), Model Kanun’un 17. maddesinin yahut İsviçre PIL Art. 183’ün aksine (ZPO §1041/I) genel bir ifadeyle *geçici hukuki himaye tedbirlerinden* söz etmemiş; tam tersine –delil tespitine ilişkin

²⁸⁷ ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 45-47.

²⁸⁸ SANGIORGIO, s. 163-166. Ayrıca bkz. BERTI, s. 430.

²⁸⁹ Para alacaklarında, uyumsuzluk konusu miktarın tamamının veya bir kısmının tedbiren ödenmesine yönelik bir kararın, İsviçre’de icrası bekleniyorsa; icrasında İsviçre mahkemelerinin yardımı gerekecekse verilmemesi gerekir (Ayrıca bkz. YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 219). Ancak bu, böyle bir kararın, tahkim yeri olan İsviçre dışında icra edilecek olması şartıyla verilemeyeceği anlamına da, gelmemektedir (SANGIORGIO, s. 139-141). Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 133. Karş. von SEGESSER/KURTH, s. 74.

²⁹⁰ Bu soruya verilen olumlu yöndeki cevap için bkz. SANGIORGIO, s. 163-166.

eksiklik bir yana bırakılacak olursa- tıpkı iç hukukta olduğu gibi *ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz* ayırımına uygun olarak kaleme alınmıştır. Ne var ki milletlerarası tahkimle ilgili olarak, millî tahkim kanunlarının özellikle hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili konularda, bu denli iç hukuka göndermede bulunması; *millî hukukun hakemlerce de bilinmesinin ve gözetilmesinin istenmesi*, yerinde değildir. İhtiyati haciz, tanımı gereği, *para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel bir takibin sonucunun güvence altına alınması için mahkeme (hakem) kararı ile borçlunun mal varlığına el konulmasını sağlayan geçici bir hukuki korumadır*²⁹¹. Bir an için, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun da bu *tanıma* göndermede bulunduğu; *şartları* için ayrıca İİK'nın 257/I. maddesine atıf yapmadığı düşünülebilir. Gerçi tarafların, tahkim anlaşmasına rağmen, mahkemeden ihtiyati haciz talep etmesi hâlinde, *ancak* söz konusu şartlarla bir ihtiyati haciz kararının verilebileceği de açıktır (**MTK m. 6/I, IV**). Bu durumda tahkim anlaşmasının, hakemlerce söz konusu şartların dikkate alınmaması yönünden nasıl bir farklılık yarattığı, ayrıca cevaplanması gereken bir soru olacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından, *kanunda zaten düzenlenen hususlarla ilgili olarak*, açıkça ve aksine hüküm bulunmadıkça her ne kadar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmişse de (**MTK m. 17/I**) burada, İcra ve İflâs Kanunu'nun özellikle *ihtiyati haczin şartlarına ilişkin hükmünün* de uygulanmaması beklenebilir (İİK m. 257/I). Zira aksi düşüncenin kabulü, milletlerarası tahkimde, tahkim yerine yabancı hakemlerin ve tarafların, Türk hukukuna has normları ve onların şartlarını bilmesi gerektiği anlamına gelecektir. Ancak hakemlerin yargı yetkilerinin içeriğinin, örneğin ihtiyati hacze hükmedebilmelerinin, Türk hukuku ve onun düzenlediği şartlar dışında, başka bir hukuka göre vasıflandırılması da mümkün olmamalıdır. Kaldı ki, ihtiyati haciz müessesesi yanında, bu yönde bir karar verilebilmesi bakımından aranan şartlar yönünden, milletlerarası tahkime ilişkin özel kanunun bilinçli bir suskunluk içinde mi olduğu, cevabı hayli güç bir sorudur.

Sonuç olarak, Türk hukukunda geçerli olan, sadece *ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz* şeklindeki ayırımın değil; ama özellikle ihtiyati hacze karar verebilmek bakımından aranan *şartların* da bu kanuna tabi tahkimler için geçerli olması gerekir²⁹². Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, sorunun çözümünde bir açıklık içermemesi, kanımızca, hükmün zaten bir iç hukuk müessesesine göndermede bulunmuş olmasından ve doğal olarak, aranan şartların yine burada da geçerli olacağına yönelik güvenden kaynaklanmaktadır. Şu hâlde, artık bir bilinçli suskunluk hâlinin de geçerli olmadığı sonucuna varılmaktadır. Kaldı ki kanunun yapmış

²⁹¹ ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 12.

²⁹² SchGK Art 271 vd. hükümlerine uyulduğu sürece, hakemlerin de ihtiyati haciz kararı verebilmelerinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. BERTI, s. 431.

olduğu açık ayrımın, bir anlamı ve değeri olmalıdır (**MTK m. 6/II**). Böyle bir hükmün yerindeliği; milletlerarası tahkime uygun düşüp düşmediği, tartışmalı olmakla birlikte, ayrı meselelerdir. Türkiye’de icra edilecek ve bu nedenle de Türk mahkemelerinin yardımının isteneceği geçici hukuki koruma tedbirlerinde, salt bu ayrıma değil; şartlarına da itibar edilmesi ve ona uygun davranılması gerekir. Sorun artık *kanımızca*, özellikle hakemlerce buna uygun davranılmaması; var olan ayrıma rağmen para alacakları için HUMK’un 103. maddesine uygun bir ihtiyati tedbir kararı verildiğinde ve bunun cebren icrasına, ihtiyaç duyulduğunda, Türk mahkemelerince nasıl bir yol izleneceğidir (*karş.* ZPO §1041/II, III).

Kanunun 6/II maddesinin *son cümlesinde*, hakemlerin, cebrî icra organları tarafından icrası ya da resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken yahut üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı veremeyecekleri düzenlenmiştir (**MTK m. 6/II, 3. cümle**). Bu nedenle öğretilerde, hakemlere ihtiyati haciz kararı verme yetkisini tanımının *ne* pratik bir sonucunun *ne de* yararının olduğu ileri sürülmüştür²⁹³.

Tahkim anlaşmasına; tahkim yargılamasına yabancı üçüncü kişiler yönünden getirilen sınırlama son derece doğaldır; bu nedenle *kanımızca* düzenlenmesi de şaşırtıcı olmuştur. Devlet yargısı için de geçerli olan bu sonucun, tahkimde de istisna edilmesinin, tekrardan öte hiçbir hukuki yararı yoktur. Zaten tahkimin ve tahkim yargılamasının nispiyeti dikkate alındığında, böyle bir sonuç kaçınılmazdır²⁹⁴. *Buna karşın, icra daireleri ve resmi makamlar yönünden getirilen sınırlamanın üzerinde durmak gerekir*. Bu şekilde, hakemlerce verilen bir ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz kararının *doğrudan icra dairesince* yerine getirilmesinin önüne geçilmiştir²⁹⁵. ***Ancak böyle bir düzenleme de, yine çok şaşırtıcı olmamalıdır***. Zira hakemlerce verilen kararın gereği tarafça yerine getirilmiyorsa, bu hâlde ***zaten***, söz konusu kararın *derhâl* ve *doğrudan* icrasından değil; *icrası için mahkemenin yardımının istenmesinden* söz edilmektedir (ZPO § 1041/II; PIL Art. 183). Bu durum uyuşmazlığın esası hakkındaki hakem kararları için de aynen geçerlidir. ***Yürütülen faaliyetin ayniyetine karşın, hakemler, hâlâ icra daireleri yahut sair resmi makamlar nezdinde, mahkemeler ile aynı***

²⁹³ PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 124- 126; AKINCI, s. 92.

²⁹⁴ Söz konusu sonuç, tahkime yahut onun sözleşmesel niteliğine has değildir. Bu, her yargılamanın, *niteliği/kaynağı ne olursa*, ortak ve temel özelliğidir (KARRER, s. 105).

²⁹⁵ DEREN-YILDIRIM, s. 83. Getirilen böyle bir sınırlamanın *lex fori*’nin (*kararının icra edileceği yer hukukunun*) Türkiye olması hâlinde, bir anlamı olacağına ilişkin bkz. EKŞİ, s. 312, 313. Hakemlerce verilen böyle bir kararın Türkiye dışında, icrası istenen ülke hukukunca nasıl değerlendirileceği, o ülke hukukuyla ilgili bir meseledir. Bu kanuna tabi olmayan tahkim yargılamalarında verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin Türkiye’de icrası bakımından, bunların doğrudan icra dairelerince yahut resmi makamlarca yerine getirilmesi mümkün değildir. Ancak tahkim yeri ve hatta tabi olduğu hukuk bakımından Türk hukuku ile hiçbir ilgisi bulunmayan tahkim yargılamalarında, verilen âdetâ *yabancı* geçici hukuki koruma kararlarının Türkiye’de icrası sırasında, yetkili mahkemenin (**MTK m. 3/I**) yardımının istenmesi de mümkündür (**MTK m. 6/III; ayrıca bkz. MTK m. 6/IV**).

hukuki konumda görülmemektedirler. Şu hâlde kanunumuzda aksinin düzenlenmesi, şaşırtıcı olurdu²⁹⁶.

Tahkimde *ihtiyati haciz* ile ilgili, özellikle de kararın cebren icrasıyla alakalı öğretide yapılan değerlendirmelere, katılmamak mümkün değildir²⁹⁷. Ancak varılan sonuç, sadece ihtiyati haciz için de geçerli olmamalıdır. Mahkemelerce verilen ihtiyati haciz kararının belli bir süre içinde, icra dairelerince de icrası gerekir (İİK m. 261/I; ayrıca bkz. **MTK m. 6/IV**); aksi hâlde ihtiyati haciz kararı, kendiliğinden kalkar. Söz konusu mahkeme kararı, ancak hacze ilişkin hükümlere uygun olarak icra edildiğinde yerine getirilmiş olur (İİK m. 261/II; 77-99). *Eş deyişle borçlunun rızaen, kendiliğinden, tek taraflı olarak ihtiyati haciz kararını ifa etmesi, gereğini yerine getirmesi gibi bir ihtimal, zaten söz konusu değildir.* Anılan sonuç, ihtiyati tedbir kararları için de geçerli *olabilir*. İhtiyati tedbir kararlarının belli bir sürede, *cebren* icrası, zorunlu değilse de (*karş.* HUMK m. 109)²⁹⁸ bu, onun, *şayet icrası gerekiyorsa*, cebren icra dışında (HUMK m. 106), davalının tek taraflı olarak, kendiliğinden ve rızaen anılan karara itibar etmesi hâlinde de yerine getirilmiş sayılacağı anlamına gelmemektedir. İhtiyati tedbir kararına itibar edilip uyulmuş olması, kararın, *icrası gereken hâllerde*, hukuken de icra edildiği anlamına gelmemektedir. *Geçici hukuki koruma tedbirine ilişkin mahkeme*

²⁹⁶ Özel kişilerden oluşan hakemlerin devletin resmi organları, kamu kurumları (Karayolları veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü gibi) hakkında tedbir kararı veremeyeceği ileri sürülmüşse de (**BİRSEL/BUDAK**, s. 212), bundan, tahkim yargılamasının da tarafı olan kamu kurumları hakkında, herhangi bir geçici hukuki koruma tedbirine hükmedilemeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır. Aksi düşüncenin kabulü hâlinde, taraflar arasındaki eşitlik bir yana, yargılamanın tarafı olan kamu kurumunun, *uyuşmazlığın esasına ilişkin nihai hakem kararının* icrasından bağışık olmadığı hâlde, hangi gerekçeyle *geçici hakem kararlarının* icrasından bağışık olduklarını açıklamak, mümkün değildir (**PEKCANİTEZ**, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 123, 131). Yine aynı hükümden, *yargılamanın tarafı olmayan kamu kurumlarının*, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin cebren icrasına mahkemelerce yardım edilmesine karar verildikten sonra, icra dairelerince infaz edilecek geçici hukuki koruma kararlarıyla ilgili *muhafaza tedbirlerine* de muhatap olmayacakları anlamı çıkarılmamalıdır.

²⁹⁷ **PEKCANİTEZ**, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 125.

²⁹⁸ **PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 625. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/A/II. maddesine göre, *"...Taraflardan biri, mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almış ise otuz gün içinde tahkim davasını açmak zorundadır. Aksi hâlde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kendiliğinden ortadan kalkar."* (*karş.* HUMK m. 109; İİK m. 264/I). Hükümle ilgili olarak özellikle *ihtiyati haciz* hakkında bir açıklığın getirilmesi faydalı olacaktır. Burada *lâfzen* her ne kadar, ihtiyati haciz kararının ardından 30 gün içinde dava açılmasından bahsedilmişse de (tıpkı ihtiyati tedbirlerde olduğu gibi) anlaşılması gereken, İİK'nın 264/I. maddesine uygun olarak tamamlayıcı merasim bakımından, ihtiyati haczin icrasının ardından (haciz borçlunun giyabında yapılmışsa, haciz zabıt varakasının kendisine tebliğinden itibaren) 7 gün değil; 30 gün içinde tahkimde davanın açılmasının gerekeceğidir. Ne var ki, özellikle İİK'nın 264. maddesinde, tamamlayıcı merasim olarak icra (iflas) takibine geçilecek ise 7 gün; *tahkimde* dava açılacak ise 30 günlük bir sürenin getirilmiş olması, son derece eleştiriye açıktır. Zira *kişinin, tahkimde dava açmak şeklinde, sözleşmesel bir yükümlülüğü vardır; ancak kanuni bir mecburiyeti yoktur*. Bu hâlde, alacaklı bakımından 7 günün geçmesine rağmen, şayet icra takibi yapılacaksa (*yapılabileceğinin kabulü hâlinde, karş. §11, III, A, 1, s. 406 vd*) yahut mahkemede dava açılacaksa hükümsüz; tahkimde dava açılacaksa hâlâ geçerli bir ihtiyati haciz kararı bulunmaktadır (İİK m. 264/IV). Böyle bir uyumsuzluğu, gerekçelendirmek güçtür. Hele, tahkim davasının açılmış sayıldığı ana ilişkin düzenleme dikkate alındığında (**MTK m. 10/A/I**), 30 günlük bir süreye neden ihtiyaç duyulduğu da kanımızca tartışmaya açıktır. Öğretide, HUMK'a yahut 1961 Cenevre Sözleşmesi'ne (*her nasılsa, MTK'ya da tabi olmamak şartıyla*) tabi tahkimler bakımından, ihtiyati tedbirler konusunda, anılan sürenin 10 gün olduğu belirtilmiş, mahkemenin kararında bu ayrıma uygun olarak, süreye ilişkin bir açıklığa yer vermesi gerektiği belirtilmiştir (**EKŞİ**, s. 313).

(hakem) kararının, çoğu hâlde, böyle bir kararın alındığından habersiz olan muhatabının mal varlığında kendiliğinden bir değişiklik meydana getirmesi söz konusu değildir. Kişinin dava konusu taşınır yahut taşınmaz mallar üzerinde tasarrufta bulunmaması, (şayet bu yöndeolumsuz içerikte bir karar verilmemişse) verilen ihtiyati tedbir kararının özellikle üçüncü kişiler nezdinde, *hukuken de* icra edildiği; gereğinin yerine getirildiği anlamına gelmez. Bu durum, hiç şüphesiz ki, ihtiyati haciz için daha belirgindir.

İhtiyati hacze ilişkin mahkeme kararının öncelikle ayakta tutulabilmesi için *cebren icrası* kaçınılmazdır. Bunun yanında alacaklının, hacze konu mal varlığı üzerinde, sair hacizli alacaklılar arasında bir yer alabilmesi, öncelikle söz konusu kararın cebren icrasını gerektirmektedir; aksi hâlde, en basitinden, hacze iştirakte (İİK m. 100; 268) yahut ihale bedelinin paylaşılmasında (İİK m. 140; 206), bir yeri olmayacaktır.

Ortaya çıkan bu manzara karşısında, hakemlerce ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz kararının verilmesinin, en azından Türk hukuku bağlamında hiçbir anlamının, gereğinin, faydasının olmadığı; *dahası alacaklının zararına olduğu*²⁹⁹ düşünülmemelidir³⁰⁰. Getirilen hükümlerle birlikte (MTK m. 6/II), **uyuşmazlığın esası hakkında yargı yetkisine sahip hakemlerin, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek konusundaki yargı yetkileri açıkça hükme bağlanmıştır**³⁰¹. Bunun yanında ayrıca, hakemlerce verilecek söz konusu kararın, *-gerekiyorsa-* cebren icrası için **mahkemelerin yardımının istenmesi** (MTK m. 6/III) ise tıpkı Alman hukukunda kabul edildiği üzere (ZPO §1041/II, III), *milletlerarası tahkimde*, tahkim yerinde ve tahkim yeri hukukuna yabancı hakemlerin kararlarının cebren icrası için *lex*

²⁹⁹ Hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının her nasılsa, rızaen yerine getirildiğini kabul edelim (Karş. HUSSLEIN-STICH, s. 103). Söz konusu geçici hukuki koruma tedbirine konu mal varlığının sonradan başka alacaklılarca özellikle haczedilmesi hâlinde, bu üçüncü kişi yönünden hukuken etki doğurabilecek, resmen icra edilmiş hiçbir haciz yahut tedbir işlemi, bulunmamaktadır. Örneğin tahkim davasının alacaklısının hacze konu mal varlığının cebren satışından kendi payına, bir miktar paranın ödenmesini istemesi olanaklı değildir; zira hazırlanacak sıra cetvelinde, yahut yapılacak dağıtımda, pay ayrılmasına sebebiyet verecek hiçbir haciz işlemi bulunmamaktadır. Tahkim davasının davalısının, üzerinde tasarruf etmesi, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararı ile engellenen menkulün, HUMK'un 106. maddesine uygun olarak gerçekleştirilmiş bir icra işlemi olmadığı sürece anılan tedbir kararından ari olarak haczi mümkündür. İhtiyati tedbir yahut haciz kararı lehine olan alacaklının kendisini, borçlunun tek yanlı ve gönüllü tutumu ile hakemlerin sözü edilen kararlarının gereğini yerine getirmesine rağmen, en azından Türk hukukunda, güvende hissetmemesi gerekir. Bu onun zararına olur. Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 140.

³⁰⁰ Karş. PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 124-126; DEREN-YILDIRIM, s. 83.

³⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993, 33/40-2 (RG., 6.11.1993, S. 21750, s. 21 vd) sayılı kararında da belirtildiği üzere, "...Yargı yetkisinin etkinliği, "karar verme" aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektirir ki," yürütmeyi durdurma" önlemi bu "eksiksiz kullanma" kapsamında yer alır. ...Son kararı vermeye yetkili organının davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü, yargı yetkisinin eksiksiz kullanımıyla bağdaşmaz. ...İster özel hukuk, ister kamu hukuku uyumsuzluklarında olsun, yasalarda açıkça bulunmasa bile önlem (tedbir) yetkisinin varsayılması bir zorunluluktur...". Kanımızca artık, HUMK'a tabi tahkimler için de, hakemlerin geçici hukuki himaye tedbirlerine hükmedemeyecek olması bakımından, özellikle herhangi bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı şeklindeki gerekçenin yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Ayrıca bkz. BANDEL, s. 13, 14.

fori yönünden kaçınılmaz olan **denetimin-müdahalenin yerine getirilmesi** olarak görülmelidir.

Hakemlerin özellikle üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı veremeyeceklerine ilişkin hükmün üzerinde biraz daha durmakta yarar vardır. Esasen böyle bir düzenleme getirilmemiş olsaydı da, aynı sonuca zaten varılacaktı. Hüküm, mahkeme yargılamasında görülmeyen, bilinmeyen bir farklılığı düzenlemiş değildir. Yargılamanın tarafı olmayan kimseler üzerinde, herhangi bir yargı yetkisinin kullanılması söz konusu değildir. Örneğin, dava konusu olan ve ihtiyati tedbire de konu edilen mal varlığının davanın taraflarına ait olması gerektiği gibi; ihtiyati haciz konusu *mal-alacak-haklar* yine sadece borçlunun olacaktır³⁰². Bu esnada, özellikle İİK'nın 89. maddesiyle ilgili bazı sorunlar gündeme gelebilir. Hükmün, hacizle ilgili bir muhafaza tedbiri olduğu ve borçlunun üçüncü kişinin elinde bulunan mal varlığının önceden zaten *haczedilmiş olduğu* dikkate alındığında (İİK m. 89/I)³⁰³, tahkimde, İİK'nın 89. maddesinin (*ki bu örneğe, İİK'nın 99. maddesinin de dâhil edilmesi mümkündür*) bir uygulamasının olamayacağına yahut bu nedenle hakemlerin ihtiyati hacze karar veremeyeceğine ilişkin düşüncenin³⁰⁴ bir kez daha sorgulanması gerekir.

Öncelikle hakemlerin, tıpkı mahkemeler gibi, sadece *ihtiyati hacze* karar verdiği unutulmamalıdır (İİK m. 260). Verilen kararın icrası için icra müdürlüğünce gerçekleştirilen haciz ve muhafaza işlemlerinin nasıl ki, mahkemelerle bir ilgisi yoksa tahkimle yahut hakemlerle de bir ilgisi bulunmamaktadır. Borçlunun hacze konu mal varlığı değerlerinin borçlunun yahut üçüncü kişinin elinde olmasına göre, *özellikle muhafaza tedbirleriyle ilgili izlenecek usul yönünden*, ihtiyati haciz kararını verenlerin hakem olmasına dayanılarak bir ayırım yapılması, tutarlı gözükmemektedir. Zira borçluya ait haczi kabil malların, üçüncü kişinin elinde bulunmasına göre *muhafaza işleminin* sadece İİK'nın 89. maddesine dayanarak gerçekleştirilmesi, zorunlu değildir³⁰⁵. Tahkimin icra prosedürüne ilişkin sahada, bir etkisinin olmadığı kabul edildiğinde, hakemlerce ihtiyati hacze karar verilemeyeceğini; söz konusu ihtiyati haciz kararının icrası aşamasında, İİK'nın 85, 86/I, 88/II, 99, 103. maddelerinin kullanılabilir olmasına karşın, İİK'nın 89. veya 99 maddelerinin kullanılmayacağını ve hatta daha genel olarak, borçlunun malvarlığı değerinin üçüncü kişinin elinde olması hâlinde,

³⁰² ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 236-243.

³⁰³ YAVAŞ M., *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi* (İİK m. 89), İstanbul, 2005, s. 17, 18.

³⁰⁴ Ayrıca bkz. BİRSEL/BUDAK, s. 212; §13, VI, s. 544, dn. 432.

³⁰⁵ YAVAŞ, s. 153. Ayrıca bkz. 12. HD. 17.2.2000, 1178/2594 (YKD 2000/8, s. 1227); 12 HD. 12.5.2000, 6490/7804 (YKD 2001/2, s. 219); 12 HD. 21.9.2004, 15432/19777 (PEKCANITEZ H/AKKAN M/YEŞİLOVA B/ERİŞİR E., İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4. Bası, Ankara, 2005, s. 214); 12. HD. 29.4.2004, 6537/10591 (UYAR T., İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 5, İİK. 82-97, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 7769).

artık söz konusu değerini –*tahkim anlaşmasından kaynaklanan nedenlerle* (MTK m. 6/II, son cümle)- haczedilemeyeceğini ileri sürmek kanımızca, mümkün değildir. Bu durumun, tahkim anlaşmasının nispiyeti ile de bir ilgisi yoktur. Hakemlerin doğrudan üçüncü şahısları muhatap olarak herhangi bir geçici hukuki himaye tedbirine hükmedemeyeceği meselesi ile (ki bu, zaten *mahkemelerce* de yapılamamaktadır, İİK m. 260/I, b. 1) tahkimde, İİK'nın 89. maddesinin uygulanamayacağını söylemek, tümüyle birbirinden bağımsız konulardır; son önerme ise zaten doğru da değildir. Kaldı ki icra dairesince yerine getirilen ihtiyati haciz kararının mahkemenin de yardımı istenerek *işlenmiş –bir anlamda denetimden geçmiş-* bir hakem kararı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır (karş. MTK m. 6/III, 1. cümle).

Hakemlerce ihtiyati haciz kararı verilebilmesi konusunda, *şayet kanunumuzda böyle açık bir hüküm olmasaydı*, takınılması muhtemel olumsuz bir tavır bakımından, birazdan incelemeye çalışacağımız şu iki hususun gözden kaçırılmaması gerekir: *Bunlardan ilki*, ihtiyati haciz kararının *-istisnai- bir icra takip işlemi* olarak kabul edilmesidir³⁰⁶. İhtiyati haciz talebi ve müessese olarak ihtiyati haciz, bir icra takip işlemi değilse de; ihtiyati haciz kararı öğretilde, bir icra takip işlemi olarak kabul edilebilmektedir³⁰⁷. Şu hâlde savunduğumuz görüş doğrultusunda, *hakemlerin de* bir icra takip işlemi yapabilecek olması gibi bir sonuç karşımıza çıkmaktadır ki, bu durum, yukarıda, cebri icra hukukuyla ve özellikle devletin egemenlik yetkisiyle alakalı kimi hassasiyetlerin bir kez daha gözden geçirilmesini gerekli kılabılır. İhtiyati haciz, saf ve salt bir icra hukuku müessesesi değildir; yargılaması ve icrası, birbirinden ayrı, bağımsız iki ayrı meseledir. Ancak, yargılama sonucunda verilen kararın, bir icra takip işlemi olduğunun kabulü, mahkemelerin dışında, özel kişiler olan hakemlerin de bir icra takip işleminde söz sahibi olması, sonucunu doğuracaktır. Bu sonucun, kanunun açık hükmüyle geçirilmesi, kolaydır. Ancak, zaten tahkimi açıklayan teorilerden başta *delegation* görüşü ve diğer yargısal teori altındaki görüşler incelendiğinde, devletin zaten böyle bir yargılamaya cevaz verip geçerli saydığı; hatta kesin hüküm etkisi tanımış olduğu gerçeği karşısında, artık ihtiyati haciz kararının bir icra takip işlemi olarak kabulünün, hakemlerce bu yönde karar verilemeyeceği konusunda, gerekçe yapılmaması gerekir. *Hakem kararlarına tanınan kesin hüküm etkisi, bir icra takip işlemi sayılmak şeklindeki sonuçtan daha az önemli değildir*. Kaldı ki hakemlerin, normal koşullarda, tıpkı mahkemeler gibi bir icra organı olmadığı da çekişmesizdir. Şayet mahkemeler, takip hukuku bakımından, kimi işlemleri yönünden bir icra organı olarak görülüyorsa, bu sonucun, aynı işlemi yapmasında mahzur görülmeyen hakemler

³⁰⁶ ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 255. Ayrıca bkz. HGK. 06.05.1998, 12-287/325 (YKD 1998/9, s. 1269); HADİMOĞLU, s. 145, 146.

³⁰⁷ ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 251-255.

için de geçerli olması, gerekir. Zaten mahkemelerce verilen ihtiyati haciz kararları bakımından da bunların, *istisnai* birer icra takip işlemi olduğu belirtilmiştir. Ortaya çıkan sonuç, aynı istisnadan hakemlerin de yararlanmasından başka bir şey değildir.

Değnilmesi gereken ikinci durum, İİK'nın 265/II. maddesiyle ilgilidir. Hüküm, maddeye 4949 Sayılı Kanun ile eklenmiştir. Buna göre, ihtiyati haciz kararının *icrası* sırasında, menfaati haleldar olan üçüncü kişilerin de, belli bir süre içinde, kararın sebeplerine veya teminata itiraz edebilecekleri düzenlenmiştir. Hükümün gerekçesi “...*Zira ihtiyati haciz geçici bir hukuki koruma olup, bu karar bazen karşı taraf dinlenmeden ve ispat aranmadan verilebilmektedir. Bunun sonucu olarak, borç ilişkisinin dışında kalan üçüncü kişileri de doğrudan doğruya etkileyecek tarz ve içerikte ihtiyati haciz kararı verilebilmekte, üçüncü kişilerin bu durum karşısında kendilerini açık bir hükümle koruma olanağı bulunmamaktadır. Üçüncü kişilerin ileri sürebileceği itiraz sebebinin ihtiyati haciz nedenlerine veya teminata ilişkin olabileceği belirtilmek suretiyle itiraz konusunda tereddütlerin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır...*”³⁰⁸ şeklindedir.

Sorun, böyle bir tahkim yargılamaları yönünden de geçerli olup olmayacağıdır (*karş.* ZPO§1041/III). Anılan düzenlemenin varlığı nedeniyle hakemlerin ihtiyati hacze karar veremeyeceğini söylemek, en azından açık kanun hükmü ile çelişir. Şu hâlde yapılması gereken, söz konusu kanun hükmünün işlerliğini sağlamaktır. En kolay yol, ilgili hükmün tahkim yargılamaları için de geçerli olduğunu kabul etmektir. Ne var ki bunun, tahkim yargılamalarındaki nispiyeti zedelediği, rahatlıkla söylenebilir. Hatta böyle bir hükmün milletlerarası tahkimde uygulanmasını kabul etmenin, tahkim yeri hukukunun, milletlerarası tahkime ölçüsüz bir müdahalesi anlamına geleceğini düşünmek de mümkündür. Ancak bu tip durumlara rastlanabilmektedir. İİK'nın 265/II. maddesi hükmünün de, bu şekilde kabulü gerekecektir. Düzenleme, ihtiyati haciz kararının icrasından etkilenenlere özel bir hukuki bir çare sağlamaktadır. Yapılan itirazın istihkak iddiasına yönelik olmayıp sadece kararın dayandığı sebeplere ve teminata ilişkin olması, milletlerarası tahkimde, zedeleneceğinden endişe edilen kimi değerlerin düşünüldüğünden daha az zarar görmesine neden olmaktadır. Buna karşın tahkimde, üçüncü kişinin örneğin İİK'nın 265/V. maddesi sayesinde, sahip olduğu denetim hakkından mahrum kalıp kalmayacağı, bir diğer ve çözümü olmayan meseledir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6/II. maddesi, hakemlerce verilecek ihtiyati haciz kararlarının gerek şartları gerekse icrası hususunda bir hayli eksiktir. Tarafları arasında geçerli bir anlaşma nedeniyle üçüncü kişinin İİK'nın 265/V. maddesinden nasıl ve ne

³⁰⁸ PEKCANITEZ/AKKAN/YEŞİLOVA/ERİŞİR, s. 216.

gerekleşmeye mahrum bırakıldığını açıklamak hayli güçtür. Ancak böyle bir denetim mekanizmasının tahkimde, tarafları için dahi geçerli olmadığı düşünüldüğünde, İİK'nın 265/V. maddesinin tahkimde uygulanmayacağını kabul etmek, bu şartlar altında, en kolay yoldur. Kaldı ki böyle bir usul, 4949 Sayılı Kanun'un kabulüne kadar, devlet yargısında da geçerli değildi³⁰⁹.

Milletlerarası tahkimde, yargılama giderleri için geçerli miktarın büyüklüğü, beraberinde böyle bir giderin güvence altına alınması sorununu gündeme getirmiş; konu, kimi tahkim kurallarınca özel olarak düzenlenmiştir (LCIA m. 25/II). Aynı yöndeki başka bir düzenlemeye, *lex loci arbitri* olan 1996 AA § 38/III'de rastlanmaktadır. Bu kurallar altında hakemlerin, yargılama giderlerinin güvence altına alınması bakımından gerekli *tedbirlere* karar verebilmesi (*ki söz konusu para alacakları için hükmedilen geçici hukuki koruma kararları, Türk hukukunda, birer ihtiyati haciz kararı olarak düşünülmelidir*), tartışmadan uzaktır. Lakin böyle açık bir yetkilendirmenin bulunmadığı durumlarda ise hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından sahip olduğu genel yargı yetkisi dikkate alınmalıdır ki, *örneğin* ICC Rules Art. 23/I'ün, bunun için yeterli olduğu düşünülmektedir³¹⁰.

Ticari ilişkilerde, taraflardan birinin diğerine (taksitler hâlinde) yapmakta olduğu ya da yapmayı taahhüt ettiği ödemeler, tarafın işletmesi için oldukça önemli bir nakit akışı anlamına gelebilmektedir. İşletmenin yaşaması veya söz konusu iş kolunda kalabilmesi, yapılması taahhüt edilen ödemelere bağlı da olabilir. Bu hâlde, uyuşmazlığın nihai olarak çözümlenmesini beklemek yerine, hakemler, ödemelerin geçici olarak, tedbiren devamına karar verebilirler. 1996 İngiliz Tahkim Kanunu AA §39/II, tarafların, hakem heyetini, böyle bir konuda karar vermek bakımından da yetkilendirebileceklerini düzenlemiştir. Böylesine açık bir hüküm veya kural bulunmasa da ICC hakemleri, kendilerini bu konuda da otorite sahibi görmüşlerdir³¹¹. Hakemlerce ifa amaçlı böyle bir tedbire hükmedilmesi ve bunun cebren icrası için *örneğin* Türk mahkemelerinin yardımının istenmesi durumunda, Türk hukukundaki, ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz ayrımı da dikkate alındığında, ilgili kararın mahkemece nasıl

³⁰⁹ Bu döneme ilişkin değerlendirmeleri için bkz. **ÖZEKES**, *İhtiyati Haciz*, s. 338-340.

³¹⁰ **YEŞİLİRMAK**, s. 33. Yargılama giderlerinin güvence altına alınmasına ilişkin tedbirlere hangi hâllerde müracaat edilmesi gerektiği konusu, beraberinde böyle bir yetkinin gerçekten hakemlerde olmasının gerekip gerekmediği sorusunu gündeme getirmiş; bunun tahkime elverişli olmadığı görüşlerinin dahi ileri sürülmesine yol açmıştır (**LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 601). *Karş. DAC Report*, §193. Bu hâlde gündeme gelen en belirgin karşı iddia, bu tip tedbirlerin ekonomik yönden yeteri kadar güçlü olmayan davacıların haklarını aramaktan tamamen kaçınmalarına sebebiyet vereceğidir (**YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 215, 216).

³¹¹ ICC Case No. 7544, 11(1) ICC Bulletin 2000, s. 56 vd. Doping nedeniyle bir sonraki salon atletizm yarışmasına *German Athletics Association* kararıyla katılmaktan men edilen Alman atlet Dieter Baumann'ın yarışmaya katılması yolunda *hakemlerce* verilen tedbir kararını icra eden mahkeme içtihadı için bkz. OLG Frankfurt, 24 Sch 1/2001. *Karar için bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 602. *Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ*, *İhtiyati Tedbirler*, s. 38.

değerlendirileceği, bir hayli tartışmalıdır. Anılan doğrultudaki geçici hukuki koruma tedbirinin *amacı ve sonucu* dikkate alındığında, bunun bir *ihtiyati haciz kararı* olarak kabulü mümkün olmamalıdır. Öte taraftan, para alacağına ilişkin olmakla birlikte, söz konusu içerikli bir geçici hukuki koruma tedbirinin HUMK'un 103. maddesine göre geçerli sayılması (*karş. İİK m. 257*), *kanımızca*, hayli tartışmalı olacaktır³¹².

III- Hakemlerce Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Hükmedilebilmesinin Şartları

Geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verebilmek bakımından, mahkemelerde olduğu gibi hakemler nezdinde de, böyle bir kararın derhâl, yargılamanın sonu beklenmeksizin verilmesini haklı ve *gerekli* kılan nedenlerin ortaya konulması gerekir. İddia edilen hususların *ne derecede* ispat edileceği ise erken dönemde, bu yönde karar verecek olanların, tarafların hak ve borçları ile uyumsuzluğun esasını olumsuz yönde etkileyecek bir karar vermesi riskini, azaltacaktır³¹³. Ne var ki, geçici hukuki koruma tedbirlerine hakemlerce hangi şartlarla hükmedilebileceği; tarafların bu durumda neyi, ne kadar ve nasıl iddia ve ispat edeceği, açıkça düzenlenmiş değildir. Hatta tam aksine, milletlerarası tahkime ilişkin kimi hükümlerde, hakemlere *en azından lâfzen*, son derece geniş bir takdir yetkisi tanınmış *gerekli görüldüğünde* (where the tribunal deems necessary) yahut *uygun şartlarla* (under appropriate circumstances) geçici tedbirlere hükmedilebileceği düzenlenmiştir. (Model Kanun m. 17; ZPO §1041/I; UNCITRAL Rules Art. 26; ICC Rules Art. 23). Hangi türdeki tedbirlere hükmedilebileceği sayılsa da; bunlara *hangi şartlar* altında karar verilebileceği, düzenlenmemiş olabilir³¹⁴.

Öğretide, tartışılmakta olan mesele, *kısaca*, geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, yukarıda sözü edilen düzenleme boşluğu da dikkate alındığında, mahkemelerce aranan şartların, hakemler için de geçerli olup olmadığıdır. Örneğin Alman hukukunda, ZPO § 1041/I'de, hakemlerin *gerekli görmeleri* hâlinde, geçici tedbirlere hükmedebilecekleri düzenlenmiştir (*ayrıca bkz.* Model Kanun m. 17). Başkaca bir şartın düzenlenmemiş olması nedeniyle geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmek bakımından varlığı aranan

³¹² *Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, İhtiyati Tedbirler*, s. 37, 38.

³¹³ BERGER, s. 336; YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 170.

³¹⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 602, 603. Mevzuatta bu konuda bir açıklık bulunmamasının kimi nedenleri de vardır. Örneğin, bu yöndeki düzenleme boşluğunun tanınacak geniş takdir yetkisi ve bunun yaratacağı esneklik ile hakemlerce doldurulmasının istenmiş olması, pekâlâ mümkündür. Yine hakemlerin böyle bir durumda, zaten doğrudan millî hukuklara başvurduğu da bir gerçektir. Gerçi bu son hâlde, hangi *yer* millî hukukunun esas alınacağı, başlı başına bir tartışma olmakla birlikte, *açıkça* belli bir yer hukukuna göndermede bulunmaktansa, ilgili millî hukukun, hakemlere tanınmış takdir yetkisi içinde değerlendirilebilecek bir unsur olarak görülmesi, daha tercihkârdır (YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 171, 172; KARRER, s. 104).

yegâne unsurun, *en azından lâfzen*, hakemlerce *gerekli görülme* olduğu ileri sürülmüştür³¹⁵. Oysa aynı esnada, mahkemelerce dikkate alınan *aciliyet* (*tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olan hâller*); uyuşmazlığın esası hakkında haklı olma *olasılığının* varlığı; oranlılık gibi diğer unsurların da hakemlerce dikkate alınıp alınmayacağı, tartışma konusu olmuştur (ZPO § 916 vd). Genel eğilim, mahkemelerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilirken gözetilen *kriterlerin* hakemlerce de geçerli olması, yönündedir³¹⁶.

Milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında ise geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilirken, hakemlere tanındığı kabul edilen geniş takdir yetkisi içinde dahi kimi ortak kriterlerin somutlaştığı kabul edilmektedir³¹⁷. Hakemlerin, tarafın talebinde, gerçeğe yakın düzeyde haklı olduğu konusunda (*fumus boni iuris*) ve kesin hukuki koruma elde edilinceye kadar geçecek sürenin tarafın korunmaya değer hakları üzerinde –*telafisi hayli güç-* olumsuz sonuçlar doğurabileceği hususunda³¹⁸ (*periculum in mora*) kanaat sahibi olmaları ve *oranlılık prensibine* de uygun olarak karar vermeleri gerekir³¹⁹. Ne var ki bu esnada, tarafın uyuşmazlığın esası üzerinde de, yine belli düzeyde haklı olduğunu ispat etmesinin, hakemlerin uyuşmazlığın nihai olarak *nasıl* çözümleneceği konusunda herhangi bir ön yargı yahut peşin hüküm taşımalarına neden olup olmayacağı, tartışma konusu olmuştur³²⁰. Hatta salt bu endişe nedeniyle uyuşmazlığın esasıyla ilgili, belli ölçüdeki haklılığın *çok nadiren* geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından dikkate alındığı, ileri sürülmüştür³²¹.

³¹⁵ WAGNER, s. 774; Ayrıca bkz. YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 171; BANDEL, s. 32-36.

³¹⁶ SCHÜTZE, s. 124; WIRTH, s. 34-45; KARRER, s. 104; BOND, *Provisional Measures*, s. 18; WALTER /BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 140; BERTI, s. 430; BUCHMAN, s. 258; PETER B., *Switzerland, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook*, ed. Alex Bösch, Berlin, 1994, s. 699. Sadece tahkim kuralları dikkate alınarak verilen tedbir kararları da bulunmaktadır (LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 27; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 604).

³¹⁷ KARRER, s. 104; YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 172.

³¹⁸ Bu konuda, Model Kanun'un ilgili hükmünün yeni taslaklarında, *mühim, telafisi olanaksız* şeklindeki ifadelerin talep sahibi üzerinde ağır bir ispat yüküne sebebiyet verdiği; tespitindeki güçlükler nedeniyle de keyfiliğe neden olduğu düşüncesiyle *nihai kararlar tam olarak karşılanması, telafi edilmesi mümkün olmayan zararın varlığı* kriterinin yeterli olduğu düşünülmüştür (SORIEUL, s. 556-557; DONOVAN, *Provisional Measure*, s. 122). Taslak Model Kanun 17 bis maddesi için bkz. A/CN.9/WG.II/WP.141, s. 3.

³¹⁹ Hakemlerin, nihai hukuki korumadan farklı olarak, acele muhakeme kuralları altında, talepte bulunan tarafın anılan yöndeki talebinde, *prima facie* düzeydeki haklılığı ile yetinmesi gerekir (YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 173). Ayrıca bkz. BERGER, s. 336; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 343; ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 216-224; ATALAY, *Menfi Vaka*, s. 44; KÜHN, s. 60, 61.

³²⁰ LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 27; YEŞİLİRMAK, s. 34; von SEGESSER/KURTH, s. 71; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 604.

³²¹ LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 25, 27; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 604. Ayrıca bkz. YEŞİLİRMAK, s. 34; von SEGESSER/KURTH, s. 71. Oysa bunu bir şart olarak gören karar için bkz. XXVI YBCA 2001, s. 204 vd.

Hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmesi bakımından aranan şartlar öğretide, *olumlu* ve *olumsuz* şartlar olarak iki başlık altında incelenmiştir³²². Olumlu şartlar:

- a) Hakemler, *prima facie* düzeyde de olsa yargı yetkisine sahip olmalıdırlar. Aksi düşüncenin kabulü, uyuşmazlığın esasını çözemeyecek olanların, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmeleri anlamını taşır. Ne var ki bu aşamada, salt taraflardan birinin hakemlerin yargı yetkisine itiraz etmiş, tartışmaya açmış olması da geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek yönünden engel teşkil etmemelidir. Şüphe hâlinde yargı yetkisinin, *en azından geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedecek kadar*, bulunduğu kabul edilir³²³.
- b) Talep sahibi, *prima facie* haklılığa sahip olmalıdır. Uyuşmazlığın esası üzerindeki haklılığın, kuvvetle muhtemel olması, bir başka anlatımla erken dönemde verilecek böyle bir kararın yersiz, haksız yahut saldırgan nitelik taşımaması gerekir. Bu durum, uyuşmazlığın nasıl çözümleneceği konusunda, bir ön-yargı da teşkil etmemelidir³²⁴.
- c) *Aciliyet*, yani erken dönemde de olsa, bu yönde bir karar verilebilmesi, sadece nihai hukuki korumayla yetinilmediğinden *varlığı zorunlu* bir diğer unsurdur³²⁵.
- d) *Aciliyet* unsuru ile yakın ilişki içinde olan bir diğer şart da herhangi bir geçici hukuki koruma tedbirine karar verilmemesi hâlinde ciddi, esaslı bir zararın gerçekleşecek olmasıdır. Burada bazen, *telafisi imkânsız zarardan* bahsedilmekteyse de, aslında anlatılmak istenen sadece, doğacak zararın nihai hukuki korumayla dahi telafisinin mümkün olamamasıdır³²⁶.

³²² YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 174-187.

³²³ BANDEL, s. 87; BOND, *Provisional Measures*, s. 18; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 606; von SEGESSER /KURTH, s. 71; BERGER, s. 335-336; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 175, 176. Ayrıca bkz. BERAUDO, s. 247. Yazar, yargı yetkisi üzerine hiç olmazsa *prima facie* bir denetimin gerçekleşmediği durumlarda, hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmemesi gerektiği düşüncesindedir. ICC Rules Art. 6/II, kurumsal tahkimde ve ICC bünyesinde, böyle bir denetimi karşılamaktadır. Lakin aynısının *ad hoc* tahkimde de gerçekleştiğini söylemek güçtür. Yazara göre, hakemlerce, şayet yargı yetkileriyle de ilgili bir çekişme varsa, bu sorun giderilmeden ayrıca bir de geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmemesi, daha uygundur. Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 128, 129.

³²⁴ BERGER, s. 337; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 177, 178; PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 129. Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, *İhtiyati Tedbirler*, s. 47, 48; ATALAY, *Menfi Vakaa*, s. 44; YILMAZ, *Tedbirler*, s. 893-895.

³²⁵ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 178-179; PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 130.

³²⁶ BERGER, s. 336; SCHWARTZ, *Provisional Measures*, s. 60, 61; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 180.

e) Hakem heyeti, geçici hukuki koruma tedbirine karar verirken, *acele verilen* böyle bir kararın, kararın muhatabı üzerinde yaratacağı *olumsuz* etki ile korunmak istenen menfaat arasındaki dengeyi, gözetmelidir³²⁷.

Geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilirken, göz önünde bulundurulması gereken olumsuz şartlar ise temelde, iki nokta üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bunlardan ilki, hakemlerin uyuşmazlığın esası üzerinde etki edecek; ancak nihai hukuki koruma içinde karar verilebilecek türden bir geçici hukuki koruma tedbirine, bu aşamada, olabildiğince hükmetmemesidir. Zira taraflar arasındaki ilişkinin yargılama süresince bozulmadan muhafazası gerekir³²⁸. Diğeri ise *acele* verilecek böyle bir kararın, uyuşmazlığın esası üzerinde yapılacak tahkikatın yahut değerlendirmenin yerini almamasıdır. Uyuşmazlığın, çekişmeli olan hususların tamamının tahkik edilmesinin ardından verilebilecek bir kararın, çok daha erken bir aşamada, geçici hukuki koruma tedbiri altında verilmesi, uygun görülmemektedir. Aksi hâlde, ancak bir *ön yargıda* (*pre-judging*) bulunmuş olur³²⁹. Bunlar dışında, talep sahibinin talebinde, usulî dürüstlük kuralına tabi olduğu ve icrası mümkün olmayacak tedbirlere de hükmedilmemesi gerektiği açıktır³³⁰.

Söz konusu geçici hukuki koruma tedbiri, hakemlerden, taraflarca *talep edilmelidir*. Pek çok düzenleme, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmesi bakımından taraflarca talep edilmeyi, şart koşmaktadır (Model Kanun m. 17; PIL Art. 183/I; Hollanda CCP Art. 1051/I; ZPO §1041/I; **MTK m. 6/II**; *aksi yöndeki istisnai hüküm için bkz.* ICSID Rules Art. 39/III)³³¹. Öğretide, *hakemlerce* geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilirken, aleyhinde karar verilecek olan kimseye, hukuki dinlenilme hakkının da tanınması gerektiği ileri sürülmektedir³³². Zira devlet yargısında olduğu gibi, geçici hukuki koruma tedbirlerine tahkimde de diğer tarafın yokluğunda hükmedilip hükmedilemeyeceği; bunun milletlerarası tahkim için de aynen geçerli olup olmadığı, hayli tartışmalı bir meseledir³³³.

Tahkimde, diğer tarafın yokluğunda geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmek, doğası gereği, öncelikle kurulmuş bir hakem heyetini veya seçilmiş bir hakemi gerekli kılar. Diğer tarafın yokluğunda, hakem heyetinin oluşumu, mümkün değildir. Ayrıca, aksi yöndeki

³²⁷ BERGER, s. 336-337; KARRER, s. 104; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 605; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 182.

³²⁸ BERGER, s. 184; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 184.

³²⁹ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 183, 184.

³³⁰ SCHWARTZ, *Provisional Measures*, s. 62; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 185, 186.

³³¹ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 167-168.

³³² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 606. Ayrıca bkz. YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 220 vd.

³³³ BERAUDO, s. 247; SORIEUL, s. 559; WIRTH, s. 35; GAFFNEY P. J., *Ex Parte Measures in International Arbitration*, 17(1) Mealey's IAR 2002, s. 39 vd.; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 220 vd.

ve istisnai nitelikteki tahkim kuralları bir kenara bırakılacak olursa (ICSID Rules Art. 39/IV) pek çok millî düzenlemenin ve tahkim kuralının, bu konuda, suskun olduğu görülecektir (*karş.* 1996 AA §42)³³⁴.

Devlet yargısının aksine, *hukuki dinlenilme hakkının*, hakemlerin diğer tarafın yokluğunda geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmesine mâni olduğu düşünülür³³⁵. İddia edildiği üzere, ancak bu yolla *gerek* hukuki dinlenilme hakkının *gerekse* tabii adaletin tahkimin temeli olduğu şeklindeki düşünce korunmuş olmaktadır³³⁶. Bu tip bir farklılaşmayı meşru kılan diğer nedenin, hakemlerce verilecek geçici hukuki koruma tedbirlerine karşı başvurulacak herhangi bir hukuki çarenin öngörülmemiş olduğu da ileri sürülmektedir (*karş.* HUMK m. 107; İİK m. 265/I; **MTK m. 6/II**)³³⁷. Oysa savunulan karşı görüşe göre, geçici hukuki koruma tedbirlerine karar veren hakemlerce, diğer tarafın, karardan sonra her zaman dinlenmesi mümkündür; yapılan itiraz uyarınca verilen kararın değiştirilmesi ve hatta kaldırılması ihtimal dâhilindedir. Şu hâlde, *istisnai durumlar dikkate alındığında* hakemlerin, diğer yanın yokluğunda ve fakat sonradan dinlenmesi şartıyla özellikle mal varlığı değerlerinin korunmasına yönelik geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmesi gerekir³³⁸.

Geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek yönünden, diğer tarafın mutlak surette dinlenmesinin gerekip gerekmediği; diğer tarafın yokluğunda, taraflardan sadece birinin talebi ve dinlenmesi ile böyle bir karara varılıp varılamayacağı; dahası bütün bunların milletlerarası tahkim için de gerekli olup olmadığı meseleleri, çok uzun zamandan bu yana UNCITRAL bünyesinde de değerlendirilmekte ve tartışılmaktadır. Önce 2001, son olarak da 2002 yıllarında, bu konuyla ilgili olarak Model Kanun'un 17. maddesinde, değişikliğe gidilmesine yönelik teklifler hazırlanmış; bunlar çalışma gruplarında değerlendirilmiştir³³⁹. Değişiklik metinlerinde, geçici hukuki koruma tedbirlerine, diğer tarafın yokluğunda hükmedilebilmesinin sıkı şartlara tabi tutulduğu görülecektir. Böylece en azından,

³³⁴ GAFFNEY, s. 41-48. Ayrıca bkz. MERKIN, s. 98; HARRIS /PLANTER/ROSE/TECKS, s. 221, 222; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 335.

³³⁵ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 607; van den BERG, 306; WAGNER, s. 774; SORIEUL, s. 559; SCHEEF, s. 35-37. *Karş.* BUCHER/TSCHANZ, s. 90; WIRTH, s. 35-36; BANDEL, s. 98, 99.

³³⁶ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 222-225. Ne var ki tarafların, baştan bu tip hakem kararlarının *ex parte* verilebileceği üzerinde anlaşmalarının da mümkün olduğu düşünülmüştür (SORIEUL, s. 560). Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, *Hukuki Dinlenilme*, s. 765; PEKCANITEZ, *Anayasa Şikâyeti*, s. 274; ÖZEKES, s. 228, 229; TANRIVER, *Adil Yargılanma*, s. 206.

³³⁷ SCHEEF, s. 37, 38.

³³⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 608; BERAUDO, s. 247; WIRTH, s. 35, 38; BERTI, s. 430; BLESSING, s. 280; SCHEEF, s. 61, 62; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 141. Ayrıca bkz. KAPLAN, *Usul*, s. 141; ÖZEKES, s. 215, 216.

³³⁹ GAFFNEY, s. 54-58; van HOUTTE H., Ten Reasons Against a Proposal for *Ex Parte* Interim Measures of Protection in Arbitration, 20(1) Arb Int, 2004, s. 85 vd.

milletlerarası tahkim pratiğinde, *ex parte* geçici tedbirlerin bir kural ya da olağan bir durum olmadığı; son derece istisnai hâllerde mümkün olduğu, fark edilecektir³⁴⁰.

Taslaklar üzerinde yapılan tartışmalardan, geçici hukuki koruma tedbirlerine tek taraflı olarak hükmedilmesine olanak tanınması yönünde, güçlü bir eğilimin olduğu, rahatlıkla söylenebilir³⁴¹. Bu noktada, kimi gerekçeler ileri sürülmektedir. Ancak özellikle “*sürpriz etki*”den yola çıkılmakta; diğer tarafın, muhtemel itirazları dolayısıyla *zaten* sonradan dinlenecek olması nedeniyle hükmedilen tedbirin kaldırılmasının yahut değiştirilmesinin mümkün olduğu; ancak bu şekilde telafisi güç yahut imkânsız zararların giderilebilmesi nedeniyle her iki tarafın hak ve menfaatlerinin dengelendiği ileri sürülmektedir³⁴².

