

**T.C.
MALTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ULUSLARARASI TAHKİMDE DOĞRUDAN UYGULANAN
KURALLARIN ETKİSİ**

NAZLI ALBAYRAK CEYLAN

111102201

Danışman Öğretim Üyesi:

Prof. Dr. Sibel ÖZEL

İstanbul, Mayıs 2014

ABSTRACT

In connection with the increase of international commercial transactions, international commercial arbitration has become one of the most preferred judicial procedures by traders. The main reason of this outcome is the fact that principle of party autonomy is a main feature of international commercial arbitration. However, there are limits to this freedom, one of which is the overriding mandatory provisions.

Overriding mandatory provisions which are developed by states in order to reflect their social, political and economic policies and interests arising thereof, are applicable to all legal relations and situations within their scope, regardless of whether they contain a foreign element. However this dominant characteristic of overriding mandatory provisions causes conflicts between parties' will and states' interests. In our study the concept of overriding mandatory provisions, its effect on international commercial arbitration and the result of these effects have been examined.

Key Words: Overriding mandatory provisions, public policy, international commercial arbitration, arbitrator, enforcement.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

1. BÖLÜM

DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN (MÜDAHALECI NORMLARIN) HUKUKİ NİTELİĞİ

1. DOĞRUDAN UYGULANAN KURAL KAVRAMI	5
1.1. Tanım	5
1.2. Hukuki Niteliği	6
2. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN KAMU DÜZENİ İLE İLİŞKİSİ	8
2.1. Kamu Düzeni	8
2.1.1. Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni Kavramı	9
2.1.2. Kamu Düzeninin Özellikleri, Niteliği ve Etkisi	10
2.1.2.1.Kamu Düzeninin Özellikleri	10
2.1.2.2.Kamu Düzeninin Hukuki Niteliği	12
2.1.2.3.Kamu Düzeninin Etkileri	13
2.1.3. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Kamu Düzeni	14
2.1.3.1.Kanunlar İhtilafı Kuralları Açısından Kamu Düzeni	15
2.1.3.2.Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Açısından Kamu Düzeni	16
2.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Kamu Düzeni Bağlantısı	17

2.3. Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Milletlerüstü Kamu Düzeni İlişkisi	20
3. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN DEVLET YARGISINDAKİ UYGULAMA ALANI	23
3.1. For Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	24
3.2. Lex Causae'nin Doğrudan Uygulanan Kuralları	27
3.3. Üçüncü Ülke Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	28
4. ROMA I TÜZÜĞÜ'NDE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR	36
4.1. Genel Olarak	36
4.2. Roma I Tüzüğünde Doğrudan Uygulanan Kurallar	39
4.2.1. Roma I Tüzüğü m. 9 f. 1 Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kural Tanımı	42
4.2.2. Roma I Tüzüğü m. 9 f. 2 Uyarınca For Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	45
4.2.3. Roma I Tüzüğü m. 9 f. 3 Uyarınca İfa Yeri Ülkesi (Üçüncü Ülke) Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	46

2. BÖLÜM

MİLLETERARASI TİCARİ TAHKİM PROSEDÜRÜNDE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN YERİ

1. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM	50
1.1. Genel Olarak	50
1.1.1. Milletlerarası Kavramı	51
1.1.2. Ticari Kavramı	54
1.2. Tahkimin Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler	56
1.2.1. Kazai Teori	56
1.2.2. Akdi Teori	58
1.2.3. Karma Teori	59
1.2.4. Otonom Teori	60
1.3. Milletlerarası Ticari Tahkimin Türleri	61
1.3.1. Ad Hoc Tahkim	61
1.3.2. Kurumsal Tahkim	62

2. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE TATBİK EDİLECEK DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN BELİRLENMESİ	64
2.1. Tatbik Edilecek Doğrudan Uygulanan Kuralın Belirlenmesine İlişkin Yaklaşımlar	66
2.1.1. İlgili Bütün Hukuk Sistemlerine Ait Doğrudan Uygulanan Kuralların Tatbik Edilmesi Görüşü	66
2.1.2. Hiçbir Hukuk Sistemine Ait Doğrudan Uygulanan Kuralın Tatbik Edilmemesi Görüşü	69
2.1.3. Doğrudan Uygulanan Kuralın Tatbikinde Hakemin Takdir Yetkisinin Belirleyici Olması Gerektiği Görüşü	72
2.2. Doğrudan Uygulanan Kuralların Tatbikinde Hakemlerin Takdir Yetkisi	73
2.2.1. Hakemlerin Doğrudan Uygulanan Kuralları Tatbik Etmek Zorunda Olduğu Görüşü	73
2.2.2. Hakemlerin Doğrudan Uygulanan Kuralların Tatbikine İlişkin Olarak Takdir Yetkisine Sahip Olduğu Görüşü	77
2.2.2.1. Özel İlişki Metodu	79
2.2.2.1.1. Yakın İlişki Kriteri	78
2.2.2.1.2. Doğrudan Uygulanan Kural Niteliği Kriteri	80
2.2.2.1.3. Kuralın Uygulanmaya Değer Olması Kriteri	81
2.2.2.2. Milletlerüstü Kamu Düzeni Metodu	83
2.2.2.3. Tarafların Meşru Beklentilerinin Dikkate Alınması Metodu	85
3. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM YARGILAMASINDA DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN UYGULAMA ALANLARI	86
3.1. Uyuşmazlığın Tahkime Elverişliliği Açısından Doğrudan Uygulanan Kurallar	86
3.1.1. Rekabet Hukuku Açısından Tahkime Elverişlilik	93
3.1.2. Tüketici Hukuku Açısından Tahkime Elverişsizlik	95
3.1.3. İş Hukuku Açısından Tahkime Elverişsizlik	97
3.2. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk Açısından Doğrudan Uygulanan Kurallar	99
3.2.1. Lex Contractus'un Doğrudan Uygulanan Kuralları	101