UNCITRAL Model Kanunu’nda, bu konuda bir değişikliğe gidilmesinin gerekip gerekmediği; bunun UNCITRAL Model Kanunu’nun bir model olarak millî hukuklarca benimsenmesinde, olumsuz ne gibi etkilerinin olacağı; şayet bir değişikliğe gidilecekse bunun ayrı bir metinde, bir *model hüküm* olarak yapılmasının mı daha iyi olduğu konusundaki düşünceler bir yana³⁴³; ***ex parte* geçici hukuki koruma tedbirlerine karşı geliştirilen temel iki argüman ön plana çıkmaktadır**. Bunlar: Milletlerarası tahkim uygulamasında, bu tip bir usule ihtiyaç duyulmadığı, bunun gerekli olmadığı; söz konusu usulün, tahkim yargılamasına olası zararları nedeniyle *zaten* tercih edilip kullanılmadığı ve tahkimin hukuki niteliğine yabancı olduğu, şeklindedir³⁴⁴.

Milletlerarası tahkim uygulamasında, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilirken böyle bir usule genelde ihtiyaç duyulmadığı tezi, işlenmektedir. Onun yerine, aynı amaca yönelik, başkaca usullerin *zaten* geliştirildiği belirtilmektedir. Örneğin, taraflardan birinin geçici hukuki koruma tedbiri talep etmesi hâlinde, diğer tarafın da dinlenmek üzere davet edilmesi durumunda, geçici hukuki koruma tedbirine karar verilinceye kadar geçecek sürede, özellikle taraflar arasındaki fiilî durumun olduğu gibi muhafaza edilmesi; aleyhine tedbir talep

³⁴⁰ Muhtelif öneriler ve değerlendirmesi için bkz. **SORIEUL**, s. 560; **van HOUTTE**, s. 86; Taslak **Model Kanun 17 ter, 17 quater** maddeleri için ayrıca bkz. A/CN.9/WG.II/WP.141, s. 4.

³⁴¹ **van HOUTTE**, s. 86; **DONOVAN**, *Provisional Measure*, s. 123.

³⁴² **von SEGESSER/KURTH**, s. 78; **BERTI**, s. 430; **BUCHER/TSCHANZ**, s. 90; **WIRTH**, s. 31; **BERGER**, s. 337; **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 141. Bu konuda, diğer tarafın yokluğunda karar verilecek olması olgusunu hafifletmek; bundan doğacak zararların önemli ölçüde giderilmesi bakımından UNCITRAL bünyesinde yürütülen son çalışmalarda: a) Böyle bir tedbirinin ardından talep eden tarafın haksız çıkması hâlinde, diğer tarafın söz konusu tedbir nedeniyle uğradığı zararları, *aynı tahkim yargılaması içerisinde* tazmin ettirmesi (*karş.* ZPO §1041/IV); b) Diğer tarafın söz konusu tedbir icra edilir edilmez ve her hâlde, 48 saat içinde dinlenmesinin gerekliliği şeklinde, çok daha başka şartlar üzerinde de durulmuştur (**van HOUTTE**, s. 87). Ayrıca bkz. **GAFFNEY**, s. 57, 58; **KARRER**, s. 108-109; **ÖZEKES**, s. 206, 207.

³⁴³ **GAFFNEY**, s. 58.

³⁴⁴ Bu nedenlerin ayrıntısı için bkz. **van HOUTTE**, s. 87 vd. Ayrıca bkz. **YEŞİLIRMAK**, *Provisional Measures*, s. 222-225.

edilen tarafın ne yapıyorsa veya yapacaksa yapmaması yahut tam aksine, yapmaya devam etmesi gerekebilir. Bunun için, hakemlerce, genelde, dinleninceye kadar, diğer tarafın yukarıda sözü edildiği gibi davranması konusunda, bir karar verilir. Bu aslında, hakemlerce yargılama süresince, yargılamanın sürdürülmesi için alınmış yahut alınacak pek çok sıradan ve usulî nitelikteki karardan biridir. Böylelikle *ön geçici tedbirler (preliminary interim measures)* biçiminde, bir karar türü doğmuş olmaktadır³⁴⁵. Bilinen şekliyle geçici hukuki koruma tedbiri, ancak diğer tarafın da dinlenmesinin ardından hükmedilecektir. Dahası diğer tarafın, böyle bir *karara* uymayacağı konusunda bir endişe, genelde, yaşanmamaktadır. Zira hakemlerin, tahkim yargılamasıyla ilgili, usule yönelik aldığı diğer tüm kararlara uyan tarafın, buna uymaması için hiçbir nedeninin olmadığı düşünülür. *Tam aksine, tarafın, aleyhinde ve yokluğunda, böyle bir kararın alınmasının tercih edilmemiş olması nedeniyle hakemlere ve yürüttükleri yargılamaya olan güveninin daha da artacağı kabul edilir. Ex parte* hükmedilenlere ise itibar edilmeyeceğinde, neredeyse tereddüt duyulmamaktadır. Bunun, tahkimi germekten başka bir faydası olmadığı gibi, kararın icrasının mahkemelerden istenmesi hâlinde, artık söz konusu kararın herhangi bir *sürpriz etkisinden de bahsedilemeyecektir*. Tecrübeler, hakemlerce diğer tarafın yokluğunda hükmedilen tedbir kararlarının mahkemelerce çok daha ciddi ve titiz incelendiğini ortaya koymaktadır. Görüleceği üzere, zaman kaybı, her geçen an daha da artmaktadır. Bütün bu nedenlerle geçici hukuki koruma tedbirlerine, diğer tarafın yokluğunda hükmetmenin münhasıran mahkemelerin tasarrufunda kalması gerektiği, düşünülmüştür³⁴⁶. Bu arada, milletlerarası tahkim pratiği ve oluşumu da gözden kaçırılmamalıdır. Farklı ülkelerden gelen ve *taraf-hakemlerinin* bulunduğu bir hakem heyetinde, aleyhine tedbir kararı verilecek *tarafın hakeminin*, tahkimi sabote etmek için böyle bir toplantıya katılmaması, pekâlâ mümkündür yahut çok daha tehlikeli olan husus, aynı *taraf hakeminin* tarafı, böyle bir talepten veya karardan önceden haberdar etmesidir. **Şu hâlde, artık sadece sürpriz etki değil; tahkim yargısının saygınlığı da kaybedilmiştir**³⁴⁷.

Geçici hukuki koruma tedbirlerine, diğer tarafın yokluğunda, dinlenmesine gerek olmaksızın karar verilebilmesinin tahkimin hukuki niteliğiyle bağdaşmadığı fikri, yaygın bir biçimde, ileri sürülmektedir. Buna göre tahkim, tarafların ortak iradesinin ürünüdür. Şayet taraflara, bu ihtimal üzerinde de anlaşılabilir olanağı sunulsa, bunun çoğu kez taraflarca tercih edilmeyeceği, rahatlıkla söylenebilir. Buradan hareketle *ex parte* tedbirlerin de tarafların ortak iradesinin ürünü olduğunu, taraflarca baştan buna izin verildiğini, rıza gösterildiğini

³⁴⁵ Benzer yöndeki Taslak **Model Kanun 17 ter vd** maddeleri için bkz. A/CN.9/WG.II/WP.141, s. 3, 4.

³⁴⁶ **van HOUTTE**, s. 89; **BERAUDO**, s. 248,

³⁴⁷ **van HOUTTE**, s. 93, 94; **BERAUDO**, s. 248.

söylemenin kolay olmadığı sonucuna varılmaktadır. Ancak belki de, üzerinde daha fazla durulması gereken konu, tahkimin ve özellikle hakemlerin yargı yetkisinin, tarafların ortak iradesinin bir sonucu olduğu gerçeğidir. Hakemlerin yargı yetkisinin gerek *kişi* gerekse *kapsam* yönünden sınırları, tahkim anlaşmasında gizlidir. Yargı yetkisi bir seferliktir, münhasıran çekişme konusu olayla ilgilidir; tahkim üzerinde anlaşmak, hakemlerin seçimi, heyetin oluşumu, yargılamaya uygulanacak kuralların belirlenmesi, hep tarafların ortak iradesinin sonucudur (*voluntas partium facit arbitrum*)³⁴⁸. **Hakemlerce verilecek kararın, bir anlamda, tarafların ortak iradesinin ürünü olduğu dahi söylenebilir ki**, bu fikir, uzun süre, tahkimin hukuki niteliğinin belirlenmesinde egemen anlayış olmuştur. Bu düşünce tarzının, tek taraflı alınan kararları benimsemesi, kolay değildir. **İlginçtir, bir kez daha tahkimin yargısal yönü ile sözleşmesel niteliği karşı karşıya gelmiştir:**

- a) Tahkimin, yargılamanın başlamasından hükmün verildiği ana kadar, tahkim anlaşması ve sözleşmesel boyutla ilgisini –büyük ölçüde- kestiği;
- b) Hukuki kaynağın, tahkim anlaşmasından da önce, *lex arbitri*'de, özellikle *lex loci arbitri*'de aranması gerektiği;
- c) Hakemlerin tarafların vekili olmadığı; *ama* âdetâ *hâkime* daha yakın bir konumda bulunduğu, bu nedenle taraflara karşı da bağımsız olduğu;
- d) Hakemlerin, *tıpkı bir hâkim* gibi, *lex arbitri*'nin bu yetkiyi (*bu özel yargı yetkisini*) kendilerine tanımış olması ve sonradan hukuki dinlenilme hakkının temini kaydıyla diğer tarafın yokluğunda karar alabilecekleri

kabul edildiğinde, artık tek sorun, yokluğunda karar alınan tarafın hukuki dinlenilme hakkının sonradan *nasıl* sağlanacağı, korunacağı olmaktadır³⁴⁹.

³⁴⁸ Tahkimin *adversarial* niteliğinin tek taraflı, savunma hakkı alınmaksızın yapılan yargılamalara yabancı olduğu ileri sürülmektedir. Yargılama, *her iki tarafın da birlikteliği üzerine* kurulmuştur. Tahkim, tek tarafın talebiyle başlatılan bir yargılama sürecini içermez (**van HOUTTE**, s. 90). Anılan görüş doğru olmakla birlikte, eksiktir. Tahkimin teorik temellerine ilişkin yapılan tartışmalar, burada bir kez daha etkisini göstermektedir. *Lex (loci) arbitri*'den soyutlanmış bir yargı yetkisinin yerindeliği bir yana çok da anlamlı ve etkin olmadığı, göz ardı edilemez. *Lex arbitri*'nin böyle bir yetkiyi hakemlere tanımadığı düşünüldüğünde dahi taraflar arasındaki uyumsuzluk hakkında, nihai ve bağlayıcı karar verme yetkisini haiz hakemlerin, anılan görevlerinin icrası sırasında, *gerektiğinde ex parte* geçici hukuki himaye tedbirlerine hükmedememesi, bunun da kaynağının bir yargılamaya sebebiyet verdiğinde tereddüt edilmeyen tahkim anlaşmasında (*taraflar arasında, bu meseleyle ilgili açıkça bir kararlaştırmanın olmaması nedeniyle*) görülmesi, kolayca kabullenilebilecek bir husus olmasa gerek. (**KARRER**, s. 98, 99; **SANGIORGIO**, s. 60-68). Ayrıca bkz. **PEKCANITEZ**, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 129.

³⁴⁹ Yokluğunda karar verilen tarafın sonradan ve derhâl dinlenmesi ve yapılacak olası itirazlar üzerine verilen kararın gereğinde değiştirilebilmesi veya kaldırabilmesi kaydıyla *ex parte* geçici hukuki koruma tedbirlerine hakemlerce hükmedilebilmesinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. **BUCHER/TSCHANZ**, s. 90.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, her ne kadar hakemlerce ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze karar verilebileceğini düzenlemişse de, bunun şartları yanında usulü hakkında da bir açıklık getirmiş, değildir. Ne var ki, özellikle kullanılan terminoloji, milletlerarası tahkimde, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin meselelerde de iç hukuka ait düşünce, değer ve kabullerin geçerli olacağına işaret etmektedir. Aksi yöndeki düşünce için aynı kanunun 17/I. maddesinin arkasına sığınmanın ne derecede tutarlı olduğu, yine bir başka tartışma konusudur. Ancak mevcut düzenleme ve içeriği, dahası içerdiği boşluk dikkate alındığında, *verilecek en yalın cevap*, örneğin HUMK'un 105/II. ve İİK'nın 258/II. maddelerinin milletlerarası tahkim yargılamaları için de geçerli olduğudur. Böyle bir önerinin ardından gündeme gelen soru, artık, örneğin, HUMK'un 107, 108.; İİK'nın 265. maddelerinin, milletlerarası tahkim yargılamaları için de nasıl geçerli kılınacağıdır. Gecikerek de olsa tanınacak hukuki dinlenilme hakkı, yokluğunda karar verilen tarafa, bir itiraz hakkının sağlanmasını gerekli kılmaktadır. Ancak sorun, bunun nasıl ve hangi usulde olacağıdır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6/III. maddesinin içerdiği boşluk, bizleri hayli zorlamaktadır (*karş. ZPO §1041/II, III*).

Mahkemelerde olduğu gibi, hakemlerce de hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbirleri karşılığında, belli bir teminatın gösterilmesi aranabilmektedir (**MTK m. 6/II**; Model Kanun m. 17; ZPO §1041/I; PIL Art. 183/III, ICC Rules 23/I, LCIA Rules Art. 25/I, II). Bu yolla taraflar arasındaki menfaatler dengesinin korunmasına çalışılmaktadır. Böyle bir hükmün, hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmeyi kolaylaştırdığı kabul edilmektedir³⁵⁰. Kimi düzenlemeler bakımından ise ilginç olan, hükmedilen geçici hukuki koruma tedbiri dolayısıyla uğranılan zararın tazmini konusunda da, hakemlerin yargı yetkisine sahip olmalarıdır (ZPO §1041/IV). Böylece tahkim anlaşmasının kapsamı *ex lege* genişletilmiştir³⁵¹. Bu son durum, açık kanun hükmünün bulunmadığı durumlarda, tartışmaya yol açmıştır. Sorun, hakemlerin haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararların tazmini konusunda da yargı yetkisine sahip olup olmadığıdır. Tahkim anlaşmasında, bu yönde de bir açıklık varsa yahut göndermede bulunulan tahkim kuralları, bu durumu düzenliyorsa, bir sorunla karşılaşmaz. Lakin mesele, anılan yönde hükümlerin bulunmaması, *lex loci arbitri*'nin de Alman hukukunun aksine herhangi bir açıklık içermemesi durumunda yaşanmaktadır. Aksi yöndeki görüşlere rağmen öğretide, teminata da karar verilmişse,

³⁵⁰ **SORIEUL**, s. 557; **BERTI**, s. 431.

³⁵¹ **BERGER**, *The New German Arbitration Law*, s. 11. Taslak **Model Kanun 17 octies** maddesi için bkz. A/CN.9/WG.II/WP.141, s. 4, 5.

hakemlerin yargı yetkilerinin kendiliğinden, haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararlarla ilgili talepleri de kapsayacak şekilde genişlediği kabul edilmektedir³⁵².

IV- Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Hükmedilme Biçimi

Milletlerarası tahkim hukukunda, geçici hukuki korumalar, *ya* düzenledikleri tahkim kuralının özelliği gereği *tavsiye* niteliğinde (1965 Washington Sözleşmesi m. 47)³⁵³ *ya da* genellikle kabul edildiği üzere, “*interim award*” (Hollanda CCP Art. 1049) veya ***usulî emir-ara kararı*** “*procedural order*” şeklinde olmaktadır (*karş.* ZPO §1041/I)³⁵⁴.

Öğretide, geçici hukuki koruma tedbirlerine, “*order*” yahut “*award*” biçiminde hükmedilmesi konusunda, ileri sürülen fikirler, kısaca şu şekildedir: “*Award*”, tanzimi ve yazılması açısından çok daha şeklîdir ve belli bir usule bağlı kalınarak verilir. Bu da pratik açıdan, geçici hukuki koruma tedbirlerinin bir “*award*” biçimde, karara bağlanmasına en azından fiilen engel olur. “*Order*” için kesin hüküm tartışması yapılmaz; ona böyle bir etki tanınmış değildir; tek taraflı olarak karara bağlanabilmesi ise onu yine “*award*”dan ayırmaktadır. “*Award*” şeklindeki bir nitelendirme, *lex loci arbitri* dışında, hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirinin, 1958 New York Sözleşmesi’ne göre de tenfizini mümkün kılmaktadır³⁵⁵.

Bu noktada, özellikle *kesin hüküm* etkisi, tartışmaların neredeyse özünde yatan konu olmaktadır. Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin de olsa, verilen kararın taraflar yönünden bağlayıcı olduğu kuşkusuzdur. Kararın verilmesine esas olan, koşullar değişmediği yahut kaldırılmasını gerektiren başkaca bir neden bulunmadığı sürece, içeriğiyle sınırlı olarak verilen kararın nihai olduğu da kuşkusuzdur ki, bu ona, sınırlı da olsa bir kesin hüküm etkisi

³⁵² KARRER, s. 103; PETER, s. 720. Ayrıca bkz. WIRTH, s. 35; von SEGESSER/KURTH, s. 79; YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 243, 244; BUCHMAN, s. 271; BÖSCH, *Germany*, s. 298; BERTI, s. 431; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 17a, Rn. 33; PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 146. Bu konuda, ayrıca bir anlaşmanın olmasını arayan görüş için bkz. WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 152.

³⁵³ DONOVAN, *Provisional Measure*, s. 108.

³⁵⁴ Geçici hukuki koruma tedbirlerinin *hükme* konu edilmesi, her ne kadar beraberinde, diğer tarafın söz konusu hükme uyması yönünde, önemli bir psikolojik etki yaratmaktaysa da veya cebren icrası esnasında, ancak hükmün iptalinin istenmesini veya tenfizine karşı konulmasını gerektirmekteyse de; kimi şekil kurallarının da yerine getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Üç kişilik bir hakem heyetince gerekçenin oluşturulması veya ICC tahkimlerinde olduğu üzere Divan’ın söz konusu hükmü onaylaması, anılan şekil şartlarındandır. Geçici hüküm (*interim award*), ancak nihai hükümle (*final award*) birlikte ortadan kaldırılabilirliğinden; bunun yerine daha az şekli; mahkeme denetimini de gerekli kılmayan; hakemlerce üzerinde her zaman tasarruf edilebilecek usulî emirler şeklinde geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilmesi, tercih edilen bir yöntemdir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 608). Ayrıca bkz. REED L., *Court of Appeal of Paris Breaks New Ground by Annuling ICC “Procedural Order” in Brasoil Arbitration Case*, 14(8) *Mealey’s IAR* 1999, s. 24, 25; SANDERS, *Arbitration*, s. 114, 115; HUSSLEIN-STICH, s. 102; SCHÜTZE, s. 125; ÖZSUNAY, s. 270; ŞİT, s. 137-139.

³⁵⁵ YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 192, 193. Ayrıca bkz. SCHEEF, s. 81, 82.

kazandırmaktadır. Uygulamada da, bu tip kararların, kimi zaman “*partial*” kimi zaman ise “*interim*” sıfatını taşıyan “*award*” olarak verildiği görülür³⁵⁶.

Millî tahkim kanunlarında, genelde, geçici hukuki koruma tedbirlerinin hangi biçimde hükmedileceği düzenlenmemişken; istisnai bir hüküm olan Hollanda CCP Art. 1051/III, bu hâlde verilecek kararın, uyuşmazlığın esasına yönelik diğer hakem kararlarıyla aynı nitelikte ve **hüküm** şeklinde olacağını düzenlemiştir³⁵⁷. UNCITRAL Model Kanunu ve onu takip eden millî düzenlemeler ile kimi tahkim kuralları, bu konuda açık bir hüküm içermemektedirler (*karş. MTK m. 6/II*)³⁵⁸. UNCITRAL Rules ise geçici tedbirlerin *interim award* şeklinde karara bağlanacağını düzenlemiştir (UNCITRAL Rules Art. 26/II). ICC Rules Art. 23/I bağlamında, takdir yetkisi, hakemlere bırakılmıştır. Hakemler, geçici hukuki koruma tedbirlerine, gerekçeleri ile birlikte, “*emir*” biçiminde hükmedebilecekleri gibi “*award*” şeklinde de karar verebilmektedirler. Her iki duruma da tahkim pratiğinde, somut olayın özellikleri içerisinde rastlanmaktadır³⁵⁹.

2004 yılındaki Paris İstinaf Mahkemesi kararı, en azından Fransız hukuku bağlamında, bu alanda yapılan tartışmaları önemli ölçüde gidermiş durumdadır. *S.A Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle Holdings* kararında mahkeme, Fransa’da, hakemlerin, geçici hukuki koruma tedbirlerine “*award*” biçimde hükmedebilecekleri ve bunların da tıpkı diğer nihai hakem kararları gibi *iptal* yahut *icra* edilebileceği sonucuna varmıştır³⁶⁰. Oysa bugüne kadar, en yoğun tartışmalar, anılan kararların içeriğine uygun olarak nihai olup olmadıkları ve hatta salt bu nedenle söz konusu türden hakem kararlarının da diğerleri gibi 1958 New York Sözleşmesi

³⁵⁶ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 193, 194, 201, 202. Ayrıca bkz. RUTHERFORD/SIMS, s. 140; ALBERS, §1041, Rn. 2; ŞİT, s. 138.

³⁵⁷ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 80. Gerçi bu hâlde, hakemlerin *acele muhakeme* anlayışı içinde, özellikle geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda karar vermesi ve verilen kararın da kanunda öngörülen özelliği haiz olması bakımından tarafların *ayrıca ve açıkça anlaşmış olması* gerekir (BERGER, s. 334). NCPA Art. 1475/I’e göre hakem kararları, içerdikleri meseleyi nihai olarak çözüme kavuştururlar ve yine o meseleyle ilgili hakemlerin yargı yetkisi sona erer. Ancak bu özellikleri haiz, geçici hukuki koruma tedbirlerinin mahkemelerce icra edilebileceğine ilişkin bkz. BERAUDO, s. 249.

³⁵⁸ YEŞİLIRMAK, s. 31, dn 6; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 609. Ayrıca bkz. SANDERS, *Model Law*, s. 16. *Karş. Taslak Model Kanun madde 17 bkz. A/CN.9/WG.II/WP.141, s. 2.*

³⁵⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 609; YEŞİLIRMAK, s. 32. LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 28. Kesin hüküm etkisinden yoksun söz konusu kararların “*award*” olarak nitelendirilemeyeceğine; bu nedenle de PIL Art. 190’a göre denetimlerinin mümkün olmadığına; ancak kararı veren hakemler nezdinde gerekli kimi girişimlerin yapılabileceğine; geçici hukuki koruma tedbirinin icrası hususunda, İsviçre mahkemelerinin yardımı talep edilmişse ancak *Federal* veya *Kanton*al hukuk düzeyinde, söz konusu karara ve icrasına karşı konulabileceğine ilişkin bkz. BUCHER/TSCHANZ, s. 90.

³⁶⁰ BENSUADE D., *S. A. Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle (Luxembourg) Holdings 1: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration*, 22(4) J. Int’l Arb. 2005, s. 357, 360. Ayrıca bkz. PLUYETTE, s. 88. *Karş. İsviçre hukuku bakımından, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin olarak hakemlerce verilen karar, her nasıl adlandırılırsa adlandırılınsın, hiçbir şekilde, PIL Art. 190’de düzenlenen iptal denetimine tabi değildir (von SEGESSER/KURTH, s. 80). Ayrıca bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 355, 356.*

kapsamında tenfiz edilip edilmeyeceği hakkında yapılmaktaydı³⁶¹. Oysa mahkeme, yukarıdaki kararıyla bu tip bir hakem kararının, taraflar arasındaki ve geçici hukuki koruma tedbirine esas olan uyuşmazlık hakkında, nihai olduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu kararın, *uyuşmazlığın esasını teşkil eden mesele* yönünden nihai olmaması; bu tip bir kararı, *çözümüne kavuşturduğu* mesele bakımından daha az bağlayıcı ve kesin bir hâle getirmemektedir³⁶². Zaten uyuşmazlık da mahkeme önüne, hakem kararlarının iptaline ilişkin usule uygun olarak gelmiştir³⁶³. Söz konusu hakem kararlarına anılan vasfın yüklenmesiyle milletlerarası tahkimde, geçici hukuki koruma tedbirlerinin tahkim yeri ülkesindeki icrası belki kolaylaşmakta; ancak dahası, özellikle tenfiz-icra rejimi berraklık ve açıklık kazanmaktadır³⁶⁴. Örneğin, *Resort Condominiums International Inc v Ray Bolwell and Resort Condominiums (Australasia) Pty. Ltd* davasında³⁶⁵, Queensland Yüksek Mahkemesi, “*interim award*” şeklindeki geçici hukuki koruma tedbirinin Queensland-Avustralya’da tenfizinin talep edilmesi üzerine, 1958 New York Sözleşmesi’nin böyle bir *hükmü* kapsamına alıp almadığı; daha doğrusu anılan kararın Sözleşme anlamında “*final award*” olup olmadığı konusunda ilgili olarak (*karş.* New York Sözleşmesi m. I, 1; III) *geçici tedbiri içeren kararın* nihai bir karar “*final award*” olmadığı sonucuna ulaşmış ve tenfiz talebini reddetmiştir³⁶⁶.

Yukarıdaki içtihadta özellikle vurgu yapılan husus, kararın, geçici niteliği nedeniyle taraflar arasındaki çekişmeyi nihai bir biçimde çözüme kavuşturmadığı gibi; sonradan değiştirilmesinin yahut kaldırılmasının mümkün olmasıdır. Zaten 1958 New York Sözleşmesi’nin I, 1. maddesinde kullanılmakta olan “*differences*” şeklindeki ibare de, tarafların hak ve borçlarını doğrudan etkileyen çekişmelere ve uyuşmazlıklara işaret etmektedir. Hatta öğretilerde, anılan yöndeki karara destek çıkılırken, söz konusu türden kararların *usule ilişkin* olduğu ve yine 1958 New York Sözleşmesi anlamında (New York

³⁶¹ JARVIN, *Conservatory Measures* s. 171 vd.; LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 30 vd.; BRINER, *Interim Measures*, s. s. 362-363.

³⁶² HERRMANN, *Uniform Legislation*, s. 230.

³⁶³ Mahkemeler kendiliğinden önlerindeki hakem kararının iptale tabi bir hakem kararı olup olmadığını denetleyebilmektedirler. Hakemlerin yahut tarafların bu konudaki takdirleri, onlar için bağlayıcı değildir (BENSAUDE, s. 360). Ayrıca bkz. LALIVE, *Awards*, s. 328-329.

³⁶⁴ BENSAUDE, s. 361. Ayrıca bkz. LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 28.

³⁶⁵ XX YBCA 1995, s. 628, 630.

³⁶⁶ Hakemlerce bir ülkede verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin bir başka ülkede icrasının-tenfizinin önündeki en büyük engel, istisnai nitelikteki kimi milletlerarası tahkim uygulamaları bir kenara bırakılacak olursa, konuya ilişkin yeknesaklık sağlayacak milletlerarası bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Bu olmadığı sürece mesele, çözümü güç bir sorun olarak kalacaktır (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 614). Ayrıca bkz. REDFERN, s. 79, 80; MUSIELAK/VOIT, §1041, Rn. 4; ZÖLLER/GEIMER, §1061, Rn. 14; ALBERS, §1041, Rn. 2.

Sözleşmesi m. V, 1, e) taraflar üzerinde “*binding*” niteliğinin bulunmadığı da iddia edilmiştir³⁶⁷.

Öğretide, özellikle aksi yönde gelişen görüşlerin temel aldığı hususlar ise şunlardır: “*Interim award*” biçiminde hükme bağlanan meselelerle hakemlerce tahkikatın ve yargılamanın sürdürülmesine ilişkin olarak verilen kararların “*procedural order*” birbirinden özenle ayrılması gerekir. Duruşmaların ne zaman ve nerede yapılacağı; bilirkişilerin kimlerden oluşacağı; layihalar teatisi için geçerli olan sürelerin ne kadar olduğu vb. konuları içeren daha ziyade usulî emir niteliğindeki “*ara kararları*” ile tarafların hak ve borçları üzerinde yargılama süresince etki ettiğinde kuşku duyulmayan, geçici hukuki koruma tedbirlerini haiz “*interim award*”lar, aynı yönde değerlendirilemez³⁶⁸.

Geçici hukuki koruma tedbirlerini haiz kararların, içerdiği ve çözüme kavuşturduğu konuyla ilgili olarak *final*/nihai olduğu konusunda tereddüt duyulmamalıdır. Buradaki *nihailik* kendine hastır; uyuşmazlığın esası için aranan nihailikten de farklıdır. Böyle bir karar, *sadece* yargılama süresince taraflar arasındaki temel borç ilişkisi üzerinde etki etmekte olup *ya status quo*'nun muhafazasını *ya da* uyuşmazlığın esasıyla ilgili kararın icrasını mümkün kılmak amacındadır. Şu hâlde geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin yargılama ve sonucunda verilen karar, uyuşmazlığın esasıyla ilgili yapılan yargılama ve sonucunda verilen hükümden *farklı, ayrı ve hatta bir ölçüde bağımsızdır*. Eş deyişle “... geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, asla usulî emir niteliğindeki ve tahkikatın ilerlemesi amacına hizmet eden ara kararları ile bir olamaz. Tam aksine, bu tip kararlar, kendi içlerinde bir *sonu* simgelemektedir ve *uyuşmazlığın esasına ilişkin karar beklenmeden* derhâl icra edilmelerinden daha doğal bir şey olamaz...”³⁶⁹. İçerdikleri süreyle sınırlı olma özelliği, bu tip bir kararın verildiği anda nihai olma özelliğini etkilememektedir; verildiği andaki koşullar değişmediği sürece söz konusu karar, en azından uyuşmazlığın esası hakkındaki karar verilinceye kadar kesindir ve derhâl gereğinin yerine getirilmesi beklenir. Gerçek anlamda kesin hüküm etkisinden yoksun olmaları, sınırlı bir maddi kesinlikten istifade etmeleri, anılan türden kararların *nihai*/final olmadığı yahut bağlayıcılık özelliğinden yoksun bulunduğu anlamına gelmeyecektir³⁷⁰.

³⁶⁷ BERGER, s. 343-345. Karş. KOJOVIC T., Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional relief-How Final is Provisional? 18(5) J Int'l Arb, 2001, s. 523 vd. Ayrıca bkz. DONOVAN, Provisional Measure, s. 143-144; SCHWAB, Einstweiliger Rechtsschutz, s. 643-645.

³⁶⁸ Bkz. §11, II, C, 2, b, iii, β, γ.

³⁶⁹ Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville, Florida, 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984).

³⁷⁰ ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 234, 267. Karş. YILMAZ, Tedbirler, s. 925.

Şu hâlde geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararların içeriği itibariyle nihai “*final*” ve taraflar arasındaki etkisi yönünden de bağlayıcı “*binding*” olduğunda tereddüt etmemek gerekir³⁷¹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden, hakemlerce varılacak sonucun çoğu kez, herhangi bir betimlemeye gidilmeksizin “*karar*” biçimde olacağı düzenlenmiştir. Bu durum, yargılamayı sona erdiren ve çoğu kez, uyuşmazlığın esası ile ilgili olan *nihai* kararlar için geçerli olduğu gibi (MTK m. 13/B/I; 15/A/I; *karş.* MTK m. 7/H/V) hakemlerce hükmedilecek ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz kararları için de böyledir (MTK m. 6/II). Gerçi hakemlerin, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça *kısmi karar* verebileceği düzenlenmişse de (MTK m. 14/II), bu kavramın içeriği doldurulmuş değildir³⁷². Hakemlerin, yargılamanın devamı sırasında, devlet yargısında anlaşıldığı şekliyle *ara kararlar* verebileceğinde tereddüt duyulmamalıdır (MTK m. 11/A/I). Bu terim yığını arasında, aksi yönde bir belirleme yapılmamış olması nedeniyle ve mevcut boşluğun giderilmesi için kanunumuz yönünden de hakemlerce hükmedilecek ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz kararlarının, tıpkı mahkemelerce verilen ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz kararları ayarında, *yani* milletlerarası tahkim hukukundaki bilinen hâliyle birer *interim award-geçici nihai karar*³⁷³ olduğunu; en azından, yine devlet yargısında anlaşıldığı şekliyle birer ara kararı (*procedural order*) olmadığını söylemek mümkündür³⁷⁴.

³⁷¹ KOJOVIC, s. 521-527; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 260-265. *Brasoil v. GMRA* davasında *Cour d'appel Paris*, (14(8) Mealey's IAR G1 1999, ayrıca bkz. XXIVa YBCA 1999, s. 296) “*oder*” başlığı altına hakemlerce hükmedilen kararı, öncelikle bir *award* olarak nitelendirmiş; içeriği itibariyle basit bir usulî emirden çok daha fazlasını içeren kararın, hakemlerce nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin, mahkemece *resen* ve hakemlerden bağımsız olarak değerlendirileceğini hükme bağlamıştır. Aynı yönde bkz. *Publicis Communication & Publicis Sa v. True Nort Communications Inc.* (XXV YBCA 2000, s. 1152 vd). Ayrıca bkz. ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 234; ŞİT, s. 228-231.

³⁷² Bkz. §11, II, C, 2, b, ii.

³⁷³ ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 235.

³⁷⁴ Avusturya hukukunda, “*interim awards*” şeklindeki kullanımın *Zwischenschiedssprüche* olarak kabul edildiğine ilişkin bkz. OGH, XXII YBCA 1997, s. 619 vd. Ne var ki, kararın özenle incelenmesi gerekir. Zira kararda, hakemlerin ve dolayısıyla mahkemenin *interim award* olarak vasıflandırdığı husus, gerçek anlamda bir geçici hukuki koruma tedbirini, içermemektedir. Tam aksine karar, uyuşmazlığın esasıyla ilgili olup sadece bir kısmına yöneliktir. Bu durum, özellikle milletlerarası tahkim hukukunda, *partial awards* ile *interim awards*'un çoğu kez birbirlerinin yerine kullanılmasından başka bir şey değildir. Böyle bir karar, mahkeme tarafından sıradan bir *ara kararı –interlocutory judgement-* olarak da değerlendirilmemiştir. Zira dava konusu karar, uyuşmazlığın esasıyla ilgili ve fakat bir kısmına yönelik sonuç açıklamasını içermektedir. Bu nedenle de bir anlamda, *Teilschiedssprüche* olan bu kararın tıpkı uyuşmazlığın tamamını çözen nihai kararlar gibi, iptal davasına konu olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca bkz. *Cour d'appel Paris, Braspetro Oil Services Company v The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project*, XXIV YBCA 1999, s. 296, 297; *Publicis Communication & Publicis SA v True North Communications Inc*, XXV YBCA 2000, s. 1152. Özellikle Paris İstinaf Mahkemesi'nin *Brasoil kararı*, çok daha başka bir özelliği içermektedir. Mahkeme, hakemlerce verilen ve yine kendilerince “*procedural order*” olarak nitelendirilen kararı gerçek, bilinen anlamıyla bir *hakem kararı* saymış (*sentence arbitrale*), söz konusu kararın, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturduğu sonucuna ulaşmıştır. Aynı kararın, anılan niteliğinden ötürü aslında ICC Rules Art. 27 gereği Divan'a sunulması gerekirken bunun yapılmamış olması ise kararın anılan niteliğini

V- Hakemlerce Hükmedilen Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin İcrası

Hakemler, devlet yargısının aksine, vermiş oldukları kararları yerine getirme gücünden yoksundurlar. Roma hukukundan kalma bir anlayışla hâkim, gerek *jurisdictio* gerekse *imperium* yetkisi ve ödevi ile donatılmış olmasına karşın; hakem, sadece *jurisdictio* yetkisini haizdir ve bu yetki, en azından bugün için ve özellikle milletlerarası tahkimde, kural olarak, hâkiminkine denktir. Lakin sorun, geçici hukuki koruma tedbirleriyle ilgili olduğunda, *imperium* yani söz konusu türden hakem kararlarının cebren icrası sağlanmadığı sürece, *jurisdictio*'nun en azından uygulamada, bir anlamının ve değerinin olmamasıdır³⁷⁵.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin *gerek* tahkim yerinde *gerekse* ülke dışında icra edilebilmesi konusundaki tartışmalarda, her türdeki geçici tedbirin icrasının gerekli olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai kararın icrasını güvence altına almak amacıyla verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin, gerçek anlamıyla bir icra sorunu vardır³⁷⁶.

Hakemlerce verilen kararların gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde, taraflar aleyhine bir takım *yaptırımların* gündeme gelebilmesi, ancak tarafların bu konuda anlaşmış olmalarına veya *tahkime uygulanacak hukukun hakemlere böyle bir yetkiyi tanımaya bağlıdır* (Hollanda CCP Art. 1056)³⁷⁷. Gerçi mahkeme içtihatları da, bu konuda, *lex arbitri* bir açıklık içermese de yol gösterici ve belirleyici olabilmektedir. Yukarıda sözü edilen *Otor* kararı ile Paris İstinaf Mahkemesi, hakemlerin karara bağladıkları geçici hukuki koruma tedbirine uyulmaması hâlinde, tarafın maruz kalacağı yaptırımını (*astreintes*) da hükme bağlamaya yetkili olduğu sonucuna varmıştır. Tarafın, böyle bir kararın hakemlerin yargı yetkisinin dışında kaldığı (*ultra petita*) iddiası, mahkemece reddedilmiş; tam aksine, bu tip tedbirlere hükmedebilmek bakımından hakemlerde olması gereken (ve somut olayda olduğu kabul edilen) yargı yetkisinin, söz konusu tedbire riayetsizlik hâlinde, tarafın taşıyacağı *sorumluluğu* da düzenleyebilmeyi kapsadığı belirtilmiştir³⁷⁸. Bu ve özellikle Fransız hukukundaki benzeri

etkilemediği gibi, sadece hakemlerin görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi sonucunu doğurur (REED, s. 24, 25; ayrıca bkz. ÖZSUNAY, s. 273).

³⁷⁵ DERAİNS, s. 239; BRİNER, *Interim Measures*, s. 364; KOJOVIC, s. 511, 512. Hatta salt bu özelliği nedeniyle hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi, bir *lex imperfecta* olarak görülmüştür (BERTI, s. 431).

³⁷⁶ YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 245, 246; HUSSLEIN-STICH, s. 102, 103; PEKCANİTEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 134.

³⁷⁷ van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 93. Kararlarına uyulmadığında hakemler, infazın temini için bir takım hatırlatmaları, araç olarak kullanabilirler; hâlâ sonuç alınmadığı takdirde ise nihai kararlarında, geçici önleme ilişkin karara uyulmama şeklindeki olumsuzluğu, dikkate alma ve değerlendirme yetkisine sahiptirler (PEKCANİTEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 134).

³⁷⁸ Somut olayda, hükmedilen geçici hukuki koruma tedbiri, düzenleyici bir nitelik taşımaktadır. Gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde, 750.000 Avro *astreinte* ödenmesine hükmedilmiştir (BENSAUDE, s. 359). Ayrıca bkz.

kararlar, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının ve hakemlerin yargı yetkisinin kapsamının nelerden ibaret olduğu konusundaki geniş ve çoğu kez milletlerarası tahkimi daha etkin ve işlevsel kılma çabasına yönelik yorumların bir sonucudur³⁷⁹. Diğer tüm hâllerde ise hakemlerin, devlet yargısının cibrî icra gücüne ihtiyaç duyacakları açıktır³⁸⁰. Gerçi, hakemlerin taraflar üzerindeki etkinliği; kararın gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde hakemler nezdinde uyanacak olumsuz kanaatin verdiği endişe, söz konusu cibrî icra gücünden yoksunluğu, bir nebze de olsa hafiflettiği; hatta sırf bu nedenlerle hakem kararlarının çoğunlukla gönüllülük esasına göre rızaen yerine getirildiği iddia edilmektedir³⁸¹.

Her ne kadar, *hakem kararlarının* icrası meselesi, genelde, hakemlerce verilen ve uyuşmazlığın esasına ilişkin nihai kararların-hükümlerin icrası olarak düşünülmüş ve o şekilde ele alınmışsa da, *çok az sayıdaki* modern tahkim kanunu, geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası yönünden de özel düzenlemeler getirme ihtiyacını hissetmiştir³⁸². İncelememizin merkezinde yer alacak olan ZPO § 1041/II'ye geçmeden önce, örnek niteliğindeki düzenlemeler hakkında kimi açıklamalarda bulunmak, yararlı ve yerinde olacaktır³⁸³. Bugün için hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası ve takip edilen sistemler konusunda, ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Bunlardan ilkinde, öğretilde, *exequatur* sistemi denilmekte olup tipik örneklerine Hollanda ve Fransız hukuklarında rastlanmaktadır. İkincisine ise daha ziyade Alman, İsviçre hukuklarında rastlanmaktadır ve *assistance* sistemi olarak adlandırılmaktadır³⁸⁴.

Hollanda CCP Art. 1051'de, taraflarca kararlaştırılması hâlinde, hakem heyetinin veya sadece başkanın, *acele muhakeme* esasına göre geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebileceği düzenlemiştir³⁸⁵. Hakemlerce verilecek karar, tıpkı uyuşmazlığın esası hakkındaki global yahut kısmi karar gibi, icra edilebilecektir (Hollanda CCP Art. 1051/III).

YEŞİLİRMAK, s. 33; **LEW**, *Interim and Conservatory Measures*, s. 28. Konu, İsviçre hukukunda, tartışmalı olmakla birlikte, öğretilde meseleyi olumlu karşılayanlar da vardır (**von SEGESSER/KURTH**, s. 77). *Karş. BERTI*, s. 428, 430; **WAGNER**, s. 773; **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 137.

³⁷⁹ **KARRER**, s. 105. Ayrıca bkz. **BERGER**, s. 341; **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 212, 241, 242. İsviçre hukuku yönünden böyle bir kararın, başlı başına bir geçici hukuki koruma tedbiri olmaması nedeniyle *bir ara kararı* şeklinde hükme bağlanması gerekecektir ki, artık bu hâlde PIL Art. 190/III hükmünün uygulanması da mümkün hâle gelecektir (**von SEGESSER/KURTH**, s. 87). *Karş. Milletlerarası Tahkim Kanunu Tasarısı, Madde Gereğçeleri*, s. 2, 8.6.2001, www.tbmm.gov.tr (Erişim tarihi, 24.11.2006).

³⁸⁰ **WIRTH**, s. 35, 36.

³⁸¹ **BERGER**, s. 334; **LEW**, *Interim and Conservatory Measures*, s. 29; **BOND**, *Provisional Measures*, s. 16; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 610. *Karş. KARRER*, s. 103

³⁸² **BERGER**, *The New German Arbitration Law*, s. 10; **KOJOVIC**, s. 512, 513.

³⁸³ **KOJOVIC**, s. 513 vd. Ayrıca bkz. **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 247 vd.

³⁸⁴ **KOJOVIC**, s. 513. Ayrıca bkz. **ŞİT**, s. 140-145.

³⁸⁵ Söz konusu karar nihaidir ve fakat *sınırlı bir maddi kesinlikten* yararlanır; hakemlerin *uyuşmazlığın esası hakkında*, daha farklı ve hatta aksi yönde karar vermeleri mümkündür (**KARRER**, s. 99).

Hüküm sadece, tahkim yeri Hollanda olan tahkim yargılamaları için geçerlidir³⁸⁶. Fransız hukuku, aslında, hakemlerce hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbirlerinin ülke içinde nasıl icra edileceği konusunda, suskundur. Ancak yaygın inanç ve uygulama, bu tip kararların da tıpkı uyuşmazlığın esasıyla ilgili kararlar gibi; iptalinin yahut icrasının istenebileceği yönündedir³⁸⁷.

Yukarıda *assistance* sisteminin geçerli olduğu belirtilen ülke hukuklarında, aslında, hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine, ne türdeki bir karar ile hükmedebilecekleri konusunda açıklık bulunmamakta yahut söz konusu tedbirlerle icrası-iptali istenebilecek diğer türdeki hakem kararları arasında bir irtibat kurulmamaktadır³⁸⁸. Örneğin, son derece ilginç hükümler içeren İsviçre PIL Art. 183/II'e göre hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirinin icrası konusunda mahkemenin yardımı, en azından lâfzen, *sadece* kararı da veren hakemlerce istenebilmektedir. Gerçi bu hâlde, hiç olmazsa tarafın talebi üzerine harekete geçileceği konusunda kuşku duymamak; hakemlere bir *ex officio* ödev yüklememek gerekir³⁸⁹. Mahkemenin yardımının, hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirine uyulmaması durumunda istenebileceği düzenlenmişse de, hakemlerin, bir ihlalin gerçekleşeceğinin muhakkak gözüktüğü durumlarda, artık somut ihlali beklememeleri gerektiği görüşü, ileri sürülmektedir³⁹⁰.

Hüküm, çok açık bir biçimde, yardım talebi hakkında, mahkemenin *lex fori*'yi uygulayacağını düzenlemektedir (PIL Art. 183/II, *son cümle*). Yetkili mahkeme, tahkim yeri mahkemesi olmayıp son derece basit ve pratik bir gerekçeyle geçici hukuki koruma tedbirinin icra edileceği yer mahkemesidir³⁹¹. Sorun, icrası konusunda mahkemenin yardımının istendiği ve bir geçici hukuki koruma tedbiri içeren hakem kararının, *lex fori* tarafından bilinmemesi durumunda yaşanmaktadır. Örneğin, para alacakları konusunda *ihtiyati haciz* ayırımını haiz ülke hukukunun, hakemlerce dava konusu edilen alacağın tamamının yahut bir kısmının davalıya tedbiren ödenmesi konusundaki bir hakem kararıyla karşılaşması durumunda, kararın icrası hususundaki yardım talebinin mahkemelerce nasıl değerlendirileceği bir meseledir. Hakemlerin böyle bir kararı verip veremeyecekleri konusunda, herhangi bir tartışma

³⁸⁶ KOJOVIC, s. 513, 514; DERAİNS, s. 241. Ayrıca bkz. BERGER, s. 345; van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 80. Ayrıca bkz. ÖZSUNAY, s. 277 vd.

³⁸⁷ KOJOVIC, s. 514; DONOVAN, *Provisional Measure*, s. 136; PLUYETTE, s. 88.

³⁸⁸ BERGER, s. 342, 343. Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 776, 781.

³⁸⁹ Öğretide, tarafların da doğrudan mahkemenin yardımını isteyebileceği; mevcut hükmün buna mâni olmadığına ilişkin görüşler bulunmaktadır (KOJOVIC, s. 515; BERTI, s. 431; von SEGESSER/KURTH, s. 81). Ayrıca bkz. WIRTH, s. 35, 36; DONOVAN, *Provisional Measure*, s. 140; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 611; *Semprozyum*, s. 229.

³⁹⁰ BUCHER/TSCHANZ, s. 89; KOJOVIC, s. 515; DONOVAN, *Provisional Measure*, s. 122.

³⁹¹ von SEGESSER/KURTH, s. 81.

yaşanmamaktadır (PIL Art. 182). Lakin aynı kararın cebren icrası konusunda, mahkemenin *lex fori*'yle sıkıştırıldığı dikkate alındığında, bir görüşe göre, yukarıda örneği verilen hakem kararının icrası konusunda yardım talebi reddedilmelidir. Zira mahkemece verilecek karar, hakem kararı ile örtüşmek zorunda olacağına ve anılan içerikteki hakem kararı da icra edilemeyeceğine göre, yardım talebinin reddi kaçınılmazdır³⁹². Yardım talebinin mahkemelerce değerlendirilmesi esnasında, kararın bir denetimden de geçip geçmeyeceği ve varsa sınırları, tartışmanın diğer boyutunu oluşturmaktadır.

Yapılacak denetimin *kamu düzeni* seviyesinde tutulması gerektiği ileri sürüldüğü gibi, tabi olunan hukuka uygun bir kararın verilip verilmediği şeklinde ve daha ziyade içeriksel bir denetimi çağrıştıran görüşler de ileri sürülmüştür³⁹³. Ne var ki eğilim, daha ziyade, denetimin geçerli bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığıyla ve hakemlerin *prima facie* yargı yetkisine sahip bulunup bulunmadığıyla sınırlı olması yönündedir. Yani mahkeme, *de novo* bir denetim gerçekleştirmeyecek; ancak kararı gözü kapalı da mühürlemeyecektir. Söz konusu geçici hukuki koruma tedbirinin *kamu düzenini ihlal etmediği ölçüde* icrasına yardım edilmesi gerekir³⁹⁴. Geçici hukuki koruma tedbirleriyle ilgili olarak mahkemelerce yürütülen bu yardım faaliyetinin, tahkim yerinin İsviçre olmadığı hâller için de geçerli olduğunu savunmak, PIL Art. 176/I karşısında olası gözükmemektedir³⁹⁵.

Alman ZPO §1041/II-IV'e göre ise mahkeme, tarafın talebi üzerine, geçici hukuki koruma tedbirine ilişkin bir başvurunun mahkemeye daha önceden yapılmamış olması hâlinde, hükmün birinci fıkrasında sözü edilen tedbirin *icrasına izin verebilir*³⁹⁶. Mahkeme, tedbir kararının icra edilebilmesi için gerekli görürse, söz konusu kararı yeniden *biçimlendirebilir* (ZPO §1041/II, son cümle)³⁹⁷. Alman kanununun belki de en ilginç yönü, hükmün

³⁹² BUCHER/TSCHANZ, s. 89. Ayrıca bkz. KOJOVIC, s. 516; KARRER, s. 107; ŞİT, s. 143, 145. Karş. von SEGESSER/KURTH, s. 82; WIRTH, s. 40.

³⁹³ KOJOVIC, s. 515. Ayrıca bkz. BUCHER/TSCHANZ, s. 89; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 149. Alman hukukunda da *sınırlı* bir denetim anlayışının geçerli olması gerektiğine ilişkin bkz. BANDEL, s. 218, 219; WAGNER, s. 778.

³⁹⁴ von SEGESSER/KURTH, s. 81; BERTI, s. 431; BLESSING, s. 279, 280; BUCHER/TSCHANZ, s. 90; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 149, 150. Alman hukuku yönünden karşı. SCHÜTZE, s. 125, 126. Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 135, 136.

³⁹⁵ KOJOVIC, s. 516.

³⁹⁶ Hükmün bir mecburiyetten ziyade mahkemeler yönünden bir *takdiri* içermesi nedeniyle yardım talebinin örneğin hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirinin *ölçülülük ilkesini* zedelediği sonuca varan mahkemece reddi, pekâlâ mümkündür (KOJOVIC, s. 517; DONOVAN, *Provisional Measure*, s. 138).

³⁹⁷ Bu hüküm, *lex fori*'ye yabancı hakem kararlarının ülke içinde icrasına ilişkin yardım talebinin derhâl reddi yerine, şayet mümkünse, icra edilebilecek bir hâle dönüştürülmesi konusunda, mahkemelere âdeta bir ödev yüklemektedir (KOJOVIC, s. 517). Gerçi *Schaefer*'in, atıfta bulunduğu OLG Karlsruhe'nin –yayınlanmamış– bir kararında, hakemlerce hükmedilen bir *mareva injunction*'nun ne *dinglichen Arrest* ne de *einstweilige Verfügung* biçimlerine dönüştürülemeyeceği sonucuna varılmış ve böyle bir hakem kararının ancak ZPO §890 kapsamında değerlendirilerek icrası mümkün görülmüştür. Oysa yazar, işlevsel denkliği dikkate alındığında, bir *mareva injunction*'ın rahatlıkla ve alacaklının da menfaatlerine uygun olarak *dinglichen Arrest*'e dönüştürülüp icra

uygulanmasının yani hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin Almanya’da icrası konusunda mahkemelerin vereceği yardımın, tahkim yerinin yine Almanya olması şartına bağlanmamasıdır. Gerçi ZPO §1025/II, III’de anılan yönde bir açıklık bulunmamakla birlikte, öğretide, özellikle ZPO §1062/II hükmünde düzenlenmekte olan ve bu hâlde, hangi yer mahkemesinin yardım etmek konusunda yetkili olacağına ilişkin hükmün, söz konusu yardımın tahkim yerinin Almanya olduğu durumlarla sınırlı olmadığı gerçeğini, ortaya koyduğu, savunulmaktadır³⁹⁸. ZPO §1062/II’ye göre, aleyhine geçici hukuki koruma tedbiri alınan tarafın yerleşim yahut işyeri ile tedbire konu ve bu kimseye ait yahut çekişme konusu mal varlığının bulunduğu yer istinaf mahkemesi, ZPO §1041/II’de düzenlenmekte olan yardımı vermek konusunda, yetkilidir. Şayet, sözü edilen bağlanma noktalarından hiçbirinin bulunmaması hâlinde, *Kammergericht* yetkilidir.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrasında, mahkemelerin yardımına ilişkin düzenlemeler, çoğu kez, tedbirin icrasının istendiği ülkenin, aynı zamanda tahkim yeri ülkesi olması hâlinde kullanılmaktadır (*karş. MTK m. 1/II, III; 6*). Mülkilik ilkesinin doğal sonucu olarak, tahkim yerinin bir başka ülkede olması hâlinde, *ne* söz konusu hükümlere dayanmak mümkün olmakta *ne de* çoğu kez anılan hükümler, böyle bir durumu, açıkça düzenlemektedirler (*istisnası için bkz. MTK m. 1/III; ZPO §1062/II*)³⁹⁹. Oysa bu son ihtimalde, yani geçici hukuki koruma tedbirine ilişkin hakem kararının, tahkim yerinden başka bir ülkede de icra edilebilmesi için geçerli olabilecek yegâne düzenleme, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararının icra edileceği yer hukukunun hakem kararlarının *tenfizi* hakkında geçerli olan kurallardır. *Böyle bir durumda, söz konusu hakem kararı için bir tenfiz rejiminin geçerli olup olmayacağı, tartışmanın özünü teşkil etmektedir.* Gündeme gelen ilk soru, geçici hukuki koruma tedbirlerinin konu olduğu *kararların –interim award-, muvakkat niteliğinin* nihai kararların *–final (partial) award-* tenfizine dair kuralların uygulanmasında, nasıl ve ne ölçüde dikkate alınacağıdır. Kaldı ki, bir an için söz konusu tenfiz rejiminin geçici hukuki koruma tedbirleri için de geçerli olduğu kabul edilse dahi bu durumda, tenfizin sadece “*interim award*” şeklindeki geçici tedbirlerle mi sınırlı olduğu, yoksa

edilebileceği görüşündedir (SCHAEFER J. K., New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared, § 4.2.2.3, 2.2 EJCL 1998, <http://www.ejcl.org/22/art22-2.html>. Ayrıca bkz. DONOVAN, *Provisional Measures*, s. 94, 95; KÜHN, s. 54). *Karş. WAGNER*, s. 773. Sistematik olarak bakıldığında, hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirinin icrasına, *tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi*, burada da yardım edilmektedir. Ancak her iki ülke hukuku arasındaki temel fark, mahkemenin burada, söz konusu tedbir kararını gereğinde yeniden yapılandırarak âdeta bir mahkeme kararı hâline dönüştürebilmesidir. Bu esnada karar, tartışmalı olmalı birlikte, tümüyle mahkeme denetimine açılmaktadır. *Ayrıntısı için bkz. YEŞİLIRMAK, Provisional Measures*, s. 255.

³⁹⁸ KOJOVIC, s. 517, 518. Ayrıca bkz. SCHEEF, s. 53, 54. *Karş. Taslak Model Kanun 17 novies* maddesi için bkz. A/CN.9/WG.II/WP.141, s. 5.

³⁹⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 611, 612. Ayrıca bkz. BOND, *Provisional Measures*, s.12-14.

“*procedural order*”ların da bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkacaktır⁴⁰⁰.

UNCITRAL Model Kanunu’nda yapılması önerilen değişiklikler-yenilikler arasında, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası da yer almaktadır. Düzenleme, kanuna önce 17 *bis*⁴⁰¹ sonra da 17 *novies*, 17 *decies* maddeleri şeklinde ilave edilmek istenmektedir⁴⁰². Değişikliklerin en çarpıcı yönlerinden biri, mahkemelerce tenfizine/icrasına karar verilecek geçici hukuki koruma tedbirinin *her nerede verilirse verilsin*, mahkemelerce dikkate alınacağıdır. Yani hükmün uygulama alanı, tahkim yerinin ülke içinde bulunması ile sınırlı değildir⁴⁰³. Böyle bir hakem kararının icrasına-tenfizine engel olan hâller, büyük ölçüde, nihai hakem kararlarının tenfizine engel olan nedenlere benzetilerek ve aynı sistematik takip edilerek düzenlenmiştir. Buna göre⁴⁰⁴:

a) Aleyhine geçici hukuki koruma tedbiri hükmedilenin talebi üzerine;

- i) (Model Kanun’un) 36. maddenin (1) (a)(i), (ii), (iii) veya (iv) maddelerinin geçerli olması veya
- ii) hakem heyetinin geçici hukuki koruma tedbiriyle ilgili olarak gösterilmesine karar verilen teminat koşulunun yerine getirilmemesi;
- iii) hakem heyetince veya (düzenlenmişse) tahkim yeri veya tahkimin tabi olduğu hukukun mahkemesince söz konusu geçici hukuki koruma tedbirinin kaldırılmış veya durdurulmuş olması veya

b) Mahkemece resen tespit edilmesi durumunda;

- i) tenfizi-icrası istenen tedbirin buna karar verecek ülke mahkemesi hukukuna uygun düşmeyip söz konusu mahkemenin anılan hakem kararının icra edilebilmesi için özüne de müdahale etmeksizin yeniden formüle edememesi⁴⁰⁵;
- ii) (Model Kanun’un) 36. maddenin (1)(b)(i) veya (ii). paragraflarından hükümlerin geçerli olması⁴⁰⁶

⁴⁰⁰ BERGER, s. 343; BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 11. Ayrıca bkz. KOJOVIC, s. 521 vd.

⁴⁰¹ BERAUDO, s. 249; KOJOVIC, s. 529 vd. *Ayrıntısı için bkz.* A/CN.9/WG.II/WP.131; A/CN.9/573, §70-89.

⁴⁰² A/CN.9/WG.II/WP.141, s. 5, 6; A/CN.9/589.

⁴⁰³ KOJOVIC, s. 530.

⁴⁰⁴ BERAUDO, s. 249-250; SORIEUL, s. 563; A/CN.9/WG.II/WP.141, s. 5, 6.

⁴⁰⁵ Böyle bir hâlde, ülke mahkemesinden beklenen, söz konusu hakem kararını icrasının mümkün olacağı şekle dönüştürmesidir, uyarlamasıdır (SORIEUL, s. 564; KOJOVIC, s. 531).

⁴⁰⁶ Ancak bu iki şart kapsamında, hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirinin *esas*, denetlenebilir (SORIEUL, s. 563; KOJOVIC, s. 531).

hâllerinde, tenfiz talebi reddedilecektir. *Ex parte* hükmedilenler içinse bu tip geçici hukuki koruma tedbirlerine karşı, ertelenen hukuki dinlenilme hakkının, tenfiz yeri mahkemeleri önünden sağlanması ve kimi durumlarda, icranın süre ile sınırlanması şeklinde, çeşitli öneriler getirilmiştir⁴⁰⁷.

Milletlerarası tahkim uygulaması ve yapılan tartışmalar bir yana, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun bu tartışmalar arasında, özel ve seçkin bir yerinin olduğu muhakkaktır. Zira kanuna tabi tahkim yargılamalarıyla ilgili olarak hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararların, *Türkiye'de icrası konusunda*, yetkili mahkemenin yardımının istenmesi bakımından *ne* tahkim yerinin Türkiye'de *ne de* tahkime uygulanacak hukukun Türk hukuku olması gerekir. Bir kere mülkilik ilkesi yanında, kısmen irade (usul) teorisi de kabul edildiğinden, tahkim yeri Berlin olan bir tahkim yargılamasının, taraflarınca Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi kılınması durumunda, kanunun 6/III. maddesi, evleviyetle uygulanacaktır. Bunun dışında, yine kanunun 1/III. maddesinin açık hükmü gereği ve hükmün, yapılacak daha anlamlı yorumu sonucunda, tahkim yeri Berlin olan ve fakat taraflarınca Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi kılınmayan tahkim yargılamalarında, hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin de Türk mahkemelerince icrası, kanunun 6/III. maddesine göre ve herhangi bir *tenfiz* rejimine de tabi olmaksızın mümkündür.

İlgili hüküm, "...; karşı taraf, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz *kararı verilmesi istemiyle* yetkili mahkemenin *yardımlını* isteyebilir. Yetkili mahkeme gerekirse başka bir mahkemeyi istinabe edebilir." şeklindedir (**MTK m. 6/III**). Kanunun *lafzı* dikkate alındığında, öne çıkan hususlar şöyledir:

- a) Hakemlerce *zaten* verilmiş olan ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz kararının, bu sefer cebren icrası için mahkemeye yapılacak başvurunun, aslında, mahkemelerin milletlerarası tahkime *yardım etmesi için* yapıldığı;
- b) Ancak tarafın da, yapacağı başvuru ile aslında (hakemce verilenden başka) bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesini istediği;
- c) Her ne kadar, hükümde yetkili mahkemeden bahsedilmişse de bunun, aslında yine aynı kanunun 3/I. maddesine göre belirlenmesinin gerekeceği (*karş. PIL Art. 183/II*), şeklinde sıralanabilir.

⁴⁰⁷ Model Kanun'un taslak 17*bis* maddesi, neredeyse Hollanda CCP Art. 1051/III hükmüne yakın bir nitelik kazanmakta ve benzer sonuçların doğmasına neden olmaktadır (**BERAUDO**, s. 250). Taslak **Model Kanun 17 quater/IV** maddesi için *bkz.* A/CN.9/WG.II/WP.141, s. 4.

Sorun olarak gözüken husus, (b) şıkında yer almaktadır. Yani taraf, zaten hakemin vermiş olduğu bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı varken, bunun, bu kez cebren icrası için *yine ve yeniden*, mahkemeden bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı mı talep etmek zorundadır? Hükümde, *zaten* hükmedilmiş bir ihtiyati tedbir kararının *cebren icrası* için verilecek yardımdan *doğrudan* bahsedilmemekte⁴⁰⁸; bir bakıma tarafın, şayet hakemin vermiş olduğu kararın, muhatabı olan tarafça yerine getirilmemesi hâlinde, *lex fori*'ye tabi, Türk hukukunun bildiği ve anladığı anlamda, örneğin bir ihtiyati tedbir kararının verilmesi istemiyle mahkemeye başvurabileceği, düzenlenmektedir. Gerçi mahkemece sunulan hizmet, milletlerarası tahkimin taraflarına bir *yardımdır* ve artık, gerek ihtiyati tedbir gerekse ihtiyati haciz talepleri yönünden yetkili mahkemenin, aynı kanunun 3/I. maddesine göre belirlenmesi gerekir (*karş.* HUMK m. 104/I; İİK m. 258/I). Ancak, lâfzen doğru olan bu yoruma, katılmıyoruz:

Sözü edilen sonucun doğumu için kanunda, böyle bir hükmün bulunmasına gerek yoktur. Aynı kanunun dördüncü fıkrası, taraflara zaten bu hakkı vermiştir (**MTK m. 6/IV**); anılan hakkın tekrar edildiğinden, pekiştirildiğinden bahsetmenin bir anlamı yoktur.

Tarafın zaten sahip olduğu böyle bir hak yanında, kanunun bu sefer üçüncü fıkrasında düzenlenenin; yani (Türk) mahkemelerin(in) milletlerarası tahkime yönelik “*yardımının*” bir anlamı, değeri olmalıdır. Özellikle de taraf, zaten bu hakka sahipse ki, bu durum, aynı kanunun bu sefer birinci fıkrasıyla daha da pekiştirilmiştir (*bu nedenle kanunun dördüncü fıkrası olmasaydı da aynı sonuca ulaşılabilecekti*, **MTK m. 6/I, IV**), o hâlde ortada, *ya* gerçek anlamıyla bir yardımın bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir *ya da* söz konusu yardımın içi doldurulmalıdır. Biz de bu nedenlerle tercihimizi, söz konusu yardımın içeriğini aydınlatmaktan yana kullanmaktayız⁴⁰⁹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz kararlarının cebren icrası safhasında, mahkemelerce verilecek yardımın içeriğini belirlemeye geçmeden önce emsal olma niteliği kuvvetli, oldukça detaylı Alman kanunu hükümlerinin incelenmesinde fayda vardır. Buna göre;

- a) Mahkeme talep hâlinde, daha önce mahkemeye geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi için başvurulmamışsa, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma

⁴⁰⁸ Ayrıca bkz. **PEKCANITEZ**, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 126.

⁴⁰⁹ Mahkemelerce verilen yardım, yeni bir karar vermek şeklinde olmayıp hakemlerin verdiği karara, *icrai etki* tanımak biçimindedir (**PEKCANITEZ**, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 137). Aynı yönde bkz. **ŞİT**, s. 145.

tedbirinin *cebren icrasına müsaade eder*; bu esnada, cebren icranın temini amacıyla söz konusu tedbiri, gerekirse yeniden biçimlendirebilir (ZPO §1041/II)⁴¹⁰.

- b) Mahkeme *talep hâlinde*, kanun hükmünün ikinci fıkrasında öngörülen kararı değiştirebilir ya da kaldırabilir (ZPO §1041/III).
- c) Kanunda sözü edilen mahkeme, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yeri istinaf mahkemesidir (ZPO §1062/I, b. 3).
- d) Mahkeme önünde yapılacak yargılama, *Beschluss* şeklindeki bir kararla sona erecek olup duruşma yapılmasına gerek yoktur (ZPO §1063/I). Ne var ki, diğer tarafın varsa itirazları alınmalı, kendisine hukuki dinlenilme hakkı tanınmalıdır⁴¹¹. Mahkemece verilecek kararlar, geçici hukuki koruma kararının *icrası* (Vollziehung); *iptal-kaldırılması* (Aufhebung) veya *değiştirilmesi* (Änderung) içeriklidir.
- e) İstinaf Mahkemesi Hukuk Dairesi Başkanı, *diğer tarafın dinlenmesinden önce*, talep üzerine, mahkemece bir karara varılmadan önce, söz konusu yargılamaya konu hakem kararının cebren icrasına karar verebilir. Diğer taraf, böyle bir hâlde söz konusu icrayı, gösterilecek teminat karşılığında durdurabilir (ZPO §1063/III). *Âdeta tedbiren*, hakemlerce verilen geçici hukuki koruma kararının icrasına izin verilmektedir. Kanımızca, bu hüküm oldukça önemlidir. Zira geçici hukuki koruma kararlarının icrası için mahkemelerce verilecek iznin *âdeta* özel bir iptal rejimi gibi kabulü nedeniyle diğer tarafın yokluğunda bir yargılamanın gerçekleştirilmesi, olası değildir. Duruşma açılması gerekmez; ancak diğer tarafın hukuki dinlenilme hakkı korunmalıdır. Zaten, ZPO §1063, hukukilik denetimine ilişkin ZPO §1065 dışında, hem ZPO §1041 hem de ZPO §1059 için ortak hükümdür. *Şu hâlde iptal davasına ilişkin yargılama kuralları ile geçici hukuki koruma kararlarının icrasına ilişkin mahkeme yargılaması arasında, bir fark yoktur*. Ancak özellikle geçici hukuki korumalara özgü tek taraflı yargılamanın yerine burada, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma kararının diğer tarafın itirazları alınmaksızın, *âdeta tedbiren* icrasına müsaade edilmektedir. Mahkeme yargılaması sırasında, diğer tarafın da dinlenmesi şeklindeki zorunluluk karşısında bozulan menfaatler dengesi, bir kez daha, *geçici hukuki koruma kararı alacaklısının lehine* korunmuştur.

⁴¹⁰ Mahkeme, bu aşamada tahkim anlaşmasının geçerliliğini denetleyebileceği gibi, Alman hukukuna yabancı, *in personam* nitelikli *Mareva injunctions*'ların *icrasına da* izin vermeyebilecektir (BERGER, *The New German Arbitration Law*, s. 11).

⁴¹¹ SCHEEF, s. 82; HARBST, s. 106.

f) Mahkemenin bu kararının temyizen incelenmesi için Federal Mahkeme'ye başvurulamaz (ZPO §1065/I).

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, mahkemenin söz konusu yardımıyla ilgili olarak, yapacağı yargılamanın özellikleri konusunda, Alman Kanunu'nun aksine bir açıklık bulunmamaktadır. Örneğin, mahkemenin bu hâlde duruşma yapıp yapmayacağı; şayet yapılmayacaksa diğer tarafın dinlenip dinlenmeyeceği; verilen kararın kesin olup olmadığı (*karş. MTK m. 7/D/IV, 10/B/II; İİK m. 258/III; 265/V*); söz konusu karara diğer tarafın sonradan itirazının olup olmayacağı (İİK m. 265/I; HUMK m. 107; **MTK m. 17/I**); mahkemece anılan meselenin değerlendirildiği esnada, bir anlamda *tedbiren* tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, ilgili hakem kararının icrasına müsaade edilip edilmeyeceği; söz konusu icranın teminat mukabilinde diğer tarafça durdurulup durdurulamayacağı gibi konular hiç düzenlenmemiştir. Alman hukukuna göre oldukça yalın MTK'nın 6. maddesinin söz konusu sorulara cevap; sorunlara ise çare olabilmesi mümkün değildir. Bütün bunlara rağmen, hakemlerce verilen geçici hukuki koruma kararlarının, icra dairelerince cebren icrası için öncelikle mahkemeye başvurulmasının gerektiğinde de, tereddüt yoktur (**MTK m. 6/II**). Şu hâlde, kanun koyucunun mahkemelerden bir beklentisi olmalıdır; bu da son derece doğaldır. Kanun koyucunun ilgili hakem kararının, kendi icra dairelerince icrasından evvel, bir *ön denetimden* geçmesini istediğini düşünmekten daha doğal bir şey olamaz (*aynı yönde bkz. MTK m. 15/B/I; ayrıca bkz. MTK m. 15/A/IV, son cümle*). ***En azından, milletlerarası tahkimde, tahkim yeri hukukuna yabancı hakemlerin, lex fori tarafından da icra edilebilecek bir karar verip vermediklerinin denetlenmesi gerekir.*** Üstelik Kanun, doğrudan *ihtiyati tedbir-ihiyati haciz* müesseselerine göndermede bulunduğundan, rehinle güvence altına alınan alacak için yine de bir ihtiyati haciz kararının verilip verilmediğinin yahut para alacakları için ancak ihtiyati haciz kararı verilmesinin gerekeceği hususunun ihlâl edilip edilmediğinin denetlenmesi, gerekir⁴¹². Özellikle bu son ilkeyle çelişen ve fakat milletlerarası tahkim uygulamasında da, bir hayli yaygın, ifa amaçlı ihtiyati tedbirlere izin verilip verilmeyeceği, mahkemelerce bir kez daha değerlendirilecektir. Gerçekleştirilecek denetimin kapsamı konusunda, özellikle Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, hazırlık çalışmaları sırasında, *II. Taslak'ta* yer alan hüküm, iyi bir yol göstericidir: Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının olup olmadığının (*ayrıca bkz. Tasarı m. 418/II*); tarafların, hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmemesi konusunda anlaşmış olup olmadıklarının; hakemlerin verdiği ihtiyati tedbir kararının, *fahiş bir hataya* dayanıp dayanmadığının; söz

⁴¹² **ŞİT**, s. 145.

konusu karara varılırken hakemlerin keyfi davranıp davranmadığının, denetlenmesi gerekir (*II. Taslak m. 6/II*).

Söz konusu denetim sebepleri, *üzerinde çalışılmak kaydıyla* temel alınacak niteliktedir:

Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması; hakemlerin de *gerek* taraflar *gerekse* davaya konu uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisi, bulunmalıdır⁴¹³. Kanunun 7/H/I, III. maddesi hükümlerinin bu noktada, görmezden gelinmemesi gerekir. Zira bu düzenleme, aynı zamanda mahkemenin yapacağı denetimin de sınırını teşkil etmektedir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakemler, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmektedirler. Şu hâlde taraflar arasında, böyle, aksi yönde bir anlaşmanın bulunup bulunmadığının gözetilmesi gerekir. Ayrıca taraflar, kendileri *doğrudan* veya ilgili kimi tahkim kurallarına göndermede bulunmak suretiyle *dolaylı olarak* (**MTK m. 8/A**), hakemlerce ancak hangi türdeki geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebileceği konusunda da anlaşmış olabilirler⁴¹⁴. Bu anlaşmanın aksine, verilecek kararların cebren icrasına izin verilmemelidir.

Kanunun, *ihtiyati haciz* veya *ihtiyati tedbir* terimlerine yer verirken bunların, milletlerarası tahkimde de, iç hukukta düzenlendiği şekliyle ve içerdiği şartlarla mı geçerli olmasını istediği konusu, tartışmalıdır (**MTK m 6/II**). Şayet bu soruya olumlu yanıt verilecekse, o hâlde örneğin, İİK'nın 257/I, II. maddesi hükümlerinin hakemlerce de gözetilip gözetilmediğinin denetlenmesi gerekir; yine, ancak ihtiyati hacze konu bir meselenin ihtiyati tedbir kararına konu edilmesi hâlinde, bu kararın da cebren icrasına izin verilmeyecektir. Şu hâlde, Taslak'ta sözü edilen *fahiş hatanın*, bu içerikte değerlendirilmesi gerekir⁴¹⁵.

Taslak'ta bahsedilen “... karar verirken keyfi davrandığını tespit etmedikçe...” şeklindeki ibarelerden ne anlaşılmasının gerektiğine karar vermek güçtür (*II.Taslak m. 6/II*)⁴¹⁶. Ancak olsa olsa meselenin şu şekilde kabulü mümkündür: Söz konusu tedbir bakımından bir aciliyetin bulunması; böyle bir tedbire hükmedilmeyecek olması hâlinde, telafisi son derece güç yahut imkânsız bir zararın doğacak ve bunun da söz konusu tedbirin icrası hâlinde, diğer tarafın maruz kalacağı zarardan daha fazla olması (**HUMK m. 103**) gerekir. Uyuşmazlığın

⁴¹³ Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı konusunda yapılacak denetimin, sadece *prima facie* düzeyde tutulması mümkündür. Hakemler için de geçerli bu sınırın aşılması *tam* bir denetim düzeyine çıkarılmasında, korunan hiçbir hukuki yararın olmadığına ilişkin bkz. **HERRMANN**, *Arbitration Agreement*, s. 49.

⁴¹⁴ Böyle bir anlaşmanın İsviçre hukuku yönünden geçerli olduğuna ilişkin bkz. **BUCHER/TSCHANZ**, s. 88.

⁴¹⁵ **PEKCANITEZ**, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 137, 138.

⁴¹⁶ En azından Alman hukuku yönünden, hiçbir zaman, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirine ilişkin kararın *tam* ve *içeriksel* bir denetime tabi tutulması, söz konusu olmayacaktır (**SEMLER**, s. 583).

esasıyla ilgili, tedbir talebinde bulunanın, haklı olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması şarttır.

Bu esnada mahkemelerin, tıpkı Alman hukukunda düzenlendiği şekilde, söz konusu geçici hukuki koruma kararını icra edilebilecek bir şekilde *dönüştürüp dönüştürmeyeceği*, tartışmalıdır. Kanun'da mahkemeye, böyle açık bir yetki verilmiş değildir. **Seçilecek en kolay yol**, *lex fori*'ye yabancı; aykırı ve iç hukukun öngördüğü şartları taşımayan geçici hukuki koruma kararlarının icrasına müsaade edilmesi konusunda yapılan başvuruların, mahkemelerce reddidir. Hatta *nihai hakem kararlarının* icrası-tenfizi rejimine yapılacak benzetmeler sonucunda, aksi sonucun dahi düşünülmemesi gerekir. Ancak *hem* bu sonuç, milletlerarası tahkim gerçeği ile örtüşmemektedir *hem de* nihai hakem kararları için geçerli olanların *geçici hukuki korumalara ilişkin hakem kararları* için de geçerli olmasını beklemek, doğru ve yerinde değildir. Söz konusu tedbirin cibrî icrası bakımından, ülke hukukuna uydurulması mümkünse, mahkeme, hakemlerce verilen böyle bir kararı, yeniden biçimlendirebilmelidir. Ancak bunun da mümkün olamaması ve *açıkça* ülke hukukuyla çatışılması durumunda, anılan kararın cibrî icrası talebi, reddedilmelidir⁴¹⁷.

Mahkemelerce verilecek olumlu bir karar, yeni bir ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz kararı olmayacaktır. Zira söz konusu karar, zaten hakemlerce verilmiştir. Mahkemelerce yapılacak yargılama, sadece söz konusu geçici hukuki koruma kararının icra dairelerince de icra edilebilecek nitelikte ve özellikte olup olmadığının denetlenmesi-tespiti amacına yöneliktir; verilecek kararlar sadece söz konusu *hakem kararının* cebren icrasına müsaade edilmiş olunacaktır (*ayrıca bkz. ZPO §1041/II*).

VI- Mahkemelerce Tahkimin Desteklenmesi Amacıyla Hükmedilen Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri

Tahkim anlaşmasına veya hakemlere rağmen mahkemelerce hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbirleri nedeniyle başta tahkim anlaşması olmak üzere, gizlik gibi kimi değerler ağır tehdit altındadır. Mahkemelerce de geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilmesi, tahkim yargılamasından çok önce, uyuşmazlığın esasının mahkemeler önünde, çekişme konusu edilmesine veya taraflardan birinin filî zaferini ilan etmesine neden olabilir⁴¹⁸. Bütün bunlara rağmen hakemlerin, geçici hukuki koruma tedbirlerine

⁴¹⁷ WIRTH, s. 35, 36; BERTI, s. 431; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 149.

⁴¹⁸ BÖSCH, s. 4, 5.

hükmedebilmek bakımından gerekli otoriteye sahip olmaları yanında, tarafların aynı konuda, mahkemelere de başvurmasında, bir takım haklı menfaatleri bulunabilir. Örneğin geçici hukuki koruma tedbirine ihtiyaç duyulduğu esnada, henüz hakem seçilmemiş veya hakem heyeti teşekkül etmemiş olabilir⁴¹⁹. Hakemlerin talep edilen geçici hukuki koruma tedbirine hükmetmek konusunda, ihtiyaç duyulan gerekli otoriteye sahip olmamaları da mümkündür⁴²⁰.

Bu ve benzeri güçlüklerin aşılması amacıyla tahkim anlaşmasının tarafı, bu sefer, *doğrudan* mahkemeye müracaat etmek yolunu seçebilir ki, bu da bazı sorunlar yaratabilir. Zira taraflar arasında, geçerli bir tahkim anlaşması vardır ve bu, kural olarak mahkemeleri, *gerek* 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesi (*aynı yönde*, 1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI) *gerekse* Model Kanun'un 8/I. maddesi bağlamında, kendilerine yapılan başvurular üzerine, tarafları *geniş anlamıyla tahkime yönlendirmek zorunda* bırakmaktadır (MTK m. 5/I). Ne var ki geçici hukuki koruma tedbirleri için bir istisna getirilmiş olup *geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek üzere mahkemelere yapılan başvurular, tahkim anlaşması ile herhangi bir çelişki içinde değildir* (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 4; Model Kanun m. 9; Hollanda CCP Art. 1022/II; 1074/I; ZPO §1033; MTK m. 6/I, IV, *karş.* ICSID Art. 26/I)⁴²¹. Yani, tahkim anlaşmasına rağmen mahkemelere, geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilmesi konusunda yapılan bir başvuru, tahkim anlaşmasından feragat anlamına gelmediği gibi salt böyle bir anlaşmanın varlığı da mahkemeleri, bu yönde karar vermekten alıkoymaz⁴²². Kısacası *tahkim anlaşması, tarafın mahkemeden geçici hukuki koruma tedbiri talep etmesine engel değildir; geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından hakemlerle mahkemeler eşit düzeyde yetkili olup aralarında herhangi bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamaktadır*⁴²³.

⁴¹⁹ REDFERN, s. 83, 84; GOSWAMI, s. 112, 113.

⁴²⁰ HAUSMANINGER, s. 96-97. Ayrıca bkz. HUSSLEIN-STICH, s. 100; KRÖLL, *Schiedsrecht*, s. 1173, 1179.

⁴²¹ 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin uygulandığı bir karar örneği için bkz. *Baia Industrial SA v Eintacar-Eimar SA*, XVIII YBCA 1993, s. 616. Gerek tahkime uygulanacak hukukta gerekse tahkim kurallarında, tahkim anlaşmasına rağmen mahkemelerce de geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi konusunda açık bir düzenleme bulunmasa dahi mahkemeler, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, bu tip tedbirlere hükmetmek konusunda, kendilerini uygulamada, her zaman yetkili görmüşlerdir. Fransız hukukundaki istikrar bulmuş içtihatlarda, tahkim anlaşmasının, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından yargılama yapmasına engel olmadığı belirtilmektedir (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 724, 725; PLUYETTE, s. 75). Ayrıca bkz. REDFERN, s. 76, 77; GOSWAMI, s. 113. *Corte di cassazione, Attika Shipping Company v Bluemar SA*, XIX YBCA 1994, s. 680. Geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, mahkeme müdahalesi, kimi zaman sadece faydalı değil; ancak özellikle adaletin tecellisi için kaçınılmaz ve zorunlu da olmaktadır (*Coppee-Lavalin v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.* [1994] 2 All ER 449).

⁴²² HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 332; YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 75, 76.

⁴²³ JARVIN, *Conservatory Measures*, s. 173; KESSEDJIAN, s. 7; BUCHMAN, s. 258, 259; SCHÜTZE, s. 123, 124; KRÖLL, *Schiedsrecht*, s. 1179; SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 17a, Rn. 24; MUSIELAK/VOIT, §1033, Rn. 5; ZÖLLER/GEIMER, §1033, Rn. 2. Model Kanun'un 9. maddesiyle mahkemelerce hükmedilebilecek geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, tahkim anlaşması nedeniyle

Tarafın böyle bir başvuruyu, tahkimin başlamasından önce ve hatta tahkim yargılamasının devam ettiği dönemde yapması mümkündür (UNCITRAL Rules m. 26/III; Model Kanun m. 9; **MTK m. 6/I**). Ne var ki bu tip başvuruların yapılabilmesi yönünden zamansal sınırlamaların, taraflar arasında kararlaştırılmış olduğu da görülmektedir (ICC Rules m. 23/II; LCIA Rules Art. 25/III). Söz konusu sınırlamalar dikkate alındığında, hakem heyetinin oluşması ile birlikte hakemlere, geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek konusunda bir öncelik, üstünlük tanındığı görülecektir. Tahkim kurallarının, hakemleri oldukça geniş bir perspektifte, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek konusunda yetkilendirmiş olduğu gerçeği karşısında mahkemelere müracaat, tahkimin devam ettiği bir dönemde ancak *uygun düştüğü hâllerde (in appropriate circumstances)* (ICC Rules Art. 23/II) veya *istisnai durumlarda (in exceptional cases)* (LCIA Art. 25/III) mümkün görülebilmektedir (*karş. MTK m. 6/I, II, IV; 8/A*)⁴²⁴.

Mahkemelerce, *tahkim anlaşmasına rağmen ve tahkimle ilgili bir uyumsuzluk hakkında*, geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilmesi bakımından, tahkim yerinin de ülke içinde bulunmasının gerekip gerekmediği, tartışmalı bir konudur (*karş. MTK m. 1/III; 6*). UNCITRAL Model Kanunu'nun 9. maddesinde, tahkim yeri hususunda bir sınırlama getirilmeksizin *mahkemelerin tahkim anlaşmasına rağmen geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebileceği* düzenlenmiş olmasına karşın (Model Kanun m. 1/II)⁴²⁵; benzer düzenlemeyi içermeyen millî hukuklarda, böyle bir hâlde uygulamanın ne yönde olacağı sorunludur. Örneğin mahkemelerin tahkime olan yardımının tahkim yerinin ülke içinde olduğu durumlarla sınırlandırıldığı hâllerde, tahkim yeri bir başka ülkede ise mahkemelerden, tahkime konu

içeriksel hiçbir sınırlama getirilmemiştir (**HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 332, 333). *Karş. McCreary Tire & Rubber v. CEAT*, I YBCA 1976, s. 204; aynı yönde, *Cooper v. Ateliers de la Motobécane*, IX YBCA 1984, 482. *McCreary* kararında, 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 3. maddesinin, tahkim öncesi, mahkemelerce hükmedilmesi istenen geçici hukuki koruma tedbirleri için de geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. Anılan kararda ve benzer yöndeki içtihatlarda *vurgulanan*, mahkemelerce yapılacak bu ve benzeri yargılamaların tahkim yargılamasını, neredeyse etkisiz ve işlevsiz bırakacak olmasıdır (**JARVIN**, *Conservatory Measures*, s. 174-176). Varılan sonuç, eleştiri konusu olmuştur (**van den BERG**, s. 139-140; **van den BERG**, *Enforcement*, s. 452). Zira anılan düzenleme, ülke mahkemelerinin tahkimle ilgili *her* konudaki yargı yetkisini bertaraf eden bir hüküm içermemektedir; sadece *uyumsuzluğun esasıyla* sınırlıdır (**SAMUEL**, s. 200). Ayrıca bkz. **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 77-79; **BÖSCH**, s. 13; **ÖZSUNAY**, s. 271. Ancak kararın da Amerikan mahkemelerinde hâkim olan *pro-enforcement bias*'in, yani tahkim anlaşmalarına ve hakem kararlarına üstünlük-öncelik tanınması şeklindeki görüşün etkisi altında verildiği ileri sürülmüştür (**SCHLOSSER**, *The Competence*, s. 194).

⁴²⁴ **DERAINS/SCHWARTZ**, s. 276; **YEŞİLİRMAK**, s. 35; **HAUSMANINGER**, s. 100. Ancak ilginçtir, anılan kurallardan hiçbiri geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından hakemlerin, münhasır yargı yetkisine sahip olduğunu da düzenlememektedir (**JARVIN**, *Conservatory Measures*, s. 173).

⁴²⁵ Mahkemeden talep edilebilecek geçici hukuki koruma tedbirleri, en geniş anlamıyla dikkate alınmış olup bu yönde herhangi bir sayma usulüne gidilmesi, Model Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, gereksiz görülmüştür (**BROCHES**, *Commentary*, s. 52, 53).

uyuşmazlıkla alakalı herhangi bir geçici hukuki koruma tedbiri talep etmek, mümkün olmayacaktır⁴²⁶.

Burada, geçerli olan bir ayrıma dikkat çekmek isteriz. Özellikle tahkim anlaşmasına rağmen *doğrudan* mahkemelere, geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilmesi için yapılacak başvurular (ZPO §1025/II, 1033; Model Kanun m. 1/II, 8; **MTK m. 6/I**) ile hakemlerce hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası aşamasında, mahkemelerin yardımının istenmesi (ZPO §1041/II) farklı konulardır. Bu nedenle de uygulama alanları değişebilmektedir (ZPO §1025/II; 1033; *karş.* **MTK m. 1/III; 6/I, III**)⁴²⁷. Ne var ki Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ilgili hükümleri dikkate alındığında, Kanunun 6/I, III, IV. maddesi hükümlerinin uygulanabilmesi için özetle ne tahkim yerinin Türkiye'de olması gerekir ne de söz konusu tahkimin bu kanuna tabi olması şarttır; *tahkimin bu Kanun anlamında milletlerarası olması, yani Kanun'un düzenlemiş olduğu yabancılık unsurlarından birini içermesi yeterlidir (MTK m. 2.*

Uygulamada, mahkemelerin anılan desteğine, önemli ölçüde, tahkim yargılamasının başlamasından ve özellikle de hakemin seçimi veya hakem heyetinin teşekkülünde önce ihtiyaç duyulmaktadır. Böyle bir durumda, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından tahkim anlaşmasının varlığı nedeniyle herhangi bir yargı yetkilerinin bulunmadığını söylemek doğru olmadığı gibi, *aksinin de yine millî hukuklarca pek düzenlenmediği görülmektedir*⁴²⁸. Zaten tahkimde, uyuşmazlığın esası yanında, geçici hukuki tedbirlerine hükmetmek bakımından da hakemlerin, tarafların *tabii hâkimi* olduğu fikrinde ısrar, her zaman tatminkâr sonuçlara sebebiyet vermez⁴²⁹:

Öncelikle geçici hukuki koruma tedbirlerine, uygulamada çoğu zaman, hakemlerin seçilmesinden önce ihtiyaç duyulur ki, bu hâlde, tarafların anılan yöndeki talepleri için *kural*

⁴²⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 619; GOSWAMI, s. 116-117, 199. Tahkim anlaşmasına rağmen, tahkim yargılaması öncesi, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi bakımından, mahkemelerin *yargı yetkisi* yanında *milletlerarası yetkisinin* de bulunması gerekir (PLUYETTE, s. 76. Ayrıca bkz. ŞANLI, s. 180-182).

⁴²⁷ HARBST, s. 111.

⁴²⁸ JARVIN, *Conservatory Measures*, s. 178. Tahkimde, hakemlere geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek konusunda münhasır yargı yetkisi tanıyan millî hukuk örnekleri için bkz. YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 64. Zaten, hakemlerin seçilmesinin ve hatta göreve başlamasının ardından dahi mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda desteğini almak bakımından, başta taraflar olmak üzere, bizatihi tahkimin korunmaya değer menfaatleri vardır. Her daim hazır ve kurulu bulunan mahkemeler teşkilatının sahip olduğu *cebrî icra gücü* dikkate alındığında, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin olarak hakemlere oranla *doğrudan, daha hızlı ve daha etkin* karar alabilecekleri sonucuna varılmaktadır (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, 711; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 619, 620). Oysa Fransız hukukunda, hakem heyeti teşekkül ettikten sonra, uyuşmazlığın esasıyla yakından ilgili ve bir anlamda, daha şimdiden onun hakkında bir karar verilecek olması anlamına gelen (*ifâ amaçlı veya düzenleyici geçici hukuki koruma tedbirlerini içeren*) *juge des référés-provision* başvurularının mümkün olmaması gerektiği düşünülmektedir (DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 122).

⁴²⁹ KESSEDJIAN, s. 1, 7; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 66, 67. *Karş.* BÖSCH, s. 4, 5.

olarak, tek yetkili yer mahkemelerdir. Hakem seçiminin veya heyetinin teşekkülünün bazen aylarca sürdüğü durumlarda, tarafları geçici hukuki koruma tedbirlerinden, salt hakem heyeti henüz oluşmadığı gerekçesiyle mahrum etmek, tatminkâr bir yaklaşım olmasa gerek⁴³⁰. Ayrıca öğretilerde, hakemlerin sadece taraflar üzerinde yargı yetkisi olması nedeniyle üçüncü kişileri de etkileyecek geçici hukuki koruma tedbirlerine karar veremeyeceği ileri sürülmektedir. Hatta verilen örnek “...Örneğin, bir hakem heyeti, yargılamaya taraf olmayan bankaya yönelik (tarafın banka nezdindeki hesaplarının dondurulması, üzerinde tasarruf etmesinin engellenmesi) bir tasarruf yasağı –freezing order- getiremeyeceği; ancak tarafı, böyle bir tasarruftan menedebileceği...” şeklinde olmaktadır. Bu nedenle de hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin ihtiyati haciz kararlarından daha az etkili olduğuna inanılır⁴³¹. Bu son gerekçe, *kanımızca*, tatminkâr değildir. Zira bir geçici hukuki koruma tedbirinin özellikle de ihtiyati haciz kararının, üçüncü kişiler üzerindeki etkisi, onun doğrudan söz konusu üçüncü kişi muhatap alınarak hükme bağlanmasından kaynaklanmamaktadır. Böyle bir etki, ancak ihtiyati haciz kararının cebren icrası sırasında gündeme gelir ki aynı durum, mahkemeler için de geçerlidir. Mahkemelerin de borçlu taraf dışında, doğrudan üçüncü kişileri muhatap alarak karar verdiği söylenemez. Verilen kararın yegâne amacı, borçlu tarafın mal varlığının haczidir. Haciz kararının icrası sırasında, icra müdürlüğüne alınacak muhafaza tedbirlerinin üçüncü kişiler üzerindeki etkisi ise geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin yapılan yargılamayla değil; yalnızca tarafları için verilen kararın *icrasıyla* alakalıdır. Ne var ki, hakemlerin cebrî icra gücünden yoksun olmaları, *yani* verdikleri kararın doğrudan icra edilemeyişi; her hâlükârda mahkemelerin yardımını ve denetimini gerektirmesi, kimi zaman hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesinin etkisiz, faydasız, zaman kaybindan öteye gitmeyen bir usul olduğunun ileri sürülmesine neden olmaktadır (*karş. ZPO §1063/III*). Bu nedenle de geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, doğrudan mahkemelerin yardımının alınmasının daha süratli ve etkin olduğuna, inanılır⁴³².

Hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilebilmesi yönünden sahip olunan şüphenin tahkime özgü kimi nedenleri vardır: Söz gelimi, *lex arbitri*, hakemler için böyle açık bir yetkiyi düzenlememiş olabilir. Kaldı ki, dünyanın çok farklı ülkelerinden gelen üç kişilik bir hakem heyetinin süratle böyle bir karar alabilmesi de güç olabilir. Hakem heyeti başkanının anılan konuda *tek* başına yetkili olup olamayacağı tartışmaları bir yana, *taraf-*

⁴³⁰ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 69.

⁴³¹ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 70; KARRER, s. 106; PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 120, 121.

⁴³² HAUSMANINGER, s. 87; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 70, 71. Ayrıca bkz. BANDEL, s. 314.

*hakeminin kendisini seçen taraf aleyhine verilecek böyle bir kararda, nasıl bir tavır takınacağı, başlı başına bir meseledir. Hakem heyetinin hukukçulardan oluşmadığı durumlarda ise artık bir de uzmanlık sorunu gündeme gelecektir. Bütün bunların dışında, son bir eleştiri konusu da bir an için hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebileceği öngörülmüş olsa dahi aynı düzenlemeler, çoğu kez, hakemlerce verilen böyle bir karara karşı, yine hakemler nezdinde itiraz edilip edilmeyeceği; hükmedilen tedbirin değiştirilmesinin yahut kaldırılmasının gerekmesi hâlinde; nerede, ne zaman ve nasıl bir usulün izleneceği konularında, usulî boşluklar içerdiğinden, tahkimin tarafları arasında ciddi şüphelerin doğmasına neden olmaktadır*⁴³³.

Yukarıdaki görüş ve eleştirilerin ardından, *kanımızca* artık mesele, *mahkemelerin bu her daim bulunduğu inanılan gücünün, taraflarca aksinin kararlaştırılmasının; tahkim yargısı yönünden devre dışı bırakılmasının, etkisizleştirilmesinin mümkün olup olmadığıdır* (karş. Hollanda CCP Art. 1051/II)⁴³⁴. Gerçi bunun ne ölçüde olacağı, oldukça zor bir konudur. Mahkemelere yapılacak bu yönde bir başvurunun, açıkça ve emredici bir biçimde yasaklandığı istisnai hâller bir kenara bırakılacak olursa (1965 Washington Sözleşmesi, m. 26)⁴³⁵, sorunun cevabı, önemli ölçüde, *mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek konusundaki yargı yetkilerinin de tarafların tasarruf alanına girip girmediğiyle ilgilidir*⁴³⁶.

Şayet mesele, *tarafların mahkemelerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmeyeceğini; bu yetkinin münhasıran hakemlerce kullanılacağını kararlaştırmalarının mümkün olup olmadığı şeklinde ortaya konulacaksa, bu hem eksiktir hem de zaten olası cevap bellidir. Zira böyle bir anlaşmanın, tarafları, etkin bir hukuki korumadan mahrum edeceği açıktır. Tahkimin mahkemeler teşkilatı karşısındaki kurumsal farklılığı, böyle bir anlaşma ile birleştiğinde, adaletin tecellisi de engellenmiş olunacaktır. Salt bu içerikteki bir anlaşmanın da tarafların irade serbestisine dayandırılması olası değildir. Zira ileride geçici hukuki koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulup duyulmayacağı; duyulacaksa bunun hangi içerikte ve nasıl olacağı konuları, daha baştan öngörülmesi mümkün olmayan; bu nedenle de henüz, daha başta üzerinde tasarruf edilemeyecek meselelerdendir*⁴³⁷. Şu hâlde *kanımızca* mesele, *böyle bir*

⁴³³ HAUSMANINGER, s. 89, 91; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 74-75.

⁴³⁴ WIRTH, s. 37-38; von SEGESSER/KURTH, s. 84, 85; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 333.

⁴³⁵ BUCHER/TSCANZ, s. 91. Ayrıca bkz. BÖSCH, s. 14; BANDEL, s. 336.

⁴³⁶ BANDEL, s., 314, 315.

⁴³⁷ PLUYETTE, s. 75; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 719, 720; BÖSCH, *Germany*, s. 282; ERMAN, s. 3, 4; BRIKMANN, s. 42. Ayrıca bkz. LG Frankfurt, NJW 1983, 761-763. Ayrıca bkz. BANDEL, s. 314-317. Karş. OLG Hamm, MDR 6/1972, 521, 522; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 103, 104; BÖSCH, s. 7, 8; BUCHMAN, s. 269. Model Kanun'un 9. maddesi bakımından böyle bir anlaşmanın yapılabilmesi *ne* mümkün görülmüş *ne de* açıkça yasaklanmıştır. Hükümle sadece tahkim anlaşmalarının mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmesine mâni olmadığı düzenlenmiştir. Mahkemelerin

eleştirinin de giderilmesi şartıyla tarafların artık, anılan yöndeki anlaşmalarına geçerlilik tanınıp tanınmayacağıdır.

Taraflarca, pekâlâ, ICC tahkim öncesi *reféré* (*pre-arbitration référé*) usulü üzerinde anlaşılmış olabilir⁴³⁸ ve bu hâlde, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından sahibi olduğu yargı yetkisinin taraflarca aksinin kararlaştırıldığı sonucuna ulaşılabilir (*ayrıca bkz.* LCIA Rules Art. 25/III; *kısmen de olsa* ICC Rules 23/II)⁴³⁹. Tarafların, böyle bir takım düzenlemeler içeren tahkim kuralları üzerinde anlaşarak onları tahkim anlaşmalarının bir parçası hâline getirmeleri durumunda, söz konusu sınırlamalara mahkemelerce de itibar edilmesi gerekecektir⁴⁴⁰. Böyle bir sonuç, şaşırtıcı da olmamalıdır. Zira aynı mahkemeler, bizzat tahkim anlaşmasını esas almak suretiyle uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapmaktan imtina etmişlerdir⁴⁴¹. UNCITRAL Model Kanunu'nda, meselenin düzenlenmiş olduğu 9. maddeyle ilgili hazırlık çalışmaları sırasında, taraflar arasındaki bu tip bir anlaşmanın pekâlâ mümkün ve geçerli olduğu; en azından hükmün buna engel olmak amacıyla kaleme alınmadığı vurgulanmıştır⁴⁴².

Yukarıda sözü edilen sınırlamaya, doğrudan tahkim anlaşması içinde de yer verilmiş olabilir. *Mantovani v. Caparelli SpA* davasında, tahkim kaydı, “*taraflardan hiçbirinin, diğer taraf*

anılan yetkisinin taraflarca bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığı, *lex fori*'nin bir sorunudur (HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 333; BROCHES, *Commentary*, s. 52, 53).

⁴³⁸ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 719, 728 vd; HAUSMANINGER, s. 108.

⁴³⁹ JARVIN, *Conservatory Measures*, s. 179. Bu hâlde sözleşme şartlarına uyulup uyulmadığını, ülke mahkemeleri denetleyecektir (MTK m. 6/II), (YEŞİLİRMAK, s. 35). Fransız hukukundaki içtihatlar, tarafların anlaşmaları durumunda, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin herhangi bir yargı yetkilerinin de kalmayabileceği yönündedir. Bu yöndeki anlaşmalar, geçerli kabul edilmektedir (PLUYETTE, s. 75, 76; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 119, 120; BUCHMAN, s. 269). *Ayrıca bkz.* PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 121. Böyle bir sonuç, şaşırtıcı değildir. Tarafların ICC Rules üzerinde anlaşmaları hâlinde, tahkim yargılaması süresince geçerli olan, örneğin ICC Rules Art. 23/II vb kuralların, tahkim yargılaması başlamadan önce geçerli olmamasını düşünmek, yerinde değildir. Ancak *Pluyette*, son derece önemli bir başka hususa daha değinmektedir. Taraflar arasındaki bu tip bir anlaşmanın etkin hukuki korumaya; adaletin tecellisine (*denial of justice*) mâni olması durumunda, koşulsuz bir hâlde, aynı anlaşmaya geçerlilik tanınmaması gerekir. Şu hâlde, tahkim yargılaması öncesi, geçici hukuki koruma tedbirleri yönünden de devlet yargısının aksinin kararlaştırılabilmesi için anılan boşluğu doldurabilecek bir başka makamın da (*référé pré-arbitral*) yaratılmış olması gerekir. *Aynı yönde bkz.* von SEGESSER/KURTH, s. 85. *Ayrıca bkz.* PETER, s. 713; WIRTH, s. 40, 41; YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 104. Bütün bu söylenenlere, belki de en çarpıcı örnek, Hollanda CCP Art. 1051/II olmaktadır. Buna göre, *tarafların* hakemlerin veya baş-hakemin acele muhakeme usulüne tabi olarak karar verebileceklerini kararlaştırmaları hâlinde, böyle bir anlaşmaya rağmen taraflardan birinin mahkemeye başvurusu, ancak bu yöndeki bir anlaşmanın geçerli olmaması üzerine kabul edilecek, aksi hâlde çözümün kararlaştırılan usulde aranması sağlanacaktır (van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS, s. 80, 81). Anılan usule tabi bir hakem kararının da örneğin uyuşmazlığın esası hakkındaki hakem kararları kadar etkili olduğu dikkate alındığında, öngörülen bu sonuç, şaşırtıcı olmamalıdır.

⁴⁴⁰ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 721, 722; YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 105. *Ayrıca bkz.* BANDEL, s. 333, 334.

⁴⁴¹ Anılan ICC şartlarına uyulmaması nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararın ve özellikle yargılama giderlerinin, hakemlerce tazmine karar verilebilmesi mümkündür (YEŞİLİRMAK, s. 35).

⁴⁴² SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 83; HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 346; WAGNER, s. 771; *Ayrıca bkz.* BERGER, s. 350; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 146.

aleyhine, aralarındaki uyuşmazlıkla ilgili olarak, söz konusu uyuşmazlık öncelikle hakemlerce görülene kadar, [mahkemeler önünde] herhangi bir dava veya sair yargısal işlem başlatmayacağı” hükmünü içermektedir⁴⁴³. İngiliz *Court of Appeal*, anılan hükmün yorumunda, söz konusu anlaşmanın kapsamına, geçici hukuki koruma tedbirlerinin de girdiğini; taraflardan birinin İtalyan mahkemelerine yapmış olduğu geçici hukuki koruma tedbirine ilişkin başvurunun *prensipte*, uğranılan zararlar bakımından, tazminatı gerektirecek bir akde aykırılık anlamına geldiğini içtihat etmiştir. Böyle bir içtihadın ardından gündeme gelen soru, her tahkim anlaşmasının kendiliğinden, geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından da, mahkemelerin yargı yetkisini kısıtlayıp kısıtlamadığıdır ki, yapılan kazai yorum, salt tahkim anlaşmasının anılan türde bir sonucu sağlamak bakımından yeterli olmadığı yönündeydi⁴⁴⁴. Buna karşın, tarafların, örneğin ICC Rules Art. 23/II’den daha ileri giderek özellikle tahkimin başlamasından önce de geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından mahkemelere yapılacak başvuruları, kendileri için ayrıca ve açıkça bertaraf edebilmeleri de tartışmalıdır. Bunu, mümkün görenler vardır⁴⁴⁵. Özellikle tarafların aralarındaki çekişmenin gizli kalması yönündeki menfaatleri, bunda etken olmaktadır. Aynı uyuşmazlık hakkında ve fakat yargılama makamları önünde, her türden yargılamanın yapılmasının istenmemesi de, önemli bir diğer etkidir. Ancak dahası, özellikle milletlerarası tahkimde, başta *pre-arbitral référé* olmak üzere, anılan boşluğu dolduran müesseseler vardır ve bunların da taraflar arasında artık yaygın bir biçimde, kararlaştırıldığı görülmektedir⁴⁴⁶.

Uyuşmazlığın esası bakımından devlet yargısını devre dışı bırakanların, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin *yargılamalar* bakımından da aynısını yapamayacak olması çelişkili olurdu. Bu hâlde belki de sorulması gereken soru, artık şöyle olmalıdır: Taraflarca geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi bakımından, devlet yargısının aksi kararlaştırılırken ayrıca, yerine benzer bir işlevi gören usulün ikame edilmesi gerekir mi? Tarafların *sadece* nihai hukuki korumayla yetinmesi mümkün müdür? Böyle bir feragatin ayrıca ve açıkça mı yapılması gerekir? Bu noktada öğretilerde, bir ayırımın yapıldığına işaret etmek gerekir. Soru, şu şekildedir: *Taraflarca, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından devlet yargısını devre dışı bırakan anlaşmanın, aynı zamanda, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin cebren icrası için gerekli mahkeme yardımını da bertaraf ettiğinden bahsetmek mümkün müdür*⁴⁴⁷? Cebren icrası gereken geçici hukuki koruma tedbirleri için

⁴⁴³ [1980] 1 Lloyd’s Rep 375.

⁴⁴⁴ *Re Q’s Estate* [1999] 1 Lloyd’s Rep 935.

⁴⁴⁵ WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 146; SANGIORGIO, s. 63, 64; Ayrıca bkz. WIRTH, s. 37.

⁴⁴⁶ WIRTH, s. 37-38; SANGIORGIO, s. 62, 63. Ayrıca bkz. DERAİNS, *Référé*, s. 183 vd.

⁴⁴⁷ WIRTH, s. 37, 37.

böyle bir olanağın bertarafı, taraflardan birinin hukuki kaderini, diğerinin insafına bırakmak, dahası adaletin tecellisine mâni olmak anlamına gelir ki, tarafların böyle bir anlaşma yapabilmeleri, en azından, MK'nın 23/II. maddesinin ihlâli anlamını taşır⁴⁴⁸.

Tahkim anlaşmasının taraflarının geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilmesini istemek bakımından, yukarıda öngörülen şartlarla aksi de kararlaştırılmamışsa hakemlere veya mahkemelere müracaat etmek hususunda, *kural olarak*, bir seçim hakkının olduğu sonucuna varıldığına göre, mahkemeler ile hakemler arasındaki bu paralel yargı yetkisinin düzenlenmesi; genel-özel veya öncelik-sonralık şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulması beklenebilir⁴⁴⁹. Bu hâlde, hakemlerle mahkemeler arasında sağlanacak uzlaş, pekâlâ *etkin ve adil sonuçlar doğuracak bir hukuki korumanın sağlanması noktasında* olabilir. Ancak özellikle milletlerarası tahkim bakımından, tarafların iradesi ile anılan usulün irade serbestisine dayalı *esnekliği* de gözden uzak tutulmamalıdır. Eşit düzeyde yargı yetkisini haiz makamların aralarında, sağlıklı bir uyum ve eş güdüm sağlanamadığı takdirde, birbirleriyle çelişik kararların verilmesi, hayli yüksek bir olasılıktır (*karş. ZPO §1041/II*)⁴⁵⁰. Şu hâlde öğretilde, mahkemeler için geçerli rolün, geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, hem *yardım* hem de *denetim* içerikli olması gerektiği ileri sürülmüştür. Mahkeme müdahalesi, milletlerarası tahkimin genel kabul gören değer yargılarıyla çatışmamalı; onu *etkisiz* ve *işlevsiz* bırakmamalı; tarafları bir anlamda, tahkim anlaşmasından kaynaklanan *yükümlüklerinden* kurtarır sonuçların doğmasına neden olmamalıdır⁴⁵¹. Yani hakemler, geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek bakımından *da* asıl yargı merciidir. İrade serbestisi, bu alanda da geçerliliğini korumakta olup (*ayrıca bkz. Hollanda CCP Art. 1051/II*)⁴⁵² *geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından* mahkemelerin yargı yetkisine, bu prensip altında karar verilmelidir. Talep edilen geçici hukuki koruma tedbiri dikkate alındığında, söz konusu tedbire *ancak* mahkemelerce hükmedilmesinin zorunlu olduğu hâllerde, mahkemece gereken yardım sağlamalıdır. Zira sınırsız mahkeme müdahalesi, tahkim anlaşmasını, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde etkisizleştirebilir⁴⁵³. Ne var ki, mahkemelerin yargı yetkisine

⁴⁴⁸ WIRTH, s. 38.