3.2.1.1. Lex Contractus Taraflarca BelirlenmiŖse	102
3.2.1.2. Lex Contractus Hakemlerce BelirlenmiŖse	105
3.2.2. Lex Contractus DıŖındaki Hukuk Sistemlerinin Doğrudan Uygulanan Kuralları	106
3.2.2.1. Tahkim Yeri Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	107
3.2.2.2. Üçüncü Ülke Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	109
4. YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİNDE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN ETKİSİ	119
4.1. Hakemlerin Tenfiz Edilebilir Karar Verme Sorumluluğu	121
4.2. Hakem Kararlarının Tenfizinde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi	125
4.2.1. Tenfiz Mahkemesi Tarafından Doğrudan Uygulanan Kurallara İliŖkin Olarak Yapılacak İnceleme	127
4.2.1.1. Yapılacak İncelemenin Kapsamı	128
4.2.2. Tenfiz Mahkemesi Tarafından Yapılacak İncelemede Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi	129
4.2.2.1. For Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	129
4.2.2.2. For Hukuku DıŖındaki Yabancı Bir Hukukun Doğrudan Uygulanan Kuralları	130
SONUÇ	132
KAYNAKÇA	136
ÖZGEÇMİŖ	148

KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
f.	: Fıkra
E.	: Esas
Ed.	: Edition
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Is.	: Issue
K.	: Karar
LDIP	: İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
OJ	: Official Journal
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
ss.	: Sayfa Sayısı
vd.	: Ve Devamı
Vol.	: Volume
Y.	:Yıl

GİRİŞ

Günümüzde tahkim prosedürü milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde hakim olan yargılama prosedürü haline gelmiştir. Bunun en önemli sebeplerinden birini tahkim prosedürü ile taraflara sağlanmakta olan irade serbestisinin yarattığı cazibe oluşturmaktadır. Zira tahkim müessesesi taraf iradesinin üstünlüğü ilkesi üzerine kurulmuş ve uyuşmazlıkların çözümü sırasında yargılamanın kim tarafından, nerede ve hangi kurallar uyarınca çözümleneceğinin taraflarca belirlenmesine mahal veren bir sisteme dayanmaktadır. Ancak, tahkim yargılamasında mevcut olan bu serbestliğin de bazı sınırları bulunmaktadır. Bu sınırlardan birini ise, taraf iradelerini dikkate almaksızın uygulama alanı bulan doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci normlar) oluşturmaktadır.

Bir devletin siyasi, sosyal ve ekonomik politikalarını yansıtmak ve bu doğrultudaki menfaatlerini korumak amacıyla düzenlenen ve yabancılik unsuru taşıyıp taşıyamamasını dikkate almaksızın kapsamlarına giren tüm hukuki olay ve ilişkilere uygulanan doğrudan uygulanan kurallar, tahkim yargılamasında üstün tutulan taraf iradesi ile devletlerin menfaatlerinin çatışmaları sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu sebeple, doğrudan uygulanan kuralların milletlerarası ticari tahkim üzerindeki etkisinin belirlenmesi zorluk teşkil etmektedir. Öncelikle taraf iradesi sonucu ortaya çıkan tahkim prosedüründe devletlerin doğrudan uygulanan kurallar aracılığıyla ortaya koydukları siyasi, sosyal, ekonomik politika ve menfaatlerinin göz ardı edilip edilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Doğrudan uygulanan kuralların milletlerarası ticari tahkim yargılamasında tatbik edileceği kabul edildiğinde ise, genellikle çok uluslu sözleşmelerden kaynaklanan milletlerarası ticari uyuşmazlıkların hallinde hangi ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edileceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Milletlerarası ticari tahkim kapsamında hangi doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi gerektiği, doğrudan uygulanan kuralların arasında uygulanmaları bakımından öncelik teşkil eden kurallar bulunup bulunmadığı, var ise bunların hangi kriterlere göre belirleneceği, tarafların bu kurallara ilişkin irade beyanlarının hakemler tarafından doğrudan uygulanan

kuralların tatbikinde dikkate alınıp alınmayacağı soruları belirsizliğe sebep olmaktadır.

Yukarıda anılan meselelere, geçtiğimiz dönemde doktrinde ve uygulamada bir çok kez değinilmiş, milletlerarası metinlerde düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Konuya ilişkin olarak en çok tartışılan hususlardan biri, hangi ülkenin doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceği olmuştur. Zira belirli bir hukuk sistemine bağlı olmayan, dolayısıyla herhangi bir ülkenin menfaatlerini korumakla görevli olmayan hakemlerin önlerine gelen çok uluslu uyuşmazlıklarda, genellikle birden fazla ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi söz konusu olabilmektedir. Milli mahkemeler tarafından görülen uyuşmazlıklarda olduğu gibi, milletlerarası ticari tahkimde de esasa uygulanacak hukuka ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanacağı üzerinde görüş birliği mevcutken, lex contractus dışında kalan hukuk sistemlerinin doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edilip edilmeyeceği gerek doktrinde gerek pratikte çeşitli tartışmalara yol açmıştır.

Doktrinde ayrıca milletlerarası ticari tahkimde doğrudan uygulanan kuralların nasıl tatbik edileceğine ilişkin çeşitli teori ve yaklaşımlar önerilmiştir. Bir kısım yazarlar doğrudan uygulanan kuralların tatbikinde milletlerüstü kamu düzeninin dikkate alınması gerektiğini savunurken, bir başka grup ise kuralların uygulanmasında hakemlerin takdir yetkisi olması gerektiğini savunmuş ve söz konusu takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin çeşitli kriterler geliştirmiştir. Diğer bir ifadeyle genel olarak tahkim yargılamasında doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin tamamen göz ardı edilemeyeceği kabul edilmekle birlikte, bunun nasıl gerçekleştirileceği hususunda görüş birliğine ulaşılamamıştır.

Doğrudan uygulanan kuralların emredici nitelikleri sebebiyle, tahkim yargılamasının taraflarca seçilmesi altında yatan en önemli sebeplerden biri olan sözleşme serbestisi ve taraf iradelerinin üstünlüğü özelliğine zarar verdiğine yönelik görüşler de bulunmakla birlikte, doktrinde hakim olan görüş doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce dikkate alınmamasının uzun vadede milletlerarası ticari tahkim kurumuna zarar vereceği yönündedir. Bu argüman iki ana sebebe dayanmaktadır. Bunlardan ilki, her ne kadar milli mahkemeler gibi bir devletin organı olmasa ve tarafların iradelerine de dayansa, tahkimin varlık gösterebilmesinin kaynağında milli hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerinin bulunduğu gerçeğidir. Zira tahkimin

müessesesi milli hukuk sistemlerinde bu yargılama türüne cevaz veren düzenlemelere dayanmaktadır. Ayrıca, devletler hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu belirlemek tekeli de elinde tutmaktadır. Dolayısıyla, devletlerin menfaatlerinin korunmasını sağlamak amacıyla ihdas ettikleri doğrudan uygulanan kuralların uygulanmaması, devletlerin tahkim yargılamasına verdikleri desteği azaltmaları ve bu kurallarla düzenlenen alanları tahkime elverişsiz kabul etmeleri halinde, tahkim aracılığıyla görülebilecek uyuşmazlıkların çerçevesinin daralacaktır.

Doğrudan uygulanan kuralların tahkim prosedürü üzerinde etkisini gösterdiği bir diğer hal ise, hakemler tarafından verilen kararların milli mahkemeler tarafından tenfizi aşamasıdır. Tahkim prosedürü bir yargılama faaliyet olmakla birlikte milli mahkemelerden farklı olarak, milletlerarası ticari tahkim müessesesi tenfiz edilebilir kararlara ihtiyaç duymaktadır. Tahkim yargılaması aracılığıyla taraflara sunulan avantajlar ne olursa olsun, verilen hakem kararın tenfiz kabiliyetine sahip olmaması, taraflarca tahkimin bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tercih edilmemesine sebep olacaktır. Bu sebeple doktrinde bir çok yazar hakemler tarafından muhtemel tenfiz ülkesine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Zira tenfiz incelemesini yapacak mahkemenin bağlı bulunduğu hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların ihlal edilmesi halinde, ilgili hakem kararına ilişkin tenfiz talebinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddiyle sonuçlanması söz konusu olabilecektir.