⁴⁴⁹ REDFERN, s. 85, 86; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 621; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 84.

⁴⁵⁰ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 84, 85. *Ayrıca bkz. PLUYETTE*, s. 73; CREMADES, *Conservatory Measures*, s. 112; BERGER, s. 350.

⁴⁵¹ YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 85.

⁴⁵² WIRTH, s. 42, 43; BERTI, s. 429.

⁴⁵³ DONOVAN, s. 69. Fransız hukukundaki eğilim de bu yöndedir (PLUYETTE, s. 79-87, 88, 89; BUCHMAN, s. 259). *Ayrıca bkz. YEŞİLIRMAK, Provisional Measures*, s. 86; ŞİT, s. 126-128.

getirilecek “*aciliyet*” gibi kimi sınırlamalar da oldukça muğlâk kalmaktadır (*karş. Tasarı m. 418/III*)⁴⁵⁴.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin, uyuşmazlığın çözümünde, derin etkilerinin olduğu bir gerçektir. Böyle etkin bir çarenin, sınırlama olmaksızın mahkemelerin elinde bırakılması, uyuşmazlığın çözümünün hukuken değil; ama *filen* hakemlerin elinden alınması anlamına gelebilir. Mahkemece hükmedilen geçici hukuki koruma tedbiriyle diğer taraf üzerinde yaratılan fiilî ve çoğu zaman ekonomik baskı, uyuşmazlığın yargılama sonucunda değil; tarafların varacakları, belki de *zoraki* bir uzlaşma ile sonuçlandırılmasına neden olabilecektir. Bu hâlde, hakemlerin artık, tarafların da önceden anlaştığı üzere, uyuşmazlığı, *tahkim yargılaması* neticesinde çözüme kavuşturması mümkün değildir. Tahkim anlaşması ile hedeflenen, *gizlilik* gibi kimi amaçların ise mahkemeler önünde cereyan edecek olası bir tedbir yargılaması ile artık sağlanamayacağı da açıktır⁴⁵⁵.

UNCITRAL Model Kanunu’nun 9. maddesi, mahkemelerin de sahip olduğunu düzenlendiği böyle bir yargı yetkisi hakkında, yukarıda dile getirilen hususlar bakımından sessizdir. Madde metnine ilişkin hazırlık çalışmalarından da görüleceği üzere, söz konusu suskunluğun belirli ve kasıtlı bir anlam içermediği; konunun bir hayli tartışmalı olması nedeniyle çözümünün de millî hukuklarca bulunması yolunun tercih edildiği anlaşılmaktadır⁴⁵⁶. Oysa aynı hükmün Alman hukukuna iktibası esnasında, söz konusu suskunluk, bu sefer tam aksine, oldukça bilinçli şekilde korunmuş; mahkemelerle tahkim arasında gerçek ve tam bir paralellik kurulmak istenmiştir (ZPO §1033; *zaten bkz. §1041/II*). Buna göre mahkemelerin, geçici hukuki koruma tedbirleriyle ilgili sahip olduğu yargı yetkisi, başlı başına var olan bir husus olup ancak ve sadece, hakemlerce hükmedilemeyecek olan geçici hukuki koruma tedbirleri ile sınırlandırılmış veya sıkıştırılmış değildir (*karş. MTK m. 6/I ve özellikle, IV*)⁴⁵⁷. Mahkemeler ile hakemler arasında, geçici hukuki koruma tedbirleriyle ilgili yargı yetkisi konusunda, kurulan *tam* paralellik, *aksi kararlaştırılmadığı sürece*, İsviçre hukuku için de geçerlidir⁴⁵⁸. Oysa örneğin İngiliz hukukunda, mahkemelerce de geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilebilmesi, kimi bir takım ek şartların varlığına bağlıdır. Bu hâlde

⁴⁵⁴ REDFERN, s. 86, 87; Ayrıca bkz. *BT-Drs 13/5274*, s. 39; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 622. *Karş. FOUHARD/GAILLARD/GOLDMAN*, s. 722.

⁴⁵⁵ BÖSCH, s. 4, 5. Söz konusu geçici tedbire hakemlerce de karar verilebilecek ise mahkemelerin, *tarafların uyuşmazlığın sadece tahkim yoluyla çözümüne yönelik iradelerine* açık ve gereksiz bir müdahale sayılabilecek bu tip yargılamalardan imtina etmesi gerekir. *Ayrıntısı için bkz. Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd*, [1993] AC 367-368; REDFERN, s. 84, 85; REDFERN/HUNTER/BLACKABY /PARTASIDES, s. 337.

⁴⁵⁶ HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 531.

⁴⁵⁷ *BT-Drs 13/5274*, s. 38 vd.

⁴⁵⁸ WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 144; WIRTH, s. 38; BERTI, s. 429.

mahkemeler, *âdeta* hakemlerin yardımcısı durumundadırlar. Sınırlamalar, büyük ölçüde *ivedilik, hakem heyetinin teşekkül etmemesi ya da hakemlerin ilgili tedbirlere hükmedemeyecek olması* ile ilgilidir (1996 AA §44/III, IV, V; ayrıca bkz. Tasarı m. 418/III)⁴⁵⁹.

İleri sürüldüğü şekliyle mahkemeler ile hakemler arasında, geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek bakımından geçerli olan paralel yargı yetkisi, emredici değildir. Bu nedenle tarafların, geçici hukuki koruma tedbirleri hakkında, mahkemeye yapabilecekleri başvurular konusunda, sınırlama getiren; aksi yönde düzenlemeler içeren tahkim kurallarına gönderme yapmış olmaları hâlinde, söz konusu tahkim kurallarının, millî mahkemelere sınırsız bir yargı yetkisi veren tahkim yeri hukukuna nazaran (**MTK m. 6/IV**) öncelikle uygulanması gerekir (LCIA m. 25/III)⁴⁶⁰. Oysa kimi zaman, milletlerarası tahkim uygulamasında, bizzat tahkim anlaşmasının kendisinin, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermesi konusunda, bir engel teşkil ettiği kabul edilebilmiştir. Özellikle de, tahkim yerinin bir başka ülkede olduğu; taraflarla da ülkenin oldukça zayıf bağlar içinde bulunduğu durumlarda, mahkemeler geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek yönünde oldukça tereddütlü davranmaktadırlar⁴⁶¹. Kimi ülkeler yönünden bu son durum, zaten kanun hükmünün bir gereği olup (*karş. MTK m. 1/III, 6/IV*) mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirleri hakkındaki yargı yetkisi, tahkim yerinin ancak ülke içinde bulunması hâlinde geçerlidir⁴⁶².

Taraflar arasındaki tahkim iradesinin ve hakemlere tanınmış yargı yetkisinin önceliği ve üstünlüğü konusu, hakemlerce verilecek geçici hukuki koruma tedbirleri ile mahkemlerce verilecek olanların çatışması hâlinde bir kez daha gündeme gelebilecektir. Üstünlüğün, hakemlerce verilenlere tanınması gerektiği, öğretilde ileri sürülen görüşlerden olmuştur: **Madem ki, hakemler uyuşmazlığın esası üzerinde son sözü söyleme hakkına sahiptirler;**

⁴⁵⁹ DONOVAN, s. 69; GOSWAMI, s. 114, 116; SCHERER, *Case Law*, s. 60; MERKIN, s. 103; HARRIS /PLANTEROSE/TECKS, s. 230, 231; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 338; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 91; DAC Report, §215-216. Hong Kong Arbitration Ordinance § 2GC/VI.'nin yorumlandığı bir davada *mahkeme*, tahkimin devamı esnasında ve söz konusu tedbire hakemlerce de hükmedilmesinin mümkün olması hâlinde, herhangi bir tedbire karar veremeyeceği, sonucuna ulaşmıştır (*Leviathan Shipping Co Ltd v Sky Sailing Overseas Ltd* [1998] 4 HKC 347, 1 Int ALR N-114, 1998). Ayrıca bkz. KAPLAN, s. 200-204; SANDERS, *Arbitration and Conciliation*, s. 86, 101; BUCHMAN, s. 259; CALAVROS, s. 56-67.

⁴⁶⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 624. *Kamu düzeninin* gerekleri saklı kalmak kaydıyla aynı yönde bkz. YEŞİLIRMAK, s. 35.

⁴⁶¹ *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construcyion Ltd*, [1993] AC 334.

⁴⁶² *Mariott International Inc v Ansal Hotels Limited*, XXVI YBCA 2001, s. 788.

o hâlde, özellikle kendilerinden önce, mahkemelerce verilen tedbir kararlarını kaldırma veya değiştirme hakkına da sahip olmaları gerekir⁴⁶³.

Geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda geçerli olan bu paralel yargı yetkisi anlayışının devamı olarak, mahkemelerle hakemler arasındaki ilişkinin, *özellikle mahkemelerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin tahkim yargılamasının devamı esnasındaki hukuki akıbetlerinin* ne yönde olacağı, oldukça zor bir meseledir. *Kanımızca* zorluk daha ziyade, bu konuda, özellikle *lex loci arbitri*'nin gerekli hiçbir açıklığı içermemesinden kaynaklanmaktadır. Sorunun, aşama aşama şu şekilde ortaya konulmasında fayda vardır:

a) Hakemlerce *aksi kararlaştırılmamışsa*, geçici hukuki koruma tedbirlerine, *tarafarca kararlaştırıldığı kapsamda* hükmedilebilir (MTK m. 6/II)⁴⁶⁴. Bu hâlde şu ihtimaller gündeme gelecektir:

- i) Diğer taraf, hakem kararına rızaen uyar; kararın gereğini yerine getirir. Gerçi böylece, söz konusu tedbirin *lex fori*'ye göre de hukuken yerine getirilip getirilmediği tartışmalıdır; ne var ki hakem kararına diğer tarafça uyulmuştur.
- ii) Diğer taraf özellikle, yokluğunda alınmış böyle bir karara karşı, ***kararı veren hakemler nezdinde*** itiraz etmek, karşı koymak, ister (*karş.* HUMK m. 107); kararın kaldırılmasını yahut değiştirilmesini talep eder. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, böyle bir usul hakkında, ayrıntılı düzenlemeler mevcut değilse de anılan yöndeki talebin geçersiz olduğundan bahsetmek de mümkün olmamalıdır. Kaldı ki verilen kararın hukuki niteliği, hakemlerce, talep doğrultusunda bir karar verilmesine engel teşkil etmez. En azından tarafın, söz konusu tedbirin teminat karşılığında kaldırılmasını yahut değiştirilmesini talep etmesi, mümkün olmalıdır (*örneğin bkz.* HUMK m. 111)⁴⁶⁵.

⁴⁶³ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 723; ayrıca bkz. BERGER, s. 347. Model Kanun'un ilgili hükmünün değişiklik taslaklarında, son derece tartışmalı olan bu konu hakkında, aslında oldukça müsamahakâr bir tavır takınılmıştır. Hakemlere, kendilerinden önce mahkemelerce hükmedilmiş geçici hukuki koruma tedbirlerini *değiştirme (modify)* ve hatta gereğinde kaldırma/sona erdirmeye (*terminate*) yetkisinin tanınması konusunda hiçbir engelin olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak hakemlerin bir *itiraz* makamı olarak da görülmesinin mümkün olup olmadığı noktasında, bunun Model Kanunu'nun işi olamayacağı sonucuna varılmıştır (SORIEUL, s. 558).

⁴⁶⁴ Geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, mahkemelerle hakemler arasında bir derdestlik ilişkisinin olmadığı kabul edilmekteyse de, bu, böyle bir başvurunun aynı anda, iki farklı yargılama makamına yapılabileceği anlamına da gelmektedir. Temel gaye, birbirleriyle çelişik kararların verilmesine engel olmaktır (ZPO §1041/II) (von SEGESSER/KURTH, s. 86).

⁴⁶⁵ LEW, *Interim and Conservatory Measures*, s. 28. Geçici önlemlere ilişkin bir kez karar verildiğinde, tedbirin verildiği esnada var olan koşullarda değişiklik olmadığı sürece, ona itiraz edilemez ve denetim için

iii) Hakem kararının gereği, diğer tarafça yerine getirilmezse, cebren icrası için mahkemenin yardımı istenir (MTK m. 6/III). Mahkemenin bu hâlde, nasıl bir yargılama yapacağı, kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, izlenecek usul açısından iki ihtimal vardır (Ancak sonuçta, *hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirinin cebren icrasına izin veren bir mahkeme kararının olacağı*, gözden uzak tutulmamalıdır):

- Ya mahkeme önündeki yargılamada, karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkı korunacaktır (ZPO §1063/I) ki, *yargılamanın konusu, zaten salt bir geçici hukuki koruma tedbirine hükmetmek değildir (karş. HUMK m. 105/II; İİK m. 265/I)*. Ortada, cebren icrasına müsaade edilmeyi bekleyen bir hakem kararı bulunmaktadır; karşı tarafın özellikle geçici hukuki koruma tedbirine karşı varsa itirazlarını, bu aşmada ileri sürmesi mümkündür;
- **ya da söz konusu karara, cebren icraya izin veren mahkeme nezdinde, sonradan itiraz edebilmek; karşı koyabilmek gerekir.** Ne var ki bunun da usulü, kanunumuzda düzenlenmiş değildir. Örneğin bu hâlde, HUMK'un 107. maddesinin veya İİK'nın 265/I. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı şüphelidir. Mahkemenin vereceği her iki yöndeki kararın denetlenmesinin mümkün olup olmadığı, belirsiz bir başka durumdur (İİK m. 258/III, 265/V). En azından, böyle bir karara (mahkeme kararına), hakemler nezdinde karşı konulacak değildir. *Bu ihtimalin gerçekleşmesini beklemiyoruz. Kanımızca bu ihtimal, hakemlerce verilen kararın hiç sayılması, anlamına gelmektedir.* Zira mahkemelerden sanki yeni bir geçici hukuki koruma tedbiri istenmiş gibi, bir durum, ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda, başlı başına bir geçici hukuki koruma yargılaması yapılmaktadır ki, gereğinde diğer tarafın yokluğunda, böyle bir karar verilebilmektedir. Yokluğunda karar verilen tarafa, sonradan itiraz imkânı tanınmaktaysa da bu ihtimal, mahkemelerin, milletlerarası tahkimdeki rolüyle çelişmektedir.

iv) Mahkemelerce icrasına müsaade edilen karar, özünde bir hakem kararıdır. Cebren icrasına müsaade edildikten sonra, örneğin söz konusu kararın artık icrasına gerek bulunmaması hâlinde, tedbir kararının değiştirilmesine yahut

başvurulamaz. Ancak tedbiri gereksiz kılacak yeni koşulların gerçekleşmesi ile birlikte hakemler, geçici önleme ilişkin kararlarını değiştirme veya kaldırma yetkisine sahiptirler (PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 133). HUMK m. 107, 108 hakkında *bkz.* PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 625, 626.

kaldırılmasına (*karş.* HUMK m. 111) kimin tarafından karar verilmesi gerekeceği, bir başka meseledir. *Verilecek en kolay cevap*, kararı veren hakemlerin söz konusu kararın değiştirilmesinde de kaldırılmasında da yetkili olmalarıdır. Ancak ortada, mahkemelerce de verilen bir karar bulunmaktadır. Hakemlere tanınacak böyle bir yetkinin, mahkemenin vermiş olduğu kararın değiştirilmesi yahut kaldırılması anlamına da gelip gelmeyeceğinin üzerinde durmak gerekir: Cebren icrasına izin verilen hakem kararının, böyle bir yargılamanın ardından, bir mahkeme kararına dönüştüğünden bahsetmek mümkün müdür? Şayet, böyle bir dönüşüm söz konusu değilse; hâlâ hakem kararı geçerliliğini koruyorsa, aynı kararın *sonradan, gerektiğinde, değişen koşullara uygun olarak* değiştirilmesi yahut kaldırılması konusunda, *yetki ve usulde paralellik* ilkesinden ayrılmayı gerektiren ne olabilir?

b) Hakem heyetinin oluşmasından önce *veya (aksi kararlaştırılmamışsa) onlara rağmen* mahkemelerden bu tip bir kararın verilmesi talep edildiğinde (**MTK m. 6/I, IV**), aslında elde, iç hukukun bildiği ve anladığı anlamda, örneğin bir ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz kararından başka bir şey yoktur. Bu noktada, iki farklı uygulama gündeme gelebilir:

i) - Böyle bir karara karşı, hakemler nezdinde itiraz etmek olası değildir (HUMK m. 107; İİK m. 258/III; 265/I). Kararı veren mahkeme olduğuna göre, hakemlerin böyle kararın verilmemesi gerektiği konusunda, mahkemeleri denetlemesi mümkün olmamalıdır⁴⁶⁶. Gerçi, özellikle HUMK'un 108/II. maddesine göre davanın açılmasından evvel verilen ihtiyati tedbir kararları bakımından davanın ikamesinden sonra yapılacak itirazların, artık uyuşmazlığın esasını gören “mahkemeye” yapılması gerektiği düzenlenmişse de, *mahkemece verilen bir kararın hakemlerce denetlenmesi anlamına gelecek bir uygulamanın en azından bugün için kabulü güçtür.*

- Mahkemece yapılan başvuru reddedilmişse, başvuru anında geçerli olan koşullarda bir değişiklik olmadığı sürece aynı talebin yahut mahkemece hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirine rağmen, daha lehe olacak ikinci bir

⁴⁶⁶ ÖZEKES, *İhtiyati Haciz*, s. 334.

tedbir başvurusunun, bu kez de hakemler nezdinde yapılması mümkün değildir⁴⁶⁷.

ii) Öğretide de ileri sürüldüğü şekliyle mahkemelerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz kararlarının kesin hükmün etkisi bulunmadığından, hakemleri bağlaması olası değildir; *hakemler, söz konusu kararın tümüyle aksi yönde bir başka karara hükmedebilecekleri gibi, mahkemenin vermiş olduğu kararı değiştirebilir yahut kaldırabilir*. Uyuşmazlığın esası üzerinde asli yargı yetkisine sahip hakemlerin, *tahkikatın devamı esnasında*, hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirinin, gerçekte nasıl ve ne yönde olması gerektiği konusunda da yargı yetkileri vardır ve tamdır. Bir milletlerarası uyuşmazlıkta, hakemlerin *kural olarak*, mahkemenin kesin hüküm etkisinden yoksun kararını tartışma, değerlendirme ve yeniden biçimlendirme hakkı bulunmaktadır (*bkz.* 1996 AA §44/VI; özellikle *bkz. Tasarı m. 418/V*)⁴⁶⁸. Kanımızca bu görüş, kimi yönleriyle yeniden gözden geçirilmelidir. Zira bu tip kararların kesin hüküm etkisinden yoksun olduğu gerekçesiyle hakemleri de bağlamayacağı sonucuna ulaşmak; hakemler nezdinde bir kez daha tartışmaya açılabileceğinden bahsetmek doğru değildir⁴⁶⁹. Ancak, örneğin HUMK'un 111. maddesine yönelik bir talebin de artık hakemlerce değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada özellikle *verilen kararın, verilmemesi gerektiğine yönelik itirazlarla (karş. HUMK m. 108) kesin hüküm etkisinden yoksun geçici hukuki koruma tedbirlerinin sonradan değiştirilmesine yahut gereğinde kaldırılmasına yönelik iddia ve taleplerin* (HUMK m. 111; *karş. ZPO §1041/III*) farklı değerlendirilmesi

⁴⁶⁷ von SEGESSER/KURTH, s. 86; BERTI, s. 429; WIRTH, s. 40; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s. 147.

⁴⁶⁸ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 723; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 625; BUCHER/TSCHANZ, s. 91 YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 107; WAGNER, s. 775; DAC Report § 216. *Maritime International Nominees Establishment v. Government of the Republic of Guinea*, XIV YBCA 1989, s. 85. *Karş. WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN*, s. 147; CALAVROS, s. 134; BERGER, s. 347; PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 140. Ayrıca *bkz. ÜSTÜNDAĞ, İhtiyati Tedbirler*, s. 54, 55. *Tasarı m. 418/V*, mahkemelerin verdiği ihtiyati tedbir kararının hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilip ortadan kaldırılabileceğini, hüküm altına almaktadır. Düzenleme, geçici hukuki korumaya zarar verebilecek bir hüküm olarak görülmüş olup bir görüşe göre "...hakemlere hiçbir neden olmaksızın verdikleri ihtiyati tedbiri değiştirme veya kaldırma yetkisi verilmemelidir. (ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, *Tasarı*, s. 221). Öncelikle *Tasarı'da*, hakemlerce verilecek ihtiyati tedbir kararlarına, hakemler nezdinde nasıl itiraz edileceği konusunda yine bir düzenleme yoktur. Hükmün 5. fıkrası, *mahkemelerce verilenlerin, hakemlerce değiştirilmesine ve ortadan kaldırılmasına* yöneliktir. Bu noktada, hükmün, ilk bakışta, mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararlarına, hakemler nezdinde tıpkı HUMK'un 108. maddesindeki gibi itiraz edilebileceğini de düzenlediği düşünülebilir. Ancak, *kanımızca*, hükmün gerek lafzı "...değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir." gerekse amacı, *sadece* HUMK'un 111. maddesindeki durumu düzenlemek amacını taşımaktadır. Bu içerik, görüldüğü üzere, tahkimin genel kabullerine de uygun düşmektedir.

⁴⁶⁹ SCHWAB/WALTER/BAUMBACH, Kap. 17a, Rn. 26; PEKCANITEZ, *Geçici Hukuki Koruma*, s. 143, 144.

gerekir⁴⁷⁰. Bu son ihtimalde üstünlük, uyuşmazlığın da esasını görmekle yetkili hakemlerde olmalıdır. Hakemlerce yapılacak yargılama, daha önce mahkeme kararının verildiği tarihte geçerli olan durum ve koşullarda bir değişiklik olduğu gerekçesine dayanmalıdır⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Özellikle ZPO §1041/III'e yönelik öğretilerde ileri sürülen temel eleştiri noktası, tıpkı devlet mahkemelerinin ZPO § 927'ye göre yapabildiklerini (*BT Drs*, 13/5274, s. 46) bu sefer de hakemlerin yapması beklenirken, anılan paralelliğin bozularak söz konusu yetkinin tekrar mahkemelere verilmiş olmasıdır. Böyle bir durumda, mahkemelerce ZPO §1041/II'ye göre verilen *Beschluss* şeklindeki karar, değişen şartlara göre *ya* kaldırılmakta *ya da* değiştirilmektedir. Oysa uyuşmazlığın esasını *zaten* görmekte olan hakemlerin, bu konuda da yetkili olmaları gerekirdi. Şu hâlde, kanunun kendi iç sistematiği, kısmen de olsa bozulmuş gözükmektedir (**HARBST**, s. 107). Ayrıca bkz. **MUSIELAK/VOIT**, §1041, Rn. 12.

⁴⁷¹ **WIRTH**, s. 40, 41; **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 108.

§14 DELİLLERİN TEMİNİ (TOPLANMASI) YÖNÜNDEN MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ

I- Genel Olarak

Bugün hakemlerin, delillerin temini konusunda, oldukça geniş içerikli yargı yetkisine sahip oldukları kabul edilmektedir. Hakemlerin bu yetkilerinin kaynağı, taraflar arasındaki tahkim anlaşması veya tahkime uygulanacak hukuk olduğu gibi, kimi hâllerde oldukça detaylı hükümler içeren tahkim kuralları da olabilmektedir (ICC Rules Art. 20; LCIA Rules Art. 20-22; UNCITRAL Rules Art. 24-25, 27). Ne var ki, hakemlerin aynı zamanda, cebrî icra gücünden yoksun olmaları, uyuşmazlığın çözümünde gerekli olan delilin temini; tahkikata dâhil edilmesi hususunda da mahkemelerin yardımını ve desteğini gerekli kılabilmektedir. Millî hukuklar, bu hâlde, gerek taraflar gerekse hakemler için geçerli, çok çeşitli düzenlemeler içermektedir (1996 AA §33-34; NCPC Art. 1460-1461; ZPO §1042; 1049-1050; PIL Art. 182, 184, 185; Hollanda CCP Art. 1036, 1039-1040; Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1693-1694; **MTK m. 12/B**).

II- Delillerin Toplanması Görevli ve Yetkili Mahkeme

Milletlerarası tahkim yargılamalarında, delillerin toplanması konusunda karşılaşılan öncelikli sorun, *temini gereken delilin, tahkim yeri mahkemelerinin yargı çevresi içinde olup olmadığıdır*. UNCITRAL Model Kanunu'nun 27. maddesi gereğince, hakem heyeti veya *onayı ile* taraflardan biri, delillerin temini konusunda, görevli (*tahkim yeri*) ülke mahkemesinin yardımını isteyebilir. Mahkeme talebi, görevi ve delillerin temini hususunda uygulanacak kurallar dâhilinde (*lex fori*) yerine getirir (*karş. MTK m. 12/B; 3/I*)⁴⁷². Sorun, toplanacak delilin tahkim yeri mahkemelerin yargı çevresi dışında (*tahkim yeri ülkesi dışında*) olması hâlinde, yaşanmaktadır. Zira tahkim yeri, tarafsız bir yer esasından hareketle seçilmişse uyuşmazlığın yaşandığı; delillerin oluştuğu veya bulunduğu yerden farklı bir ülkede bulunabilmekte; oysa söz konusu delilin temini, uyuşmazlığın çözümünde, bir o kadar da önemli olabilmektedir.

Aslında, UNCITRAL Model Kanunu ve içerdiği *mülkiyet ilkesi* dikkate alındığında, cevabı aranan soru şu şekildedir: *Hem tahkim yerinin hem de toplanması istenen delilin, yardımı istenen mahkemenin ülkesinde mi bulunması gerekmektedir*⁴⁷³? Mahkemelerin tahkime verecekleri böyle bir hizmet, yine sadece tahkim yerinin (*seat of arbitration*) ülke

⁴⁷² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 580; BERGER, s. 452.

⁴⁷³ HOLTZMAN/NEUHAUS, s. 738; BINDER, s. 168.

sınırları içinde bulunması şartına mı bağlıdır? Bu tip bir sınırlamanın varlığı hâlinde, bir an için hakemler, salt söz konusu delilin temini bakımından yargılamayı bir başka ülkeye taşıyabilirler bile (*place of arbitration*) (MTK m. 9/II) bu sefer, böyle bir **bulunmanın** söz konusu millî tahkim kanunu bağlamında, bir *tahkim yeri* sayılıp sayılmayacağı sorunu gündeme gelecektir.

Alman hukukundaki durum, biraz daha farklıdır (ZPO §1050). UNCITRAL Model Kanunu'nun 27. maddesinin iktibas esnasında, daha müsamahakâr bir yaklaşım sergilenmiş; hakem heyetinin veya *izniyle* taraflardan birinin (*karş.* 1996 AA §43/II), gereken otoriteden yoksun olmaları nedeniyle hakemlerce yerine getirilemeyen *delillerin toplanması* veya **sair yargısal işlemlerin** icrasında, "...oder die Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen,..." mahkemelerin yardımını talep edebileceği düzenlenmiştir. **Hakemler, delillerin toplanması sırasında, yargısal işleme katılarak soru dahi sorabilirler**⁴⁷⁴. Özellikle ZPO §1050'nin *tahkim yerinin ülke dışında bulunması* yahut *henüz belirlenmemiş* olması durumlarında da uygulanabileceğinin düzenlenmesi nedeniyle bir anlamda, *Alman mahkemelerinin tahkimde delillerin toplanması konusundaki yargı yetkisi, tüm milletlerarası tahkim camiasına açılmıştır* (ZPO §1025/II)⁴⁷⁵. **Getirilen hüküm, mülkilik ilkesine sadık kalan ülke hukuku için önemli bir istisnadır.** Ne var ki bu düzenleme, tahkim yeri Almanya'da olan; bu nedenle de Alman hukukuna tabi tahkimlerin taraflarınca, toplanmasına ihtiyaç duyulan delilin ülke dışında bulunması hâlinde de Alman mahkemelerinin yardımının istenip istenemeyeceği, sorusuna cevap vermemektedir. Bununla birlikte, bir görüşe göre, ZPO §1050'de düzenlenen özellikle *sair yargısal işlemlerin icrası* kapsamında, mahkemenin yargı çevresi dışında kalan, *yurt dışı yargısal işlemlerin yerine getirilmesi* hususunda da (*yabancı ülke mahkemelerinin istinabe edilebilmesi gibi*) yardımının talep edilmesi, mümkündür⁴⁷⁶. Alman hukukunun sözü edilen iki hükmü, delillerin toplanması konusunda, mahkemelerin yardımı talep edilirken tahkim yerinin ve temini gereken delilin söz konusu mahkemenin ülkesinde bulunmasının gerekip gerekmediği sorununa, güzel bir örnek teşkil etmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu, özellikle bu son hâlde, yani toplanacak delilin Türk mahkemelerinin milletlerarası yargı çevresi dışında bulunması hâlinde, mahkemelerce verilecek ve diğer ülke mahkemelerinin istinabe edilmesine ilişkin yardım yönünden suskundur (MTK m. 12/B).

⁴⁷⁴ WAGNER, s. 776; HARBST, s. 115. *Lex fori*'nin elverdiği ölçüde, yakın bir sonuç için bkz. SCHNEIDER E. M., Art. 184, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 452.

⁴⁷⁵ WAGNER, s. 777; MUSIELAK/VOIT, §1050, Rn. 3; ZÖLLER/GEIMER, §1050, Rn. 9. Ayrıca bkz. SCHNEIDER, Art. 184, s. 452.

⁴⁷⁶ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 581.

İngiliz hukukuna gelince: İngiliz mahkemeleri, tahkim yeri İngiltere’de olmayan (yabancı tahkimlerin) hakem yargılamalarında kullanılacak ve mahkemenin kendi yargı çevresi içindeki delillerin temini hususunda, tahkime yardımcı olabilmektedir (1996 AA §2/II; III, IV; 43, 44)⁴⁷⁷. 1996 İngiliz Tahkim Kanunu §43, *hem* tanık beyanlarının alınması *hem de* yazılı delillerin ibrazıyla ilgilidir. Aynı kanun §44’de ise söz konusu yardım talebinin, *ancak* böyle bir yardımın yapılmasının uygun düşmeyeceğine kanaat getirildiği takdirde reddedilebileceği düzenlenmektedir. Gerçi, böyle bir yardım talebinin reddi için gereken “[söz konusu yardımın] gereğinin yerine getirilmesinin uygun düşmemesi” şeklindeki gerekçe ile neyin kastedildiği çok açık değildir. Öne çıkan husus, tahkim üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu kabul edilen ülke mahkemesinin ki, bu, İngiliz hukuku için *tahkim yeri mahkemesidir*, talep edilen yardımın aynısını veya benzerini sağlayabilecek güçte olması hâlinde, böyle bir hizmetin İngiliz Mahkemelerince verilmesinin uygun görülmemesidir⁴⁷⁸. Kanunun §43. paragrafı, pek de amacıyla bağdaşmayan, bir başka kayıt daha içermektedir. Aslında kanun koyucunun, böylece bir eliyle verdiğini, diğer eliyle aldığını da söylemek mümkündür. Şöyle ki; aynı kanunun § 2/III. paragrafı sayesinde, özellikle §43. paragrafın tahkim yerinin İngiltere içinde olmadığı durumlarda uygulanması mümkünse de §43/III, *b.* hükmü, mahkemece verilecek yardımı, tahkim yargılamasının ülke içinde icra edilmesi şartına bağlamıştır⁴⁷⁹. Hükmün gerçekte, neyi düzenlemek istediği tartışmalıdır: Hatta öğretilerde, kanunun açık hükmüne rağmen §43. paragrafın da, tahkim yerinin İngiltere’de olması durumunda uygulanmasının en akılcı ve sorunsuz yol olduğu, ileri sürülmüştür. Özellikle hükmün (*lâfzen*), mahkemeye yapılan başvuru sırasında, tahkim yargılamasının da (*zaten*) İngiltere’de icra edilmesini araması, sadece söz konusu delilin temini için bir defalık, yargılamanın İngiltere’ye alınmasına mâni gözükmemektedir⁴⁸⁰.

UNCITRAL Model Kanunu ve takipçileri olan millî hukuklar yönünden, esas alınan *mülkiyet ilkesi*; kanunun (Model Kanun m. 27) sadece tahkim yerinin (Model Kanun m. 20/I) ülke içinde bulunması hâlinde uygulanacak olması; istisna edilen hükümler arasında, örneğin İngiliz hukukunda olduğunun aksine (1996 AA §2/III; ZPO §1025/II), 27. maddeye yer verilmemesi nedenleriyle yardımı istenen görevli mahkeme, *öncelikle* tahkim yerinin ülke içinde bulunup bulunmadığını araştırarak; bir anlamda milletlerarası yetkisinin bulunup

⁴⁷⁷ **BLACKSABY N.**, The English Court’s Assistance to Overseas Arbitration- Muddy Waters in the Arbitration Act 1996, 13(4) Arb Int 1997, s. 431-433; **HARBST**, s. 116-117.

⁴⁷⁸ *Commerce & Industries Co of Canada and another v Certain Underwriters at Lloyd’s of London*, [2002] 2 All ER 204; **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 583.

⁴⁷⁹ **BLACKSABY**, s. 433.

⁴⁸⁰ **BLACKSABY**, s. 433

bulunmadığını tespit edecektir⁴⁸¹. Mahkemenin bu hâlde, özellikle ülke içinde bulunanın, kanunun 20/I. maddesine göre tayin edilen *tahkim yeri* mi; yoksa 20/II. maddesine göre geçerli olan, yargılamanın bir kısmının veya belki de tamamının *fülen* icra edildiği yer mi olduğunu belirlemesi, gerekecektir⁴⁸². *Söylenenler, kural olarak, Türk hukuku için de geçerlidir*. Ne var ki Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından, kısmen de olsa irade teorisi (usul teorisi) geçerli olduğundan, tahkim yerinin (**MTK m. 9/I**) Türkiye’de bulunmasına gerek olmaksızın, tanımlanan yabancılık unsurlarından birini içeren milletlerarası tahkim yargılamasının (**MTK m. 2**), taraflarınca bu kanuna tabi kılınması hâlinde (**MTK m. 1/II**), yine Milletlerarası Tahkim Kanunu, yürürlük kazanacak; böylece aynı Kanunun 12/B. maddesinin, *toplanacak delillerin ülke içinde bulunması kaydıyla* tahkim yeri ülke dışında bulunan tahkim yargılamalarında da uygulanması, mümkün hâle gelecektir. Böylelikle İngiliz ve Alman hukukları yönünden, delillerin temini konusunda, ülke mahkemelerinin yargı yetkisinin yabancı tahkimler için de kullanıma açılması, Türk hukukunda da ve fakat bir başka anlayışla geçerli kılınmıştır. Örneğin tahkim yeri Berlin olan ve fakat taraflarınca Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi kılınan bir milletlerarası tahkim yargılamasında (*tahkimin milletlerarası niteliğinin Türk hukukuna göre tanımlanması gerekecektir.*), **Türkiye’de yapılacak** keşif yahut bilirkişi incelemesi yönünden, artık ZPO §1050’nin uygulanmasına gerek kalmaksızın; doğrudan kanunun 12/B. maddesinin uygulanabilmesi mümkündür; zira söz konusu tahkim, zaten Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabidir.

UNCITRAL Model Kanunu dikkate alındığında, hazırlık çalışmaları sırasında, yaşanan bir diğer tartışma, *yardımı istenen ülke mahkemesinin görevli olmasından* neyin amaçlandığı olup bundan, *aynı kanunun 6. maddesinde öngörülen mahkemeden-makamdan farklı bir yer mahkemesinin-makamın mi(mi) anlaşılması gerektiği*, üzerinde durulmuştur. Model Kanun’un 6. maddesinde, aynı hüküm içerisinde tanımlanacak *görevli-yetkili* mahkemenin âdeta bakabileceği işler, tahdidi olarak sayılırken delillerin toplanmasına ilişkin 27. madde hükmüne yer verilmemiştir. Böyle bir eksikliğin aslında, son derece bilinçli olduğu vurgulanmış; söz konusu delilin ülkenin neresinde olacağı bilinemeyeceğinden, keşfe konu mal varlığının yahut ifadesine başvuru tanığın veya bilirkişi incelemesine konu veri-kayıt-belgelerin bulunduğu yer mahkemesinin bu konuda yetkili olmasının daha sağlıklı olacağı sonucuna varılmıştır⁴⁸³.

⁴⁸¹ MELIS, *Courts*, s. 95; BROCHES, *Commentary*, s. 127, 128.

⁴⁸² BINDER, s. 168, 169.

⁴⁸³ HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 240; BINDER, s. 168. Ayrıca, Model Kanun’un 6. maddesinde sayılan işlerin icrası sırasında, yetkili merci, her zaman mahkeme olmak zorunda değildir. Delillerin temini konusunda duyulan cebri icra yetkisinin ise mahkeme dışındaki makamlara tanınması anlamına gelecek bir düşüncenin kabulü, mümkün olmasa gerek.

İsviçre hukukunda ise milletlerarası tahkimde, delillerin toplanması sırasında, mahkemelerce verilecek yardım bakımından, yargı yetkisine sahip mahkemenin, *tahkim yeri mahkemesi* olduğu, ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir (PIL Art. 184/II; *karş.* PIL Art. 183/II)⁴⁸⁴. Mahkemeler, *örneğin hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadığını araştırmaksızın*, gereken yardımı vermekle yükümlüdürler⁴⁸⁵. Ne var ki bu, delillerin toplanması hususunda, tahkime verilecek yardımın *içeriğinin*; eş deyişle mahkemeler önünde yapılacak yargılamanın Kanton hukukuna tabi olmasına engel değildir; delillerin toplanmasında usul, *lex fori*'ye tabidir⁴⁸⁶. **Taraflara, mahkeme önündeki yargılamaya katılma imkânının tanınması gerektiği gibi, her bir hakemin de orada hazır bulunabilmesi gerekir** (*aynı yönde bkz.* ZPO §1050; *karş.* **MTK m. 12/B**)⁴⁸⁷. Tahkim yerine ve *lex fori*'ye tümüyle yabancı tarafları, ülke içinde yetkili mahkeme aramaya mecbur etmektense taraflarca ve hakemlerce bilinen, kendilerine de en yakın mahkeme olan tahkim yeri mahkemelerinin *ilk aşamada* yetkili kabul edilmesi ve ancak bundan sonra, İsviçre örneğinde olduğu gibi, Kanton hukuklarının ülke içinde yetkili mahkemeyi belirlemesi ve tahkim yeri mahkemesi aracılığıyla oraya ulaştırılması, yerinde karşılanmıştır (*karş.* PIL Art. 183/II). Hangi delilin, nasıl ve hangi yer mahkemesince toplanacağına ilişkin ulkenin kendi usul hukukuna tabi kılınması ise son derece doğaldır⁴⁸⁸.

Alman hukuku yönünden, delillerin toplanması ve sair yargısal işlemlerin icrasında tahkime, *usul kanunu hükümlerince*, söz konusu yargısal işlemin icrasıyla *yetkili* kılınan ilk derece mahkemesince destek verilecektir. Bu hâlde taraflarca yapılacak herhangi bir yetki anlaşmasına yahut tahkim yeri istinaf mahkemesine veya kimi hâllerde geçerli olduğu üzere *Kammergericht*'e itibar edilmediği görülmektedir (ZPO §1062/IV; *karş.* 1062/I, II, III).

Milletlerarası Tahkim Kanunu, delillerin toplanmasında, “...*asliye hukuk mahkemesinden*...” yardım istenebileceğini düzenlemekle birlikte, bunun *hangi yer* mahkemesi olduğuna değinmiş değildir (**MTK m. 12/B**). Ne var ki aynı Kanun’un 3/I. maddesinde, bu Kanun’da, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri, olağan oturma veya iş yerinin bulunduğu yer; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma veya iş yeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi’nin yetkili olacağı düzenlenmiştir. Gerçi yetki tesisi, *davalıya* göre olduğundan; *lâfzen* bir tek hakemlerce talep edilebilen bir işte, davalının kim olduğu, cevabı olmayan bir sorudur. Böyle bir yardım talebinin, teknik anlamda bir *dava*

⁴⁸⁴ **BUCHER/TSCHANZ**, s. 88; **SCHNEIDER**, Art. 184, s. 451.

⁴⁸⁵ **SCHNEIDER**, Art. 184, s. 452; **WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN**, s. 165. *Aynı yönde bkz.* **MUSIELAK/VOIT**, §1050, Rn. 4; **ZÖLLER/GEIMER**, §1050, Rn. 6.

⁴⁸⁶ **SCHNEIDER**, Art. 184, s. 452.

⁴⁸⁷ **BUCHER/TSCHANZ**, s. 92, 93.

⁴⁸⁸ **BUCHER/TSCHANZ**, s. 93.

olup olmadığı hususu bir yana, olmayan davalısına göre yetkili mahkemeyi bulmak da mümkün gözükmemektedir. Kanun koyucunun, tahkimle ilgili tüm konularda yetkili olan mahkemenin delillerin toplanması konusunda da yetkili olduğu düzenlenmek istediği düşünülebilir.

Talep üzerine verilecek yardımın içeriği, Türk mahkemesince kendi usul kanunu hükümlerine göre olacaktır (**MTK m. 12/B**). Kendisine başvurulmuş mahkeme, genel olarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun İkinci Bap, Sekizinci Fesil hükümlerine (**HUMK m. 236-374**) göre böyle bir talebi karşılamaya çalışacaktır (*I. Taslak m. 27*).

III- Mahkeme Yardımının Kimler Tarafından İstenebileceği Meselesi

Delillerin toplanması konusunda, mahkemelerden talep edilecek yardımın *kim* tarafından istenebileceği, üzerinde durulması gereken bir başka konudur. Örneğin Model Kanun, bu hâlde, tereddütsüz bir biçimde, öncelikli yetkiyi hakemlere vermiş; taraflardan birinin bu konuda yapacağı başvuru içinse her hâlde hakemlerin iznini gerekli kılmıştır (Model Kanun m. 27). Aslında, kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, hakemlerin, “ *tarafların tahkimi*” üzerinde, bu denli bir yetkiye sahip olmasının gerekli olmadığı fikri ileri sürülmüştür. *Doğrudan tahkimin taraflarını ilgilendiren meselelerde, hakemlere yetki tanınmanın yahut taraflardan birince mahkemeye yapılacak başvurularda, hakemlerin iznini aramanın yerinde olmadığı tezi işlenmiştir. Kaldı ki, delillerin ikamesi meselesi, tarafların katlanmakla ve önceden öngörmekle yükümlü oldukları bir risktir*⁴⁸⁹. Ne var ki delillerin toplanması konusunda, ülke mahkemelerinden talep edilecek yardımın *sadece* taraflara bırakılması da, özellikle tahkimin sürüncemede bırakılmasına neden olabileceğinden; taraflardan birinin tahkimi sabote etmesine imkân hazırlayabileceğinden, yardımın öncelikle ve kural olarak, hakemlerce istenmesi ve bu şekilde, tahkimde, mahkeme yardımlarına ilişkin taleplerin merkezîleştirilmesi sağlanmış; taraflardan birisince yapılacak talepler yönünden yine her şekilde hakemlerin izni gerekli görülmüştür (*aynı yönde bkz. PIL Art. 184/II; ZPO §1050; Tasarı m. 436*)⁴⁹⁰. İngiliz hukukunda da durum, çok farklı değildir. 1996 AA §43/II yönünden tanık beyanlarının mahkemede alınabilmesi, ancak hakemlerin izni yahut *tarafların anlaşması* ile mümkündür. Benzer yetki, aynı şartlarla sair delillerin temini konusunda da, geçerlidir (1996 AA §44/III, IV).

⁴⁸⁹ **HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 736; **BROCHES**, *Commentary*, s. 128; **BINDER**, s. 166.

⁴⁹⁰ **MELIS**, *Courts*, s. 94; **HOLTZMANN/NEUHAUS**, s. 736; **BROCHES**, *Commentary*, s. 128; **BINDER**, s. 166. *Ayrıca bkz. BUCHER/TSCHANZ*, s. 92; **SCHNEIDER**, Art. 184, s. 451; **WALTER/BOSCH /BRÖNNIMANN**, s. 164.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, mehzaları olan gerek Model Kanun'dan gerekse İsviçre hukukundan ayrıldığı görülecektir (**MTK m. 12/B**). Zira kanunda, böyle bir yardım talebinin “*sadece*” hakemlerce yapılabileceği düzenlenmiş olup (*III. Taslak m. 25; Tahkim Tasarı m. 28; karşı. I. Taslak m. 27; II. Taslak m. 24; Tasarı, m. 436*)⁴⁹¹ mahkemelerce *tarafların* başvurusu üzerine milletlerarası tahkime yardım edilip edilmeyeceği düzenlenmemiştir (**MTK m. 12/B; karşı. II Taslak m. 24; III. Taslak m. 25**).

Delillerin toplanması konusunda *tarafların, tahkimlerinin tabi olmadığı hukukun ülkesi mahkemelerinden* böyle bir yardımı isteyip isteyemeyecekleri ise *lex fori*'ye ait bir meseledir; bunun en azından Milletlerarası Tahkim Kanunu ile bir ilgisi yoktur (*karşı. ZPO §1050*); zira böyle bir başvurunun kaynağı ve nedeni, artık Milletlerarası Tahkim Kanunu değildir.

⁴⁹¹ Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 148.

Ş15 MUKAYESELİ HUKUKTA HUKUKİ PROBLEMİN TESPİTİ BAKIMINDAN MAHKEMELERİN YARDIM VE DENETİMİ

Tahkimde, uyuşmazlık konusu olayın ve olaya uygulanacak hukukun tespiti ile çözümü, hakemlerin görevidir. Öte yandan taraflar arasındaki bazı çekişmelerin kamunun genel menfaatini de ilgilendiren hukuki sorunlara dönüşmesi, mümkündür. Başka bir ifadeyle hukuki sorun, artık, bir kamu düzeni meselesidir ve hükmün içeriği ne yönde olursa olsun, bir kez de mahkemelerce denetlenmesinin isteneceği aşikârdır. Bu hâlde, erken bir aşamada, hakemler için bir ön mesele olarak, söz konusu *hukuki uyuşmazlıkla* ilgili, bir mahkeme kararının aranması-sağlanması yararlı olabilir⁴⁹².

1996 İngiliz Tahkim Kanunu, *tarihsel kimi nedenlerle de*, mukayeseli hukukta benzerine çok nadir rastlanan bir hükme yer vermiş, tarafların, ilk elden, tahkim yeri mahkemesinin hukuki sorun hakkındaki kararını alabilmesini, mümkün kılmıştır (1996 AA §45)⁴⁹³. Hüküm, 1996 İngiliz Tahkim Kanunu içerisinde, aksi kararlaştırılabilir; emredici olmayan hükümler arasında yer almaktadır. Düzenleme, klasik İngiliz tahkim hukukunun geçmişten gelen, kendine has bir hükmü olarak bugün hâlâ, sınırları daraltılmış da olsa, korunmaktadır⁴⁹⁴. Tarafların mahkemenin bu yöndeki bir müdahalesinin aksini, yani kendileri yönünden geçerli olmayacağını kararlaştırmaları, mümkündür⁴⁹⁵. Özellikle tarafların, hakemlerce verilecek kararın *gereksiz olacağı yönünde* anlaşmaları⁴⁹⁶ yahut uyuşmazlığın esasına yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırmaları, bu hükmün de aksinin kararlaştırıldığı anlamına gelmektedir (1996 AA §45/II)⁴⁹⁷.

⁴⁹² Mahkemeye bu amaçla yapılacak bir başvurunun, aslında, tarafların hukuki meselenin *tümüyle ve sadece* tahkimde görülecek olmasına ilişkin anlaşmalarıyla uyum içinde olmadığı, görülecektir. Ancak böyle bir başvuru sonucunda *tahkim usulü*, tahkim yerinde, *hukukilik denetimine* (1996 AA §69) konu olabilecek bir meselenin erken dönemde çözümü yoluyla desteklenmiş de olmaktadır (LEW /MISTELIS/KRÖLL, s. 373).

⁴⁹³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 372-373; CHUKWUMERİJE, s. 180; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 154; MERKIN, s. 105; HARRIS /PLANTERÖSE/TECKS, s. 234, 235; HARBST, s. 119-121.

⁴⁹⁴ Tarihi gelişimi için de bkz. HARRIS/PLANTERÖSE/TECKS, s. 235; RUTHERFORD/SIMS, s. 153. Böyle bir hükme, yeni kanunda yer verilmemesi teklif edilmişse de, öneri uygun bulunmamış; müessese, milletlerarası tahkim anlaşmaları için dahi *aksi öngörülebilen olmak kaydıyla* muhafaza edilmiştir (MERKIN, s. 105, 106; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 154).

⁴⁹⁵ CHUKWUMERİJE, s. 181. Tarafların bu yöndeki özel anlaşmalarına sıkça rastlanmaz. Zira böyle özel bir anlaşma için *ad hoc* tahkimler bakımından tarafların, tahkim yeri hukuku olan İngiliz hukukunun bu hükmünü bilmeleri gerekir. Kurumsal tahkimde ise tahkim kuralları arasında, *bu hükme ve içeriğine yönelik özel bir feragat*, ne ICC Rules ne UNCITRAL Rules ne de LCIA Rules'da bulunmaktadır. Bu nedenle bu tip tahkimler için de anılan hüküm, uygulama alanı bulacaktır (HARRIS/PLANTERÖSE/TECKS, s. 236).

⁴⁹⁶ Böyle bir anlaşma, tarafların İngiliz mahkemelerince hakem kararlarının hukukiliğinin de denetlenmesini istemedikleri anlamına gelmektedir. *Gereksiz hakem kararları, uyuşmazlığın esası hakkında, hukukilik denetimine tabi tutulmazlar* (1996 AA §69/I). Ayrıca bkz. HARBST, s. 123.

⁴⁹⁷ CHUKWUMERİJE, s. 182.

İngiliz mahkemelerinin bu konudaki yardımını, ancak tahkim yerinin İngiltere’de olduğu ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun da İngiliz hukuku olması hâlinde mümkündür⁴⁹⁸. Mahkemeye yapılacak başvuru için ya tarafların anlaşmış olması ya da (*böyle bir anlaşma sağlanamamışsa*) hakemlerin buna izin vermiş olması gerekir. İlkinde mahkemenin, çözümü gereken hukuki meselenin, taraflardan birinin veya her ikisinin de hak ve yükümlülüklerini önemli ölçüde etkileyecek olmasına kanaat getirmesi yeterlidir (1996 AA §45/I; II, a). Hakemlerin izni üzerine yapılan başvurularda (1996 AA §45/II, b) ise mahkeme, yapacağı belirlemenin tarafların hak ve yükümlülüklerine olan olumlu etkileri yanında, söz konusu başvurunun gecikmeksizin yapılmış ve bu yolla özellikle yargılama masraflarında önemli bir tasarrufun sağlanacak olduğunu da tespit etmelidir (1996 AA §45/II, b, ii)⁴⁹⁹. Hakemlerin doğrudan mahkemeye böyle bir başvuruda bulunması, 1950 Tahkim Kanunu’nun aksine, ne 1979 ne 1996 Tahkim Kanunlarında kabul edilmiştir⁵⁰⁰.

Yaşanan sorunların başında, hakemlerin izninin talep edilmesi hâlinde, böyle bir başvurunun ancak hangi hâllerde kabul veya reddedilmesinin gerektiği, gelmektedir (*karş.* 1996 AA §33/I, a, b)⁵⁰¹. Mahkemeye yapılan başvuruda, çözümü gereken hukuki sorunların nelerden ibaret olduğunun; bunların tahkime konu uyuşmazlığa etkisinin ve bu sayede ne gibi menfaatlerin elde edileceğinin ayrıntılarıyla açıklanması gerekir (1996 AA §45/III). Mahkeme önündeki yargılama, hakemlerin tahkim yargılamasını sürdürmelerine ve hatta bitirmelerine mâni değildir (1996 AA §45/IV). Mahkemenin kararı, diğer herhangi bir türdeki mahkeme kararından farklı olmayıp denetlenmesi, ancak, tahkimle ilgili diğer meselelerde olduğu gibi, mahkemenin bu konuda vereceği izinle “*leave of appeal*” mümkündür (1996 AA §45/V, VII)⁵⁰².

Bu konuda, bir başka düzenleme örneği de Hollanda hukukunda bulunmaktadır. Tahkim yeri Hollanda’da bulunan tahkim yargılamalarında hakemler, Hague İstinaf Mahkemesi Başkanı’ndan, 1968 tarihli *European Convention on Information on Foreign Law* madde 3’e göre yabancı hukukla ilgili olarak kendilerine bilgi temin edilmesi konusunda, yardım talep edebilirler. Başkan, talebin yersiz ve gereksiz olduğuna kanaat getirmediğçe, talebi, sözü edilen milletlerarası anlaşma çerçevesinde kurulan Merkez’e iletir (Hollanda CCP Art. 1044/I;

⁴⁹⁸ MERKIN, s. 106.