Tarafımızca hazırlanan “Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi” isimli tez çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde, öncelikle doğrudan uygulanan kural kavramının açıklanabilmesi amacıyla tanımı, hukuki niteliği ve diğer bazı kavramlarla ilişkisi ele alınmış, daha sonra kanunda ve milletlerarası metinlerde yer alan düzenlemeler ve doktrinde mevcut görüşlerden faydalanmak suretiyle bu kuralların devlet yargısındaki yerine değinilmiştir.

“Milletlerarası Ticari Tahkim Prosedüründe Doğrudan Uygulanan Kuralların Yeri” başlıklı ikinci bölümde, ilk olarak milletlerarası ticari tahkim kurumu açıklanmaya çalışılmıştır. Daha sonra, milletlerarası ticari tahkim yargılamasında hangi ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceği, hakemlerin bu kararları hangi kıstasları göz önünde bulundurarak ve ne şekilde

uygulayacakları hususunda doktrinde yer alan görüşler ve yargı kararları ışığında bilgi verilmiştir. Son olarak tahkim kararının verilmesinden sonra gelen, milli mahkemeler önündeki tenfiz aşamasında doğrudan uygulanan kuralların bu prosedüre ne şekilde etki ettikleri yine bilimsel tartışmalar ve karar örnekleriyle ortaya konulmaya çalışılmıştır.

1. BÖLÜM

DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN (MÜDAHALECI NORMLARIN) HUKUKİ NİTELİĞİ

1. DOĞRUDAN UYGULANAN KURAL KAVRAMI

1.3. Tanım

Özel hukuk ilişkilerinde taraf iradesinin üstünlüğü, gerek milli kanunlarda gerekse uluslararası sözleşmelerde yer alan düzenlemeler aracılığıyla evrensel olarak kabul edilen köklü bir prensiptir. Ancak, bu prensibin de istisnaları mevcuttur. İlk defa 1849 yılında Friedrich Carl von Savigny'nin "System des heutigen römischen Rechts" isimli eserinde yer verdiği¹, daha sonra Fransız hukukçu Francescakis²'in yaptığı çalışmalar aracılığıyla uluslararası hukuk doktrinine kazandırdığı, doğrudan uygulanan kural kavramı bu istisnalardan birini oluşturmaktadır.

Doğrudan uygulanan kurallar doktrinde genel olarak devletin siyasi, ekonomik ve sosyal yapısını korumak amacıyla düzenlenen maddi hukuk kuralları olarak tanımlanmaktadır³. Bu kuralların en önemli özelliği, yabancı unsur taşıyıp taşıyamamasına bakılmaksızın kapsamlarına giren tüm olay ve hukuki ilişkilere uygulanabilir olmalarıdır. Diğer bir ifadeyle, yabancı unsurlu bir ilişkide esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun, bu kurallar uygulama alanı bulmaktadırlar. Yukarıda yer alan tanımdan da yola çıkarak, söz konusu kurallara örnek olarak ödeme aracı olarak milli para birimi dışında bir para birimi kullanılmasını yasaklayan

¹ WOJEWODA, M. (2000). Mandatory Rules In Private International Law, Maastricht Journal of European and Comperative Law, Vol. 1, Is. 2, s. 185.

² ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. (2001). Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 12.

³ ÖZEL, S. (2008). Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 164; NOMER, E. (2013) Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 181; ÇELİKEL, A. & ERDEM, B. (2014). Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 13. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık s. 155.

para birimi ve dövize ilişkin düzenlemeler, kira bedelinin tespiti gibi sözleşmelerde zayıf tarafın korunmasını gözeten kurallar veya belirli malların ithalat veya ihracatını kısıtlayarak ekonomik yapıyı gözeten kurallar gösterilebilir.

1.4. Hukuki Niteliği

Yabancılık unsuru içeren ihtilafların çözümünde uygulanacak hukuk, prensip olarak kanunlar ihtilafı kuralları⁴ aracılığıyla belirlenmektedir. Burada ilgili kanunlar ihtilafı kuralının amacı, söz konusu uyuşmazlığa bir çözüm getirmek değil, uyuşmazlığa uygulanacak yetkili hukuku belirlemektir⁵. Emredici nitelikteki doğrudan uygulanan kurallar ise, taraflarca seçilmiş veya ilgili kanunlar ihtilafı kuralınca belirlenmiş yetkili hukuku dikkate almaksızın, kapsamına giren uyuşmazlıklara uygulanarak maddi bir sonuç doğururlar. Fransız hukukunda “*lois d’application immédiate*”, İngiliz hukukunda “*overriding mandatory rules*” olarak adlandırılan doğrudan uygulanan kurallar, herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralı tarafından işaret edilmeye ihtiyaç duymaksızın tatbik edilirler.

Doğrudan uygulanan kural kavramının anlaşılabilmesi için bu kuralların, iç hukukta yer alan emredici kurallardan farkına değinmek gerekmektedir. Doğrudan uygulanan kural olarak kategorize edilebilir veya edilemesin, emredici hukuk kuralları, ait oldukları devletin sınırları içerisinde uygulanırlar. Medeni Kanun’da yer alan ehliyet, evlenme gibi hususlara ilişkin hükümler emredici hukuk kurallarına örnek olarak gösterilebilir. Doğrudan uygulanan kurallar ise gerek düzenlenme amaçları, gerekse uygulama alanları dikkate alındığında emredici kurallardan farklıdırlar. Bu kuralların konusunu devletin siyasi, ekonomik veya sosyal politikaları oluşturur. Uygulama alanları ise emredici hukuk kurallarından farklı olarak, yabancılık unsuru taşıyan ilişkileri de kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle, her doğrudan uygulanan kural aynı zamanda emredici hukuk kuralı olmasına rağmen, her emredici hukuk kuralı doğrudan uygulanan kural değildir⁶.

Doktrinde doğrudan uygulanan kurallarının nitelikleri itibariyle kamu hukukuna mı, yoksa özel hukuka mı ait olduklarına dair çeşitli görüşler ileri

⁴ Bu kurallar doktrinde gösterici nitelikte milletlerarası özel hukuk kuralları olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. ÇELİKEL & ERDEM, s. 153; ÖKÇÜN, G. (1997). Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, s. 3.

⁵ ÇELİKEL & ERDEM s. 153.

⁶ ÇELİKEL & ERDEM, s.155.

sürülmüştür. Bir görüşe göre doğrudan uygulanan kuralların bir kısmı, kamu hukuku karakterine sahiptir⁷. Bir başka görüş ise, doğrudan uygulanan kuralların özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemek amacıyla konulmaları sebebiyle, kamu hukukundan ayrıldıklarını ve özel hukuk kuralı niteliğine sahip olduklarını ifade etmektedir⁸. Bu kuralların her iki hukuk dalı arasında yer aldığı ve etkileşimleri sonucunda ortaya çıktığını belirten üçüncü görüş uyarınca ise, bu kurallar özel hukuk ilişkilerine etki eden, devletin ve toplumun menfaatlerine yönelik kurallardır⁹.

Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin olarak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁰ (MÖHUK) m. 6'da "*Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları*" başlığı altında yer alan düzenleme uyarınca, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallere bu kuralların uygulanacağı belirtilmiştir. Doğrudan uygulanan kuralların herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına ihtiyaç duymaksızın uygulanacakları açık olmakla birlikte, hangi kuralların bu niteliğine sahip olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Zira burada emredici özelliğe sahip bir iç hukuk kuralı, yetkili yabancı hukuk dikkate alınmaksızın yabancı unsurlu bir ilişkide uygulama alanı bulmaktadır. İç hukukta yer alan her emredici kural, doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olmadığından, hangi kuralların doğrudan uygulanan kural olarak kabul edileceğinin belirlenmesinde yoruma başvurmak gerekecektir¹¹.

Emredici nitelikteki hangi kuralının doğrudan kural olduğunun tespiti oldukça zorluk teşkil ettiğinden bu tespit yapılırken, kuralın ihdası sırasında kanun koyucunun amacının ne olduğunun araştırılması faydalı olacaktır¹². Kanun

⁷ Burada bahsi geçen doğrudan uygulanan kurallar devletin çıkarlarını korunmasını sağlamak üzere ihdas edilmiş doğrudan uygulanan kurallardır. Dış ticaret, ekonomi gibi alanlarda benimsenen devlet politikalarını yansıtan kamu hukuku nitelikli bu kurallar, özel hukuk ilişkileri üzerinde yarattıkları etki dolayısıyla doğrudan uygulanan kural niteliğini kazanmaktadır. İthalat ve ihracat, gümrük mevzuatına ait düzenlemeler bu kurallara örnek olarak gösterilebilir. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 59.

⁸ KASSIS, A. (1993). *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris s. 462; RENOLD, M. A. (1991). *Les Conflicts De Lois En Droit Antitrust*, Zurich, s. 32, nakleden ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 58.

⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 58; TEKİNALP, G. & UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A. (2011). *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 387.

¹⁰ R.G. 12.12.2007-26728.

¹¹ ÇELİKEL & ERDEM, s. 155.