⁴⁹⁹ MERKIN, s. 106; RUTHERFORD/SIMS, s. 156; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 155.

⁵⁰⁰ TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 156.

⁵⁰¹ TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 156.

⁵⁰² TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 157, 158.

ayrıca bkz PIL Art. 184). Hakemler, bu konuda kendilerine bir karar iletilinceye kadar, yargılamayı erteleyebilirler (Hollanda CCP Art. 1044/II)⁵⁰³.

⁵⁰³ **van den BERG/van DELDEN/SNIJDERS**, s. 68. **LEW/MISTELIS/KRÖLL**, s. 580. Böyle bir ihtimalin İsviçre hukukunda da geçerli olduğuna ilişkin bkz. **BUCHER/TSCHANZ**, s. 93; **SCHNEIDER**, Art. 184, s. 453. Meselenin ZPO §1050 bağlamında, Alman hukukundaki durumu için bkz. **SCHÜTZE**, s. 102; **HARBST**, s. 122. Hakemlerin böyle bir usulü izlemektense söz konusu yabancı hukuk üzerine çalışan bir kişinin *uzman görüşünü* talep etmelerinin tahkim yargılaması için daha uygun, kolay ve gerçekçi olduğuna ilişkin eleştirisi için bkz. **BERGER**, s. 452-455.

SONUÇ

Milletlerarası tahkimin, milletlerarası ticaretin neredeyse ayrılmaz parçası ve âdeta tabii bir sonucu olmasındaki temel etken, milletlerarası ticaretin genel karakterine de uygun olarak, farklı sosyal, ekonomik, kültürel yapılardan ve hukuk sistemlerinden gelen tarafların, uyuşmazlıklarını, tarafsız bir biçimde; hiçbir tarafın millî yahut hukuki değerlerinden etkilenmeksizin ve ona tabi olmaksızın; yalnız kendilerinin arzu ederek belirlediği kurallara uygun olarak çözüme kavuşturabilmeleridir.

Tahkimin, tarihsel kökleriyle de uyumlu olarak, millî hukuklardan ve onların yargı düzenlerinden bağımsız ve sadece tarafların arzularına tabi oluşu, onu her zaman, devlet yargısına göre gerçek bir alternatif yapmıştır.

Sadece milletlerarası alanda değil; ama millî hukuklar nezdinde yaşanan reform hareketlerinin ve buna bağlı olarak mahkemelerin tahkime yönelik tutumlarındaki değişikliğin de tahkimin hızla ve gelişerek büyümesine neden olduğu, gözden uzak tutulmamalıdır.

Bugün, milletlerarası tahkim, genellikle iç tahkime (*domestic arbitration*) atfedilen ve devlet yargısına nazaran *istisnai* bir yol olmak şeklindeki genel kabulün aksine; milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, olağan bir biçimde, kendisine öncelikle ve *münhasıran* başvuru, *neredeyse*, tabii bir yargı yolu olarak kabul edilmektedir. Bir yandan milletlerarası tahkim uygulaması yaygınlık kazanırken diğer yandan, ona ilişkin hukuki düzenlemelerdeki reform hareketleri dikkat çekmektedir. Bu durum, sadece tahkime yabancı, tahkimle yeni tanışan millî hukuklar için değil; tahkimle iç içe olan, zaten onu bilen ve sıklıkla kullanan hukuk sistemleri için de geçerlidir.

UNCITRAL Model Kanunu, önce 1958 New York Sözleşmesi, ardından da 1976 UNCITRAL Rules ile başlayan sürecin son halkası olup milletlerarası ticarete yaşanan uyuşmazlıkların adil, etkin ve süratli bir şekilde çözümünde gerekli, yeknesak hukuk düzeninin dayanak noktalarındandır. Bugün için yaşanan süreçte gelinen son nokta, milletlerarası tahkimin varlık, gereklilik ve geçerliliğinin sorgulanmasının çok ötesinde olup milletlerarası tahkimi düzenleyen millî hukuk sistemlerinin uyumlu hale getirilmesi yani mümkün olduğu ölçüde yeknesaklaştırılarak *harmonizasyonu* (*uniformity*) ve neredeyse milletlerarası tahkimin daha da *milletlerarasılaştırılmasıdır*.

Milletlerarası tahkime karşı takınılan *hasmane* tutum nedeniyle millî hukuk sistemleri arasında oluşan bu farklılaşma, milletlerarası tahkimin belki de kendisini korumak kaygısıyla ortaya çıkardığı bir diğer akımı beraberinde getirmiştir ki, *a-national, delocalised* tahkim,

milletlerarası tahkimin millî hukuk sistemlerine ve onların mahkemelerine karşı olan, bağımsızlık hareketini simgelemektedir.

Varlık ve geçerliliğin tespiti için *lex mercatoria* biçimindeki *transnational* bir hukuk düzeni dışında, hiçbir millî-milletlerarası hukuk normuna ihtiyaç duyulmaması; *şayet gerekiyorsa* gerçekleştirilecek denetimin de ancak hükmün icra-tenfiz edileceği yer mahkemelerince ve yine olabildiğince dar bir biçimde yapılması, *delocalisation* fikrinin ana unsurlarıdır. Ne var ki, yaşanan harmoni ve hayata geçen yeknesaklaşma (*uniformity*) sonucunda, talep edilenlerin önemli bir kısmının özellikle millî kanunlarda zaten hüküm altına alınmış olması nedeniyle *delocalisation* kavramına duyulan ihtiyacı; ondan beklenen faydayı ve işlevi, belki de yeniden gözden geçirip sorgulamamız gerekecektir.

Millî hukuk sistemlerinin ve dolayısıyla mahkemelerin, *teorik düzeyde de kalsa; pratikte hiç fark edilmese de*, tahkim üzerinde bir etkisi ve ağırlığı bulunmaktadır. Bunun yanında emin olunan bir başka husus, ölçsüz, zamansız ve haksız mahkeme müdahalelerinin, tahkime, müessese olarak itibar edilmesini engelleyeceği, kullanımını azaltacağı yahut kimi zaman, böyle bir müdahale tipini etkisizleştirmeye çalışacak karşıt görüş ve akımların doğmasına neden olacağıdır. Zira her etki, bir tepkiye neden olmaktadır.

Tahkim ile mahkemeler arasındaki ilişki, hiç bitmeyen bir iktidar mücadelesidir. Mücadelesi verilen iktidar, yargısal anlamda, son sözün kimin tarafından söyleneceğine ilişkindir. Bu esnada, yerel kaygılardan hareketle öznel, haksız ve aşkın bir müdahalenin mi geçerli olacağı yoksa bunların korunup evrensel değerler temelinde mi geliştirileceği, ülke mahkemeleri tarafından değerlendirilecek bir yol ayrımıdır. Mahkemelerin, nihai karar sonrası dönemdeki rolü ve müdahalesi yanında; göz ardı edilmemesi gereken bir diğer durum ise nihai karar öncesi, yani tahkim yargılamasının sürdüğü dönemde ve hatta böyle bir yargılamanın başlamasından önce, mahkemelerin bir rolünün, etkisinin olup olmadığıdır.

Mahkemelerin yargı yetkisi, hakemlerin yargı yetkisinin bittiği yerde başlamaktadır. Bu nedenle de hakemlerle hâkimler; tahkim yargılaması ile mahkemeler arasında, bir rekabet değil; âdeta birbirlerini tamamlayan, eksikliklerini örten bir ortaklık ilişkisi, bulunmaktadır. Sözü edilen ortaklığın bir anlamda işgal alanı, genel olarak tahkime yardım edilmesi-tahkimin desteklenmesi ve tahkimin denetlenmesi konularındadır.

Yukarıda sözü edilen mücadelenin yaşandığı alanlardan biri de *tahkim yeri* hukuku ve mahkemeleridir. Tahkim yeri hukuku ve mahkemelerinin ülkesi üzerinde cereyan eden bir tahkim yargılamasına karşı, nasıl bir tavır takınacağı, *hem* tahkimin hukuki niteliği ile ilgilidir *hem de* çalışmanın merkezini oluşturmaktadır. Tahkimin bağımsızlığı hareketince verilen en şiddetli mücadeleler, bu cephede yaşanmaktadır.

Tahkim alanında, mahkemelerin yardımı ve denetimi meselesi, öncelikle aynı mahkemelerin neye yardım edeceğinin veya neyi denetleyeceğinin tespitini gerektirir. Şu hâlde, tercih edilen kullanım biçimiyle *milletlerarası (ticari) tahkimin*, her bir kavram itibarıyla ele alınarak tanımlanması, zorunludur.

Özellikle milletlerarası düzeyde, tahkimi kuran ve yaşatan; ona işlerlik kazandıran pozitif-millî bir hukukun varlığı, tahkimin etkinliği ve başarısı için kaçınılmazdır. Bu esnada, tahkimle devlet mahkemeleri arasındaki ilişkiye yönelik bir soru, cevabını, çoğu zaman, tahkimin hukuki niteliğinde bulur.

Millî hukuklar düzeyinde, milletlerarası tahkim alanında, yapılan reformların ardından, şu üç meselenin daha baştan genel kabul gördüğünü söylemek mümkündür:

Tahkim anlaşmalarının etkinliği artırılmalı; sözleşmesel bu yapı, gerek şekli gerek maddi açıdan olabildiğince ayakta tutulmalı; irade serbestisine üstünlük tanınmalıdır.

Milletlerarası tahkim, millî hukuklardan bağımsızlaştırılmalı; millî hukukların kendine has değer yargıları ile örselenmemeli; adil yargılanma hakkı ve milletlerarası kamu düzenine ait değerler saklı kalmak kaydıyla daha da milletlerarasılaştırılmalıdır.

Tahkimin geciktirilmesi veya tahkim yargılamasının sabote edilmesi isteklerine karşı, mahkemelerin birer araç hâline gelmesi önlenmeli; mahkemelerin denetimi, olabildiğince nihai hüküm sonrasına ertelenmeli; yargılama süresince tahkimin etkinliğinin artırılabilmesi için gereken yardımın mahkemelerce verilmesi, sağlanmalıdır.

Tahkim yeri olarak kabul edilen coğrafya parçasında, geçerli millî *tahkim* hukukunun, milletlerarası tahkim uygulamasındaki yeri, önemi ve varsa bağlayıcılığı, söz konusu millî yargı düzeninin parçası olan mahkemelerin de milletlerarası tahkimdeki yerini bize gösterecektir.

Milletlerarası tahkim bakımından, tıpkı mahkemelerdeki gibi, bir *lex fori* anlayışının, geçerli olması kolay değildir. Ne var ki, bu güçlük, *lex fori* sonucunda oluşan mantıksal tutarlılığın, elde edilen menfaatlerin, milletlerarası tahkim yargılamasının *tek bir hukuki çatı altında* toplanması suretiyle kolaylaştırılması çabasının inkârını, gerektirmez. Olması gereken, tek, münhasır ve fakat milletlerarası tahkim gerçeğine de uygun bir *lex arbitri*'dir. Mahkemelerin, milletlerarası tahkimle ilgili bir uyuşmazlıkta, yargı yetkisine sahip olup olmadıkları sorusunun cevabını da içermesi, millî tahkim kanunlarını, tahkim kurallarından ayırmaktadır. Bu, bir millî tahkim kanununun, uygulama alanına dâhil, tahkim ile ilgili her türlü uyuşmazlığın çözümünde yetkin olması ve ayrıca tarafların söz konusu kanunun uygulanmaması yönünde hiçbir seçim hakkının bulunmaması, demektir.

Tahkim anlaşması geçerli kaldığı sürece ve anlaşmaya konu uyuşmazlıklarla sınırlı olarak taraflar, kendileri için devlet yargısının artık geçerli olmadığını, beyan ve kabul etmişlerdir. Tahkimin gayesi, tıpkı mahkemelerin olduğu gibi, tarafların hak ve borçları üzerinde etki doğuracak biçimde, yargılamaya konu edilen uyuşmazlığı, nihai bir surette çözmektir. Ancak, özündeki *sözleşmesel* nitelik, tahkimi, devlet yargısından ayırmaktadır. Tarafların kural olarak, söz konusu usulün kullanılması, şekli, yapısı ve diğer detayları yönünden *nihai* söz sahibi olduğuna inanılır. Bu esnada, hukuk düzeni, daha doğrusu pozitif hukuk ile irade serbestîsi çatışabilir; karşı karşıya gelebilir. Pozitif hukuk devletin, tahkime bakışını ve tahkim hakkındaki genel hukuk politikasını yansıtır. Yargılama sonunda, verilen hüküm, tarafların hak ve borçları üzerinde, tıpkı mahkeme kararları gibi, *nihai* ve *bağlayıcı* bir etki yaratır; kesin hüküm etkisini haizdir.

Tahkim anlaşması yanında *ayrıca* kimi ADR biçimlerinin de birlikte düzenlenmiş ve fakat tarafın öncelikle başvurulması kararlaştırılan ADR usulünü tüketmemiş olması hâlinde, mahkemelerin, *itiraz* üzerine, ne yönde karar vereceği, tartışmalıdır. ADR yoluyla geciktirilen, devlet yargısı değil; tahkimdir. Tahkim anlaşması hiçe sayılarak; salt ADR anlaşması lehine yargılama yapmaktan çekinilemeyeceği düşüncesinin kabulü, mümkün değildir; bu, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının inkârı demektir. Zira burada yalın bir ADR anlaşması bulunmamaktadır. Anlaşma kapsamında, tahkim kaydı *da* bulunduğu sürece, ileri sürülen itiraz dikkate alınmalı ve dava usulden reddedilmelidir (**MTK m. 5/I**).

Hakemlerin, ADR anlaşması lehine yargılama yapmaktan imtina edip edemeyecekleri, bir başka tartışmalı meseledir. Yargı yetkisine ilişkin *süresinde* ileri sürülecek bir itiraz (**MTK m. 7/H, I**) üzerine hakemlerin, söz konusu ADR usulüne riayet edilmediği sürece yargı yetkilerinin bulunmadığı sonucuna, varmaları gerekir.

Türk hukukunda, milletlerarası tahkim alanında, tahkim anlaşmasının dolanılması; hiçe sayılması; etkinliğini ve amacını yitirmesi, cebri icranın özellikle İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlendiği kadar geniş anlaşılması hâlinde, kolaylıkla mümkündür. Tahkim anlaşmasıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığın esası üzerinde yapılacak yargılama faaliyeti yönünden devlet yargısı (sadece mahkemeleri değil) devre dışı bırakıldığından, Türk hukuku yönünden de artık, tahkim anlaşmasına rağmen, ilk bakışta ve özellikle düzenlendiği yer itibarıyla bir cebri icra müessesesi olarak görülen ve fakat aslında, ağırlıklı olarak para alacaklarının varlığının-yokluğunun yargılama konusu edildiği, ilamsız icra-iflas takipleri de yapılamamalıdır.

İradelerin sıhhati konusunda bir sorun yaşanmadığı sürece tahkimin, öncelikle tüketilecek herhangi bir ADR usulünden sonra geçerli olacağının kararlaştırılması yahut şayet

tercih edilirse yetki anlaşmalarıyla birlikte seçimlik olarak düzenlenmesi mümkündür. Bu son hâlde, kullanılan seçim hakkının ardından, artık başlatılan usulün değiştirilmesi, *tek taraflı olarak* (MTK m. 5/II) mümkün değildir. Tahkimin ardından mahkemelere *de* başvurulabileceğinin düzenlenmesi ise söz konusu tahkim anlaşmasını zaten geçersiz kılacaktır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı, *bağlayıcı* ve *nihai* olarak çözüme kavuşturan bir usul, aynı türdeki bir başka usulle yarışabilir; ancak kademelendirilemez.

Bugün, kurumsal tahkim alanında geçerli tahkim kuralları, *lex loci arbitri*'yi ve tahkim yeri mahkemelerinin tahkime olan katkılarını, önemli ölçüde etkisiz ve işlevsiz bırakacak düzeydedir. *Ad hoc* tahkimin ise taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüldüğü dönem dışında, herhangi bir varlığı ve uygulaması bulunmamaktadır. Bu son hâlde, tahkim, uyuşmazlık içeren hukuki ilişkinin taraflarından birinin tahkim sürecini başlatması ile aktif hâle gelir ve taraflar, *kural olarak*, tahkim yeri hukukunun emredici kuralları saklı kalmak kaydıyla tam bir esneklik ve serbestlik içinde, tahkim usulünü belirler ve yönetirler.

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği yanında, bir müessese olarak *tahkimin* hukuki niteliği, çalışılmamış bir konu değildir. Özellikle iki ayrı çalışmada, bu mesele, bizim de çalışmamızda esas aldığımız bibliyografyaya yakın bir şekilde, incelenmiştir. Bunlardan ilkinde, konu daha ziyade, milletlerarası ticari tahkimde, *hakemlerce esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi* yönünden; sonrakinde ise *milletlerarası ticari hakem kararları ve tenfizi* bakımından işlenmiştir. Her iki mesele için de tahkimin hukuki niteliğinin ve özellikle *lex arbitri*'nin bir rolünün olmadığını düşünmek, olası değildir. Ancak kronolojik olarak meseleye bakıldığında, hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktan yahut hakem kararının hukuki niteliğinden önce, tahkim için bir *lex arbitri*'nin olup olmadığını belirlemek; milletlerarası tahkimle ilgili gündeme gelebilecek meselelerin çözümünün *nerede ve hangi hukuka yahut kurallar bütününe* göre olacağına karar vermek gerekir. Sadece yukarıda değinilen iki sorun için değil; ancak çalışmamıza dâhil olan pek çok meselenin çözümü yönünden *lex arbitri* ve tahkimin hukuki niteliği, tekrar tekrar çalışılmayı gerektirmektedir. Nihai karara varmadan; hatta hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespitinden de önce, tahkimle ilgili pek çok sorunun mahkemelerde çözümü gerekebilmektedir. Bu aşamada, sorunun mahkemeler önüne taşınması, *ya* taraflar için bir zorunluluk teşkil etmektedir *ya da* taraflardan en az birinin iradesi bu yönde olmaktadır. O hâlde, mahkemeye yüklenen işlevin içeriği, *lex arbitri*'ye göre belirlenecekse öncelikle *lex arbitri*'nin olup olmadığını ve şayet varsa içeriğinin hangi kıstaslara göre belirleneceğini tespit etmek gerekir.

Gerçi, tahkimin hukuki niteliği ile ilgili olarak ileri sürülen görüşlerden hiçbiri, gerek teoride gerekse uygulamada, yaygın bir kabulü görebilmiş değildir. Ancak, görüşlerden her biri, genelde, millî hukuk sistemleri ve yargı düzenleri ile tahkim arasındaki ilişkiyi veya bağlantıyı, tanımlamaya veya kurmaya çalışmışlardır.

Bugün, tahkimin belli bir millî hukuk düzenine tabi olması yanında, güncel ve en az onun kadar önemli bir başka konu, söz konusu tahkimin, içerdiği yabancılik unsuru da dikkate alınarak bağlandığı millî hukuk düzeni içinde, kendisine özel bir takım kurallar bütününe uygulanıp uygulanmayacağıdır. Tahkimin milletlerarası niteliği üzerinde durulduğunda, aslında iki farklı sorun ile karşılaşmaktadır: Tahkimin belli bir millî hukuk düzenine bağlanmasının gerekip gerekmediği (*millî tahkim-yabancı tahkim* ve *a-national tahkim* ayrımı); millî hukuk sistemleri içinde, yabancılik unsuru içeren tahkimin özel bir takım kurallar bütününe tabi olmasının gerekip gerekmediği.

Millî-yabancı tahkim ayrımının milletlerarası ticaretin beklentilerini karşılamadığı yerde ve fakat tahkimin de *delocalize* edilmesine ihtiyaç kalmadan bulunan ara formül, tahkimin, milletlerarası olarak vasıflandırılması; millî hukuklar içinde, ayrıca ve özel olarak düzenlenmesidir.

Mukayeseli hukukta, *tahkim yerinin* bağlanma noktası olarak özel bir yeri bulunmaktadır. Mülkilik ilkesinden ödün verilmesinin, *lex loci arbitri* mahkemelerinin söz konusu tahkim ile ilgili meselelerde, yargı yetkisi kuramaması gibi bir tehlikeyi de davet ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Tahkimde milletlerarası niteliğinin *maximalist* yaklaşımına göre ise tahkimin bir millî hukuk ve yargı düzeni ile bağlantı kurması, bunlarla bir tabiiyet ilişkisi içinde olması, gerekli değildir. Söz konusu yaklaşımın tipik örneği, kaynağını milletlerarası hukuktan alan ICSID tahkimidir.

Bir tahkimin milletlerarası olarak vasıflandırılmasına ilişkin kullanılan üç temel kıstas vardır. Bir tahkim, tahkime konu uyuşmazlığın milletlerarası karakterde olması nedeniyle milletlerarası tahkim olarak vasıflandırılabilir (*objektif kriter*); tahkimin taraflarının farklı yargı sistemlerine ait olmaları nedeniyle de (*sübjektif kriter*) bir tahkim, milletlerarası tahkim olarak nitelendirilebilir. Üçüncü türdeki “*modern*” yaklaşım içinde, gerek *objektif* gerekse *sübjektif* kriterlere ait unsurlar birleştirilmiş olup UNCITRAL Model Kanunu, bu tür içine girmektedir (Model Kanun m. 1/III).

Tahkimde yükselen değer, *dualism* yerine, munist bir yaklaşımın ürünü olarak, ülke içinde, tahkimle ilgili tek bir kanuni düzenlemenin bulunmasıdır. Zira milletlerarası değer yargılarının, yerli tahkim için de geçerli olması, mümkündür ve hatta gereklidir. Ancak buna karşın, uygulanma güçlüğü ve kimi zaman yarattığı belirsizliklere rağmen, *dualist* yapının

özenle korunması gerektiği, özellikle söz edilen son nedenin gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması nedeniyle de ileri sürülmektedir.

Tahkimin *ticari* olarak vasıflandırılması, tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde geçerli olduğunun aksine, tahkimin sıkı ve sert kurallara tabi olmayıp daha esnek kurallarla düzenlenebileceğini göstermek bakımından önemlidir. Bugün *ticari* ilişkiler hakkında, daha bağımsız ve Model Kanun çizgisinde bir yaklaşım sürdürülmekte olup bu anlayış, *hem* devletin veya kurumlarının taraf olduğu uyuşmazlıkları içermektedir ve *hem de* kimi hukuk sistemlerinde olduğunun aksine *medeni (civil)-ticari (commercial)* şeklinde bir ayrımı barındırmamaktadır.

Tahkim ile tahkim yeri hukuku arasında, tıpkı mahkemeler ile *lex fori* arasındaki gibi bir ilişki kurulacak olursa milletlerarası tahkimde, tahkim yerinin seçimi, son derece büyük bir önem arz edecektir. Böyle bir sonuç, hakem kararlarının tüm millî hukuklar nezdindeki varlık ve geçerliliğinin, sadece tahkim yeri hukuklarınca ve mahkemelerince belirleneceği anlamına da gelebilmektedir. Diğer ihtimalde ise, söz konusu hakem kararının her bir millî hukuk yönünden değerlendirmesi ve denetlenmesi, yine bizzat bu hukuklarca ve mahkemelerince yapılacak; tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin yapacağı denetim ve varacağı sonuç, sadece kendisiyle sınırlı olacaktır. Çekişme, iki büyük ekol arasında yaşanmaktadır: Yerelleştirme (*localization*) ve *delocalization*.

Lex arbitri, kavramsal olarak, tahkim yargılamasına uygulanacak kurallardan/hukuktan daha geniş olmakla birlikte, böyle bir hukukun her hâlde, yargılama usulü üzerinde de etkin ve belirleyeceği olduğu kabul edilir. *Lex arbitri*'nin bizzat kendisi, uyuşmazlığın esasına yahut tahkim usulüne uygulanacak hukuk olmak zorunda değildir; kimi zaman, sadece bunların nasıl tespit edileceğini belirlemekle yetinir. Bu nedenle *lex arbitri*, tahkimin bir müessese olarak varlık ve geçerliliğinin sorgulandığı hukuk olarak tanımlanır.

Lex arbitri'nin tanımlanmasında, öne çıkan fayda, tahkim yargısına müdahale edecek, onu denetleyecek ya da ona yardım ederek milletlerarası tahkimi destekleyecek mahkemelerden hangisinin yargı yetkisine sahip olduğudur. Artık çoğu kez tarafların *lex arbitri*'yi aramaktaki temel kaygıları yahut ona duyulan pratik ihtiyaç, aslında *forum arbitri*'nin neresi olduğuyula ilgilidir. Bir bütün hâlinde tahkimi kavrayan, tahkim usulünün ve hükmün geçerliliğinin ona göre belirlendiği/denetlendiği, tek bir *lex arbitri* mutlaka olmalıdır. Bu sayede hakem kararı, söz konusu hukukun milliyetini kazanacak olup diğer hukuklar gözünde de yabancı hakem kararı olarak değerlendirilecektir. Aslında kastedilen, tahkimin tüm evreleriyle tek bir hukuka bağlı olması değildir; sadece genel çatıyı belirleyecek hukukun (bir anlamda *lex fori*'nin) tespit edilmesidir. Bu sayede, *forumun* hukuku, kimi zaman

kendisinin; kimi zaman ise bir başka hukukun uygulanmasını mümkün kılabilir; hatta tahkim ile ilgili bir meselenin münhasıran nasıl çözümleneceğinin gösterildiği bir maddi hukuk kuralı ya da doğrudan doğruya uygulanan bir norm da içerebilir. Ancak en önemlisi, *lex arbitri*'nin sahibi olan devletin mahkemeleri, söz konusu tahkim ile ilgili uyuşmazlıklarda yargı yetkisine de sahip olacaktır.

Millî hukukun içerdiği normların doğruluğunun veya yerindeliliğinin tartışmaya açılmasında, fayda yoktur. Zira söz konusu hükümler, yerli tahkim için doğru, yerinde ve tatminkâr olabilir. Ancak sorun, sadece yerli tahkim için düzenlenmiş hükümlerin, milletlerarası tahkime de uygulanmak zorunda kalınmasıdır. Tahkim yeri, hakem kararının milliyetini; söz konusu milliyet de tahkim yargılamasının *tümü* için geçerli olacak hukuku belirlemektedir. Ne var ki, devlet yargısına benzetilerek kurulan ve yerli tahkim için sorunsuz işleyen bu denkliğin milletlerarası tahkim için de geçerli olması; salt hakem kararının milliyeti üzerine tespit edilecek hukukun, milletlerarası tahkimin tüm aşamaları için geçerli olması, ne pratik ihtiyaçlarla örtüşmekte ne de yerinde ve haklı olmaktadır. Hakem kararının milliyeti ve ona duyulan ihtiyaç ile tahkime ve özellikle tahkim yargılamasının ilgili her bir kısmı için uygulanacak hukukun aynı olması, örtüşmesi beklenmemelidir. Milletlerarası tahkim, tek bir hukukun rahatlıkla uygulanabileceği *yekpare* bir oluşum değildir. Olası her bir sorunun, özellikle milletlerarası tahkimde, sadece hakem kararının tabiiyeti üzerine bulunacak hukuka göre çözümlenmesi, mümkün değildir. Şayet, yukarıda anılan ve yerli tahkimler için kusursuz işleyen denklik, milletlerarası tahkim için, haklı olarak bozulacak olursa, ne hakem kararlarının *denationalization*'a ne de *a-national* bir tahkim anlayışına ihtiyaç duyulacaktır.

UNCITRAL Model Kanunu yönünden, tahkim yargılaması ile ilgili hukuki sonuçlar, tahkim yeri ile ilişkilendirilmişken; ne burası ile tahkim yargılaması arasında gerçek, fiilî ve hatta coğrafi bir uygunluk veya yakınlık aranmış ne de tahkim yargılamasının tamamen veya hiç olmazsa kısmen, ama mutlaka tahkim yerinde icrasına ilişkin bir zorunluluk öngörülmüştür. Mülkilik ilkesinin genelde, benimsendiği görülür. Söz konusu ilkenin sadece anlaması ve anlatması değil; ama aynı zamanda, anılan prensibin öncelikli-doğrudan muhatabının mahkemeler ve ardından hakemler olduğu dikkate alındığında, somut uyuşmazlığa uygulanabilmesi de kolaydır. Tahkim yeri, artık neredeyse varsayımsal-fiktif bir değer hâline gelmiştir; bir zorunluluğu ya da gerçeği işaret etmekten çok uzaktır. Buna karşın *lex loci arbitri*'nin modern uygulama alanı, ülke mahkemelerinin milletlerarası tahkim ile ilgili meselelerde, yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığını tespit etmekten ve çok az sayıdaki emredici hukuk kuralı yanında, çoğunlukla tahkim yargılamasına ilişkin yedek hukuk kurallarına yer vererek tahkime yardımcı olmaktan ibarettir.

Hakemlerin iki büyük güç arasında kaldıkları, âdeta sıkıştıkları bir gerçektir. Bunlardan *ilki*, tarafların irade serbestîsi ve yine tarafların yargılama üzerindeki egemen konumlarıdır. *Diğer yandan*, mülkîlik ilkesinin bir gereği olarak, *lex loci arbitri*/tahkim yeri hukuku (*lex arbitri*'nin bir yüzü olarak), kaçınılmaz bir biçimde, az veya çok; yargılamanın başında *-ve belki de tahkim yargılaması öncesinde-* veya sonunda, ama bir şekilde, tahkim yargılaması üzerinde, özellikle mahkemeleri aracılığıyla etki göstermektedir. Bu iki çekim noktası, aslında tahkimin de hukuki niteliğine uygun olarak şekillenmektedir. Bütün bunlara karşın, iki büyük güç arasında sıkışan hakemlerin, yargılamayı yürütmek konusunda, üçüncü bir güç ve çekim merkezi olarak özerklik sahibi olduğu da düşünülmektedir.

Hakemlerin sahip olduğu yargı yetkisi, mahkemelerinkiyle aynı olmadığı ölçüde, tahkim, devlet yargısına mecburdur. Özlenen dengenin devlet yargısı aleyhine bozulması, hem tahkimin ihtiyaç duyduğu desteğin kaybı hem de etkinliğinin azalması anlamına gelir.

Milletlerarası tahkime ilişkin günümüz yasama faaliyetlerinin genel özelliğinin mahkeme denetiminin sınırlandırılması, olduğu söylenebilir. Hakemler, yargı yetkileriyle ilgili olarak sadece güçlendirilmemekte; ancak istenirse taraflarca daha da kuvvetlendirilebilmektedir. Öte yandan, mahkemelerin tahkim üzerindeki geleneksel otoritesi, kimi durumlarda ya kısıtlanmakta ya da tümüyle ortadan kaldırılmakta veya en azından tarafların aksi yöndeki anlaşmalarına bırakılmaktadır.

Hukuki güvenlik, açıklık ve kesinlik, söz konusu ülkeyi tahkim yeri olarak seçecek yabancılar için azami önemi haizdir. Kanunda öngörülme, çoğu kez de içtihatlarla gelişecek müdahale tiplerinin milletlerarası tahkimde, yabancılarca, oranın ideal bir tahkim yeri olarak tercih edilmesine mâni olacağına, tereddüt duyulmaz. Ancak tahkimle ilgili, kanunda açıkça düzenlenmemiş bir meseleye denk gelinmesi hâlinde, tahkime, tahkim anlaşmasına ve tahkim yargılamasına yardımcı olmak; onların korunmasına, yaşatılmasına hizmet etmek amacıyla sınırlı olduğu ölçüde; milletlerarası tahkim uygulamasıyla ve mukayeseli hukukun yaygın kabulleriyle de çelişmemek şartıyla mahkemelerin, söz konusu meseleyle ilgili yargı yetkisine sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

Model Kanun'un 6. maddesinde, tahkim ile ilgili, hükümde *sayılan* uyuşmazlıklar bakımından belli yerdeki özel bir mahkemenin/merciin görevli kılınması amaçlamıştır. Buradaki temel gaye, tahkimle ilgili uyuşmazlıkların merkezileştirilerek milletlerarası tahkim yönünden bilgili ve tecrübeli yargı yerlerinin oluşmasına vesile olmaktır. Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kurulmasının ardından, ülkemiz için de tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, benzer bir düzenlemeye gidilmesi; tahkimle ilgili meselelerde, tahkim yerindeki söz konusu mahkemelerin ilk derece mahkemesi olarak görev ifa etmesi, temyiz yolu açık olan hâllerde,

temyiz yine Yargıtay'a yapılması, üzerinde ciddiyetle durulabilecek bir öneridir (*Tasarı* m. 414). Bu esnada, mahkemeler önünde, tahkimle ilgili meseleler yönünden gerek yargılamadaki hız gerekse mahkeme müdahalesine yönelik sınır, şu üç şekilde sağlanmak istenmektedir: *Ya* mahkemelere duruşma açıp açmamakta serbestî tanınmaktadır; evrak üzerinden de yargılama yapılmasına izin verilmektedir. *Ya* acele muhakeme usulü tercih edilerek, ispatı gereken hususlarda, ispat ölçüsü düşürülmektedir; başvuru sahibinin işi kolaylaştırılmakta; mahkemece yapılacak tahkikatın kapsamı daraltılmaktadır. *Ya da* sıklıkla da yapıldığı üzere mahkeme kararının kesin olduğu, bir kez daha denetlenmeyeceği, özellikle de temyiz yoluna tabi olmadığı, hüküm altına alınmaktadır.

Modern tahkim kanunları, genelde, örneğin tahkim itirazı veya hakemin reddi gibi tahkim ile ilgili bir çekişmenin mahkemeler önünde görülmesine karşın tahkim yargılamasının başlatılmasını, sürdürülmesini ve hatta teoride, hükümle sona erdirilmesini mümkün görmektedir. Böylece, mahkeme müdahalesinin taraflarca, tahkimin geciktirilmesi veya oyalanması amacıyla bir taktik olarak kullanılmasının, önüne geçilmek istenmektedir. Benzer içerikte bir hükme, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer verilmemiştir. Yine, Model Kanun'un 8/II. maddesine eklenmek istenen, mahkemelerin derdest tahkim yargılamasını *tedbiren* durdurabilme yetkisi, hem reddedilmiş hem de taslaktan çıkarılmıştır. Bu, mahkemelere, tahkim yargılamasıyla ilgili hiçbir *üstünlük* tanımamak yönündeki genel eğilimin bir sonucudur.

HUMK'un yeni 426/A ve 427. maddelerinin milletlerarası tahkim için de geçerli olup olmadığı konusunda ilgili olarak şayet anılan hükümlerin, milletlerarası tahkim için de geçerli olmaları istenseydi, bu durumun ayrıca ve açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Yani, sonraki genel yasadaki, önceki özel yasadaki, milletlerarası tahkim uygulaması ile taban tabana zıt; bu denli köklü bir değişiklik yapma iradesi anlaşılmadığı sürece, eski özel yasa, geçerliliğini muhafaza edecektir. Bu anlam bütünlüğü içinde, *ne* hükümlerin lafzının *ne* gerekçelerinin milletlerarası tahkimi de içerdiği konusunda, hiçbir sonuca varılamamaktadır.

4686 Sayılı Kanun'un uygulanabilmesi bakımından, her hâlükârda, *taraflar arasındaki ilişkide*, bir yabancılik unsuru bulunacak (**MTK m. 2**) *ve* tahkim yerinin Türkiye olması **veya** tarafların yahut hakemlerin bu kanunun uygulanacağını seçmeleri şeklindeki unsurlardan *her ikisinin* veya *en azından birinin* somut olayda bulunması gerekecektir. Böyle bir yaklaşım, sorunsuz olmamakla birlikte, kanunun amacı olarak da ifade edilen hükme ve ismine daha uygundur (**MTK m. 1/I, 2**). Bir Türk hâkimi, tahkim yerinin ülkesinde olduğunu tespit ettikten, yani tahkim tabiiyetinin kendi milliyetinden olduğunu açıklığa kavuşturduktan sonra ve bir anlamda, milletlerarası yetkisini tesis etmekle birlikte, *artık* kendi iç hukukunda

düzenlenen, yabancılık unsuru kriterini dikkate alacak ve söz konusu meseleye, örneğin özel bir kanunla kabul edilen milletlerarası tahkim rejimini mi, yoksa *domestic*-yerli tahkimin tabii olduğu ve çoğu kez ülkenin usul kanununda düzenlenen kuralları mı uygulayacağını belirleyecektir (PIL Art. 176/I). Böylece tahkim yeri, aslında, söz konusu tahkimin tabiiyetini belirleyen bir bağlanma noktasından başka bir şey olmayacak; *lex loci arbitri*, *lex arbitri*'ye eşitlenecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ardından, artık Türk hukuku için şayet geçerliydi ise bile, usul teorisinin tahkimin tabiiyetini belirlemek açısından bir değeri ve önemi, ancak kısmen, kalmamıştır. Zira tahkim yerinin Türkiye olduğu bir tahkim (yabancılık unsurunu da taşıdığını kabul ediyoruz), zorunlu olarak, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi olacaktır. Bu hâlde, tarafların yapacağı ve tahkimlerinin örneğin bir başka millî hukuka tabi olacağına ilişkin seçim, tahkimin *lex arbitri*'sinin de söz konusu yabancı hukuk olacağı anlamına gelmemektedir. Mülkilik esasına açıkça yer verip kabul eden Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden, seçilen yabancı hukuk, aynı kanunun 8/A maddesi kadar değerlidir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1/III. maddesiyle neyi, nasıl düzenlemek istediğinin açıklığına kavuşturulması gerekir. Şöyle ki, Kanun'un 5 ve 6. maddeleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği tahkim yargılamaları için de geçerlidir. Oysa kanun koyucunun bizzat kendisi, kanunun tamamının, tarafların seçimiyle tahkim yeri Türkiye dışında bulunan tahkimler için de uygulanacağını, aynı kanun kapsamında zaten, düzenlemiştir (**MTK m. 1/II**). Şu hâlde, tahkim yerinin Türkiye dışında bulunduğu ve fakat tahkime bu Kanun'un uygulanacağını taraflarca seçilmemiş olması durumunda dahi aynı Kanun'un 5 ve 6. maddelerinin anılan tahkim yargılamaları için geçerli olduğu, sonucuna varmak mümkündür. Bu esnada, MTK'nın 6. maddesi, milletlerarası tahkimde, hakemlerin verdikleri geçici hukuki koruma tedbirlerinin tahkim yeri ülkesi dışındaki geçerliliği ve icrasına ilişkin yapılan pek çok tartışmayı bitirmiş; milletlerarası tahkimde (**MTK m. 2**) hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerine Türk mahkemelerinin yardım edeceğini, açıkça hükme bağlamıştır (**MTK m. 6/III**).

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun *mülkilik ilkesi* yanında, eskimiş *usul teorisine* de yer vermiş olmasının 1958 New York Sözleşmesi'yle çatışıp çatışmadığının çözümü, önemlidir. Kanun'un 1/VI. maddesiyle milletlerarası sözleşme hükümlerine, bir öncelik ve üstünlük tanınmış olması gerçeği karşısında, örneğin, tahkim yeri Almanya olan ve Kanun'un 2. maddesine göre milletlerarası sayılan ve fakat taraflarınca yahut hakemlerce Türk hukukuna (*bu kanuna*) tabi tutulan bir tahkim yargılamasının ardından, verilen hakem kararının iptali değil (**MTK m. 15**); *ancak* New York Sözleşmesi'ne göre tenfizi söz

konusudur. Ancak iptal davası ile tenfiz yolu arasında yapılan ve tenfiz lehine olan bu seçimin tahkim yargılamasının her aşaması için geçerli olduğu, düşünülmemelidir. Bu son hâlde ortaya çıkacak bir çokluğun, arzu edilir hiçbir yanı yoktur. Çelişkili mahkeme kararlarının, bunlardan birine itibar edilecek olması durumunda, diğer ülkede, örneğin söz konusu hakem kararının tenfizine engel olması ihtimali, son derece yüksektir. Gerek mülklik gerekse usul hukuku kriterlerinin bir arada düzenlenmiş olmasının, ileride, Türk hukukunda ciddi problemlere neden olacağını söylemek, mümkündür.

Tahkimin milletlerarası niteliğinin temel borç ilişkisine mi yoksa bizzat tahkim anlaşmasının kendisine göre mi tespit edileceği, bir tercih meselesidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu, 2/I, b. 2, a, b ve bundan önceki 2/I, 1 maddesi hükümleriyle her iki kritere de, tıpkı UNCITRAL Model Kanunu'nda olduğu gibi yer vermiştir. Ne var ki, tahkimin milletlerarası niteliğinin tarafların iradesinde ve inisiyatifinde olmaması gerektiği düşünülmektedir. Tarafların tahkim yerine ilişkin, kendi iradeleriyle yapacakları bir seçim sonucunda, haklı bir neden de yokken son derece yerli-*domestic* bir tahkimin, birden milletlerarası tahkim sayılmasına yol açılabilecektir ki, böyle bir tercihin, *çoğu zaman kaçışın* hukukça korunur hiçbir yanı bulunmadığına inanılır.

4686 Sayılı Kanun'un 2/I, b.3 maddesi hükmü nedeniyle 4501 Sayılı Kanun'un ilgili hükmünün işlemez hâle geldiği, iddia edilemez. Her ne kadar, 4501 Sayılı Kanun kapsamında gerçekleşecek tahkim yargılamalarının 4686 Sayılı Kanun'a tabi olacağı açıkça düzenlenmişse de (MTK m. 1/V) aynı kanunun, yabancılık unsurunu tarif eden 2. maddesi, 4501 Sayılı Kanun hükümlerini saklı tuttuğundan (MTK m. 2/II) 4501 Sayılı Kanun yönünden geçerli *yegâne* yabancılık unsurunun, 4686 Sayılı Kanun'un 2/II. maddesi hükmü ile değiştirildiği sonucuna varmak, mümkün değildir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun zaman itibariyle uygulanmasına ilişkin geçiş hükümlerine yer verilmiş değildir. HUMK'un 578. maddesinde düzenlenmekte olan hükmün, usul sözleşmeleri için de aynen geçerli olup olmadığı, cevaplanmayı bekleyen ilk sorudur. Taraflar, özellikle milletlerarası tahkim yargılamasında, yaygın bir biçimde, irade serbestisinden yararlanırlar. Derhâl uygulanma prensibinin özellikle milletlerarası tahkimde, irade serbestisiyle arasında yaşanması olası bir çatışma yönünden, tekrar irdelenmesi gerekir. Bu noktada, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 17/I. maddesinin bir engel olarak görülmemesi gerekir. Zira zaman itibariyle söz konusu hükümlerin yürürlüğü, Kanun'da düzenlenmemiştir. Bütün bunların dışında, Milletlerarası Tahkim Kanunu, kendisine tabi olan tahkimlerin, taşıdıkları kimi özellikleri nedeniyle daha özel, özgürlükçü ve modern bir hukuki rejime tabi tutulması için yasalaşmıştır. Bu nedenle belki niteliği gereği değil; ama kanunun,

amacı, işlevi ve kendinden beklenenler nedeniyle tümüyle ve derhâl yürürlüğe girmesi gerektiği, rahatlıkla düşünülebilir. Sorunun çözümü için iki yol vardır: *Ya* tahkim anlaşmaları, hakemlerce uygulanacak kurallar, tahkimin devamı sırasındaki derdest mahkeme yargılamaları, hakem kararlarına karşı geçerli hukuki çareler gibi tahkimdeki çeşitli evrelerin her biri için özel cevaplar aranır *ya da* tek bir ilkenin kabulü yoluna gidilir.

Tahkim anlaşmaları (geçerlilik yönünden), yapıldığı zamanki hukuka tabidir. Eski kanun döneminde yapılmış tahkim anlaşmalarına da dayansa, yeni kanun döneminde başlatılan tahkim yargılamaları, yeni kanuna tabidir. Yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihte derdest tahkim yargılamaları, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, kaldığı noktadan itibaren yeni kanuna tabidir; eski kanun döneminde yapılmış, tamamlanmış olan işlemler, geçerliliğini muhafaza eder. Böylelikle yeni ve gelişmiş kanuna, öncelik/üstünlük tanınarak amaca daha uygun bir yorum yapılmış olmaktadır. Tahkim yargılamasının devamı esnasında, mahkemelere yapılan başvurular bakımından, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, mahkemelere yapılacak başvurular, yeni kanuna tabidir. Yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, mahkemeler önünde derdest yargılamalar içinse doğrudan mahkemeler önünde geçerli usulü ilgilendirenler, yeni kanuna tabi olup tahkime uygulanacak hükümler, yani içeriksel olanlar, eski kanuna tabidir. Yeni kanun döneminde verilen hakem kararlarına karşı, geçerli olan hukuki çareler, yeni kanuna tabidir. Eski kanun döneminde verilmiş hakem kararlarına karşı, yeni kanun döneminde karşı konulmak istendiğinde de, aynı sonuç geçerlidir. Eski kanun döneminde başlamış ve yeni kanun döneminde de derdest, hakem kararlarına ilişkin mahkeme yargılaması, eski kanuna tabi kalmaya devam eder.

Yargısal temel hak ihlallerinin tahkim içerisinde gündeme gelebileceği ilk durum, tahkim anlaşmasının geçerliliği, kapsamı (gerek kişi gerek konu yönünden) ve yorumudur. Zira tahkim anlaşması geçerli kabul edildiği sürece, tarafın, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak artık bir daha mahkemeye başvurması, mümkün değildir. Yine yargısal temel hakların muhtemelen en sık ihlale maruz kaldıkları yer, tahkim yargılamasıdır. Hakemlerin seçiminden hükmün verildiği ana kadar, tarafların sahip olduğu düşünülen yargısal temel haklar, teorik olarak her türlü ihlale açıktırlar.

İHAS rejiminin, özellikle 6/I. maddenin, tahkim için de geçerli ve uygulanabilir olduğu meselesi, şu üç durumdan hiç olmazsa birinin sağlanması hâlinde, büyük ölçüde, çözüme kavuşturulacaktır: Hakemlerin, İHAS madde 6/I'de düzenlendiği şekilde, "*tribunal*" olarak kabulü mümkündür. Sözleşme'nin 6/I. maddesinin *yatay uygulanabilirliği* vardır; özel kişiler arasında da geçerlidir. İHAS'ın 6/I. maddesinin tahkim yargılamaları yönünden hiç

olmazsa *dolaylı* olarak, mahkeme denetiminin gerektiği durumlarda ve bu nedenle devletin sorumluluğunun gündeme gelmesi hâlinde uygulanması mümkündür.

Hakem heyetinin hukuka (kanuna) uygun oluştuğunu; ancak kanun tarafından kurulmadığını belirtmek, tatminkâr değildir. Yukarıda sözü edilen hükmün gayesinin kişinin yürütmenin tek taraflı iradesi sonucunda, tabii hâkiminden koparılmasının önüne geçmek olduğunda, tereddüt duyulmamaktadır. Oysa burada, yani tahkim anlaşmasının yapılması hâlinde, birey, bir üçüncü kişinin tek yanlı iradesiyle değil; kendi sağlıklı iradesi sonucunda, tabii yargıcından ayrılmakta, onun yerine hakemleri ikame etmektedir. Bu yetkinin, *lex fori* (*lex arbitri*) tarafından da benimsendiği ve oluşan makamın da tıpkı kanun tarafından kurulan mahkemeler gibi yargılama yapacak olması gerçeği karşısında, hakem heyetlerinin de hükme konu “*tribunal*” olduğunda tereddüt edilmemelidir.

İHAS’ın özel hukuk ilişkileri üzerinde bir etkisinin olup olmadığı sorusu, genelde olumlu cevaplanmaktadır. Özellikle bireyin özgür iradesinin sakatlandığı yahut diğerleri üzerindeki egemen konumunu kullanmak suretiyle onları, bu tip özel hukuk ilişkilerine mecbur bıraktığı hâllerde, Sözleşme’nin duyarsız kalamayacağı söylenmektedir. Geçersiz bir tahkim anlaşmasıyla “*right to a court*” mahkemeye başvuru hakkı elinden alınmış birey, böyle bir haktan feragat, tarafların açık, özgür ve sağlıklı iradesiyle gerçekleşmediğinden, İHAS’ın korumasından yararlanmaya devam edecektir. Yatay etki anlayışının, güvence altına alınan hakkın etkin, efektif bir biçimde, korunmasını sağlamak yönünden son derece önemli bir işlevi olduğu düşünülmektedir.

Tahkim anlaşması ile tarafların, neyden vazgeçtiklerinin özenle tespiti gerekir. Tahkim anlaşmasına taraf olanların, aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde, devletin yargısının aksini kurguladıkları; uyuşmazlığın esasıyla ilgili olarak mahkemeye başvurma/ulaşma haklarından bir anlamda feragat ettikleri sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu sonuç, ilgilinin, aynı zamanda sahip olduğu tüm yargısal temel hakların özünden de mi feragat ettiğinin cevabını vermeye, yetmemektedir. *Mahkeme*, Sözleşme’nin 6/I. maddesinde yer alan kimi yargısal temel hakların üzerinde tasarruf edilebilmesini mümkün görmüşken; diğer bir kısım hakların ise bu türden olmadığına hükmetmiştir. Örneğin, mahkemeye başvuru/ulaşma hakkından yahut aleni surette yargılanma hakkından *ex ante* feragat mümkün olduğu hâlde; bu durum, tarafsız ve bağımsız hakemlerce yargılanma yahut hukuki dinlenilme hakkı için geçerli değildir. Kimi hâllerde, hakkın özünden feragat etmek mümkün değilse de bu, kişinin yargılama içerisinde, hakkın icrası için gereken hukuki çareleri tüketme şeklindeki hakkından da feragat edemeyeceği anlamına gelmemektedir.

Devlet, yargısal bir faaliyetin özel kişilerce de icrasını mümkün gördüğünden (MTK m. 5/I) “*administration of justice*”la -adaletin dağıtımıyla- ilgili olarak sistemdeki bir noksan nedeniyle gündeme gelen sorumluktan kurtulamaz. Bu durumun, tahkimin kaynağının devlet otoritesi olduğuna *ya da* tahkimle ilgili meselelerde, devletin aslında, egemenlik yetkisini devrettiğine *veya* hakemlerin esasen devlet yargısı içinde yer aldığına ilişkin görüşlerle de bir ilgisi yoktur. Burada gerçekleşen, en geniş anlamıyla devletin müsaadesi *ya da* oluru ile icra edilen; gerçekleşmesi tolere edilen, açıkça geçersizlik yaptırımına tabi tutulmayan bir yargısal faaliyetlerdir. Devlet, güvencesi altındaki hakkın sahibi tarafından (*bireyler arasında kalacak dahi olsa*) kullanılabilmesi için gerekli her türlü olumlu tedbiri almakla yükümlüdür ki, bu, gereğinde aynı devletin, hak ihlallerinin önüne geçebilmek için denetimsel işlevler yükümlenmesi anlamına da gelmektedir. Şu hâlde, yargısal temel haklarla ilgili hukuki rejim, tahkim yargılamasında da uygulanmalı ve hakemlerce dikkate alınmalı; (tarafların varsa aksi yöndeki iradelerine rağmen) hak ihlallerinin önüne geçilmelidir.

Tahkimin hukuki niteliği, yargısal temel hakların korunmasına yönelik ve fakat devlet yargısı için geliştirilen yorum ve içtihatların, tahkim için de birebir uygulanmasına çoğu zaman engeldir. Tahkim, irade serbestisine dayalı ve tüm yargılamanın bu ilke ışığında yürütüldüğü bir kurumdur. Böyle bir kurumun, ilgili yargısal temel hak ile çelişmekte olup olmadığı sorusunun cevabı aranırken irade serbestisi ilkesi ve örneğin adil yargılanma hakkının tabii sınırları, dikkate alınmalıdır.

Adil yargılanma hakkı kapsamında, kaçınılmaz olarak gündeme gelen, bir diğer ilke ise savunma hakkı ile de özdeşleşen ve fakat ondan da genel olan, *hukuki dinlenilme hakkıdır*. Hukuki dinlenilme hakkı, mutlak değildir; lakin hakkın özüne de zarar verilmemelidir. Söz konusu hak, taraflar yönünden bir yükümlülük değildir; tarafın hakkını kullanmaya zorlanması yahut hakkını kullanmaması hâlinde doğrudan aleyhine karar verilmesi, söz konusu değildir. Hakkın kullanımı, kimi süre ve şekil şartlarının da yerine getirilmesine bağlanabilir. Diğer tarafın yargılamadan usulünce haberdar edilmiş olması ve düzenlenen süre/şekil şartının da yerine getirilmemesi hâlinde, yargılamanın ve hatta kararın, söz konusu tarafın yokluğunda sürdürülmesi veya verilmesi mümkündür. Bu hâlde, tarafın, yargılamaya yahut tahkikata dair işlemin icrasına katılma konusundaki imkânından yararlanmak istemediği; hakkından feragat ettiği kabul edilir. Adil yargılanma hakkı içerisinde, bağımsız bir hak olan hukuki dinlenilme hakkı, *sadece* yargılama süresince değil; *ama* hem yargılamanın başlamasından önce ve hem de yargılamanın sona ermesinden sonra, taraflar arasındaki eşitliğin sağlanmasına/korunmasına yardım etmektedir.

Milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, hükmün verilmesinden önce, hakemlerce izlenen yargılama usulü hakkında, ya tarafların mutabakatı sağlanır ya da olası itirazları alınır. Böylece, *hem* taraf, varsa herhangi bir usulî eksiklikten haberdar edilmekte *hem de* hükmün verilmesinden önce taraflarca işaret edilecek eksikliğin gereğinde ikmaline gidilmektedir. Tarafın bu aşamada, talep ve şikâyetlerini ileri sürmemesi hâlinde, artık, aynı nedenle hakem kararına karşı koyması, mümkün değildir.

Hakemlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının yargılama içerisinde, gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken, sanki bu iki kavramın âdeta aynı olduğu veya en azından çakıştığı sonucuna varılabilir. Ancak bu, hiçbir zaman onları, aynı iki kavram hâline getirmemektedir. Bununla birlikte, milletlerarası tahkimin kendisine has özellikleri ve kimi pratik kaygılar, milletlerarası tahkim yargılamaları bakımından, bu her iki kavramın da aynı anda aranması gerektiği fikrini, oldukça zorlamaktadır.

Tarafsız ve bağımsız makamlar önünde yargılanmaya ilişkin haktan feragat edebilmenin mümkün olup olmadığı konusunda, İHAS bağlamında, en azından bugün için yerleşik bir görüşün bulunduğunu söylemek güçtür. Kural olarak ve *şayet mümkünse* güvence altına alınmış bir haktan feragat, ancak herhangi bir kamu çıkarı ile çatışılmaması hâlinde ve hiçbir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta söz konusu olabilir. Örneğin, genellikle kabul edildiği üzere, tarafsız ve bağımsız makamlarca yargılanmaya ilişkin yargısal bir temel haktan, daha baştan feragat etmek ya da feragat etmiş sayılmak mümkün değildir.

Pek çok millî hukuk bakımından hakemler, son derece tartışmalı olmakla birlikte tarafsızlık ve bağımsızlık konusunda hâkimler için geliştirilen kriter ve ölçülere tabi olup *taraf-hakemi* için de farklı bir anlayış kabul edilmiş değildir. Hâkim eğilim, taraf-hakemi olsun/olmasın hakemlerin her biri, eşit ölçüler altında tarafsız ve bağımsız olmak zorundadırlar ve bu husus, kamu düzeni karakterini haizdir. Bu noktada, tarafsız ve bağımsız makamlar önünde yargılanma hakkının ihlal edilmiş olması hâlinde, ortada, aslında yargı yetkisini haiz, geçerli bir yargılama makamı da olmayacaktır.

Hakemin reddi müessesesi sayesinde, tahkimin meşruiyeti ve her hâlde hukukiliği korunmaktadır. Böyle bir haktan feragatin mümkün olmadığı kabul edilse dahi hakkın kullanımı yönünden, kimi yerleşik sınırlamalar vardır. Örneğin taraf, seçtiği hakemi, ancak atamasından sonra öğrendiği sebeplere dayanarak reddedebilir. Yine, hakemin reddine sebebiyet veren maddi vakıanın öğrenilmesinden sonra da hakemin gecikilmeksizin reddi yoluna gidilmeli; öngörülen hukuken çareden süresi içinde yararlanılmaması hâlinde, tarafın, hakemin reddine ilişkin (*böylece tarafsız ve bağımsız hakemler önünde yargılanma*) hakkından feragat ettiği kabul edilmelidir. Hakem heyetinin oluşumuna katıldığı esnada yahut

yargılama sırasında, hakem heyetinin bir anlamda meşruiyetini derhâl tartışmaya açmayan tarafın böyle bir haktan daha sonra, özellikle yargılamanın ve hatta hükmün kendi aleyhine dönmesi durumunda, yararlanmaya çalışması, hukukça korunmamalıdır.

Yargılamadaki aleniyet, taraflara yabancı olan hâkimlerin yürüttükleri yargılamaya olan güveni artırmak; Sözleşme'nin 6/I. maddesinde düzenlenen yargısal temel hakların gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki kamusal denetimi sağlamak gayesini taşır. Oysa böyle bir güvene, özellikle tahkimde, ihtiyaç duyulmadığı açıktır. Zira tarafların seçip belirlediği hakemlerin, nasıl yargılama yapacakları konusundaki güven, daha baştan sağlanmıştı.

Makul sürede yargılanma hakkının ise tahkim yargılamaları için de gözetilmesinin gerekip gerekmediği, tartışmalıdır. Yaygın düşünce, devletin tahkim yargılamasında oluşan ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecek gecikmelerden sorumluluğunun olmadığı yönündedir. Oysa tahkimi, uyuşmazlıkların çözümünde, etkin ve adil bir yöntem olmaktan çıkaracak nitelikteki aşırı, keyfî, gerekçesiz gecikmelere, usulî kamu düzeni gerekleriyle engel olunabilmelidir. Zira tahkim yargılamaları yönünden, makul sürede yargılanma hakkının ya da gereksiz gecikmelere sebebiyet verilmemesi yönündeki prensibin uygulanmamasını gerektiren hiçbir neden yoktur.

Anayasa'nın 6 ve 9. maddeleri karşısında, tahkimin mutlaka bir Anayasal kaynağının bulunmasının gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Anayasa'nın 6/III. maddesi dikkate alındığında, ancak anayasanın kendisi, özel kişilere, bir devlet erkinin görülebilmesi bakımından yetki verebilir. Gerçi, başta tarafı olduğumuz milletlerarası düzenlemeler olmasaydı da, tahkimin (en azından özel hukuk kişileri arasında) herhangi bir anayasal engelle karşılaşmaması gerekirdi. Zira bireylerin, mahkemelere başvurmak şeklinde bir zorunluluk altında olmadığı, aksi yöndeki özgürlüğün de kendilerine tanındığı sonucuna varmak mümkündür.

Doğal hâkim ilkesinin, *hakkın sahibi olan birey dışında* başka kimselerce ihlali, mümkün değildir. O hâlde, bireyin *kendi isteğiyle* tabi olduğu mahkemeden ayrılması mümkündür. Bu, anayasal düzeyde tahkime, *dolaylı da olsa* geçerlilik kazandıran bir hükümdür. Yine, herkes, mahkemeye başvurup uyuşmazlığıyla ilgili davacı olma ve iddialarını ileri sürme hakkına sahiptir; ancak, buna da mecbur değildir.

Anayasa'nın yargı mercilerine ulaşılırken kullanılacak vasıta ve yolların *meşruiyetine* ilişkin ısrarında, bir anlam olmalıdır. Zira devletin, yargı yetkisini, aracılığıyla kullandığı mahkemelerin kanuni olduğunu ve fakat buna rağmen hâlâ meşru olmayabileceğini söylemek; aynı zamanda devletin bir fonksiyonunun, yani kendisinin meşru olmayacağı anlamına

geldiğinden, mümkün gözükmemektedir. Şu hâlde, yargı mercilerinin “meşru” olması meselesi, mahkemeler şeklindeki yargı mercilerinin Anayasa’nın başta 142. ve 37/II. maddelerine uygun olması; diğer yargı mercilerinin ise meşruiyet adına, daha başka kriterlerle bağlı tutulması anlamına gelecek, genişlikte yorumlanmalıdır. Bu sayede, tahkim, *hem* bir yargı mercii olarak meşru sayılabilecek *hem* de anayasal bir temel kazanarak yine anayasayla güvence altına alınmış *hak* olarak kabul edilebilecektir.

Tahkime gitmek, bireyin temel bir hakkıdır; mahkemeye başvurmakta, tahkime de gidilebilir. Bu hak, diğer anayasal haklar gibi korunmalı ve ona, yani tahkim anlaşmasına, özellikle mahkemelerce saygı duyulmalı, itibar edilmelidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasının çözümü yönünden mahkemeler, yegâne yahut asli yargı mercileri değildir; bu nedenle tahkim de artık onların bir istisnası yahut ikamesi olarak görülmemelidir. Hakemler tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde, yine bireylerce başvurulabilecek; mahkeme yargı yoluna eşit güçteki, önemdeki ve değerdeki bir yargı merciidir.

Tahkim kayıtları ile tahkim sözleşmeleri arasında, özellikle tahkim anlaşmalarının maddi ve şekli geçerliliği ile kapsamının tespiti ve yorumlanmaları konusunda, kural olarak, bir fark bulunmamaktadır. Ancak bu, özellikle tahkim sözleşmelerine ilişkin, kimi özel durumların geçerli olmadığı anlamına da gelmez: Tahkim sözleşmeleri, uyuşmazlığın yaşanmasının ardından *belli* taraflar arasında, *belli* bir *uyuşmazlığa* özgü olarak kaleme alınırlar. İçeriklerinin yorum yoluyla genişlemesi veya değişmesi, mümkün değildir. Tahkim yargılamasının sona ermesinin ardından hiçbir geçerliliği yoktur; aynı tahkim sözleşmesine bir kez daha dayanılması mümkün değildir; zira yargılamanın sona ermesiyle tükenirler. Buna karşın, tahkim kayıtları, tek bir defalık değildirler. Aynı hukuki ilişkiyle fakat farklı bir uyuşmazlıkla ilgili olarak belki de farklı taraflar arasında, yeni bir tahkim yargılaması, başlatılabilir.

Ayrılabilirlik ilkesine göre, ana sözleşme içinde yer alan tahkim kaydı, ana sözleşmeden bağımsız ve ondan ayrı bir sözleşmedir. Mesele, ne ana sözleşmenin ne de tahkim kaydının geçerliliklerinin birbirine bağlı olmasıdır. Ana sözleşmenin sona ermesi veya hukuka aykırılığı, tahkim kaydına bağlı olarak şekillenen hakemlerin yargı yetkisini etkilemez. Söz konusu ilke, tahkim kaydının bu tip itirazlarla bertaraf edilmesinin önüne geçtiği ve tarafların tahkim üzerindeki müşterek iradelerinin korunmasına yardımcı olduğu gibi, hakemlerin yargı yetkisinin de âdeta garantisi niteliğindedir.

Tahkim anlaşmasının değişik yönlerine ilişkin uygulanacak hukukun tespiti, açıklıkla henüz çözüme kavuşturulmuş değildir. Her bir durumda, uygulanacak hukukun tespiti bakımından, değişen zamana bağlı olarak farklı bağlanma noktalarının tercih edilmesi

mümkündür. Örneğin, hakem kararı verinceye kadar geçen zaman ve harcanan emek dikkate alındığında, tahkim anlaşmasının varlığının sorgulandığı bir durumda, tahkim anlaşmasının olabildiğince geçerliliği yönündeki yaklaşımların benimsendiği, görülür. Farklı zamanlarda ve farklı makamlarca konuya ilişkin farklı kuralların uygulanacak olması, tüm aşamalar için geçerli, tek bir kuralın varlığını, haklı kılmaktadır. Bir çelişki gibi gözükse de bu farklılaşmanın, aynı ülke içerisinde, mahkemelerin söz konusu konuyu inceledikleri zamana bağlı olarak gerçekleşmesi dahi mümkündür.

Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği, pek çok ülke hukukunda ve milletlerarası düzenlemede, doğrudan, maddi devletler özel hukuku kuralları getirilmek suretiyle düzenlenmiştir. Milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşmasını akdedenlerin ehliyetleriyle nadiren ilgilenilmiştir. Ehliyet sorunu, çoğu kez, temsil ve sübjektif tahkime elverişlilik konuları ile birlikte değerlendirilmiş; karşılaştırmalar, bu üç başlık arasında yapılmaya çalışılmıştır. Ehliyet sorununun gerçek ve tüzel kişiler yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi, yerinde olur. Her iki durum için de tercih edilen, genellikle, meselenin klasik kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümdür. Oysa milletlerarası tahkimde ve özellikle tüzel kişiler yönünden, bazı maddi kurallardan hareket edilmesi de önerilmektedir. Buna göre, milletlerarası tahkimde, ticari aktivite icra eden tüzel kişiler yönünden tahkim anlaşması yapabilmek bakımından hiçbir ehliyet sınırlaması söz konusu değildir. Bu sayede, söz konusu tüzel kişinin çoğu kez kendilerine uygulanacak millî hukuk yardımıyla tahkim anlaşmasından kaçınmasına mâni olunur. Gerek ehliyet gerekse temsile ilişkin konularda, millî hukuklara öncelik veren ve çoğu kez tarafın, âdeta kendi millî hukukuna sığınarak bir milletlerarası ilişkideki yükümlülüğünden kaçınmasına neden olacak anlayışın, aşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Özellikle karşı tarafın, böyle bir eksikliğe maruz kalındığından habersiz olması durumunda; işlemin sıhhatine yönelik haklı bir güveninin de bulunması hâlinde, artık anılan eksiklikten hareketle tahkim anlaşması, geçersiz sayılmamalıdır.

Tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği söz konusu olduğunda, uygulanması beklenen, genelde iki kriter, ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, *uygulamada nadiren görülen* tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, ayrıca belirlemiş olmaları ihtimalidir. Bu esnada, çoğunlukla hukuki ilişkinin esasına taraflarca uygulanması öngörülen hukukun, herhangi bir özel belirleme içermeyen tahkim kaydı için de geçerli olup olmadığının yorumlanması sorunu, ortaya çıkmaktadır. İkinci kriter ise tahkim anlaşmasının, tahkim yeri millî hukukuna göre geçerli olmasını, aramaktır (**MTK m. 4/III**). “*Geçerlilik prensibi*” adı altında, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sadece kendisine atfen sorgulanması, tartışmalıdır. İddia edildiği şekliyle böyle bir anlayış, özellikle Fransız hukukunun genişlemeci ve

emperyalist bir eğilim içinde bulunmasına, yol açmaktadır. Oysa tahkim anlaşmasının geçerliliğini sorgulayan Fransız mahkemeleri, meseleyi, kendi hukukunda, *lex fori'de* kabul edildiği şekilde, belli bir veya birkaç millî hukuka göndermede bulunmayı tercih etmeksizin; bir maddi kural gibi, doğrudan milletlerarası ticaretin gereklerine ve bunun da sınırı olarak Fransa'nın milletlerarası kamu düzenine atfen çözümlenmektedir. Bu, Fransız hukukunun bir tercihidir; Fransız mahkemelerince uygulanacak bir kriterdir.

Şekil şartına yönelik düzenlemeler, tarafların samimi ve gerçek iradelerinin varlığının tespitine yardımcı olurlar. Tahkim anlaşması, madem ki, tarafların aynı zamanda anayasal hakkı olan uyuşmazlıklarını mahkemeler aracılığıyla çözebilmek imkânından mahrum etmektedir; o hâlde, söz konusu şekil şartının temel gayesi de, tarafların bu yöndeki iradelerinin net, yalın ve samimi olmalarını temin etmektir. Söz konusu şekil şartı, taraflar arasında, böyle bir sözleşme akdedildiğinin de ispatına yarar. Söz konusu ikaz/koruma ve delil olma işlevleri, şekil şartına yönelik kuralların ne ölçüde geniş ve esnek yorumlanacağına ilişkin önemli bir sınır oluşturmaktadır. Anılan ikaz, tarafın, üzerinde tasarruf edebileceğinde tereddüt duyulmayan ve fakat niteliği gereği yargısal bir temel hak olan mahkemeye ulaşma hakkından artık mahrum kalacağına yönelik olup delil işlevi ise özellikle yürütülecek tahkim yargılamasına ilişkin kimi son derece önemli detaylar hakkındadır. Tercih edilecek çeşitli düzeylerdeki esnek yahut geniş yorum sonucunda, taraf, anılan yargısal temel hakkından kolayca feragat etmiş sayılacak; tarafların tahkime ilişkin sağlıklı iradelerinin olup olmadığı şüphesi, tüm tahkimi gölgeleyecek üstelik yargılamayla ilgili çok sık çekişme yaşanmasına yol açabilecektir. Şekil şartının ticari ihtiyaç ve gereklerle örtüşüp örtüşmediği de tartışmalıdır. Bir tahkim anlaşması, artık, kimi yargısal temel haklardan feragat olarak görülmemeli; bu yolla millî mahkemelerin devre dışı bırakıldığı yahut onların aksinin düzenlendiği sonucuna varılmamalı; tam aksine, bu sayede, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde tabii forumun yaratıldığı, kabul edilmelidir. Kaldı ki, şekil şartları, bir bütünlük veya yeknesaklık sağlamaktan çok; başta taraf iradelerinin teati edilmesinin gerekip gerekmediği olmak üzere daha zor ve yeni sorunlara sebebiyet vermektedir.

Tahkimin maddi geçerliliği/tahkim anlaşmasının bağlayıcılığıyla ilgili olarak tahkime yabancı üçüncü kimseler yönünden şekil şartının geçerli/gerekli olmadığı savunmaktansa şekil şartı konusunda, daha esnek bir yorumun tercihiyle tahkimin üçüncü kişilere sirayeti konusunda, *hem maddi hem de şekli geçerliliğe* ilişkin hükümlerin uygulanmasının mümkün olduğu, iddia edilmektedir. Gerçi, tahkimle bağlı kılınmaya çalışılan kimsenin içinde bulunduğu durum da, özel bir önem arz etmektedir. Bu kimsenin, tahkim kaydının varlığından zaten haberdar olduğu (*sözleşme görüşmelerine katılmakla*); tahkim kaydını da içeren asıl

hukuki ilişkinin icrasında ve edimlerin ifasında, kendi *adına* rol aldığı; üstelik kendi hesabına çıkar temin ettiği durumlarda, yeri geldiğinde, bir sözleşmesel külfet olan tahkim kaydından kaçınmasının yahut ona karşı korunmasının, milletlerarası ticaretin gerekleri, iyiniyet ve dürüstlük kuralları ışığı altında bir kez daha sorgulanması gerektiği düşünülmektedir. Aksi düşüncenin kabulü, şekil şartıyla korunmak istenen menfaatin aşılması anlamına gelebilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/II, *son cümle* hükmüyle ilgili olarak tıpkı İngiliz hukukunda geçerli olduğu gibi ve özellikle ZPO §1031/IV hükmünden cesaret alarak, hiç olmazsa bir ayırım yapılmalı; konişmentolar için ve benzer özellikleri gösteren durumlarda, doğrudan, açık bir atfın varlığı aranmalıdır. Gerçi, kanunun açık lafzı nedeniyle İngiliz hukukunda, zayıflayarak da olsa hâlâ savunulmaya devam eden görüşün bizim için de geçerli olmasını iddia etmek, güçtür. Dahası, mehaz Model Kanun yönünden de herhangi bir ayırma gidilmeksizin, genel bir atfın yeterli olacağı sonucuna varılmıştır. Ancak, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, bir ayırımın yapılması veya İsviçre hukukunda içtihatlarla geliştirilen kriterlerin bizler için de geçerli olması, hükmün amaçsal yorumu sayesinde, mümkündür. Öyleyse, Türk hukuku bakımından, konişmentolarla ilgili olarak tahkim kayıtlarının maddi geçerliliği konusunda, varılacak sonuç, şu şekilde olmalıdır: Taraflar arasında geçerli sözleşmenin, arkasında (arka sayfasında) yer alan hükümlere yahut ona ekli olmak kaydıyla bir başka sözleşmeye yapılan atfın, genel atıf biçiminde olması, yeterlidir. Taraflar arasındaki sözleşmenin, aynı taraflar arasında, önceden yapılmış bir başka sözleşmeye yaptığı atfın da, genel atıf biçiminde olması, gerekir ve yetiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin, genel hükümlere (*standart hükümlere yahut genel işlem şartlarına*) yahut taraflardan biriyle üçüncü bir kişi arasında geçerli olan sözleşmeye yaptığı atıflar bakımından; *ya* tahkim kaydına yönelik doğrudan bir atfın bulunması (ZPO §1031/IV); *ya da* İsviçre hukukunda olduğu gibi, tarafların niteliği veya taraflar arasındaki ilişkinin içeriği vb. somut olayın özelliğiyle ilgili kimi harici bulguların, tarafın tahkim kaydının farkında olduğunu, ortaya koyması gerekir.

Tarafların, yapılan atfın aynı zamanda, bir tahkim kaydını da içerdiğinin farkında olmaları gerekir. Madem ki tarafın, tabii hâkimi yerine, tahkimi tercih etmiş olması, yani uyuşmazlığın esasıyla ilgili mahkemeye ulaşma hakkından feragat etmiş sayılması için tahkim hakkında açık, hiçbir tereddüde yer vermeyen, sağlıklı bir iradesinin bulunması gerekir; bu şartın gerçekleşmesi bakımından, bizim için iki yol vardır: *Ya* tıpkı Alman hukukunda düzenlediği şekilde, doğrudan bir atfın varlığını ararız; *ya da* açık atfın bulunmaması hâlinde, İsviçre hukukunda geçerli olan ayırımı esas alarak somut olayda bulunması gerekli, bazı özelliklerinin tespiti yoluna gideriz. İHAS özelinde, tabii hâkimden feragat için hiçbir

şüpheye yer vermeyecek kadar açık; sağlıklı bir iradenin varlığı aranmışsa da özel bir şekil şartı, getirilmiş değildir. Kanunumuz bakımından bu sonuçların, yapılacak amaçsal yorum yoluyla elde edilmesi, mümkündür.

Çerçeve sözleşme-takip eden sözleşmeler zinciri gibi bir ilişki olmadan da taraflar arasında yapılan bir dizi sözleşme içerisinde, bunlardan bir kısmında, tahkim kaydına yer verilmiş olduğu hâlde, tahkim kaydını içermeyenler yönünden de söz konusu tahkim iradesinin bağlayıcı ve geçerli olup olmayacağı, somut olayın özellikleriyle yakından ilgilidir. Yine taraflar arasında geçerli ve tahkim kaydını da içeren bir sözleşmenin tadiline, değiştirilmesine veya ona yapılacak eklemelere ilişkin ve fakat ayrı bir tahkim kaydı içermeyen diğer sözleşmelere de, var olan tahkim iradesinin sirayet edip etmeyeceği, bir yorum meselesi olup arkadan gelen sözleşmelerin ana sözleşmeyle olan tadil, ekleme ya da değiştirme şeklindeki bağlantıları korunduğu sürece, böyle bir sirayetin mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Alacağın temlikî hâlinde ise tahkim anlaşmasının, temel borç ilişkisine karşı sahip olduğu bağımsızlık fikri, ilk bakışta, tahkimin, temlike konu alacakla arasındaki ilişki yönünden, bir rüçhan hakkı yahut bir müteferri hak olmasına engeldir (BK. m. 168/I). Buna karşın, bir görüşe göre, varılan bu sonucun, ayrılabilirlik ilkesi ile en azından amaçsal olarak çatıştığını söylemek, güçtür. Zira söz konusu ilkenin temel gayesi, tahkimi, tarafların da iradesine uygun olarak ayakta tutmak; temel borç ilişkisinin yaşayabileceği olumsuzluklardan tahkimi kurtararak yaşatabilmektedir. Oysa alacağın temlikinde, ayrılabilirlik ilkesinde ısrar, bizzat söz konusu ilkenin amaçları ile çelişmekte; tahkime zarar vermekte; tahkimi işletilemez bir hâle getirmektedir. Tahkimin tarafları, temel borç ilişkisinden kaynaklanan alacak-haklarını temlik ederek, tahkimden bir anlamda kurtulmakta; kalan tarafın ise yaşanacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği konusundaki inancı, temlik alanın tahkim kaydıyla bağlı olmayacak olması nedeniyle zarar görmektedir. Buna karşın, tahkim, kendi içinde hak ve *yükümlülükler* içeren bir bütündür. Alacağın temlikinde, borçlunun rızası aranmazken (BK m. 162/I); borcun naklinde, alacaklının muvafakati gerekir (BK m. 173/I). Kaldı ki, tahkimin ayrıca kararlaştırılmasa dahi şahsa özel, kişiyle alakalı durumu, görmezden gelinmemelidir. Tahkim anlaşması ile temlik alan, mahkemeye ulaşma hakkından da mahrum kalmaktadır. Bu durumda, hiç olmazsa temlik metninde, temel borç ilişkisindeki tahkim kaydına bir atfın varlığını aramak ve temlik alanı, tahkim kaydından da haberdar etmek, yazılı şekil şartını aramamanın bir bedeli olmalıdır.

Tahkim elverişlilik, sözleşme özgürlüğünün bittiği; bir yargılamanın kamusal özelliklerinin görülmeye başladığı noktanın adıdır. Mesele, hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceğiyle ilgilidir. Tahkime elverişlilik şeklindeki bir kullanım, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve kapsamına yönelik olabileceği gibi, uygulamada ve öğretilerde, daha ziyade uyuşmazlığın esasının tahkim yoluyla hallinin mümkün olup olmadığıyla ilişkilendirilmektedir. Bunlardan ikincisi, tahkime elverişliliğin klasik kullanımına işaret etmektedir.

Anayasa'nın 4446 Sayılı Kanun ile değişik 125/I. maddesinin ardından, en azından Türk devleti ve kamu tüzel kişileri için tahkime taraf olmak konusunda, herhangi bir sınırlamanın bulunduğu bahsetmek mümkün olmasa gerek. Dahası Türkiye, hem 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin hem de 1965 Washington Sözleşmesi'nin (1965 ICSID Sözleşmesi m. 26) tarafıdır ki, artık kendisi yönünden bir subjektif tahkime elverişlilik sorununun gündeme gelmesi olası değildir.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde, tahkime elverişlilikle ilgili ve içeriğinin genişletilmesi yönündeki genel eğilime uygun olarak, iki tür yaklaşımın kabul edildiği, söylenebilir. İlki, tümüyle kendi kendine yeter; maddi devletler özel hukuku kuralı kriteridir. Bu tip, geniş tahkime elverişlilik kriterlerinin bulunduğu durumlarda, çok nadir sorunun yaşanacağı açıktır. Zira taraflar bakımından maddi değeri olan iddialar yahut en azından taraflardan biri için parayla ölçülebilecek bir değeri haiz hakkın varlığı, tahkime elverişlilik için yeterlidir. *Ancak*, ülke mahkemelerinin, söz konusu meseleyle ilgili münhasır yargı yetkilerinin, yargı tekellerinin bulunduğu tespit edilmesi hâlinde, anılan uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı, kabul edilecektir. Ekonomik menfaatleri haiz konularda, devletin yargı tekeli muhafaza etmesinin artık yerinde ve gerçekçi olmadığı, kabul edilmiştir. İkinci kriter *ki*, ilkinde göre hem daha eski hem daha yaygındır, tarafların uyuşmazlık üzerinde, tasarrufta bulunabilme veya uzlaşabilme ehliyetlerinin bulunup bulunmamasıyla ilgilidir (**MTK m. 1/IV; Tasarı m. 412**).

Tahkime elverişlilik sorunu, emredici hukuk normlarından yahut bir meselenin salt kamu düzeniyle alakalı olmasından değil; söz konusu kamu düzeninin doğrudan ve açıkça ihlal edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Geçmişte, tahkimin tarafları arasında, özellikle ekonomik bir dengenin olması gerektiği ve anılan dengenin bulunmaması yahut kaybolması durumunda, artık tahkimin batıl kabul edilmesi fikri savunulmuşsa da (ZPO eski §1025), bu düşünce tarzı, önce milletlerarası tahkim alanında ancak daha sonra iç tahkimde de değişmiş ve yerini, hakemlerin de (milletlerarası) kamu düzenini ilgilendiren hususları kendiliğinden

gözetebilecekleri ve hatta bununla zaten yükümlü oldukları anlayışına bırakmıştır. Tahkim anlaşmaları, *derhâl*, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle geçersiz sayılmamalıdır. Bir meselenin salt kamu düzeniyle olan ilintisi anılan sorunu tahkime elverişli olmaktan çıkarmamalıdır. Bu yolla tahkim anlaşmasının taraflarının özellikle birbirlerine karşı korunması sağlanmak isteniyorsa, bunun tahkim usulü içerisinde gerçekleştirilmesi de pekâlâ mümkündür. Tahkimin artık, milletlerarası (*hukuk*) düzenin(in) ayrılmaz ve zorunlu bir ögesidir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması/tenfizi sırasında gösterilen saygı, itibar ve anlayışın aynen milletlerarası tahkim için de geçerli olması gerekir.

Hakemlerin, milletlerarası kamu düzeni değerlerini dikkate almak kaydıyla yine de, temel borç ilişkisi yönünden bir hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığına karar verebilmeleri gerekir. Belki de üzerinde yoğunlaşılması gereken husus, milletlerarası tahkimin ve hakemlerin, tenfiz yolu üzerinden, hukuka aykırı sözleşmelerin icrasını mümkün kılmak amacıyla kullanılan birer piyon hâline gelebilmesi tehlikesidir. Uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı ve bu nedenle hakemlerin artık yargı yetkilerinin kalmadığı sonucuna ulaşmaktansa iptal veya tenfiz yargılamasında, gerek ana sözleşmenin gerekse tahkim anlaşmasının icrasının hukuka aykırılık nedeniyle lekelenmesini engelleyecek ölçüde, vakıa ve tahkikat temelindeki eksikliğin oluşmasını engellemek, daha tercihkârdır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun geçerli olduğu bir meselede, tarafların örneğin LCIA Rules üzerinde de anlaşmaları hâlinde, söz konusu tahkim kuralları bakımından tahkimde süreye ilişkin bir belirleme olmamasına rağmen Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B/I maddesinin her hâlükârda uygulanmasının gerekip gerekmediği, tarafların tahkimleri yönünden geçerli bir sürenin bulunmamasını istemek, bunu kararlaştırmak haklarının olup olmadığıyla ilgilidir. Taraflar, böyle bir yükümlülük altında değildir. Zira MTK'nın 8/A. maddesiyle çok açık bir biçimde, kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla tahkim usulünün serbestçe belirlenebileceği düzenlenmiştir. Taraflarca, tahkimde süreye ilişkin hiçbir hükmün bulunmadığı tahkim kuralları üzerinde anlaşılmış olmasına rağmen, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B/I maddesinin yine de uygulanacağını kabulü, ancak bu hükmün *lex loci arbitri*'nin *emredici normlarından olduğunun* tespiti ile mümkündür. Tahkimde süreye ilişkin bir düzenleme, milletlerarası tahkim uygulamasında, millî tahkim kanunları düzeyinde, sıkça kabul edilen bir husus değildir. Oysa tahkim yerinin Türkiye olduğu, milletlerarası tahkim yargılamaları bakımından (**MTK m. 1/II**) kanunun ilgili hükmünün (*emredici niteliği gereği*) kendiliğinden ve belki de tarafların rızası hilâfına, uygulanması düşünülebilir ki, tartışmalı olan saha, burasıdır.

Tek hakemli tahkim yargılamaları yönünden, kanunun düzenlemiş olduğu “...*hakemin seçildiği...*” anın, aydınlatılması gerekir (MTK m. 10/B/I). Süre, şayet tek hakem, taraflarca seçilmiş ise hakemin görevi kabul ettiği andan itibaren; mahkeme tarafından atanmış ise mahkeme kararının hakem olarak atanan kimseye tebliğinden itibaren işletilmelidir. Özellikle, tek hakemin mahkeme tarafından atanması hâlinde, aksi bir düşüncenin kabulü durumunda, mahkeme kararının atanan hakeme tebliğ edilmediği her an, tahkim süresi işleyecek ve fakat bundan habersiz olan hakem ise yargılamayla ilgili hiçbir iş yap(a)mamış olacaktır; böyle bir durumda, geçen süre nedeniyle hakemi sorumlu tutmak da mümkün olmasa gerekir. Kaldı ki, sürenin bu şekilde, *boşa geçmesine neden olacak bir yorum da* her hâlükârda, kanunun düzenleniş amacıyla çelişecektir. Tek hakemin seçildiği anı, lafzına olabildiğince uygun ve aynı zamanda amaçsal bir yoruma tabi tutarak mukayeseli hukuktaki düzenlemelere benzer bir biçimde, görevin kabul edildiği an (*görevden haberdar olduğu an*) şeklinde yorumlamak daha uygundur.

Tahkim süresinin sona ermesi ile birlikte, tahkim anlaşması, uyuşmazlık konusuyla sınırlı olarak geçersiz kalmakta ve hakemlerin uyuşmazlık üzerindeki yargı yetkileri sona ermektedir (MTK m. 10/B/II). Süresinden sonra verilen, şayet varsa bir kararın, iptali de mümkündür (MTK m. 15/A/II, b.1, c) . Esasen bu, bir *competence-competence* meselesidir. Hakemlerin yetkilerini aştığı hususunun da taraflarca derhâl ileri sürülmesi gerekir (MTK m. 7/H/III). Sürenin geçmiş olmasına rağmen taraflardan birinin, hakemlerin yargı yetkisine derhâl itirazda bulunmaması hâlinde, (*hakemlerin yargı yetkileri konusunda resen bir karar vermeleri, kural olarak mümkün değildir*) -olası bir gecikmiş itirazın reddi (*karş. MTK m. 7/H/IV*) ile- yargılamanın kaldığı yerden devamı gerekeceğinden bu durum, aynı zamanda, zımnen de olsa, taraflar arasındaki tahkim süresinin uzatılması şeklinde, değerlendirilecektir. Bütün bu nedenlerle: Süresinin sona ermesinden sonra da tarafların açıkça veya *zımnen* (MTK m. 7/H/III; *karş.* HUMK m. 519; 529) tahkim süresi konusunda anlaşmaya varmaları, mümkündür. Bu son hâlde, tahkim süresi, zorunlu olarak *belirsiz* kalacaktır.

Hakemlerin bizzat kendilerinin, tahkim süresini uzatmaları mümkün değildir; böyle bir yetki sadece taraflara tanınmıştır. Oysa Fransız hukuku bakımından, taraflar yanında hakemlerin de mahkemeye sürenin uzatılması için başvurmaları mümkündür.

Tahkimde işlemeyeceği hükme bağlanan altı aylık sürenin (MTK m. 11/B), hakemlerin taraf olma niteliğinin kaybedildiğini öğrendikleri tarihten itibaren başlaması gerekir. Bu, *gerek* tahkim yargılamasının *gerekse* kendisine hiçbir söz hakkı tanınmayan, yargılamanın ve tahkim anlaşmasının diğer tarafının lehine olan bir yorumdur. Hükümün, yargılamanın diğer tarafın yokluğunda görülmesine mâni olmak şeklinde, son derece haklı bir menfaati gözettiği,

anlaşılmaktadır. Ne var ki, sağlanmak istenen iyiniyetli sonucun çok ötesinde, diğer bir takım sorunlara ve haksızlıklara da neden olunabilmektedir.

Çok taraflı tahkimle neyin kastedildiği konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekir: Tek bir sözleşmenin ikiden fazla tarafı olabilir veya tarafları farklı ve fakat yakın ilişki içinde, ekonomik bir bütünlüğün parçaları olan birden çok sözleşme, bulunabilir. Çözümü gereken sorunlar, ilk durumda, ağırlıklı olarak taraflara, özellikle hakem heyetinin oluşumunda ve daha sonra yargılamanın icrasında, eşit muamele edilip edilmediği noktasında toplanmaktadır. *Çok sözleşmeli/çok taraflı tahkimde* ise çözümü beklenen meseleler, mevcut bir tahkim yargılamasının tarafları dışında, bir üçüncü kişinin bu yargılamaya katılmasının (*joinder*) veya taraflardan birinin söz konusu üçüncü kişiyi, bu yargılamaya dâhil edebilmesinin ya da paralel, birden fazla tahkim davasının birleştirilmek suretiyle (*consolidation*) tek bir yargılama içerisinde tamamlanabilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Çok taraflı tahkime özgü en güncel sorun, hakem heyetinin oluşumudur. Çok taraflı tahkimle ilgili hükümler de, zaten çoğu kez bu konuyu, düzenlemektedir. Özellikle üç kişilik hakem heyetinin oluşumu, en problemlili sahadır. *Dutco* içtihadı, pek çok tahkim kurumunun kendi tahkim kurallarında, çok taraflı tahkimde, hakem heyetinin oluşumu konusunda, değişiklik yapması sonucunu doğurmuş; genel olarak (aynı *yanda* bulunan) tarafların ortak bir hakem üzerinde anlaşamamaları hâlinde, bu sefer (*tüm*) hakemlerin (veya *kimi zaman sadece her iki taraf hakeminin*) ilgili tahkim kurumunca atanması ve taraflar arasındaki eşitliğin böylece sağlanması yoluna gidilmiştir. Bu yöntemin de tarafları, tahkim yoluyla sahip oldukları önemli bir avantaj olan (inandığı ve güvendiği) kendi hakemini seçebilme imkânından alıkoyduğu ortadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi tahkim yargılamalarında, *Dutco* kararına benzer bir çekişme ile karşılaşan Türk mahkemelerinin nasıl bir karara varacağı, düzenleme boşluğu da dikkate alındığında, hayli zor ve ilginç bir meseledir. Kanunda ZPO §1034/II'ye yahut Hollanda CCP Art. 1028'e benzer bir hüküm yoktur. ZPO eski §1025/II'de düzenlendiği gibi, tahkim kaydının tümüyle geçersiz sayılması, ihtimal dâhilindedir. Milletlerarası tahkimde, mahkemelerin rolü, sadece denetim değil; ama aynı zamanda tahkimin desteklenmesi, korunması biçimlerinde de olabilmektedir. Böyle bir durumda mahkemelerin, düzenleme boşluğuna rağmen; hem tarafların tahkim iradesini koruması hem de taraflar arasındaki, örneğin hakem heyetinin oluşumundaki eşitsizliği gidermesi gerekir.

Tahkimin irade özgürlüğüne dayanan sözleşmesel temeli, tarafların, tahkim anlaşmasında, üçüncü bir kişiyi *-iradesi hilafına-* söz konusu yargılamaya katılmak yönünde

bir mecburiyet altına sokmalarına ve herhangi bir üçüncü kişinin de tahkim anlaşmasının taraflarının iradelerine aykırı olarak yargılamaya müdahale etmesine mânidir. Çok taraflı ve çok yönlü ilişkilerden kaynaklanan tahkim, klasik devlet yargısına yabancıdır. Aynı anda, tarafları da farklı iki yargılamanın bir arada yürütülmesi, sadece iki taraflı yargılama esasını değil; tahkime özgü –*nispilik, gizlilik* vb.- kimi değer yargılarını da zorlamaktadır. Lakin tahkim yargılamasının tarafının, bu ilk yargılamada özellikle kendisiyle ilgili varılan sonuçlara dayanarak bu sefer başkaca kimseler aleyhine, kimi hukuki yollara başvurması durumunda, dayanılan sonuçların aksine ve onlarla çelişen yeni hükümlere varılmaması beklenir. Anılan bu son ve haklı menfaatin sağlanması yönünden, çok taraflı tahkimin sözü edilen türünden yararlanmak yerine, özellikle usul hukuklarında geçerli olan ve klasik ihbar-(ferî) müdahale anlayışlarından yararlanılması; benzeri hükümlerin tahkim yargılamaları için de geçerli kılınması, öğretide önerilen bir çözüm yoludur. Yine tahkim davalarının birleştirilmesiyle elde edilecek veya korunacak değerlerin, daha pratik başka yollarla sağlanmasının mümkün olup olmadığı da gündemdedir. Örneğin yasal birleştirmenin mümkün olmadığı bir hâlde, *filî* birleştirmenin, irtibatlı uyuşmazlıkların çözümünde, aynı hakem veya hakemlerin seçilmesi-atanması yoluyla sağlanması, önerilen çözümlerdendir

Tahkim yeri Londra olan bir tahkim anlaşmasına rağmen milletlerarası ilişkinin Türk tarafının, Türk mahkemelerinde uyuşmazlığın esası ile ilgili olarak dava açması hâlinde, İngiliz muhatabı tarafından çoğu hâlde, başvurulacak hukuki çare ve Türk tarafın maruz kalacağı tehlike, bir *anti-suit injunction* olacaktır. Bir *anti-suit injunction*'a hükmedebilmek için yine mahkeme içtihatlarıyla geliştirildiği üzere, iki ana nedenin bulunması gerekir; *ya* uyuşmazlığın esası ile ilgili olarak İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisinin korunması *ya da* taraflar arasında bir sözleşmesel ilişki bulunmasına karşın söz konusu sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşmeye de aykırı olarak yabancı bir ülkede dava açması gerekmektedir. Bu son durumda, İngiliz mahkemeleri, *ya* bir milletlerarası yetki sözleşmesiyle tercih edilmiş olmalıdır *ya da* taraflar arasında, örneğin tahkim yeri Londra olan bir tahkim anlaşması bulunmalıdır. Bu nedenlerle de yabancı ülkedeki derdest yargılamanın bir an evvel sona erdirilmesi gerekmektedir. Uygulamada sıklıkla görülen kararlar, tahkimin aleyhine olarak yürütülen ve onun ihlali anlamına gelen mahkemedeki davaların engellenmesine yönelik olanlardır. Böyle bir kararın amacı, taraflar arasındaki geçerli bir anlaşmanın korunması ve icrasıdır. Bu yöndeki bir kararın verilmesine genellikle sebebiyet veren durum, tahkim anlaşmasının da konusunu oluşturan uyuşmazlıkla ilgili yargılamanın bir başka ülkede, o ülke mahkemeleri önünde başlatılması veya sürdürülmesidir.

Anti-suit injunction 'ların tenfizi problemlidir. *In personam* niteliğe sahip bu kararlar, yabancı mahkemelerce özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olanlarca, yargılama sistemleri üzerine kabul edilemez bir müdahale olarak görülmektedir. Kararın muhatabının, kararın verildiği ülkede, mahkeme emrine riayetsizlik nedeniyle haczi derhâl mümkün bir mal varlığı bulunmadıkça tenfizi/icrası neredeyse olanaksızdır.

Uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilebilmesi, öncelikle hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıkları hususunun kesinlik kazanmasını gerektirir. Gerçi taraflardan bu yönde bir itiraz gelmediği durumlarda yahut tarafların hakemlerin yargı yetkilerini -açıkça- kabul etmelerini hâlinde, o zamana kadar, tahkim anlaşmasına göre yargı yetkileri bulunmasa dahi hakemlere bundan sonra, gerekli yetkiyi sağlayacaktır. Hakemlerin yargı yetkilerine yönelik itirazların, çoğu zaman, iyiniyetli olmadığı; tahkimi ertelemek ve geciktirmek için oyalama taktiğinin bir gereği olarak yapıldığı, yaygın bir kanıdır. Bütün bunların yansıması olarak, gerek hakemlerin yargı yetkilerinin güçlendirilmesi gerekse iyiniyetle bağdaşmayan itirazların önüne geçilebilmesi yönünden, modern *lex arbitri*, hakemlerin kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilmesi ilkesini -yetkiye hüküm yetkisini- (*competence-competence*) benimsemiştir.

Competence-competence öğretisi, bir hukuki kabul (*fiksyon*) olarak hakemlerin, her hâlde, kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilmesini mümkün kılmaktadır. Bugün pek çok ülke hukuku yanında, Model Kanun madde 16/I'de de hakemlerin, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Söz konusu ilkenin, milletlerarası hukukun örfi bir normu olarak yüz yılı aşkın bir süredir kabul edildiği; öğretinin de bu konuda tam bir ittifak içinde olduğu, belirtilmektedir. Anılan prensip, hakemlerle mahkemeler arasındaki ve tahkimde yargı yetkisiyle ilgili iş bölümünü, düzenlemektedir. *Competence-competence* öğretisi, asgari düzeyde, hakemlerin kendi yargı yetkileri hakkında da karar verebilmelerini mümkün kılmaktadır; yani mesele, bir anlamda, hakemlerle taraflar arasındadır. Bunun yanında mahkemelerin, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili konularda, hangi evrede, nasıl bir tavır takınacağı; bu konuda yapacağı yargılamanın içeriği, söz konusu ilkenin çeşitli türlerinin doğmasına sebebiyet vermiştir. Söz gelimi, *compétence-compétence* anlayışında, yargı yetkisiyle ilgili sorunların öncelikle hakemlerce görülmesi sağlanmaktadır ki, mahkemelerin ancak bir denetim işlevi söz konusudur. Varılmak istenen bu sonuç, *negative competence-competence* olarak adlandırılmakta ve daha ziyade, hakemlerle mahkemeler arasındaki ilişkiyi hedef almaktadır.

Tahkimde, özellikle milletlerarası tahkimde, *competence-competence* öğretisinin varlık ve geçerliliği konusunda, bugün için tereddüt yoktur; ancak söz konusu öğretinin başkaca sorunları tetiklediği de bir gerçektir. Bunlardan biri de, hakemlerin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığına önce kim tarafından karar verileceğidir. Kimi zaman bu konuda, hakemlerin, mahkemelere göre açık bir önceliği bulunmaktadır. Ancak sadece *competence-competence* ile ilgili hükümlerin de hakemlerle mahkemeler arasında bir öncelik/sonralık ilişkisi kurmaya yetmediği düşünülmektedir. Bu noktada, tahkim ile mahkemeler; tahkim yargılaması ile devlet yargısı arasındaki derdestlik meselesi, özellikle de milletlerarası alanda, 2000’li yılların başından itibaren tartışılmaya başlanmış; son derece yeni; henüz olgunlaşmamış ve detaylandırılmamış bir konudur. Yine bu bağlamda, hakem kararlarına atfen gündeme gelen ve artık yaygın bir biçimde de kabul edilen, başta kesin hüküm olmak üzere, devlet yargısı üzerindeki olası sair etkilerin dikkate alınması kaçınılmazdır. *Kompetenz-Kompetenz* ve bunun aslında, *compétence-compétence*’den olan farkları da, incelemelerde esas alınması gereken bir diğer tartışmalı noktadır.

Tahkim yeriyle derdest mahkeme yargılamasının aynı ülkede bulunması bakımından, klasik derdestlik anlayışının yerine, yargılama makamlarından hangisinin yargı yetkisini haiz olduğu sorusunun cevabı yönünden, kimi usul ve tedbirler, tahkim yeri hukuklarınca düzenlenmekte ve kullanılmaktadır: Hakemlerin bir an evvel yargı yetkileri konusunda karar vermeleri teşvik edilmekte, verilen kararların da tahkim yeri mahkemelerince denetimi sağlanmaktadır. Tarafa, örneğin Alman hukukunda kabul edildiği üzere (ZPO §1032/II), hakem heyeti teşekkül edene kadar doğrudan mahkemeye başvurarak tahkim anlaşmasının geçersizliğinin tespitini isteme hakkı tanınmaktadır. Tahkim itiraz üzerine, *ya* mahkemenin sınırlı bir denetimi kabul edilmekte, öncelik, hakemlere bırakılmakta (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3); *ya da* mahkemelerce gerçekleştirilecek tam bir denetime rağmen tahkimin başlatılmasına veya devamına izin verilmektedir (Model Kanun m. 8/II). Tahkim yerinin özellikle tahkim itirazının görüldüğü mahkemeden ayrı bir ülkede bulunması hâlinde ise mahkemelerle tahkim arasındaki ilişki, özellikle de mahkemelerin tahkim anlaşmasının (bir anlamda hakemlerin yargı yetkisinin) geçerliliği üzerine vereceği kararların olası etkileri, hep derdestlik ilkesi altında incelenmiştir. Aslında sorun, *lex fori*’ye uygun, ancak tahkim yeri ülkesi hukukundan yani *lex loci arbitri*’den farklı bir biçimde verilen mahkeme kararlarının, tahkim yeri ülkesi hukukunca ve özellikle de hakemlerce kabul edilmesinin gerekip gerekmediğidir.

Hakemlerce yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığına karar verildiğinde, verilen kararın biçimi ve söz konusu karara karşı geçerli hukuki çarelerin nelerden ibaret olduğu, aynı ölçüde üzerinde ittifakla buluşulan konular değildir.

Yargılama süresince hakemler, çeşitli kereler, görüş açıklamak, karar vermek zorunda kalacaklardır. Her **hüküm** (*award*), bir kararı içerecek olmasına karşın; her **karar** (*decision*), bir **hüküm** olmak zorunda değildir. Hükme, karardan farklı olarak tanınabilecek özellikler, şunlardır: Tarafların aralarındaki çekişmeyle ilgili talepleri, hakemlerce bir sonuca bağlanır ve tüketilir. Hüküm, tarafları bağlar ve kesin hüküm etkisine sahiptir. Şayet bu, aynı zamanda “*nihai*” hüküm ise hakemlerin yargı yetkisi de son bulur. Tanınması/tenfizi mümkündür; tahkim yeri mahkemelerince iptal edilebilir.

Nihai bir hüküm, tüm bir yargılamayı sona erdirebileceği gibi, uyuşmazlığın bir kısmının da kesinkes çözüme kavuşturulması sonucunu doğurabilir. Nihai (*tamamen veya kısmen*) ve bağlayıcı “*final and binding*” sıfatını taşıyan hükümlere yüklenen en büyük özellik, tahkim yeri mahkemelerince iptalinin ya da tahkim yeri dışında da tanınmasının /tenfizinin mümkün olmasıdır.

Kısmi hükmün düzenlenmiş olmasına karşın, tanımını üzerinde, çoğu kez anlayamamaktadır. Mukayeseye en yakın tür, içerisinde, tahkimdeki tüm uyuşmazlıkların çözümlendiği nihai hüküm olarak kabul edilmektedir. Hükmün kısmi niteliği, tahkime konu uyuşmazlık bütününe veya yumağının sadece bir kısmına, bir yönüne ilişkin olmasından kaynaklanmakla birlikte, kısmi hüküm ile karara bağlanan uyuşmazlık için de tahkikat/yargılama sona ermektedir. Şu hâlde, kısmi hüküm de nihai (*final*) olup *lex arbitri*'de nihai hükümler için geçerli hukuki çareler, bu durumda da geçerlidir. Bu özelliği nedeniyle *kısmi kararların, nihai kararlarla değil; global kararlarla* mukayese edilmesi daha doğrudur.

Tahkimin kısmi hükümlerle bölüm bölüm çözüme kavuşturulması, çoğu kez arzu edilen bir çalışma biçimi olmakla birlikte, yargılamayı geciktirici yönler de içermektedir. Tek bir tahkim yargılaması için verilen birden fazla kısmi karara karşı başvuru çeşitli türdeki hukuki çareler, tahkim yargısı yanında, neredeyse ona paralel ve belki de alternatif yeni mahkeme yargılamalarının gündeme gelmesi sonucunu, doğuracaktır. Buna karşın kısmi hükümler, yargılama süresince taraflar için uzlaşmanın da bir vesilesi olmaktadır.

Geçici-ara karara sıklıkla konu edilen ve bir meselenin nihai olarak sonuçlandırılmadığı hususların başında, geçici hukuki koruma tedbirleri gelmektedir ki, UNCITRAL Rules Art. 26/II'de açıkça, geçici hukuki koruma tedbirlerinin, geçici/muvakkat hükümler şeklinde karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, hakemlerce

verilecek kararların, *interim award* şeklindeki vasıflandırmanın Türkçe tercümesine de uygun biçimde, **geçici (nihai) karar** olarak kabulü mümkündür. *Interim award* ile sadece geçici hukuki koruma tedbirleri karara bağlanmamaktadır. Hatta *partial award* ile *interim award* tabirlerinin sıklıkla birbirlerinin yerine kullanıldığı da bir gerçektir. Bütün bu kavramsal ayrımların önemi, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/H/V. maddesine göre hakemlerin *özellikle de* yargı yetkilerinin bulunduğuna ilişkin kararlarının denetlenmesi sırasında, daha iyi fark edilecektir.

Kanunumuz yönünden, örneğin *decision-award*; *Beschluß-Schiedsspruch* şeklinde bir ayırım, söz konusu değildir. Kanunun gerek 13/B/I. gerekse 15/A/I. maddesinde (*ayrıca bkz. MTK m. 16/B/I*) sadece karardan bahsedilmiştir. Üstelik tahkim yargılamasının kendiliğinden sona ereceği hâller arasında, hakemlerin yargı yetkisinin olmadığına karar vermesi ihtimali de, düzenlenmiş değildir (**MTK m. 13/B/I, b. 1-7**). Bu da gösteriyor ki hakemler, yargı yetkilerinin olmadığı sonucuna ulaştıklarında da, bir *karar* vereceklerdir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/H/V. maddesi, hakemlerin yargı yetkilerine ilişkin itirazı, bir ön sorun şeklinde inceleyeceğini, düzenlemektedir. Öyle ki söz konusu itirazın, uyuşmazlığın esası hakkındaki kararlarla birlikte değerlendirilmesi, yine *lâfzen*, mümkün gözükmemektedir. Bu konudaki takdir hakkı, mukayeseli hukukun aksine, hakemlere, ilk bakışta, tanınmış değildir. Ön sorun şeklinde yapılacak incelemenin ardından bir karara varılacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki iptal yolu, hakem *kararları* içindir (*karş. MTK m. 6/III*). Üstelik Kanun'da, hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi şeklinde, bir iptal nedenine de yer verilmiştir (**MTK m. 15/A/II, b. 1, d**). Hüküm, hakemlerin, ön sorun şeklindeki incelemelerinin ardından, yetkisiz olduklarına hükmetmeleri hâlinde, söz konusu kararın da, iptal davası yoluyla denetlenmesini, mümkün kılmaktadır. Ancak, tıpkı Alman ve Fransız öğretisinde kabul edildiği gibi, böyle açık bir hükme yer verilmeseydi de bu sefer, Kanun'un 15/A/II, b. 1, e maddesi hükmüne göre söz konusu hakem kararının denetlenmesi mümkündür. Hakemlerin, yargı yetkilerinin bulunduğu sonucuna ulaşmaları hâlinde geçerli, özel bir hukuki çare, kanunumuzda, Model Kanunu'nun 16/III. maddesinin veya ZPO §1040/III'ün aksine, düzenlenmiş değildir. Bu hâlde de söz konusu kısmi nihai kararın, mahkeme denetimine tabi tutulması, mümkündür. Kısacası, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğuna ilişkin kararı da hem bir kısmi nihai karardır (**MTK m. 14/A/II**) *hem de* iptal davası rejimine tabidir. Ne var ki, Model Kanun'dan farklı olarak, bu hâlde, yerel mahkemenin vermiş olduğu kararın temyiz usulüne tabi olması gibi bir durum da, söz konusu olacaktır.