¹² AKINCI, Z. (1992). *Tarafların Yetkili Hukuku Belirleyememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:28, s. 56.

koyucunun bir kuralı ihdas etmekte genel olarak güttüğü amaç, o kuralın uygulanmasıdır. Bununla beraber, iç hukukta yer alan her emredici kural uluslararası özel hukuk alanında aynı etkiye sahip olmayabilir. Diğer bir ifadeyle, yabancı unsurlu bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, for hukukuna ait kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması halinde, for hukukuna ait uyuşmazlığa ilişkin emredici hukuk kuralları uygulanamayacaktır. Ancak, bazı hallerde devlet, ihdas ettiği hukuk kuralı ile düzenlenen konunun önemine binaen, ilgili kuralın yabancılık unsuru taşıyan ilişki ve uyuşmazlıklarda da uygulanmasını amaçlayabilir. Bu hallerde ise devlet ilgili kurala, doğrudan uygulanan kural niteliğini vererek, sadece iç hukuk ilişkilerinde değil, yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde de uygulanmasını sağlayacaktır¹³. Devletlerin siyasal, ekonomik ve sosyal alanda izlediği politikalarını, uluslararası nitelik taşıyan özel hukuk ilişkilerini de kapsayacak şekilde, müdahale etmesini sağlayan doğrudan uygulanan kuralların amacı, belirli bir konuya özgülenmeksizin, bu politikaları gerçekleştirilmesine hizmet etmektir.

2. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN KAMU DÜZENİ İLE İLİŞKİSİ

2.1. Kamu Düzeni

Zaman, yer ve konu bakımından değişiklik gösteren kamu düzenine ilişkin olarak kesin bir tanım yapmak veya kapsamını belirlemek güçtür¹⁴. Bununla birlikte, kamu düzenini genel olarak, bir ülkede belirli bir zamanda hakim olan, toplumun düzeninin devamı için uyulması gereken hukuki, ahlaki ve vicdani prensipler şeklinde ifade etmek mümkündür¹⁵. Kamu düzeni kavramının içinde, bir ülkede belirli bir zaman diliminde yer alan temel hukuk ilkelerinin, toplumun genelince kabul edilmiş olan temel ahlak kurallarının yanında, hukuken tanınan ve korunan temel hak ve özgürlüklerin de yer aldığı kabul edilmektedir¹⁶. Ancak, temel hak ve özgürlükler ile temel ahlak kurallarına her aykırılık aynı zamanda kamu düzenine de

¹³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 18.

¹⁴ NOMER, s. 161; ÇELİKEL & ERDEM, s.149; ÖKÇÜN, s. 9; DAYINLARLI, K. (2011). Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, s. 7.

¹⁵ ÖKÇÜN, s. 9; GÜRZUMAR, A. (1994). Türk Devletler Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri, C. 14, Sa. 1-2, s. 21.

¹⁶ ÇELİKEL, A. (1991). Devletler Özel Hukukunun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim, Anayasa Yargısı Dergisi, C.8, (ANAYASAL DENETİM) s. 211.

aykırılık teşkil etmeyeceğinden, bu hallerde somut olayın özelliklerine bakılarak söz konusu aykırılığın, aynı zamanda kamu düzenini de ihlal edip etmediğinin tespiti gerekmektedir¹⁷.

2.1.1. Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni Kavramı

Emredici nitelikleri ve amaçları itibariyle, kamu düzeni kuralları sadece devletin egemenlik alanı dâhilindeki iç hukuk ilişkilerinde değil, yabancı unsurlu ilişkilerde de etkisini göstermektedir. Doktrinde¹⁸ kamu düzeninden bahsederken iç hukukta ve milletlerarası hukukta kamu düzeni ayırımına gidildiği de görülmektedir. Söz konusu ayırım incelendiğinde her ne kadar iki farklı nitelikteki kamu düzeni kavramından bahsedildiği fikri uyansa da, esasen kamu düzeni kavramı anlam ve nitelik itibariyle iç hukukta da, milletlerarası hukukta da aynıdır. Zira milletlerarası hukuk da esasen bir ülkenin milli hukukunun parçasını teşkil etmektedir¹⁹.

Bununla birlikte kamu düzeni, iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta farklı işlevler yerine getirmektedir. İç hukukta kamu düzenini taraflarca uyulması gereken, kamu ve özel hukuktan kaynaklanan kurallar oluşturmaktadır²⁰. Tarafların iradeleri ile kamu düzeninden olan hususların çatıştığı hallerde, kamu düzeni kuralları tarafların tasarruf yetkisini ortadan kaldırır. Emredici nitelikteki kamu düzeni kuralları, iç hukukta irade serbestisini sınırlayan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Milletlerarası özel hukukta ise kamu düzeni kurallarının daha dar bir alana hükmettikleri görülmektedir²¹. Diğer bir deyişle, iç hukukta kamu düzeninden sayılarak emredici hukuk kuralı ile düzenlenen her hususa aykırılık, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine aykırılık oluşturmayabilir²². Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni, yabancı unsurlu bir olay veya ilişkide hakim

¹⁷ GÜRZUMAR, s. 22; ÇELİKEL, (ANAYASAL DENETİM) s. 211.

¹⁸ ALTUĞ, Y. (1972). Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi Cem Sar'a Armağan, C. 26, Sa. 3, s. 377.

¹⁹ ÖKÇÜN, s. 10; ALTUĞ, s. 379; GÜRZUMAR, s. 23.

²⁰ ŞANLI, C. (1986). Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 383.

²¹ GÖKYAYLA DEMİR, C. (2001). Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 36.

²² Evlenmeye ilişkin iç hukukta yer alan hükümler kamu düzeninden sayılmakla birlikte, bu kurala aykırı yabancı hukuka ait her hüküm kamu düzeninin ihlali sonucunu doğurmayabilir.

tarafından, uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği tespit edilen yabancı hukuk kuralının uygulanmaması sonucunu doğurur²³.

Milletlerarası özel hukuk esas olarak uluslararası hakkaniyet ve karar ahengini hedefleyen bir hukuk dalıdır. Kamu düzeni ise bu çerçeveden bakıldığında bu amaca ulaşmada karşılaşılan bir engel niteliğindedir. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere yabancı unsurlu ilişkilerde kamu düzeninin müdahalesi, taraflarca veya ilgili kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen yabancı hukuk kuralının uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır²⁴. Bu sebeple, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramına istisnai ve kısıtlı uygulama alanı tanımak, diğer bir ifadeyle bu kavramı hakimın hukukunu uygulamak için bir araç olarak kullanmamak gerekmektedir²⁵.

2.1.2. Kamu Düzeninin Özellikleri, Niteliği ve Etkisi

Kamu düzeni niteliği itibariyle zaman, yer ve konu bakımından sürekli bir değişiklik içinde olan istisnai bir kavramdır. Kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olduğu hallerde ise, bu müdahale olumlu ve olumsuz olmak üzere iki farklı etki doğurmaktadır.

2.1.2.1. Kamu Düzeninin Özellikleri

Bir toplumda insanların düzen içinde yaşamaları için kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Kanun koyucu ise bu kuralları ihdas ederken toplumda hüküm süren ahlaki ve vicdani değerleri, hukukun temel prensiplerini, anayasada yer alan temel hak ve özgürlükleri dikkate almak zorundadır. İnsanların belirli bir düzen içerisinde

²³ RUHİ, A.C. & KAPLAN, Y. (2002). Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public), MHB, C. 22, Sa. 2, s. 645.

²⁴ÖZEL, s. 130. Devletler özel hukuku alanında kamu düzeni kavramının ortaya çıkışı ve uygulanması Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde farklılık göstermektedir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde daha geniş olarak kullanılan kamu düzeni müessesesi Anglo- Amerikan sisteminde daha dar uygulanmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız NUSSBAUM, A.: (1939). Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws, Yale Law Journal. Vol. 49. s. 1029; PAULSEN, M.G. & SOVERN, M.I. (1956). Public Policy in the Conflict of Laws, Columbia Law Review. Vol. 56, No. 7, s. 1016. COLLIER, J.G. (2001). Conflict of Laws Third Edition, Cambridge University Press, s. 361.

²⁵ NÖMER, s.158; ALTUĞ, s. 384; FAWCETT, J. & CARRUTHERS, J. M. (2008). Chesire, North & Fawcett Private International Law Fourteenth Edition, Oxford: Oxford University Press, s. 140. CARTER P.B. (1993). The Role of Public Policy in English Private International Law, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 42. Is.1. s. 2. Yabancı unsurlu bir ilişkide kamu düzeni müdahalesi için ihtilaf konusu olay veya ilişkinin toplumla bağlantılı olması gerektiği görüşü için bakınız GÜRZUMAR, s. 25.

yaşamasını sağlayan ve kanun koyucu tarafından emredici hükümlerle tarafların uymasını zorunlu tuttuğu bu kurallar bütünü ise kamu düzeni kavramını oluşturmaktadır²⁶.

Bir ülkenin sosyal, politik ve ekonomik koşullarında meydana gelen değişiklikler, o ülkede bulunan kamu düzeni kavramının da değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Kamu düzeni kavramında zaman içinde meydana gelen bu değişiklik, hakim tarafından hangi andaki kamu düzeni anlayışının dikkate alınacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Hakim önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlığı çözerken dava anındaki kamu düzeni anlayışını göz önünde bulunduracaktır²⁷. Hatta, söz konusu uyuşmazlığı dava konusu olduğu zaman ile karar anı arasında kamu düzeninde değişiklik meydana gelmesi halinde dahi, hakim kamu düzeninin güncel halini yani karar anındaki kamu düzeni anlayışını uygulayacaktır²⁸.