Tahkim itirazı, ilk itirazlara ilişkin hukuki rejime tabi kılınmıştır (**MTK m. 5/I**); o hâlde ilk itirazlar için geçerli kuralların burada uygulanması beklenir. Yazılı yargılama usulünde (HUMK m. 195; ayrıca bkz. HUMK m. 478, 509, 502, 505) davalı, cevap süresi içinde, vereceği cevap layihasında, bütün ilk itirazlarını ileri sürmelidir. Cevap layihasının ıslahı yahut hasmın oluruyla da olsa, ilk itirazların ileri sürülmesi mümkün değildir. Anılan süre, hak düşürücü bir niteliğe sahiptir. Tahkim itirazının kabulü hâlinde dava, usulden reddedilecektir (**MTK m. 5/I**). Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5/II. maddesi, mahkemeler önünde görülen yargılamanın devamı esnasında, tarafların tahkime gitmek konusunda anlaşmalarını mümkün görmüş, dahası, dava dosyasının da mahkemece, hakemlere gönderileceğini düzenlemiştir. Bu noktada, davalının yargılamanın devamı esnasında ileri sürdüğü tahkim itirazının, davacı tarafça açıkça reddedilmemesi nedeniyle taraflar arasında, bir tahkim anlaşmasının kurulduğundan bahsetmek olası değildir. Kanun, tarafların “...anlaşmalarından...” bahsetmektedir (**MTK m. 5/II**). Hüküm, aynı maddenin ilk fıkrasında düzenlenen ilk itiraz rejimiyle birlikte değerlendirildiğinde, burada arananın, *taraflar arasındaki açık ve tereddütsüz bir anlaşma olduğunu* kabul etmek gerekir. Hükümün istisnai karakteri, susulduğu yahut açıkça reddedilmediği için (*zımnen de olsa*) bir tahkim anlaşmasının kurulduğu sonucuna varmaya engeldir (*karş. MTK m. 4/II*). Ancak bu yolla tahkim anlaşmasına ilişkin yazılı şekil şartının ardında yatan gaye, korunabilir.

Mahkemelerce tarafların tahkim iradelerine geçerlilik tanınması, söz konusu anlaşmanın yok (*null*)- batıl (*void*) ve işletilemez (*inoperative*) sayılmamasına; icrasının mümkün olmasına (*incapable of being performed*) bağlıdır. Yok (*null*) ve batıl/geçersiz (*void*) terimlerinin, aslında, tek bir hâli düzenlemekte olduğu kabul edilmektedir. Vurgulanmak istenen, tahkim anlaşmasının *başlangıçtan itibaren* bir geçersizliğe maruz kalmasıdır. Bu hâlde, tahkim anlaşmasının belli bir hukuki ilişkiye göndermede bulunmaması; tarafların tahkim anlaşmasıyla ilgili sağlıklı, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının olmaması; olmayan yahut belirsiz veya muğlâk bir biçimde, tahkim kurumları lehine yapılan göndermeler, hep bu kapsamdadır.

İşletilemez (*inoperative*) tahkim anlaşmaları, baştan itibaren geçersiz olmamakla birlikte, etkisini sonradan yitiren tahkim anlaşmalarıdır. Örneğin, tahkim anlaşmasının taraflarca karşılıklı anlaşarak sona erdirilmesi veya taraflar arasında, tahkime de konu olabilecek uyuşmazlıkla ilgili paralel bir yargılama sürecinde kesin hüküm elde edilmiş olması, söz konusu tahkim anlaşmasına (*kesin hükme konu olan uyuşmazlıkla sınırlı olarak*) artık bundan sonra dayanılmasına mânidir. Yine, tahkime uygulanacak hukuk veya kurallar dikkate alındığında, tahkim yargılamasında, hükümün belirli bir sürede verilmesinin

gerekmesine rağmen anılan sürenin aşılması da söz konusu tahkim anlaşmasını işletilemez kılmaktadır. Tahkim anlaşmasında, ismen kararlaştırılan hakemin, söz konusu görevi icra etmekten imtina etmesi veya edememesi; tahkim yeri olarak kararlaştırılan yerde tahkimin artık icra edilemeyecek olması, anılan tahkim anlaşmalarını, icra edilmesi mümkün olmayacak “*incapable of being performed*” bir duruma sokmaktadır (MTK m. 7/D/V; 7/G/III). Bu hâlde yapılmakta olan bir başka tartışma da, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin maddi durumunun yeterli olmaması hâlinin, söz konusu tahkim anlaşmasını, işletilemez veya icrasının mümkün olamayacağı bir duruma getirip getirmediğidir.

Mahkemelerce yapılacak tahkikatta, özellikle nihai hakem kararı öncesi dönemde, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği konusunda, tam veya *prima facie* bir denetimle mi yetinileceği konusunda, yapılacak denetimin açıkça sınırlı tutulduğu hükümler yönünden sorun yoktur (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI, 3; NCPC m. 1458/II). UNCITRAL Model Kanunu’nun 8. maddesini ve 1958 New York Sözleşmesi’nin II, 3. maddesini takip eden düzenlemeler yönünden (*karş. MTK m. 5/I*) ise genel kabul, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği ile etkisinin mahkemelerce tam bir denetim şeklinde, inceleneceğidir. Benimsenen bu son yaklaşımın ardından, millî hukuklarda kabul edilen *competence-competence* anlayışının, eksik ve dahası işlevsiz kalacağı düşünülmektedir. Zira mahkemelerin, hüküm öncesi dönemde, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği ile kapsamı konusunda, hakemlerden önce, tam bir denetim yapmasına neden olunmaktadır. Oysa örneğin Fransız hukukunda, anılan ilkeye tam bir bağlılıkla inanıldığından eksiksiz bir *competencé-competencé* anlayışı, geçerlidir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından, tahkim itirazı üzerine, tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik denetimin, daha ziyade Model Kanun çizgisinde olacağını; bunun tam bir denetim şeklinde gerçekleşeceğini tahmin etmek, hiç de zor değildir. 1961 Cenevre Sözleşmesi’nin VI, 3. maddesi bir yana (MTK m. 1/VI), örneğin tıpkı İsviçre hukukunda geçerli olduğu üzere *lex arbitri*’si Türk hukuku olan tahkimler için sözü edilen denetimin, içtihatlar yoluyla *prima facie* düzeye indirgenmesi, milletlerarası tahkim uygulamasına ve güncel gelişmelere, çok daha uygun olur. Bu noktada, yorum yoluyla da olsa tıpkı Fransız hukukunda geçerli olduğu üzere, *tam competencé-competencé* anlayışının Türk hukukunda geçerli olması, zordur; en azından mehzazlarımız, buna engeldir. En gerçekçi yaklaşım, Model Kanun’un 8/II. maddesinin ülke hukukuna iktibas edilmediği de dikkate alındığında, yapılacak amaçsal yorum neticesinde, gerçekleştirilecek denetimin kapsamı yönünden, İsviçre uygulamasının Milletlerarası Tahkim Kanunu için de geçerli olmasıdır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da, tahkimin desteklendiği, tahkim iradesinin korunduğu, yaşatıldığı başkaca *-olumlu anlamıyla-* müdahale alanları bulunmaktadır. Örneğin hakem tayini sırasında, tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik yapılacak denetimin, mehzadaki gibi (PIL Art. 179/III; ayrıca bkz. NCPC Art. 1457), *prima facie* bir denetimle sınırlı tutulması önerilebilir; hatta bunun milletlerarası tahkim gerçeği ile daha uyumlu olacağına da tereddüt etmemek gerekir. Ancak, *lex fori*'nin bütün bu yorumların karşısında olduğunu da belirtmek gerekir. Zira Asliye Hukuk Mahkemesi'nde, Kanun'un 7/B/IV. maddesine göre gerçekleştirilecek yargılama, verilecek kararın kesin olması ve duruşma açılmayabileceğine ilişkin özellikler dışında, bilinen şekliyle bir dava usulünde olacaktır. Kural, tam ispat olup hâkimin tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda tam bir vicdani kanaate sahip olması gerekir. Aksi için mahkeme önündeki yargılamalar bakımından ispat ölçüsünün düşürüldüğüne yönelik ayrıca ve açıkça yapılacak bir düzenlemeye ihtiyaç vardır (*karş.* PIL Art. 179/III, NCPC Art. 1457). Böyle bir durumda, Fransız hukukunda geçerli olan sonuçların Türk hukuku için de geçerli olması gerektiği düşünülebilirse de, bunun yerine, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda, gerek tahkimden önce gerekse tahkimden sonra başlatılan mahkeme yargılamalarında, tam ispatın varlığında ısrar etmenin hem Kanun'un 7/H hem de 4/II. maddelerinde düzenlenen hükümlerin işlevsiz ve atıl kalması anlamına geldiğini savunmak, daha gerçekçidir.

Tahkimin kalitesi ve başarısı ile tahkimden beklenenlerin gerçekleşmesi, büyük oranda hakemlere bağlıdır. Ancak, hakemlerin taraflarca belirlenebilecek olması, gerek hakemliğin gerekse tahkimin hem güçlü hem de zayıf yanlarını, teşkil etmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, hakemlerin atanması sırasında, Asliye Hukuk Mahkemesinin “...gerektiğinde tarafları dinledikten sonra...” vereceği kararın kesin olduğunu düzenlemiştir (**MTK m. 7/B/IV**). Kanun'un 7/B/III. maddesi hükmüne göre mahkeme, duruşma açıp açmamak konusunda takdir hakkı sahibi olmakla birlikte (HUMK m. 507/I, b.2), her iki tarafın, özellikle hakemini seçmek konusunda üzerine düşeni yapmayan tarafın da hukuki dinlenilme hakkı korunacaktır. Mahkemenin üzerine düşenlerini yerine getirmeyen tarafın beyan veya tercihleri ile bağlı olması mümkün değildir. Zaten mahkemenin, sadece tarafların anlaşmalarıyla bağlı olduğu düzenlenmiştir (**MTK m. 7/B/III**). Ne var ki, bu durum, hakemini seçmeyen tarafın varsa son derece haklı beyan ve açıklamaları ile meşru menfaatlerinin özellikle de her iki tarafın ve tahkimin çıkarına olan hususların, mahkemelerce gözetilmeyeceği anlamına, gelmemektedir.

Süresi içinde hakemini seçmemiş tarafın, sürenin geçmesinin ardından kendi hakemini seçebilmesi, ancak diğer tarafın buna rıza göstermesine bağlıdır; zira sürenin geçmesi ile

birlikte, *âdeta* diğer taraf lehine olarak sıra, (*ilgili atama makamına veya*) mahkemeye geçmekte; taraf, hakemini seçme hakkını kaybetmektedir.

Tarafsızlık ve bağımsızlık konusunda, söz konusu kavramların neyi ifade ettiği; nasıl yorumlanması gerektiği konusunda, ilgili düzenlemelerde çoğu zaman, bir açıklık bulunmamaktadır. Tarafsızlık ve bağımsızlık ödevlerinin yerine getirilmemesi ve bu nedenle de örneğin, söz konusu hakemin reddi ya da hakem kararının iptali istendiğinde, hâkimler için (HUMK m. 28, 29; ayrıca bkz. **MTK m. 17/I**) geçerli olan kriterlerin aynısının, hakemlere de uygulanıp uygulanmayacağı sorusu, gündeme gelir. Tarafsızlığın konu edildiği her hâlde, özellikle milletlerarası tahkimde, hakemlerin milliyeti, ön plana çıkmaktadır. Taraf ile hakemin aynı milliyetten olması, kural olarak, hakemin tarafsızlığını zedeleyen bir neden değildir. Buna karşın, yine bir başka genel uygulama ve hâkim anlayış ise özellikle tek hakemin veya baş hakemin taraflarla aynı milliyetten olmamasına özen gösterilmesidir. Bağımsızlık ise memnun etmeme cesaretinin gösterilebilmesi; özellikle de taraf-hakemi için bir daha seçilmek yönünden herhangi bir arzunun-iddianın olmaması anlamına gelir. Tarafsızlık, adaletin tecellisi; bağımsızlık ise adaletin tecelli ettiği için görülebilmesi için gereklidir.

Açıklama yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemiş olmasını, bir ret sebebi olarak kabul etmek, *taraflarca kararlaştırılan usulde şayet öngörülmemiş ise* (**MTK m. 7/C/II**), kanunun lafzı da dikkate alındığında, tartışmalıdır. Buna karşın, böyle bir beyanda bulunulmadığı sürece, beyana konu edilmesi gereken hadisenin bir ret sebebi olarak görülmesi durumunda, hakemin reddi yoluna başvuracak taraf için geçerli olan sürenin işlemeyeceği de açıktır (**MTK m. 7/D/II**). Bir başka anlatımla beyan yükümlülüğü kapsamında, açıklanan hadiseye dayanılarak süresinde ret usulüne başvurulmaması, anılan nedenin bir daha hakemin reddinde, gerekçe olarak kullanılmasına engeldir.

Tarafların, yargılamanın kendi aleyhlerine döndüğü bir esnada, zaten bildikleri bir ret sebebine dayanmaları mümkün olmayıp öngörülen sürede, derhâl ret prosedürünü başlatmaları gerekecektir. Aksi hâlde, tarafın anılan sebebe dayanarak hakemin reddi hakkından feragat ettiği sonucuna ulaşılabacaktır. Yine, tarafsızlık-bağımsızlık konusunda kimi özellikleri taşımayan bir kimseyi, hakem olarak atayan taraf, sonradan, aynı hakemin, zaten kendisince de bilinen sebeplerle reddini isteyemez. Bu bağlamda, taraf, kendisince atanan veya atanma usulüne katıldığı hakemin ancak atanmasından sonra öğrendiği sebeplere dayanarak reddi yoluna gidebilir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden, tarafların, ret usulünü serbestçe belirlemeleri hâlinde, artık ülke mahkemelerinin yardımını talep etmeleri, mümkün değildir. Model Kanun'un 13/III. maddesine benzer bir hükme, kanunumuzda rastlanmamaktadır. Taraflar arasında, ayrıca öngörülmüş bir usul olmadığı sürece, Kanun'un 7/D/II-V. maddesi hükümleri uygulanacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden “Bir hakemin *hukuki ve fiili sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde* hakemlik yetkisi, hakemin çekilmesi veya tarafların bu yönde anlaşmaları ile sona erer”. Hakemin görevini hiç ya da *zamanında* yerine getirememesi, hukuki (*de jure*) veya fiilî (*de facto*) kimi nedenlere dayalı olmalıdır. Bu sebeple de UNCITRAL Model Kanunu'nun aksine, *hakemin* başlı başına, makul olmayacak ölçüde gecikerek görevini ifası, çekilmesinin mahkemeden talep edilebilmesi için yeterli değildir. Ne var ki Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi tahkimler yönünden, zaten bir süre sınırlaması olduğundan (**MTK m. 10/B**), hakemlik görevinin gecikerek ifası nedeniyle (**MTK m. 7/F/II**) tarafların bir zarara uğraması, beklenmemelidir. Hakemin hakemlik görevinden istifası (*çekilmesi*) (**MTK m. 7/F/II**) ise her zaman mümkün bir başka durumdur.

Milletlerarası tahkim uygulamasında, artan eğilim, tahkim yargısını sabote etmeye yönelik davranışlar karşısında, hakem heyetinin kalanının, yargılamaya devam edebilmesi ve hatta hüküm kurabilmesi yönündedir. Ancak, eksik heyetlere tanınacak hareket serbestisi genişledikçe, bu sefer de hakemlerden birinin, katılmak istemesine rağmen, diğer iki hakemce yargılama sürecinden dışlanabilmesine zemin hazırlanmaktadır.

Geçici hukuki koruma tedbirleri, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sona erdirilmesinden önce ve bu yolda geçecek süre içinde, tarafların hak ve menfaatlerinin korunması amacına yönelik bir hukuki çare olup gaye, yargılama süresince tarafların, yargılama nedeniyle de zarara uğramalarının önüne geçmektir. Nihai hukuki korumanın, kimi zaman ancak bu sayede anlamlı, etkin, işlevsel ve değerli olduğu konusunda tereddüt duyulmamalıdır. Geçici hukuki koruma tedbirlerinin zamana bağlı olan özelliği; yani bir anlamda geçiciliği, beraberinde değiştirilebilmelerini; kaldırılarak sona erdirilebilmelerini, mümkün kılar. Bu tip bir hukuki çareyi gerekli kılan aciliyet unsuru ise nihai hukuki korumadan farklı olarak, en azından başlangıçta, -hukuki dinlenilme hakkının sonradan tanınması şartıyla- yargılamanın diğer tarafının yokluğunda (*ex parte*) geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilebilmesini, mümkün kılmaktadır.

Hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilip hükmedilemeyeceği konusu, öncelikle hakemlerin yargı yetkileriyle ilgilidir ve tarafların iradesine, tahkime uygulanacak kurallara ve ilgili millî hukuka, yani kısaca, *lex arbitri*'ye bağlıdır. Model Kanun'un 17.

maddesi, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirleri konusundaki fiilî tekeline, açıkça kaldıran; bu nedenle de devrim niteliğindeki bir düzenleme örneğidir. Hüküm hakemlere, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedip hükmetmeme; hükmedilecek ise hangi türüne hükmedileceği konusunda, geniş bir takdir yetkisi, vermektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu örneği dikkate alındığında, her ne kadar hükümde, geçici hukuki himaye tedbirleri şeklinde genel bir ifadeye yer verilmeyip doğrudan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz biçiminde bir belirlemeye gidilmişse de bu, hakemlerce delil tespitine karar verilemeyeceği anlamına gelmemelidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, hakemlerce hükmedilebilecek geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, iç hukukta da kullanıldığı şekliyle ihtiyati tedbirlere göndermede bulunması, bu kavramın, Türk hukukunda anlaşıldığı şekliyle ve genişlikte, milletlerarası tahkim için de geçerli olduğunu ortaya koymaktadır (HUMK m. 103). Bu hâlde, özellikle her türdeki düzenleyici ihtiyati tedbirin tıpkı mahkemelerde olduğu gibi, hakemlerce de hükmedilebilmesi gerekir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, hakemlerce ihtiyati hacze karar verilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin onca tartışmaya rağmen, meseleyi, açıkça ve olumlu yönde düzenlenmiş olması nedeniyle oldukça farklı bir konumdadır (**MTK m. 6/II; III**). Aksi kararlaştırılmadıkça hakemler, talep üzerine, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilirler (**MTK m. 6/II**). Bu yalın hâl, hakemlere ihtiyati hacze hükmedebilmek yönünden açık bir yetki vermemektedir. Bu bağlamda, sadece ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz şeklindeki ayrım değil; ama özellikle ihtiyati hacze karar verebilmek bakımından aranan şartlar da bu kanuna tabi tahkimler için geçerlidir.

Yürütülen faaliyetin ayniyetine karşın, hakemler, hâlâ icra daireleri yahut sair resmi makamlar nezdinde, mahkemeler ile aynı hukuki konumda değildirler. Bu nedenle de hakemlerce verilen bir ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz kararının doğrudan icra dairesince yerine getirilmesi, mümkün değildir.

Milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilirken, hakemlere tanındığı kabul edilen geniş takdir yetkisi içinde dahi kimi ortak kriterlerin somutlaştığı kabul edilmektedir. Hakemlerin, tarafın talebinde, gerçeğe yakın düzeyde haklı olduğu konusunda ve kesin hukuki koruma elde edilinceye kadar geçecek sürenin tarafın korunmaya değer hakları üzerinde *-telafisi hayli güç-* olumsuz sonuçlar doğurabileceği hususunda kanaat sahibi olmaları ve oranlılık prensibine de uygun olarak karar vermeleri, gerekir. Bu esnada, tarafın uyuşmazlığın esası üzerinde de, yine belli düzeyde haklı olduğunu ispat etmesinin gerekip gerekmediği, tartışmalıdır.

Geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilirken hakemler, *prima facie* düzeyde de olsa yargı yetkisine sahip olmalıdırlar. Şüphe hâlinde yargı yetkisinin, *en azından geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedecek kadar*, bulunduğu kabul edilir. Talep sahibi, *prima facie* haklılığa sahip olmalıdır. *Aciliyet*, yani erken dönemde de olsa, bu yönde bir karar verilebilmesi, sadece nihai hukuki korumayla yetinilmediğinden *varlığı zorunlu* bir diğer unsurdur. Herhangi bir geçici hukuki koruma tedbirine karar verilmemesi hâlinde ciddi, esaslı bir zarar, gerçekleşecek olmalıdır. Hakem heyeti, geçici hukuki koruma tedbirine karar verirken, *acele verilen* böyle bir kararın, kararın muhatabı üzerinde yaratacağı *olumsuz* etki ile korunmak istenen menfaat arasındaki dengeyi, gözetmelidir. İstisnai durumlar dikkate alındığında hakemlerin, diğer yanın yokluğunda ve fakat sonradan dinlenmesi şartıyla özellikle mal varlığı değerlerinin korunmasına yönelik geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmesi gerekir.

Geçici hukuki koruma tedbirine hükmedilirken teminata da karar verilmişse hakemlerin yargı yetkileri, kendiliğinden, haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararlarla ilgili talepleri de kapsayacak şekilde genişlemektedir.

Geçici hukuki koruma tedbirlerini haiz kararların, içerdiği ve çözüme kavuşturduğu konuyla ilgili olarak *final*/nihai olduğu konusunda tereddüt duyulmamalıdır. Buradaki *nihailik* kendine hastır; uyuşmazlığın esası için aranan nihailikten de farklıdır. Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin yargılama ve sonucunda verilen karar, uyuşmazlığın esasıyla ilgili yapılan yargılama ve sonucunda verilen hükümden *farklı, ayrı* ve hatta bir ölçüde *bağımsızdır*. İçerdikleri süreyle sınırlı olma özelliği, bu tip bir kararın verildiği anda nihai olma özelliğini etkilememektedir; verildiği andaki koşullar değişmediği sürece söz konusu karar, en azından uyuşmazlığın esası hakkındaki karar verilinceye kadar kesindir ve derhâl gereğinin yerine getirilmesi beklenir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yönünden, bu kanuna tabi tahkim yargılamalarıyla ilgili olarak hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararların, Türkiye’de icrası konusunda, yetkili mahkemenin yardımının istenmesi sırasında, *ne* tahkim yerinin Türkiye’de *ne de* tahkime uygulanacak hukukun Türk hukuku olması gerekir. Mülkilik ilkesi yanında, kısmen irade (usul) teorisi de kabul edildiğinden, tahkim yeri Berlin olan bir tahkim yargılamasının, taraflarınca Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi kılınması durumunda, kanunun 6/III. maddesi, evleviyetle uygulanacaktır. Bunun dışında, yine kanunun 1/III. maddesinin açık hükmü gereği, tahkim yeri Berlin olan ve fakat taraflarınca Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi kılınmayan tahkim yargılamalarında, hakemlerce verilen geçici

hukuki koruma tedbirlerinin de Türk mahkemelerince icrası, kanunun 6/III. maddesine göre mümkündür.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, mahkemenin geçici hukuki koruma tedbirinin icrası sırasında verdiği yardım ilgili olarak, yapacağı yargılamanın özellikleri konusunda, Alman Kanunu'nun aksine bir açıklık bulunmamaktadır. Örneğin, mahkemenin bu hâlde duruşma yapıp yapmayacağı; şayet yapılmayacaksa diğer tarafın dinlenip dinlenmeyeceği; verilen kararın kesin olup olmadığı; söz konusu karara diğer tarafın sonradan itirazının olup olmayacağı gibi konular hiç düzenlenmemiştir. Bütün bunlara rağmen, hakemlerce verilen geçici hukuki koruma kararlarının, icra dairelerince cebren icrası için öncelikle mahkemeye başvurulmasının gerektiğinde de, tereddüt yoktur (**MTK m. 6/II**). Kanun koyucunun ilgili hakem kararının, kendi icra dairelerince icrasından evvel, bir ön denetimden geçmesini istediğini düşünmekten daha doğal bir şey olamaz. En azından, milletlerarası tahkimde, tahkim yeri hukukuna yabancı hakemlerin, *lex fori* tarafından da icra edilebilecek bir karar verip vermediklerinin denetlenmesi gerekir.

Tahkim anlaşması, tarafın mahkemeden geçici hukuki koruma tedbiri talep etmesine engel değildir; geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek bakımından hakemlerle mahkemeler eşit düzeyde yetkili olup aralarında herhangi bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Tarafların mahkemelerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmeyeceğini; bu yetkinin münhasıran hakemlerce kullanılacağını kararlaştırmaları, mümkün değildir. Zira böyle bir anlaşmanın, tarafları, etkin bir hukuki korumadan mahrum edeceği açıktır. Salt bu içerikteki bir anlaşmanın, tarafların irade serbestisine dayandırılması da olası değildir. Ancak, böyle bir eleştirinin de giderilmesi şartıyla tarafların artık, anılan yöndeki anlaşmalarına geçerlilik tanınmalıdır. Bir başka anlatımla mahkemeler ile hakemler arasında, geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek bakımından geçerli olan paralel yargı yetkisi, emredici değildir; belli şartlarla aksi kararlaştırılabilir.

Her ne kadar, hakemlerin mahkemelerce zaten hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirinin yerine tümüyle aksi yönde bir başka karara varabilecekleri; mahkemenin vermiş olduğu kararı değiştirip kaldırabileceği iddia edilmişse de geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararların, kesin hüküm etkisinden yoksun olduğu gerekçesiyle hakemleri bağlamayacağı sonucuna ulaşmak; hakemler nezdinde bir kez daha tartışmaya açılacağından bahsetmek her zaman doğru sonuç vermeyecektir. Bu noktada özellikle verilen kararın, verilmemesi gerektiğine yönelik itirazlarla (*karş.* HUMK m. 108) kesin hüküm etkisinden yoksun geçici hukuki koruma tedbirlerinin sonradan değiştirilmesine yahut

gereğinde kaldırılmasına yönelik iddia ve taleplerin (HUMK m. 111) farklı değerlendirilmesi gerekir. Bu son ihtimalde üstünlük, uyumsuzluğun da esasını görmekle yetkili hakemlerde olmalıdır. Hakemlerce yapılacak yargılama, daha önce mahkeme kararının verildiği tarihte geçerli olan durum ve koşullarda bir değişiklik olduğu gerekçesine dayanmalıdır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, delillerin toplanmasında, “...*asliye hukuk mahkemesinden*...” yardım istenebileceğini düzenlemekle birlikte, bunun *hangi yer* mahkemesi olduğuna değinmiş değildir (MTK m. 12/B). Ne var ki aynı Kanun’un 3/I. maddesinde, bu Kanun’da, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri, olağan oturma veya iş yerinin bulunduğu yer; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma veya iş yeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi’nin yetkili olacağı düzenlenmiştir. Yetki tesisi, davalıya göre olduğundan; *lâfzen* bir tek hakemlerce talep edilebilen bir işte, davalının kim olduğu, cevabı olmayan bir sorudur. Böyle bir yardım talebinin, teknik anlamda bir dava olup olmadığı hususu bir yana, olmayan davalısına göre yetkili mahkemeyi bulmak da mümkün gözükmemektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun, mehzaları olan gerek Model Kanun’dan gerekse İsviçre hukukundan, delillerin toplanmasıyla ilgili yardım talebi konusunda, ayrıldığı görülecektir (MTK m. 12/B). Zira kanunda, böyle bir yardım talebinin “*sadece*” hakemlerce yapılabileceği düzenlenmiştir.

BİBLİYOGRAFYA

- ABDULLA Z.**, The Arbitration Agreement, *Chapter 2*, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, *ed.* Gabrielle Kaufmann-Kohler& Blaise Stucki, 2004.
- AEBERLI P.**, Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map, 21(3) Arb Int. 2005.
- AHRENS J-M.**, Zur Anfechtung von Teil-, Vor- und Zwischenschieds-sprüchen, 23(2) *ASA Bulletin* 2005.
- AKAD M/DİNÇKOL A.**, 1982 Anayasası, Madde Gerekçeleri ve Maddelerle ilgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul, 1998.
- AKINCI Z.**, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003.
- AKINCI Z.**, Tahkim Giderlerinin Azaltılması ve Elektronik Tahkim, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, (**AKINCI**, *Elektronik Tahkim*).
- AKINCI Z.**, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, C. XVIII BATİDER 1996/4, (**AKINCI**, *Ticari Uyuşmazlıklar*).
- AKINCI Z.**, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, (**AKINCI**, *İNşaat Sözleşmeleri*).
- AKINCI Z.**, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir 1994, (**AKINCI**, *Hakem Kararı*).
- AKINCI Z.**, Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan C.II, İstanbul, 2003, (**AKINCI**, *Görev Belgesi*).
- AKINCI Z.**, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara, 2002, (**AKINCI**, *Derdestlik*).
- AKİPEK J/AKINTÜRK T.**, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul, 2002.
- AKYOL Ş.**, Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976 (*Tek Atıf*).
- AKYOL Ş.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, (*Tek Atıf*).
- ALANGOYA Y.**, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973.

- ALANGOYA Y.**, Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi, MHB 1981/1, (**ALANGOYA**, *Anayasa*).
- ALANGOYA Y.**, UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990, (**ALANGOYA**, *UNCITRAL*).
- ALANGOYA Y/YILDIRIM K/YILDIRIM D. N.**, Medenî Usul Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul, 2004.
- ALANGOYA Y/YILDIRIM K/YILDIRIM D. N.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul, 2006 (**ALANGOYA/YILDIRIM /YILDIRIM**, *Tasarı*).
- ALDABAK E.**, İnsan Haklarının Düşünsel ve Tarihsel Kökleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan C. III, İstanbul 2003.
- ALKEMA A. E.**, The Third-Party Applicability or “*Drittwirkung*” of the European Convention on Human Rights, Protecting Human Rights, The European Dimension, Studies in Honour Gérard J. Wiarda, *ed. MATSCHER F./PETZOLD H.*, 1998.
- ALTAŞ H.**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzletilmesi, Ankara, 1998.
- ALVAREZ G.A.**, Article II(2) of the New York Convention and the Courts, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.
- ALVAREZ G. A.**, The Challenge of Arbitrators, 6(3) Arb Int, 1990, (**ALVAREZ**, *The Challenge*).
- AMBROSE C.**, Arbitration and the Human Rights Act, LMCLQ, 2000.
- AMROSE C.**, English arbitration law 2000, LMCLQ 2001, (**AMBROSE**, *Arbitration law*).
- ANCEL J. P.**, French Judicial Attitudes Toward International Arbitration, 9(2) Arb Int, 1993.
- ARFAZADEH H.**, Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisted, 17(1) Arb Int, 2001.
- ATALAY E.**, Yargısal Temel Haklar, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, 1997.
- ATALAY O.**, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001 (**ATALAY**, *Menfi Vakıa*).
- AUDIT B.**, A National Codification of International Commercial Arbitration: The French Decree of May 12, 1981, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, *ed. Thomas E. Carbonneau*, 1984.

- AYDINCIK Ş.**, Alacağın Temlikinde Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Alacağı Temellük Eden Bakımından Geçerliliği Sorunu, HPD 2006/8.
- BANDEL S.**, Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, München, Zulässigkeit und Wirkungen schiedsrichterlicher und gerichtlicher einstweiliger Maßnahmen gemäß den Bestimmungen des SchiedsVfG, München, 2000.
- BARCELO III J. J.**, Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in transnational Perspective, 36 Vand. J. Transnat'l L., 2003.
- BARON M. P./LINIGER S.**, A Second Look at Arbitrability, Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany, 19(I) Arb Int 2003.
- BAUMBACH A/LAUTERBACH W/ALBERS J/HARTMANN P.**, Zivilprozessordnung, Band 1, 62., neubearbeitete Aufl., München 2004, (ALBERS).
- BAŞÖZEN A.**, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara, 2005.
- BECKER H.**, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern, 1941.
- BENJAMIN P. I.**, The European Convention on International Commercial Arbitration 37 BYIL, 1961.
- BENJAMIN P. I.**, The Developing Nations and Certain Legislative Obstacles in the Field of International Commercial Arbitration, International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, (BENJAMIN, *Commercial Arbitration*).
- BENSAUDE D.**, *S. A. Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle (Luxembourg) Holndins I*: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration, 22(4) J. Int'l Arb. 2005.
- BENSUADE D.**, *Malecki Long Truncated Tribunals and Waivers of Dutco Right*, 23(1) J. Int'l Arb 2006, (BENSUADE, *Truncated Tribunal*).
- BERAUDO J. P.**, Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals, A Comparison with the Republic of Congo Pre-Arbitral Referee Case, 22(3) J. Int'l Arb. 2005
- BERAUDO J. P.**, Case Law on Articles 5, 8 and 16 of the UNCITRAL Model Arbitration Law, 23(1) J. Int'l Arb. 2006, (BERAUDO, *Case Law*).
- BERBER L. K.**, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, İstanbul 1999.

- BERBER L. K.**, Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi, *Kompetenz-Kompetenz*, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2001, (**BERBER**, *Yetki*).
- BERGER K. P.**, *International Economic Arbitration*, Deventer, Boston, 1993.
- BERGER K. P.**, *International Economic Arbitration in Germany: A New Era*, 8(2) *Arb Int*, 1992, (**BERGER**, *A New Era*).
- BERGER K. P.**, *Set-Off in International Economic Arbitration*, 15(1) *Arb Int*, 1999, (**BERGER**, *Set-Off*).
- BERGER K. P.**, *Die Aufrechnung im Internationalen Schiedsverfahren*, *RIW* 6/1998, (**BERGER**, *Aufrechnung*).
- BERGER K. P.**, *The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act*, 17(4) *Arb. Int.* 2001, (**BERGER**, *The Arbitration Agreement*).
- BERGER K. P.**, *The German Arbitration Law of 1998 First Experiences*, *Liber Amicorum* Karl-Heinz Böckstiegel, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, 2001, (**BERGER**, *The German Arbitration Law*).
- BERGER K. P.**, *The New German Arbitration Law in International Perspective*, *Forum Internationale* no. 26, 2000, (**BERGER**, *The New German Arbitration Law*).
- BERKİN N. M.**, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul, 1981.
- BERNARDINI P.**, *The Role of the International Arbitrator*, 20(2) *Arb Int*, 2004.
- BERNARDINI P.**, *Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention*, *ICCA Congress Series* No. 9, 1999, (**BERNARDINI**, *Arbitration Clause*).
- BERNARDINI P.**, *The Italian Law on Arbitration: Text and Notes*, 1998, (**BERNARDINI**, *The Italian Law*).
- BERTI V. S.**, *Art. 183, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, ed. **Stephen V. Berti**, 2000.
- BERTI V. S.**, *Art. 185, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, ed. **Stephen V. Berti**, 2000, (**BERTI**, *Art. 185*).

BERTI V. S./SCHNYDER K. A., Art. 190, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, *ed. Stephen V. Berti*, 2000.

BINDER P., International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, An International Comparison of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2000.

BISHOP D./REED L., Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, 14(4) Arb Int, 1998.

BİRSEL M. T., Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları –“*Uygulanacak Usul Hukuku Belirsizlikleri*”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul 2001.

BİRSEL M. T., Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçimin Önemi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, (**BİRSEL**, *Tahkim Yeri*).

BİRSEL M. T., Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, 1 EÜHFD 1980/1, (**BİRSEL**, *Milletlerarası Tahkim*).

BİRSEL M. T/BUDAK A. C., Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği?, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara.

BLANKE G., Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law, *A Réplique to Denis Bensusade’s “Thalès Air Defence Bv v. GIE Euromissile”* 23(3) Arb Int 2006.

BLESSING M., Introduction to Arbitration-Swiss and International Perspectives, 1999.

BLESSING M., Arbitrability of Intellectual Property Disputes, 12(2) Arb Int 1996, (**BLESSING**, *Intellectual Property*).

BLESSING M., Extension of the Scope of an Arbitration Clause to Non-Signatories, ASA Special Series No. 8, 1994 (**BLESSING**, *Extension*).

BLESSING M., The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects, ASA Special Series No. 8, 1994, (**BLESSING**, *Arbitration Agreement*).

BLESSING M., The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, (**BLESSING**, *Arbitration Clause and Arbitrability*).

BLESSING M., The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism, 5(2) J Int'l Arb, 1988, (**BLESSING**, *The New International Arbitration Law*).

BLESSING M., Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, ASA Special Series No. 6, 1994, (**BLESSING**, *Arbitrability*).

BOND S. R., Party Autonomy: The Choice of Place, 8(1) Arb Int, 1992.

BOND S. R., The Nature of Conservatory and provisional Measures, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, ICC Publication No. 519, 1993, (**BOND**, *Provisional Measures*).

BÖCKSTIGEL H. K., The Role of National Courts in the Development of an Arbitration Culture, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series No 8, 1998.

BÖCKSTIEGEL K. H., An Introduction to the New German Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law, 14(1) Arb Int 1998, (**BÖCKSTIEGEL**, *New German Arbitration Act*).

BÖCKSTIEGEL K. H., Das UNCITRAL-Modell-Gesetz für die internationale Wirtschafts-Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 9/1984, (**BÖCKSTIEGEL**, *Modell-Gesetz*).

BÖCKSTIEGEL K. H., Germany, International Handbook on Commercial Arbitration, J. Paulsson ed. Suppl. 34, 2001, (**BÖCKSTIEGEL**, *Germany*).

BÖCKSTIEGEL K. H., Public Policy and Arbitrability, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration ICCA Congress Series, No. 3, 1987, (**BÖCKSTIEGEL**, *Public Policy*).

BÖCKSTIEGEL K. H., The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, eds. **Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995, (**BÖCKSTIEGEL**, *Looking Ahead*).

BÖSCH A., The Problem of Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, ed. **Alex Bösch**, Berlin, 1994.

BÖSCH A., *Germany*, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, ed. **Alex Bösch**, Berlin, 1994, (**BÖSCH**, *Germany*).

BRAVAR A., Deniz Hukuku İhtilaflarında Tahkime İlişkin Bazı Meseleler, çev. Şebnem Akipek/Mertol Can, XIX BATİDER 1997/2.

BRIGGS A. *The Conflict of Laws*, 2002.

BRINER R., Art. 177, *International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, ed. **Stephen V. Berti**, 2000.

BRINER R., *Special Considerations Which May Affect the Procedure (Interim Measures, Amiable Composition, Adoption of Contracts, Agreed Settlements), Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series No. 7, 1996, (**BRINER**, *Interim Measures*).

BRINER R., *Switzerland, International Handbook on Commercial Arbitration*, J. Paulsson ed., Suppl. 27, 1998, (**BRINER**, *Switzerland*).

BRINER R/von SCLSBRENDORFF F., *Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration*, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, 2001.

BRINKMANN G., *Schiedsgerichtsbarkeit und Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes*, Berlin, 1977.

BROCHES A., *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States of 1965, Explanatory Notes and Survey of Its Application*, XVIII YBCA, 1993.

BROCHES A., *A Model Law on International Commercial Arbitration? A Progress Report on the Work Undertaken Within The U.N Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, 18 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ 1984-1985, (**BROCHES**, *Model Law*).

BROCHES A., *UNCITRAL- Commentary on the Model Law*, *International Handbook on Commercial Arbitration*, J. Paulsson ed. Suppl. 11, 1990, (**BROCHES**, *Commentary*).

BUCHER A., *Court Intervention in Arbitration, International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity*, Twelfth Sokol Colloquium, eds. **Richard B. Lillich, Charles N. Brower**, 1994.

BUCHER E., *İsviçre'de Milletlerarası Ticari Tahkim, Çev. Vedat Buz, C. XVII BATİDER 1993/2*, (**BUCHER**, *İsviçre*).

BUCHER A/TSCHANZ P.Y. *International Arbitration in Switzerland*, 1989.

BUCHMAN B. L., *France, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook*, ed. **Alex Bösch**, Berlin, 1994.

BUXTON R., *The Human Rights Act and Private Law*, 116 LQR, 2000.

CALAVROS C., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld, 1988.

CALVO M. A., The Challenge of ICC Arbitrators, Theory and Practice, 15(4) J Int'l Arb, 1998.

CAPUCCI L., An Important Decision of Italian "Corte Costituzionale" regarding the Powers of Arbitral Tribunals to Apply to the Court to Test Constitutionality of a Law: Note-Corte Costituzionale, 22 November 2001, 20(1) ASA Bulletin 2002.

CARBONNEAU E. T./JANSON F., Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability, 2 Tul J Int'l & Comp L, 1994.

CARBONNEAU E. T., A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act, 22 Tul. Mar. L. J. 1997-1998.

CARBONNEAU E. T., Arbitral Adjudication: A Comparative Assessment of Its Remedial and Substantive Status in Transnational Commerce, 19 Tex Int 1984, (**CARBONNEAU**, *Arbitral Adjudication*).

CARBONNEAU E. T., The Reform of the French Procedural Law on Arbitration: An Analytical Commentary on the Decree of May 14, 1980, 4 Hastings Int 1980-1981, (**CARBONNEAU**, *The Reform*).

CARBONNEAU E. T., The French *Jurisprudence* on International Commercial Arbitration, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, (**CARBONNEAU**, *Jurisprudence*).

CHANG E., Note- Cour de cassation (2e Ch. Civ), 18 décembre 2003; The Superiority of the Arbitration Clause over a Forum Selection Clause under French Law, 22 ASA Bulletin, 2004.

CHUKWUMERIJE O., Judicial Supervision of Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1996, 15(2) Arb Int, 1999.

CLAPHAM A., The "Drittwirkung" of the Convention, The European System for the Protection of Human Rights, eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993.

CLARKSON C. M. V./HILL J., Jaffey on the Conflict of Laws, 2002.

COLLIER J. G., Conflict of Laws, 2001.

COLLINS L. The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England, *Contemporary problems in international arbitration*, ed. **Julian D. M. Lew**, 1986.

CRAIG W. L., Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 30 Tex Int'l L. J. 1995.

- CREMADES M. B.**, Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties, *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001.
- CREMADES M. B.**, Is Exclusion of Concurrent Courts' Jurisdiction over Conservatory Measures to be Introduced through a Revision of the Convention, 6(3) J Int'l Arb 1989, (**CREMADES**, *Conservatory Measures*).
- ÇAĞA T/KENDER R.**, Deniz Ticaret Hukuku II Navlun Sözleşmesi, 6. Baskı, İstanbul, 2001.
- ÇINAR S. U.**, Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti, Konya, 1998, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- DAVID R.**, Arbitration in International Trade, Deventer, Boston, London, Frankfurt/M., 1985.
- DANILOWICZ V.**, The Choice of Applicable Law in International Arbitration, 9 Hastings Int'l & Comp L Rev, 1985- 1986.
- DAYINLARLI K.**, HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim (m. 516-536), 2. Baskı, Ankara, 2004.
- DAYINLARLI K.**, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, (**DAYINLARLI**, *Kamu Düzeni*).
- DAYINLARLI K.**, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara, 1993 (*Tek Atıf*).
- De BOISSESON M.**, Thoughts on the Future of ADR in Europe: A Critical Approach, 15(4) Arb Int, 1999.
- De COSSIO G. F.**, Chauvinism Rejected: Mexican Supreme Court Upholds the Constitutionality of the Mexican Arbitration Statute, 22(2) J Int'l Arb, 2005.
- De FINA A. A.**, The Party Appointed Arbitrator in International Arbitrations-Role and Selection, 15(4) Arb Int, 1999.
- DE LY F.**, The Place of Arbitration in the conflict of laws of international commercial arbitration: an exercise in arbitration planning, *The Place of Arbitration*, eds. **M. Storme, F. De LY**, 1992; 12 Nw J Int'l & Bus, 1991.
- DE LY F.**, Judicial Review of Decisions of the ICC Court of International Arbitration, 7(1) J Int'l Arb, 1990, (**DE LY**, *Judicial Review*).
- DE VRIES P. H.**, International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, 57 Tul L. Rev. 1982-1983.
- DEBATTISTA C.**, Drafting Enforceable Arbitration Clauses, 21(2) Arb Int. 2005.

DELAUME G. R., ICSID Arbitration, Contemporary problems in international arbitration, *ed. Julian D M Lew*, 1986.

DELAUME G. R., Court Intervention in Arbitral Proceedings, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, *ed. Thomas E. Carbonneau*, 1984, (**DELAUME**, *Intervention*).

DELVOLVÉ J. L., The Fundamental Right to Arbitration, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, *eds Hunter M/Marriot A/Veeder V.V.*, 1995.

DELVOLVÉ J. L., Final Report on Multi-Party Arbitrations, 6(1) ICC Bulletin 1995, (**DELVOLVÉ**, *Multi-Party Arbitration*).

DELVOLVÉ J. L., Multipartism: The Dutco Decision of the French Cour de cassation, 9(2) Arb Int, 1993, (**DELVOLVÉ**, *Multipartism*).

DELVOLVÉ L. J/ROUCHE J/POINTON H. G., French Arbitration Law and Practice, 2003.

DEMEULENAERE B., The Place of Arbitration and the applicable law: The Case of Belgium, The Place of Arbitration, *eds. M. STORME and F. De LY*, 1992.

DEMİR C., Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), Ankara, 2005.

Departmental Advisory Committee on Arbitration Law (DAC), 1997 Supplementary Report on the Arbitration Act 1996, 13(3) Arb Int 1997, (*DAC Report*).

DERAINS Y., International Commercial Arbitration in Civil Law Countries, Arbitration In Settlement of International Commercial Disputes Involving The Far East and Arbitration In Combined Transportation, ICCA Congress Series No. 4, 1989.

DERAINS Y., Technical expertise and “reféré arbitral”, New Trends In The Development of International Commercial Arbitration and The Role of Arbitral and Other Institutions, ICCA Congress Series No. 1, 1983, (**DERAINS**, *Reféré*).

DERAINS Y/SCHWARTZ A. E., A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, 1998.

DEREN-YILDIRIM N., Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004.

DEREM-YILDIRIM N., Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, ABD 2002/4, (**DEREN-YILDIRIM**, *Tahkim*)

DESHPANDE V. S., Jurisdiction Over “Foreign” and “Domestic” Awards in the New York Convention, 1958, 7(2) Arb Int, 1991.

- DESPHANDE V. S.**, “Foreign Award” in the 1958 New York Convention, 9(4) J Int’l Arb, 1992, (**DESPHANDE**, *Foreign Award*).
- DEYNEKLİ A/KISA S.**, İtirazın İptali Davaları, İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı, 2. Baskı, Ankara, 2005.
- DI PIETRO D.**, Incorporation of Arbitration Clauses by Reference, 21(5) J Int’l Arb, 2004.
- DIAMOND A.**, The Third Man: The 1999 Act Sets Back Separability, 17(2) Arb Int 2001.
- DIMOLITSA A.**, Separability and Kompetenz-Kompetenz, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.
- DIMOLITSA A.**, Issues Concerning the Existence, Validity and Effectiveness of the Arbitration Agreement, 7(2) ICC Bulletin 1996, (**DIMOLITSA**, *Arbitration Agreement*).
- DONAHEY M. S.**, The Independence and Neutrality of Arbitrators, 9(4) J Int’l Arb, 1992.
- DONOVAN F.**, Powers of the Arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders, 10(1) ICC Bulletin 1999.
- DONOVAN F.**, The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: A Survey of Jurisdictions, the Work of UNCITRAL and Proposals for Moving Forward, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series No. 11, 2003, (**DONOVAN**, *Provisional Measure*).
- EASTWOOD G.**, A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrator, 17(3) Arb Int, 2001.
- EHRAT R. F.**, Art. 176, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, *ed. Stephen V. Berti*, 2000.
- EKŞİ N.**, Milletlerarası Tahkim kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan, 23 MHB 2003/1-2.
- EKŞİ N.**, Milletlerarası Deniz Ticaret Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul, 2004, (**EKŞİ**, *Incorporation*).

- EMBERLAND M.**, The Usefulness of Applying Human Rights Arguments in International Commercial Arbitration, *A Comment on Arbitration and Human Rights by Aleksandar Jaksic*, 20(4) J Int'l Arb 2003.
- ERDÖNMEZ G.**, İflâta Alacaklılar Toplanması'nın Yetkileri, İstanbul, 2005.
- EREN F.**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2003.
- ERTAŞ Ş.**, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2006.
- ERTEKİN E./KARATAŞ İ.**, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Ankara 1997.
- ERTEN R.**, ICSID Tahkimi, C. XIX, BATİDER 1998/4.
- ERTURGUT M.**, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara, 2004.
- ESEN E.**, Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Prof. Dr Gülören Tekinalp'e Armağan, 23 MHB 2003/1-2.
- FIGURES J. D.**, Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration, 14(1) ICC Bulletin 2003.
- FORTIER L. Y.**, The Never-Ending Struggle between Arbitrators and Judges in International Commercial Arbitration, *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001.
- FOUCHARD P/GAILLARD E/GOLDMAN B.**, on International Commercial Arbitration, Part I-II, ed. **Emmanuel Gaillard and John Savage**, The Hague, Boston, London, 1999.
- FREEDBERG-SWARTZBURG J. A.**, Court Assistance in The Appointment of Arbitrators, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, ed. **SUMAMPOUW M/BARNHOORN L.A.N.M/FREEDBERG-SCHWARTZBUR J. AG/TROMM J.J.M/WADE J.A.**, 1992.
- GAILLARD E.**, The Negative Effect of Competence-Competence, 17(1) Mealey's IAR 2002.
- GAILLARD E.**, A Foreign View of the New Swiss Law on International Arbitration, 4(1) Arb Int, 1988, (**GAILLARD**, *Swiss Law*).
- GAILLARD E.**, Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years

of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, (GAILLARD, *Awards*).

GAILLARD E., Laws and Court Decisions in Civil Law Countries, I. Preventing Delay and Disruption of Arbitration, II., Effective Proceedings in Construction Cases, ICCA Congress Series No. 5, 1992, (GAILLARD, *Court Decisions*).

GAILLARD E., The UNCITRAL Model Law and Recent Status on International Arbitration in Europe and North America, 2 ICSID Rev-FILJ 1987, (GAILLARD, *UNCITRAL Model Law*).

GAILLARD E., The Consolidation of Arbitral Proceedings and Court Proceedings, Complex Arbitrations, Perspectives on their Procedural Implications, ICC *Bulletin* Special Supplement, 2003, (GAILLARD, *Consolidation*).

GAILLARD E., The Use of Comparative Law in International Commercial Arbitration, Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes involving the Far east and Arbitration in Combined Transport, ICCA Congress Series No. 4, 1989 (GAILLARD, *Comparative Law*).

GAFFNEY P. J., Ex Parte Measures in International Arbitration, 17(1) Mealey's IAR 2002, s. 39 vd.

GALIC A., Arbitration and The Right to a Fair Trial, 7 Croat Arbit, 2000.

GEIMER R., Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (*aus deutscher Sicht*), Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.v, Band 7, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, Bielefeld, 1994.

GEISINGER E/LEVY L., *Lis Alibi Pendens* in International Commercial Arbitration, Complex Arbitrations, Perspectives on their Procedural Implications, ICC *Bulletin* Special Supplement, 2003.

GEISINGER E/FROSSARD V., Challenge and Revision of the Award, *Chapter 8*, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004.

GELGEL ÖZTEKİN G., Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003.

GELINAS P-A., Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.

- GERHARDT W.**, Insolvenzrechts-Handbuch, *Herausgeber* von Peter Gottwald, München, 1990.
- GIRSBERGER D/HAUSMANINGER C.**, Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate, 8(2) Arb Int 1992.
- GIRSBERGER D.**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, *Herausgeber*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 1992, Art. 170.
- GIUNIO M.**, Arbitration and The Right to a Fair Trial, 7 Croat Arbit, 2000.
- GLOSSNER O.**, International Commercial Arbitration Some Practical Aspects, International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, *ed.* Pieter Sanders, The Hague, 1967.
- GLOSSNER O.**, Expertise-quality arbitration in international trade, New Trends In The Development of International Commercial Arbitration and The Role of Arbitral and Other Institutions, ICCA Congress Series No. 1, 1983, (*Tek Atf*).
- GOLDMAN B.**, The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Arbitration is Effective, International Arbitration, 60 Years of ICC Arbitration, A look at the Future, ICC Publication No 412, 1984.
- GOODE R.**, The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration, 17(1) Arb Int, 2001.
- GOSWAMI L.**, Interim Relief: The Role of the Courts, International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series No. 10, 2001.
- GOTANDA Y. J.**, An Efficient Method for Determining Jurisdiction in International Arbitration, 40 Colum. J. Transnat'l L.2001-2002.
- GOTTWALD P.**, Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte, FS für Heinrich Nagel, Münster, 1987.
- GÖREN Z.**, Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Anayasa Yargısı 11, 28-29 Nisan 1994.
- GÖREN Z.**, Temel Hak Genel Teorisi, 3. Baskı, Ankara 1995, (**GÖREN**, *Temel Hak*).
- GÖREN Z.**, Temel Hakların Yatay Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Mayıs 2001, Ankara 2001 (**GÖREN**, *Yatay Etki*).
- GÖZLER K.**, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000.
- GÖZLÜGÖL V. S.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzun Etkisi, 2. Baskı, 2002, Ankara.

GÖZÜBÜYÜK Ş/GÖLCÜKLÜ F., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Bası, Ankara, 2004.

GRANZOW H. J., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985, München, 1988.

GRAVEL S., Multiparty Arbitration and Multiple Arbitrations, 7 ICC Bulletin, 1996.

GÜLMEZ M., Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, TBBD 2004/54.

GÜRDOĞAN B., Davaya Vekalette Özel Mezuniyeti Gerektiren Hâller, Temsil ve Vekalette İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977.

HABEGGER P., Note-Federal Tribunal (1st Civil Court), 16 October 2003 (4P. 115/2003); Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form, 22 ASA Bulletin, 2004.

HABSCHEID J. W., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Privatautonomie, FS für Ulrich Walder, Zurich, 1994.

HABSCHEID J. W., Schiedsgerichtsbarkeit und Europäische Menschenrechtskonvention, FS für Wolfram Henckel, Berlin, New York, 1995, (**HABSCHEID, EMRK**).

HABSCHEID J. W/HABSCHEID E., The End of east-West Commercial Arbitration-Arbitration between the Former Two Germanies, 9(2) Arb Int 1993.

HADDING W., Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, Band 2, Schuldrecht I, (§§241-432), Stuttgart, Berlin, Köln, 1990, §328.

HADİMOĞLU N. Ö., Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Ankara, 2002, (*Yayımlanmamış Doktora Tezi*).

HANOTIAU B., The Law Applicable to Arbitrability, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.

HANOTIAU B., Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues- An Analysis, 18(3) J Int'l Arb, 2001, (**HANOTIAU, Complex Arbitrations**).

HANOTIAU B., Objective Arbitrability, Its Limits, Its Problem Areas, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, ASA Special Series No. 6, 1994, (**HANOTIAU, Arbitrability**).

HARBST R., Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, Ein Rechtsvergleich zwischen dem englischen Arbitration Act 1996 und deutschem Schiedsverfahrensrecht, Heidelberg, 2002.

HARRIS B./PLANTEROSE R./TECKS J., The Arbitration Act 1996: A Commentary, Third Edition, 2003.

HASCHER D., ICC Practice in relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators, 6(2) ICC Bulletin, 1995.

HASCHER D., European Convention on International Commercial Arbitration of 1961, XX YBCA 1995, (**HASCHER**, *Convention*).

HAUSMANIGER C., The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration? 7(1)ICSID Review-FILJ, 1992.

HELLER K., Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Band 4, Wien, 1996.

HENN G., Schiedsverfahrensrecht, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 2000.

HERRMANN G., The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Introduction and General Provisions, Essays on International Commercial Arbitration, *ed.* Petar Sarcevic, 1989.

HERRMANN G., Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? The 1998 Freshfields Lecture, 15(3) Arb Int 1999, (**HERRMANN**, *Uniform Legislation*).

HERRMANN G., The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts, International Arbitration in a Changing World, ICCA Congress Series No 6, 1994, (**HERMANN**, *Arbitration Agreement*).

HERRMANN G., The Role of The Courts under the UNCITRAL Model Law script, Contemporary problems in international arbitration, *ed.* **Julian D M Lew**, 1986, (**HERRMANN**, *The Role*).

HILL J., Some private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996, 46 ICLQ 1997.

HOCHBAUM F. J., Pathological Arbitration Clauses in German Courts, German Courts Interpret Arbitration Clauses: Wrong Designation of the Seat of an Arbitral Institution, 11(1) Mealey's IAR 1996.

HOLTZMANN H. M., A Task for the 21st Century: Creating a New International Court Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards, The Internationalisation of

International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, eds. **Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995.

HOLTZMANN H. M., Balancing the Need for Certainty and Flexibility in International Procedures, International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity? eds. **Richard B., Lillch, Charles N. Brower**, 1990, (**HOLTZMANN, Certainty and Flexibility**).

HOLTZMANN H. M., The Geopolitics of Arbitration, Essays in Honor of Hans Smit, 3 (4) Am Rev. Int’l Arb 1992 (**HOLTZMANN, Arbitration**).

HOLTZMANN H. M/NEUHAUS E. J., A Guide To the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History, Part I-II, 1994.

HORAN J. M., Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships Between Individuals, 25 ICLQ 1976.

HUSSLEIN-STICH G., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, Köln, 1990.

ILDIR G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2003.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, London Conference 2000, Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (*ILA Report*).

İNCEOĞLU S., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul, 2002.

IWASAKI K., Selection of Situs: Criteria and Priorities, 2(1) Arb Int, 1986.

JACOT-GUILLARMOND O., Rights Related to Good Administration of Justice, The European System for the Protection of Human Rights, eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993.

JAKSIC A., Arbitration and Human Rights, Band 59, Berlin, Bern, 2002.

JAKUBOWSKI J., Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum* Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982.

JARVIN S., Consolidated Arbitrations, The New York Arbitration Convention and the Dutch Arbitration Act 1986- a Critique of Dr. van den BERG, 3(3) Arb Int, 1987.

JARVIN S., Is Exclusion of Concurrent Court’s Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced by a Revision of The Convention? 6(1) J. Int’l Arb. 1989, (**JARVIN, Conservatory Measures**).

JARVIN S., The sources and limits of the arbitrator's powers, Contemporary problems in international arbitration, *ed. Julian D M Lew*, 1986 (**JARVIN**, *The source*).

JARVIN S., To What Extent Are Procedural Decisions of Arbitrators Subject to Court Review?, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, (**JARVIN**, *Procedural Decisions*).

JERMINI C., Die Anfechtung der Schiedssprüche im internationalen Privatrecht, Nach dem schweizerischen Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, mit rechtsvergleichenden Ausblicken, Zürich, 1997.

JIMENEZ de ARECHAGA E., International Law in the Past Third of the Century, I *Recueil des Cours*, 1978.

KALPSÜZ T., Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 5 Kasım 2001.

KALPSÜZ T., Hakem Kararlarının Milliyeti, IX BATİDER 1978/3, (**KALPSÜZ**, *Milliyet*).

KALPSÜZ T., İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 1996, (**KALPSÜZ**, *İnşaat Sözleşmeleri*).

KALPSÜZ T., İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, (**KALPSÜZ**, *İsviçre*).

KALPSÜZ T., Milletlerarası Tahkim Kanununda ICC Tahkim Kuralları ile IPL'den Esinlenen Hükümler, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, (**KALPSÜZ**, *Seminer*).

KALPSÜZ T., Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, (**KALPSÜZ**, *Tahkim Anlaşması*).

KALPSÜZ T., Türk Hakem Kararı Kavramı, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, (*Tek Atıf*).

KAPLAN N., A Case by Case Examination of Whether National Courts Apply Different Standards When Assisting Arbitral Proceedings and Enforcing Awards in International Cases as Contrasting with Domestic Disputes. Is there a Worldwide Trend towards

Supporting an International Arbitration Culture? International Dispute Resoltion: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series No 8, 1998.

KAPLAN N., In the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice? 12(1) Arb Int 1996, (**KAPLAN, Writing**).

KAPLAN Y., Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara, 2002, (**KAPLAN, Usul**)

KAPLAN Y., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 19-20 MHB 1999-2000/1-2, (**KAPLAN, Hakemlerin Seçilmesi**).

KAPLAN Y., Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi, 21 MHB 2001/1-2, (**KAPLAN, Hakemin Reddi**).

KARAFAKİH İ. H., Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952.

KARAN H., Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001.

KARAYALÇIN Y., İsviçre'de Tahkim, 5 YD 1979/1.

KARRER A. P., Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please, International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series No 10, 2001.

KARRER A. P., Judicial Review of International Arbitral Awards up to a point Local and Transnational standarts, FS für Rolf A. Schütze, München, 1999, (**KARRER, Judicial Review**).

KARRER A. P/KÄLIN-NAUER C., Is there a Favor *Jurisdictionis Arbitri*?-Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland, 13(3) J Int'l Arb, 1996.

KAUFMANN-KOHLER G., Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure- The Role of the Law of the Place of Arbitration, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of The New York Convention, 1998, ICCA Congres Series No. 9, 1999.

KAUFMANN-KOHLER G., Introduction, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler& Blaise Stucki, 2004, (**KAUFMANN-KOHLER, Switzerland**).

KERR M., Arbitration and The Courts: The UNCITRAL Model Law, 34 ICLQ, 1985.

KERR M., Concord and Conflict in International Arbitration, 13(2) Arb Int, 1997, (**KERR, Arbitration**).

- KERR M.**, The English Arbitration Act 1996 and the Model Law, *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001, (**KERR**, *Model Law*).
- KESSEDJIAN C.**, Court Decisions on Enforcement of Arbitral Agreements and Awards, 18(1) J. Arb Int'l, 2001.
- KIRCHNER J/MARRIOT A. L.**, International Arbitration in the Aftermath of Socialism-The Example of the Berlin Court of Arbitration, 10(1) J Int'l Arb, 1993.
- KIRRY A.**, Arbitrability: Current Trends in Europe, 12(4) Arb Int, 1996.
- KLEIN T.**, Disagreement on the Scope of an Arbitration Clause, 7(2) ICC Bulletin 1996.
- KNOEPFLER F/SCHWEIZER P.**, Making of Awards and Termination of Proceedings, Essays on International Commercial Arbitration, *ed. Petar Sarcevic*, 1989.
- KOCASAKAL Ö H.**, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerinde Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.
- KOCASAKAL Ö H.**, Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006 (**KOCASAKAL**, *Uygulama Alanı*).
- KOJOVIC T.**, Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional relief-*How Final is Provisional?* 18(5) J Int'l Arb, 2001.
- KOMURO N.**, The WTO Dispute Settlement Mechanism Coverage and Procedures of the WTO Understanding, 12(3) J Int'l Arb 1995.
- KORAL R.**, Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararları Teriminin Yeni Anlamı, II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, (*Tek Atf*).
- KORAL R.**, Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler, XLVIII-XLIX İÜHFM 1982-1983/1-4, İstanbul 1983, (*Tek Atf*).
- KORAL R.**, Türk Hukukunda “Yabancı Hakem Kararı” Mefhumu ve Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu” Kriteri, (*Ayrı Bası*), XLII İÜHFM, 1977/1-4 (**KORAL**, *Otorite Kanunu*).
- KORAL R.**, Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV Hukuk Dairesi'nin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Hıfzı Timur'a Armağan İstanbul 1979, (*Tek Atf*).
- KOSTAKOĞLU C.**, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul, 2005.
- KÖTZ H.**, Rights of Third Parties. Third Party Beneficiaries And Assignment, *IECL*, Vol VII, Chapter 13, 1992.

KREINDLER H. R/MAHLICH T., A Foreign Perspective on the New German Arbitration Act, 14(1) Arb Int, 1998.

KRÖLL S., Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction, 20(1) Arb Int, 2004.

KRÖLL S., Das neue deutsche Schiedsrecht vor staatlichen Gerichten: Entwicklungslinien und Tendenzen 1998-2000, NJW 16/2001, (**KRÖLL**, *Schiedsrecht*).

KRÖLL S., German Supreme Court: Missed Deadline Does Not Bar Defendant from Invoking Existence of Arbitration Clause, 17(4) Mealey's IAR 2002, (**KRÖLL**, *Arbitration Clause*).

KRÖLL S., Naumburg Higher Regional Court Offers "Good Example" of How German Arbitration Law balances Party's needs and Protects Arbitral Process, 17(6) Mealey's IAR, 2002, (**KRÖLL**, *Arbitral Process*).

KRÖLL S., Party Pursuing Bias Claim Against Arbitrator Must Do So At Place of Arbitration, German Supreme Court Rules, 17(8) Mealey's IAR, 2002, (**KRÖLL**, *Place of Arbitration*).

KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, C. VI, İstanbul, 2001.

KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü Altıncı Baskı, C. II, İstanbul, 2001, (*Tek Atf*).

KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü Altıncı Baskı, C. I, İstanbul, 2001, (**KURU**, C. I).

KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü Altıncı Baskı, C. IV, İstanbul, 2001, (**KURU**, C. IV).

KURU B., İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, İstanbul 1997 (**KURU**, *İcra*, C. IV).

KURU B., İcra ve İflâs Hukuku, C. III, Ankara, 1993, (**KURU**, *İcra*, C. III).

KÜÇÜKGÜNGÖR E., Roma Hukukunda Tahkim, (*Compromissum*), C. XIX, BATİDER 1998/3.

KÜHN W., Vorläufiger Rechtsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit, Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Band 1, Heidelberg, 1987.

LALIVE P. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, 1987.

LALIVE P., Enforcing Awards, International Arbitration, 60 Years of ICC Arbitration, A look at the Future, ICC Publication No 412, 1984, (**LALIVE**, *Awards*).

LALIVE P., The Internationalisation of International Arbitration: Some Observations, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, eds. **Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995, (**LALIVE**, *Internationalisation*).

LALIVE P., The New Swiss Law on International Arbitration Articles, 4(1) Arb Int, 1988, (**LALIVE**, *Swiss Law*).

LANDAU T., The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement: When “Written” Means “Oral”, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series No. 11, 2003.

LANDO O., The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration, 34 ICLQ, 1985.

LAZIC V., Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration, The Hague, London, Boston, 1998.

LEBOULANGER P., Multi-Contract Arbitration, 13(4) J Int’l Arb, 1996.

LECUYER-THIEFFRY C., First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Rules, 20 (6) J. Int’l Arb. 2003.

LEIGH I., Horizontal Rights, The Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?, 48 ICLQ, 1999.

LEVEL P., Joinder of Proceedings, Intervention of Third Parties, and Additional Claims and Counterclaims, 7(2) ICC Bulletin 1996.

LEW J. D. M., Intellectual Property Disputes and Arbitration, Final Report of the Commission on International Arbitration, 9(1) ICC Bulletin 1998.

LEW J. D. M., The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, (**LEW**, *Arbitration Clause*).

LEW J. D. M., Applicable Law in International Commercial Arbitration, 1978, (**LEW**, *Applicable Law*).

LEW J. D. M., Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, 22(2) Arb Int. 2006, (**LEW**, *Arbitration*).

LEW J. D.M., Determination of arbitrators’ jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction, *Contemporary problems in international arbitration*, ed **Julian D. M. Lew**, 1986, (**LEW**, *Jurisdiction*).

LEW J. D. M., Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases, 11(1) ICC Bulletin 2000, (**LEW**, *Interim and Conservatory Measures*).

LEW J. D. M., The place of arbitration and the applicable procedural law in the English common law, The place of arbitration, eds. **M. Storme, F. De Ly**, 1992, (**LEW**, *Place of Arbitration*)

LEW J. D. M/MISTELIS L. A/KRÖLL S., Comparative International Commercial Arbitration, 2003.

LEWAN M. K., The Significance of Constitutional Rights for Private Law: theory and Practice in West Germany, 17 ICLQ 1968.

LIEBSCHER C., The Healthy Award, Challenge in International Commercial Arbitration, 2003.

LIEBSCHER C., Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration, 6 Croat Arbit. Yearb. 1999, (**LIEBSCHER**, *Fair Trial*).

LIEBSCHER C/SCHMID A., *Austria*, Practitioner's Handbook on International Arbitration, ed Frank-Bernd Weigand, München, 2002.

LIONNET K., The New German Arbitration Act-A User's Perspective, 14(1) Arb Int, 1998.

LIONNET K., Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Zweite, neubearbeitete Auflage, 2001 (**LIONNET**, *Handbuch*).

LIONNET K., Should the Procedural Law Applicable to International Arbitration be Denationalised or Unified? *The Answer of the UNCITRAL Model Law*, 8(3) J Int'l Arb, 1991, (**LIONNET**, *Procedural Law*).

LIONNET K., The UNCITRAL Model Law, A German Perspective, 6(4) Arb Int, 1990, (**LIONNET**, *Model Law*).

LUZZATTO R., International Commercial Arbitration and the Municipal Law of the States, 157 *Recueil des Cours*, 1977-IV, 1980.

MACKIE K., The Future for ADR Clauses After *Cable & Wireless v. IBM*, 19(3) Arb Int, 2003.

MADL F., Competence of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration, Essays on International Commercial Arbitration, ed. **Petar Sarcevic**, 1989.

MALES S., Comity and anti-suit injunctions, LMCLQ 1998.

MANN F. A., The UNCITRAL Model Law-Lex Facit Arbitrum, 2(3) Arb Int 1986, (*Tek Atf*).

MANN F. A., *Lex Facit Arbitrum*, International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, (**MANN**, *Lex Facit Arbitrum*).

MANN F. A., Private Arbitration and Public Policy, 4 CJQ 1985, (**MANN**, *Private Arbitration*).

MANN F. A., An "Agreement in Writing" to Arbitrate, 3(2) Arb Int, 1987, (**MANN**, *Writing*).

- MANN F. A.**, Where is an Award “made”?, 1(1) Arb Int 1985, (**MANN**, *Award*).
- MANN F. A.**, England Rejects “Delocalised” Contracts and Arbitration, 33 ICLQ, 1984, (**MANN**, *Delocalised Contracts*).
- MANN F. A.**, State Contracts and International Arbitration, 42 BYIL 1967, (*Tek Atıf*).
- MANN F. A.**, Zur Nationalität des Schiedsspruchs, FS für Walter Oppenhoff, München, 1985, (*Tek Atıf*).
- MANTAKOU A.**, The Concept of International Arbitration: An “Endangered Species”?, 50 RHDl 1997.
- MANTILLA-SERRANO F.**, International Arbitration and Insolvency Proceedings, 11(1) Arb Int 1996.
- MATSCHER F.**, Schiedsgerichtbarkeit und EMRK, FS für Heinrich Nagel, Münster, 1987.
- MAYER P.**, The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, eds. **Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995.
- MCGOLDRICK D.**, The United Kingdom’s Human Rights Act 1998 in Theory and Practice, 50 ICLQ, 2001.
- MELIS W.**, Arbitration and the Courts, Arbitration 1985, s. 453.
- MELIS W.**, Mandatory National Procedural Law and Auxiliary Powers of Courts, Planning Efficient Arbitration Proceedings, the Law Applicable In International Arbitration, ICCA Congress Series No. 7, 1996, (**MELIS**, *Mandatory*).
- MELIS W.**, Arbitration and Courts, UNCITRAL’s Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1984, (**MELIS**, *Courts*).
- MERCANGÖZ E.**, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Savunma Haklarına Uyuma Şartı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002/1.
- MERKIN R.**, Arbitration Act 1996, London, Hong Kong, 2000.
- MISTELIS A. L.**, Confidentiality and Third Party Participation, 21(2) Arb Int, 2005.
- MISTELIS A. L.**, ADR in ENGLAND and WALES, 12 Am Rev Int’l Arb, 2001, (**MISTELIS**, *ADR*).
- Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal bir Düzenleme Gerekir mi? II Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, 6 Haziran 1998, (*Sempozyum*).

- MOITRY J. H.**, Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights, 6(2) J Int'l Arb, 1989.
- MOMCINOVIC H.**, Arbitration in Croatia, Current status and future prospects: Setting Aside Arbitral Awards in the Proceedings Before the Constitutional Court, 2 Croat Arbit. Yearb., 1995.
- MOURRE A.**, Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator, 22(1) Arb Int 2006.
- MULLER M. R.**, Recent Swiss Case Law on the New York Convention- An Update, 21(4) ASA Bulletin 2003,.
- MUSTILL J. M.**, Transnational Arbitration in English Law, 37 CLP, 1984.
- MUSTILL J. M/BOYD C. S.**, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, Second Edition, London, Edinburg, 1989.
- NAKAMURA T.**, The Place of Arbitration in International Arbitration- Its Fictitious Character and Lex Arbitri, 15(10) Mealey's IAR, 2000.
- NAKAMURA T.**, Arbitrability and The Lex Arbitri, 17(3) Mealey's IAR, 2002, (NAKAMURA, *Arbitrability*).
- NAÓN G. A. H.**, Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Tübingen, 1992.
- NARIMAN F. S.**, Finality in India: the Impossible Dream, 10(4) Arb Int, 1994.
- NESBITT S/QUINLAN H.**, The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses, 22(1) Arb Int 2006.
- NICKLISCH F.**, Multi-party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects, 11(4) J Int'l Arb, 1994.
- NICKLISCH F.**, The Role of The Engineer As Contract Administrator and Quasi-Arbitrator in International Construction and Civil Engineering Projects, 3 ICLR 1990, (NICKLISCH, *Engineer*).
- NOMER E.**, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesi'nin Bağımsızlığı, 4 MHB 1984/1.
- NOMER E.**, Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı, C. XXXIV İÜHFİM 1969/1-4, (NOMER, *Dersdestlik*).
- NOMER E.**, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 19-20 MHB 1999-2000/1-2, (NOMER, *Kamu Düzeni*).
- NOMER E/EKŞİ N/ÖZTEKİN G.**, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, İstanbul, 2003.
- NOMER E/ŞANLI C.** Devletler Hususi Hukuku, 12 Bası, İstanbul, 2003.

- OETIKER C.**, The Principle of Lis Pendens in International Arbitration: The Swiss Decision in Fomento v. Colon, 18(2) Arb Int, 2002.
- OĞUZMAN K.M/SELİÇİ Ö/OKTAY-ÖZDEMİR S.**, Eşya Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004.
- OĞUZMAN M.K/ÖZ T.**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2005.
- OKAY S.**, Navlum Mukavelelerinde Tahkim Şartı, IV. Ticaret ve Banka Hukuk Haftası: Tahkim, Ankara 1965.
- ÖZBAY İ.**, 1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, (**ÖZBAY, Reform**).
- ÖZBAY İ.**, Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara, 2004.
- ÖZBAY İ.**, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, (**ÖZBAY, Kesin Hüküm**).
- ÖZBEK M.**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2004.
- ÖZBEK N.**, MTO Kuralları Işığında Yeni Bir Tahkim Türü ve Şartı Olarak Çok Taraflı Tahkim (Multiparty Arbitration), XX BATİDER 1999/2, (**ÖZBEK, Çok Taraflı Tahkim**).
- ÖZEKES M.**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, 2003.
- ÖZEKES M.**, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara, 1999, (**ÖZEKES, İhtiyati Haciz**).
- ÖZEKES M.**, Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995, (**ÖZEKES, Asli Müdahale**).
- ÖZSUNAY E.**, Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların "Uluslar arası Tahkimle İlgili Düzenlemeler"inde Geçici ve Koruyucu Önlemler, İBD 2003/2.
- PARK W. W.**, Why Courts Review Arbitral Awards, *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001.
- PARK W. W.**, Judicial Controls in the Arbitral Process, 5(3) Arb Int 1989, (**PARK, Judicial Control**).
- PARK W. W.**, National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration, 63 Tulane L Rev 1989, (**PARK, Commercial justice**).
- PARK W. W.**, Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration, 12 Brooklyn J. Int'l L., 1986, (**PARK, Public Interest**).

PARK W. W., The Arbitrability Dicta in *First Options v Kaplan*: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic? 12(2) Arb Int, 1996, (**PARK**, *Arbitrability*).

PARK W. W., The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration, 32 ICLQ 1983, (**PARK**, *Lex Loci Arbitri*).

PARK W.W., The Influence of National Legal Systems on International Commercial Arbitration: Recent Developments in English Arbitration Law, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, (**PARK**, *Legal Systems*).

PARK W.W/PAULSSON J., The Binding Force of International Arbitral Awards, 23 Va. J. Int, 1982-1983.

PATHAK R. S., When and Where Do national Courts Reflect an International Culture When Deciding Issues Relating to International Arbitration?, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series No. 8, 1998.

PAULSON J., Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters, 32 ICLQ 1983.

PAULSSON J., A Better Mousetrap: 1990 ICC Rules for a Pre-Arbitration Referee Procedura, IBL, 1990, 215-216. (*Tek Atif*)

PAULSSON J., Arbitration unbound in Belgium, 2(1) Arb Int 1986, (**PAULSSON**, *Arbitration in Belgium*).

PAULSSON J., Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin, 30 ICLQ 1981, (**PAULSSON**, *Arbitration Unbound*).

PAULSSON J., Arbitration Without Privity, 10 ICSID Rev-FILJ 1995, (**PAULSSON**, *Arbitration Without Privity*).

PAULSSON J., Lessons of the Last Decade: The Promise and Dangers of Globalisation and Practice Under The LCIA Rules, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, eds. **Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995, (**PAULSSON**, *Lessons of the Last Decade*)

PAULSSON J., May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration, 2(2) Arb Int 1986, (**PAULSSON**, *State*).

PAULSSON J., The Extent of Independence of International Arbitration from the law of the situs, Contemporary Problems in International Arbitration, ed **Julian D. M. Lew**, 1986, (**PAULSSON**, *The Extent of Independence*).

- PAULSSON J.**, The Role of Swedish Courts in Transnational Arbitration, 21, Va. J. Int. L., 1981, (**PAULSSON**, *Role of Swedish Courts*).
- PECHOTA V.**, The Future of the Law Governing The International Arbitral Process: Unification and Beyond, Essays in Honor of Hans Smit, 3(4) Am Rev Int'l Arb 1992.
- PEKCANITEZ H.**, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara, 1992.
- PEKCANITEZ H.**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, (**PEKCANITEZ**, *Hukuki Dinlenilme*).
- PEKCANITEZ H.**, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzBD 1997/2, (**PEKCANITEZ**, *Adil Yargılanma*).
- PEKCANITEZ H.**, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, (**PEKCANITEZ**, *Geçici Hukuki Koruma*).
- PEKCANITEZ H.**, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, Anayasa Yargısı 12, 27-28 Nisan 1995, (**PEKCANITEZ**, *Anayasa Şikâyeti*).
- PEKCANITEZ H.**, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB yayın No. 8, Ankara 1999, (**PEKCANITEZ**, *Aleniyet*).
- PEKCANITEZ H/ATALAY O/ÖZEKES M.**, Medeni Usûl Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2006.
- PEKCANITEZ H/ATALAY O/SUNGURTEKİN ÖZKAN M/ÖZEKES M.** İcra ve İflâs Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2006 (**ÖZKAN**).
- PEKCANITEZ H/AKKAN M/YEŞİLOVA B/ERİŞİR E.**, İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4. Bası, Ankara, 2005.
- PERRET F.**, Parallel Actions pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: the Solution under Swiss Law, 16(3) Arb Int 2000.
- PERRET F.**, Parallel Actions pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: the Solution under Swiss Law, Arbitral Tribunals or State Courts Who Must defer to Whom, ASA Special Series No. 15, 2001, (**PERRET**, *Parallel actions*).
- PETER W/FREYMOND C.**, Art. 180, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000.
- PETER W/LEGLER T.**, Art. 179, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000.

- PETER B.**, *Switzerland*, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, *ed. Alex Bösch*, Berlin, 1994.
- PETROCHILOS G.**, Procedural Law in International Arbitration, 2004.
- PETROCHILOS G.**, On the Juridical Character of the Seat in the Arbitration Act 1996, LMCLQ, 2002, (**PETROCHILOS**, *Seat*).
- PHILIP A.**, A Century of Internationalisation of International Arbitration: An Overview, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, *eds. Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder*, 1995, s. 26-27.
- PINSOLE P.**, Parties To An International Arbitration With The Seat In France Are At Full Liberty To Organize The Procedure As They See Fit, A Reply To The Article Published By Noah Rubins, 16(1) Mealey's IAR, 2001.
- PINSOLE P.**, Court Appointed Arbitrator: French Court Expands Jurisdiction to Avoid Denial of Justice, 17(6) Mealey's IAR 2002 (**PINSOLE**, *Arbitrator*).
- PLANTEY A.**, Milletlerarası Ticari Tahkim ve İnsan Hakları, Prof. Dr. S. S. Tekinay'a Armağan, İstanbul 1999.
- PLATTE M.**, When Should an Arbitrator Join Cases? 18(1) Arb Int 2002.
- PLUYETTE G.**, A French Perspective, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, ICC Publication No. 519, 1993.
- POSTACIOĞLU E. İ.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, 1975.
- POUDRET J. F.**, Discrepancies Between the New York Convention and Chapter 12 of the Swiss PIL, The New York Convention of 1958, ASA Special Series No. 9, 1996.
- POUDRET J. F.**, Concluding Remarks on Relationship Between State Courts and Arbitral Tribunals, Arbitral Tribunals or State Courts Who Must defer to Whom, ASA Special Series No. 15, 2001, (**POUDRET**, *State Courts*).
- PRYLES M.**, Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, 18(2) J. Int'l Arb 2001, *Ayrıca bkz.* International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series No. 10, 2001.
- RAESCHKE-KESSLER H.**, The New German Arbitration Act v. Old German Case Law: Which Case Law of the Bundesgerichtshof is to be Applied to the New Act, 14(1) Arb Int 1998.
- RAESCHKE-KESSLER H.** Some Developments on Arbitrability and Related Issues, International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series No. 10, 2001, (**RAESCHKE-KESSLER**, *Arbitrability*).

REDFERN A., Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection-Is the Tide About to Turn?, 30 Texas Int'l Law, J 1995.

REDFERN A/HUNTER M/BLACKABY N/PARTASIDES C, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, 2004.

REICHERT D. D., Problems with Parallel and Duplicate Proceedings: The Litispendence Principle and International Arbitration, 8(3) Arb Int 1992.

REED L., Court of Appeal of Paris Breaks New Ground by Annuling ICC "Procedural Order" in Brasoil Arbitration Case, 14(8) Mealey's IAR 1999.

REID S. A., The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?, 21(3) J Int'l Arb 2004.

REINER A., The Form of the Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.

REINER A., Some Recent Austrian Court Decisions in the Field of Arbitration, 17(2) J Int'l Arb 2000, (**REINER**, *Court Decisions*).

RENSMANN T., Anational Arbitral Awards Legal Phenomenon or Academic Phantom? 15(2) J. Int'l Arb. 1998.

REYMOND C., The New Swiss Law of International Arbitration, The New Swiss Law of International Arbitration, ASA, 1990.

RIVKIN W. D., The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.

ROBINSON W/KASOLOWSKY B., Will the United Kingdom's Human Rights Act Further Protect Parties to Arbitration Proceedings? 18(4) Arb Int 2002.

ROKSIN S. K., The Sources and limits of the Arbitrator's Powers in England, Contemporary problems in international arbitration, *ed. J. D. M. LEW*, 1986.

RONEY P. D/MULLER K. A., The Arbitral Procedure, *Chapter 4*, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, *ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki*, 2004.

ROSSEL J/PRAGER H., Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof, 15(4) Arb Int 1999.

ROSSEL J/PRAGER H., International Arbitration and Bankruptcy: Unites State, France and the ICC, 18(4) J. Int'l Arb 2001.

- ROTH M.**, The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Practitioner's Handbook on International Arbitration, ed. **Frank-Bernd WEIGAND**, 2002.
- ROTH H.**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§241-432), München, 1979, §401 (*Tek Atf*).
- RUBINO-SAMMARTANO M.**, International Arbitration, Law and Practice, 2nd Edition, The Hague/London/Boston, 2001.
- RUBINO-SAMMARTANO M.**, International and Foreign Arbitration, 5(3) J Int'l Arb, 1988, (**RUBINO-SAMMARTANO**, *Arbitration*).
- RUBINS N.**, The Arbitral Seat In No Fiction: A Brief Reply To Tatsuya Nakamura's Commentary "The Place of Arbitration in International Arbitration- Its Fictitious Character and Lex Arbitri", 16(1) Mealey's IAR 2001.
- RUTHERFORD M/SIMS H. M. J.**, Arbitration Act 1996: A Practical Guide, 1996.
- SAMUEL A.**, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S and West German Law, Zurich, 1989.
- SAMUEL A.**, A Critical Look at the Reform of Swiss Arbitration Law, 7 (1) Arb Int 1991, (**SAMUEL**, *Swiss Law*).
- SAMUEL A.**, Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Right, 21(5) J Int'l Arb 2004, (**SAMUEL**, *Human Right*).
- SAMUEL A.**, Separability in English Law-Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which It Is Contained? 3(3) J. Int'l Arb 1986, (**SAMUEL**, *Separability*).
- SAMUEL A.**, The Effect of the place of arbitration on the enforcement on the agreement to arbitrate, The place of Arbitration, eds. M. Storme and F. De Ly, 1992, 8(3) Arb Int 1992 (**SAMUEL**, *Place of Arbitration*)
- SANDERS P.**, Harmonization of Arbitration Laws, A Model Law?, FS für Arthur Bülow, 1981.
- SANDERS P.**, Arbitration, *IECL*, Vol. XVI, Chapter 12, 1996, (**SANDERS**, *Arbitration*).
- SANDERS P.**, Trends in The Field of International Commercial Arbitration, 145 *Recueil des Cours*, 1975-II, 1976, (**SANDERS**, *Trends*).
- SANDERS P.**, Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules, II YBCA 1977, (**SANDERS**, *Rules*).

SANDERS P., *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, The Hague, 1999, (**SANDERS**, *Quo Vadis Arbitration*).

SANDERS P., *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, Second and Expanded Edition, 2004, (**SANDERS**, *Arbitration and Conciliation*).

SANDERS P., *UNCITRAL's Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future*, 21(4) *Arb Int* 2005, (**SANDERS**, *Future*).

SANDERS P., *Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law*, 11(1) *Arb Int* 1995, (**SANDERS**, *Model Law*).

SANDROCK O., *Procedural Aspects of the New German Arbitration Act*, 14(1) *Arb Int* 1998.

SANDROCK O., *Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, *ASA Special Series No. 8*, 1994, (**SANDROCK**, *Arbitration Agreements*).

SANDROCK O., *How Much Freedom Should an International Arbitrator Enjoy- The Desire for Freedom From Law v. The Promotion of International Arbitration*, *Essays in Honor of Hans Smit*, 3(4) *Am Rev Int'l Arb* 1992, (**SANDROCK**, *International Arbitrator*).

SANDROCK O., *To Continue Nationalizing or To De-nationalize? That is now the Question in International Arbitration?*, 12 *Am Rev. Int Arb* 2001, s. 303, (**SANDROCK**, *Nationalizing*).

SANDY D., *Independence, Impartiality, Arbitration and the Human Rights Act in England*, 20(3) *Arb Int*, 2004.

SANGIORGIO D., *Der vorsorgliche Rechtsschutz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach der Art. 183 IPRG*, Zurich, 1996.

SAVILLE L., *The Arbitration Act 1996*, *LMCLQ* 1997.

SAYRE L. P., *Development of Commercial Arbitration Law*, 37 *Yale L J.* 1927-1928.

SCHAEFER J. K., *New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared*, 2.2 *EJCL* 1998, <http://www.ejcl.org/22/art22-2.html>

SCHEEF H-C., *Der einstweilige Rechtsschutz und die Stellung der Schiedsrichter bei dem Abschluß von Schiedsvergleichen nach dem deutschen und englischen Schiedsverfahrensrecht*, *Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 2000.

SCHERER M., *When should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration*, 19(3) *ASA Bulletin*, 2001.

SCHERER M., The Place or “Seat” of Arbitration (Possibility and/or Sometimes Necessity of its Transfer?)- Some Remarks on the Award in ICC Arbitration No. 10623, 21(1) ASA Bulletin 2003, (**SCHERER**, *Seat*).

SCHERER M., Introduction to the Case Law Section, 24(1) ASA Bulletin 2006, (**SCHERER**, *Case Law*).

SCHERER M., Introduction to the Case Law Section, 24(2) ASA Bulletin 2006, (**SCHERER**, *Case Law-II*).

SCHLOSSER P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1989.

SCHLOSSER P., Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 28 RIW 12/1982, (**SCHLOSSER**, *Das Internationale*).

SCHLOSSER P., The Competence of Arbitrators and of Courts, 8(2) Arb Int 1992, (**SCHLOSSER**, *Competence*).

SCHLOSSER P., Arbitral Tribunals or State Courts Who Must defer to Whom, Arbitral Tribunals or State Courts Who Must defer to Whom, ASA Special Series No. 15, 2001, (**SCHLOSSER**, *State Courts*).

SCHMITTHOFF M. C., The Jurisdiction of the Arbitrator, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum* Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982.

SCHMITTHOFF M. C., The Supervisory Jurisdiction of the English Courts, International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, (**SCHMITTHOFF**, *Supervisory Jurisdiction*).

SCHNEIDER E. M., Art. 182, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000.

SCHNEIDER E. M., Art. 184, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000, (**SCHNEIDER**, Art. 184).

SCHNEIDER E. M/PATOCCHI M. P., The New Swiss Law on International Arbitration, Arbitration 1989.

SCHREUER C., Commentary on the ICSID Convention, 11 ICSID Rev-FILJ 1996, (*Tek Atif*).

SCHREUER C., Commentary on the ICSID Convention, 13 ICSID Rev-FILJ 1998, (*Tek Atif*).

SCHÜTZE A. R., Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 1999.

SCHWAB K. H., The Legal Foundations and Limitations of Arbitration Procedures in the U.S and Germany, International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967.

SCHWAB K. H., Einstweiliger Rechtsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, (**SCHWAB**, *Einstweiliger Rechtsschutz*).

SCHWAB K. H/WALTER G/BAUMBACH A., Schiedsgerichtsbarkeit, 6. neubearbeitete Auflage, München 2000.

SCHWARTZ E. A., Multi-Party Arbitration and the ICC, *In the Wake of Dutco*, 10(3) J. Int'l Arb 1993.

SCHWARTZ E. A., The Practices and Experience Of the ICC Court, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, ICC Publication No. 519, 1993, (**SCHWARTZ**, *Provisional Measures*).

SCHWEBEL M. S., The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, eds. **Martin Hunter; Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995.

SCHWEBEL M. S., International Arbitration: Three Salient Problems, 1987, (**SCHWEBEL**, *Three Salient Problems*).

SCHWEBEL M. S., The Authority of a Truncated Tribunal, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, (**SCHWEBEL**, *Authority*).

SCHWEBEL M. S., The Validity of an Arbitral Award rendered by an Truncated Tribunal, 6(2) ICC Bulletin 1995, (**SCHWEBEL**, *Truncated Tribunal*).

SCHWEBEL M. S/LAHNE G. S., Public Policy and Arbitral Procedure, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, 1987.

SCOTT D., Commentary: Practical Options when Faced with an Injunction Against Arbitration, 18(3) Arb Int 2002.

SEMLER F. J., German Arbitration Law, The 1998 Reform and Recent Case Law, 18(5) J. Int'l Arb 2001.

SENKOVIC P./LASTENOUSE P., Eco Swiss China Time Ltd. And Benetton International NV Judgement: Why Arbitrators Should Not Ignore European Competition Law, 14(9) Mealey's 1999.

SEPPALA C. R., French Supreme Court Nullifies ICC Practice for Appointment of Arbitrators in Multi-Party Arbitration Cases, ICLR 1993, (**SEPPALA**, *Multi-Party Arbitration*).

SEPPALA C. R., The New FIDIC Provision For a Disputre Adjudication Board, 8 RDAI/IBLJ 1997.

SHACKLETON S., Arbitration Without A Contract, 17(9) Mealey's IAR 2002.

SHEPHERD C/GOODING E., Hong Kong Case Report: Applying Article 8(1) of the UNCITRAL Model Law-New Sound Industries Ltd v. Meliga Ltd., 1(1) Asian Int'l Arb. J. 2005.

SHIHATA F. Í/PARRA R. A., The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, 14 ICSID Rev-FILJ, 1999.

SIIG K. M., Arbitration Agreements in a Transport Law Perspective, Copenhagen, 2003.

SIMMS D. P., Arbitrability of Intellectual Property Disputes in Germany, 15(2) Arb Int 1999.

SMIT H., A-National Arbitration, 63 Tulane L Rev, 1989.

SMIT H., Substance and Procedure in International Arbitration: Development of a New Legal Order, 65 Tulane L Rev, 1991, (**SMIT**, *New Legal Order*).

SMIT H., The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?, 25 Colum. J. Transnat'l L. 1986-1987, (**SMIT**, *Transnational Institution*).

SMIT R. H., An inside view of the ICC Court, 10(1) Arb Int 1994, (**SMIT**, *ICC Court*).

SMIT R. H., Separability and Competence-Competence In International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come From Nothing? 13 Am Rev Int'l Arb, 2002, (**SMIT**, *Separability*)

SMITH L. M., Impartiality of the Part-Appointed Arbitrator, 6(4) Arb Int, 1990.

SOLHCHI M. A., The Validity of Truncated Tribunal Proceedings and Awards, 9(3) Arb Int 1993.

SONNAUER H., Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatliche Gerichte, Köln, 1992.

SORIEUL R., UNCITRAL's Current Work in the Field of International Commercial Arbitration, 22(6) J. Int'l Arb 2005.

SÖDERLUND C., Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings, 22(4) J. Int'l Arb 2005.

STACHER M., You Don't Want to Go There-Antisuit Injunctions in International Commercial Arbitration, 23(4) ASA Bulletin, 2005.

STIPANOWICH J. T., Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions, 72 Iowa L Rev 1986-1987.

STOBER R., Staatsgerichtbarkeit und Schiedsgerichtbarkeit, NJW 40/1979.

STROHBACH H., Composition of the Arbitral Tribunal and Making of the Award, UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1984.

STURGES W., Arbitration-What is it?, 35 NYULR 1960.

SZASZY I., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 14 Am. J. Comp. L., 1965-1966.

SZASZY I., Introduction to the Model Law of UNCITRAL on International Commercial Arbitration, UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1984, (**SZASZY**, *Model Law*).

SZURSKI T., The Constitution of the Arbitral Tribunal, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.

SZURSKI T., Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal, UNCITRAL'S Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1984, (**SZURSKI**, *Model Law*).

ŞANLI C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, 2005, İstanbul.

ŞANLI C., Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve "Perdeyi Kaldırma Teorisi" Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 22 MHB 2002/2, (**ŞANLI**, *Konşimento*).

ŞANLI C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, (**ŞANLI**, *Milletlerarası Tahkim*).

ŞANLI C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, (**ŞANLI**, *Esasa Uygulanacak Hukuk*).

ŞANLI C., Türkiye'de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, 17-18 MHB 1997-1998/1-2, (**ŞANLI**, *Yabancı Hakem Kararı*).

ŞANLI C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler, II. Takimn Haftası, Ankara, 1984, (**ŞANLI**, *Tahkim Yeri*).

ŞİT B., Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2005.

SOLOWAY A. J., NAFTA’s Chapter 11, The Challenge of Private Party Participation, 16(2) J Int’l Arb 1999.

TANÖR B/YÜZBAŞIOĞLU N., 1982 anayasasına göre türk anayasa hukuku, İstanbul 2004.

TANRIBİLİR F. B/ŞİT B., Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, 22 MHB 2002/2.

TANRIVER S., Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara, 1998.

TANRIVER S., Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD 2004/53, (**TANRIVER**, *Adil Yargılanma*).

TANRIVER S., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, 2000, (**TANRIVER**, *İmtiyaz Sözleşmeleri*).

TANRIVER S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzenin Etkisi, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, 17-18 MHB 1997-1998/1-2, (**TANRIVER**, *Kamu Düzeni*).

TANVERDİ Ş. B., Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar, İstanbul, 1993, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

TAŞKIN A., Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, II Gazi ÜHFD 1998/1-2.

TAŞKIN A., Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2000, (**TAŞKIN**, *Hakem Sözleşmesi*).

TAŞKIN A., Kurumsal Tahkimde Hakem Bağımsızlığının Korunması, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayın No. 8, Ankara, 1999, (*Tek Atıf*).

TEKİNALP G., Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul 1977.

TEKİNALP G., Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisine Uygulanan Kanun ve Bazı Problemler, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, (**TEKİNALP**, *Sempozyum*).

TEKİNAY S.S/AKMAN S/BURCUOĞLU H/ALTOP A., Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TERCAN E., İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara, 1996.

- TEZCAN D/ERDEM R. M/SANCAKDAR O.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan hakları Sorunu, Ankara, 2004.
- THEOFRASTOUS C. T.**, International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-Localization Debate, 31 Case W. Res J. Int'l L, 1999.
- THOMPSON D.**, "Detachment" from the National Law in International Commercial Arbitration, 48 Arbitration 1982.
- TRAPPE J.**, The Arbitration Proceedings: Fundamental Principles and Rights of the Parties, 15(3) J Int'l Arb 1998.
- TRAPPE J.**, The Arbitration Clause in a Bill of Lading, LMCLQ 1999, (**TRAPPE**, *Bill of Lading*)
- TRIVA S.**, Arbitration and Public Policy: Constitutional Complaint as Means for Setting Aside Arbitral Award, 7 Croat Arbit. Yearb. 2000.
- TUPMAN W. M.**, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration, 38 ICLQ, 1989.
- TURHAN T.**, Fransız Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara.
- TWEEDDALE A/TWEEDDALE K.**, A Practical Approach to Arbitration Law, 1999.
- ULUOCAK N.**, Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağı Temlik ile İntikâli-Fransız İçtihadı, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 19-20 MHB 1999-2000/1-2.
- UMAR B.**, Yavuz Alangoya'nın "Medeni Usul Hukuku Esasları" Kitabının Tanıtımı ve Orada Ele Alınan Bazı Hukuk Sorunları Üzerine Düşünceler, YTHFD 2005/2.
- UYAR T.**, Gereçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, C. II, İzmir 1998.
- UYAR T.**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1, İİK. 1-16, 2. Baskı, Ankara, 2005, (*Tek Atf*).
- UYAR T.**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 5, İİK. 82-97, 2. Baskı, Ankara, 2005, (*Tek Atf*).
- ÜSTÜNDAĞ S.**, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000.
- ÜSTÜNDAĞ S.**, İflas Hukuku, İstanbul 2002, (**ÜSTÜNDAĞ**, *İcra*).
- ÜSTÜNDAĞ S.**, İki Farklı Görüş ve Bir İçtihat, İBD 1995/7-8-9, (*Tek Atf*).
- ÜSTÜNDAĞ S.**, İhtiyati Tedbirler, Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri, İstanbul, 1981, (**ÜSTÜNDAĞ**, *İhtiyati Tedbirler*).
- ÜSTÜNDAĞ S.**, İsmen Tayin Olunan Bir Hakemin Ölümü veya İstifa Etmesi, Tahkim Şartının Sukutu, TD 19.2.1960, C. XXVIII İÜHFM 1962/1, (**ÜSTÜNDAĞ**, *Hakem*).

ÜSTÜNDAĞ S., Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu, 2000, (**ÜSTÜNDAĞ**, *Uluslararası Tahkim*).

ÜSTÜNDAĞ S., Yabancı Hakem Kararı Kavramı, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, (**ÜSTÜNDAĞ**, *Yabancı Hakem Kararı*).

ÜLGENER F., Çarter Sözleşmeleri, İstanbul, 2000.

van den BERG J. A., The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation, 1981.

van den BERG J. A., The Application of the New York Convention by Courts, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, (*Tek Atıf*).

van den BERG J. A., Should an international arbitrator apply the New York Arbitration Convention of 1958, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum* Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982 (**van den BERG**, *New York Convention*).

van den BERG J. A., Consolidated Arbitrations, The New York Arbitration Convention and the Dutch Arbitration Act 1986- A Replique to Mr Jarvin, 3(3) Arb Int 1987, **van den BERG**, *Consolidated Arbitrations, Replique*).

van den BERG J. A., New York Convention of 1958 Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997)-XXVII (2002), XXVIII YBCA 2003, (**van den BERG**, *Convention*).

van den BERG J. A., Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions, 2 ICSID Rev-FILJ 1987, (**van den BERG**, *Enforcement*).

van den BERG J. A., The German Arbitration Act 1998 and the New York Convention 1958, *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001, (*Tek Atıf*).

van den BERG J. A., The ICC Arbitration Rules and Appointment of Arbitrators in Cases Involving Multiple Defendants, FS für Ottoarndt Glossner, Heidelberg, 1994, (**van den BERG**, *Cases Involving Multiple Defendants*).

van den BERG J. A., When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958, 6 Pace L. Rev. 1985-1986; *ayrıca bkz* 2(3) Arb Int 1986 (**van den BERG**, *Nondomestic*).

van den BERG J. A., The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas, The New York Convention of 1958, ASA Special Series No. 9, 1996, (**van den BERG**, *Salient problem*).

van den BERG A. J/van DELDEN R./SNIJDERS H. J., Netherlands Arbitration Law, 1993.

van DIJK P/van HOOF G. J H., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, The Hague, 1998.

van DIJK P., Access to Court, The European System for the Protection of Human Rights, *eds.* R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993.

van HAERSOLTE J. J/van HOF H., Consolidation under the English Arbitration Act 1996: A View from the Netherlands, 13(4) Arb Int, 1997.

van HOUTTE H., Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience, 16(1) Arb Int, 2000.

van HOUTTE H., Arbitration and Arts 81 and 82 EC Treaty- A State of Affairs, 23(3) ASA Bulletin 2005, (**van HOUTTE**, *EC Treaty*)

van HOUTTE H., Ten Reasons Against a Proposal for *Ex Parte* Interim Measures of Protection in Arbitration, 20(1) Arb Int, 2004, (**van HOUTTE**, *Interim Measure*).

van HOUTTE H., Parallel Proceedings Before State Courts and Arbitration Tribunals, Is there a Transnational *lis alibi pendens*-exception in Arbitration or Jurisdiction Conventions, Arbitral Tribunals or State Courts Who Must defer to Whom, ASA Special Series No. 15, 2001, (**van HOUTTE**, *Lis alibi pendens*).

VARADY T., Arbitration Despite The Parties, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, *ed.* **SUMAMPOUW M/BARNHOORN L.A.N.M/FREEDBERG-SCHWARTZBUR J. AG/TROMM J.J.M/WADE J.A.**, 1992.

VERBIST H., The place of arbitration in the negotiation process in drafting the arbitral clause, The Place of Arbitration, *eds.* **M. STORME and F. De LY**, 1992.

VERBIST H., Arbitrability of Exclusive Distributorship Agreements in Belgium: Lex Fori (and Lex Contractus)?, 22(5) J. Int'l Arb. 2005 (**VERBIST**, *Arbitrability*).

VERBIST H/IMHOOS C., The New 1998 ICC Rules of Arbitration, RDAI/IBLJ, 1997.

VERVENIOTIS G., Arbitral Settlement of Investment Disputes, General Consideration on ICSID Arbitration, 50 RHDI 1997.

MUSIELAK H-J., Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz, 3., neubearbeitete Auflage, München 2002, (**MUSIELAK/VOIT**).

- von MEHREN A. T.**, International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence, 46 Louisiana L Rev, 1985-1986.
- von MEHREN R. B.**, From *Vynior's* case to *Mitsubishi*: The Future of Arbitration and Public Law, 12 Brook. J. Int'l L. 1986, (**von MEHREN**, *The Future of Arbitration*)
- von MEHREN A. T.**, International Commercial Arbitration and Conflict of Laws, Essays in Honor of Hans Smit, 3(4) Am. Rev. Int'l Arb 1992, (**von MEHREN**, *Conflict of Law*).
- von SEGESSER G/KURTH C.**, Interim Measures, *Chapter 5*, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004.
- von TUHR A.**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, *Çeviren Cevat Edege*, Ankara, 1983 (*Tek Atf*).
- VOSER N./GOLA P.**, The Arbitral Tribunal, *Chapter 3*, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004.
- VOSKUIL C. C. A/FREEDBERG-SWARTZBURG A. J.**, Composition of the Arbitral Tribunal, Essays on International Commercial Arbitration, ed. **Petar Sarcevic**, 1989.
- WAGNER G.**, Germany, Practitioner's Handbook on International Arbitration, ed. **Frank-Bernd WEIGAND**, 2002.
- WAGONER E. D.**, Arbitration: Preparing for the 21st Century, The Mandate for Harmonization of International Arbitration Procedures, 65 Arbitration, 1999.
- WALD A/SHELLENBERG P/ROSENN S. K.**, Some Controversial Aspects of the New Brazilian Arbitration Law, 31 U Miami Inter-Am L Rev, 2000.
- WALTER G/BOSCH W/BRÖNNIMANN J.**, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991.
- WEDAM-LUKIC D.**, Arbitration and Article 6 of the European Convention on Human Rights, 64 Arbitration, 1998.
- WENGER W.**, Art. 178, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000.
- WENGER W.**, Art. 186, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000 (**WENGER**, Art. 186).
- WERNER J.**, Jurisdiction of Arbitrators in Case of assignment of an Arbitration Clause, On a recent decision by the Swiss Supreme Court, 8(2) J Int'l Arb 1991.

- WESTBROOK J. L.**, The Coming Encounter: International Arbitration and Bankruptcy, 67 Minn. L. Rev. 1982-1983.
- WETTER G. J.**, The International Arbitral Process, Public and Private, IV, New York, 1979.
- WETTER G. J.**, Issues of Corruption before the International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunner Lagergren's 1963 Award in ICC Case no 1110, 10(3) Arb Int 1994, (**WETTER**, *Corruption*).
- WILNER M. G.**, Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study, 19 Rutgers L Rev 1964-1965.
- WIRTH M.**, Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, 18(1) ASA Bulletin 2000.
- WIRTH M.**, Art. 188, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000 (**WIRTH**, Art. 188).
- WOLAVER E.**, The Historical Background of Commercial Arbitration, 83 U. Pa L Rev. 1934.
- YAVAŞ M.**, Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89), İstanbul, 2005.
- YEĞENGİL R.**, Tahkim, İstanbul, 1974.
- YEŞİLIRMAK A.**, Interim and Conservatory, Measures in ICC Arbitral Practice, 11(1) ICC Bulletin 2000.
- YEŞİLIRMAK A.**, Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes over Turkish Concession Agreements, 14 ICSID Rev-FILJ 1999, (**YEŞİLIRMAK**, *Jurisdiction*).
- YEŞİLIRMAK A.**, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, 2005, (**YEŞİLIRMAK**, *Provisional Measures*).
- YEŞİLIRMAK A.**, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, C. XX BATİDER 1999/2, (**YEŞİLIRMAK**, *Yatırım Uyuşmazlıkları*).
- YEŞİLOVA E.**, Konişmentonun İspat Kuvveti, İzmir, 2006.
- YILMAZ E.**, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara, 2001, (**YILMAZ**, *Tedbirler*).
- YILMAZ E.**, İflâs İdaresi, Ankara, 1978, (**YILMAZ**, *İflâs İdaresi*).
- YILMAZ E.**, İstinaf, Ankara, 2005, s. 74, (**YILMAZ**, *İstinaf*).

YILMAZ E., Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizde Gelişim, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu, 2000, (**YILMAZ**, *Gelişim*).

YILMAZ E., Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, (**YILMAZ**, *Milletlerarası Tahkim*)

YILMAZ İ., Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004.

YU H., Five Years On: A Review of the English Arbitration Act 1996, 19(2) J. Int'l Arb 2002.

YU H., Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime, 15(2) J Int'l Arb 1998, (**YU**, *Separation*).

ZÖLLER R., ZÖLLER, Zivilprozessordnung, 24. neubearbeitete Auflage, 2004, (**ZÖLLER/GEIMER**).