Kamu düzeni kuralları zaman içinde değişiklik gösterdikleri gibi yer bakımından da değişkendirler. Kamu düzeninin yer bakımından değişkenliğinden anlaşılması gereken bu kavramın ülkeden ülkeye, toplumdan topluma farklılık arz etmesidir. Zira her toplumun kendisine özgü bir kamu düzeni anlayışı vardır. Bir olay veya ilişki bir ülkede kamu düzeninden sayılırken, başka bir ülkede kamu düzeni müdahalesine uğramayabilir. Bu özellik ise kamu düzeni kavramının milli karakterli olmasından kaynaklanmaktadır. Hakim önüne gelen uyuşmazlığı çözümlerken mensubu olduğu hukuk sisteminin kamu düzeni anlayışını dikkate alır. Diğer hukuk sistemlerinin kamu düzeni kuralları ile bağlı değildir²⁹. Bununla birlikte, istisnai olarak yabancı bir hukukun kamu düzeninin dikkate alınması gerektiği haller de söz konusu olabilmektedir. Ancak, bu halde dahi, yabancı bir kamu düzeninin dikkate alınması yine hakimin milli hukuku veya kamu düzeninden kaynaklanmaktadır³⁰.

Zaman ve yer bakımından değişken olan kamu düzeni, konu bakımından da değişiklik göstermektedir. Konu bakımından değişiklikle kastedilen ise kamu

²⁶ DAYINLARLI, s. 6.

²⁷ GÖKYAYLA DEMİR, s. 29.

²⁸ GÜRZUMAR, s. 25.

²⁹ ÖKÇÜN, s. 111.

³⁰ Yabancı kamu düzenine aykırılığın aynı zamanda for hukukunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi ve devam eden atıf sonucu uygulanan yabancı hukuka ait kamu düzeninin dikkate alınması söz konusu istisna hallerine örnek olarak gösterilebilir. NOMER, s. 179.

düzeninin etkisinin her somut olaya göre değişiklik göstermesidir. Şöyle ki, bir olayda kamu düzeninin olumsuz etkisi sonucunda uygulanmayan yabancı hukuk kuralı, bir başka olayda kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmayabilir³¹. Bu durum kamu düzeni müdahalesinin yabancı hukukun kendisini değil, uygulanması halinde ortaya çıkacak aykırı sonucu bertaraf etme amacından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, yabancı hukukun uygulanması bir somut olayda kamu düzenine aykırılık oluştururken, bir başka olayda böyle bir sonuç doğurmayabilir³².

Kamu düzeninin yabancı unsurlu bir ilişkide uygulanması açısından geniş bir takdir hakkına sahip olan hakim, her bir somut olayın özelliklerini değerlendirerek, yabancı hukukun uygulanmasının, mensubu olduğu hukuk sisteminin kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğine karar verecektir³³. Hakimlerin kamu düzeninin uygulanmasına ilişkin olarak donatılmış oldukları bu takdir hakkı ise, söz konusu müessesenin keyfi biçimde ve for hukukunun uygulanması için bir araç olarak kullanılması tehlikesini beraberinde getirmektedir. Bu tehlikenin ortadan kaldırılması için kamu düzeninin uygulanması açısından çeşitli kısıtlar, sınırlamalar getirilmektedir³⁴. Örnek olarak, MÖHUK md.5’te yer alan düzenleme uyarınca kamu düzeni müdahalesinin gerçekleşebilmesi için uygulanacak yabancı hukukun Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olması aranmaktadır. İlgili maddede yer alan “açıkça” deyimini, hakimin takdir yetkisinin sınırını oluşturmaktadır³⁵.

2.1.2.2. Kamu Düzeninin Hukuki Niteliği

Kamu düzeninin yerine getirdiği işlevin, mensubu bulunduğu hukuk dalına göre değişiklik gösterdiğine yukarıda değinmiştik. Buna göre, iç hukukta irade serbestisine getirilen bir istisna olarak varlık gösteren kamu düzeni milletlerarası özel hukukta, uygulanması kamu düzenine aykırılık teşkil edilen yabancı hukukun bertaraf edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu başlık altında kamu düzeninden

³¹ TİMUR, H. (1941). Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı, İHFM, Sa. 4, s. 879.

³² ÖKÇÜN, s. 113.

³³ Hakimin takdir yetkisinin kısıtlı olması gerektiğine ilişkin görüş için bakınız NUTTING, C. (1934). Suggested Limitations of the Public Policy Doctrine, Minnesota Law Review, Vol. 19. s. 209.

³⁴ ŞANLI, s. 382.

³⁵ DAYINLARLI, K. (1988). Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a Armağan, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, (MAKALE) s. 663; ŞANLI, s. 382; GÜRZUMAR. s. 29.

bahsederken, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramının yerine getirdiği işlev dikkate alınmalıdır.

Yabancı unsurlu bir ilişkide uygulanan kamu düzeninin niteliğine ilişkin olarak iki görüş ileri sürülmüştür³⁶. İtalyan hukukçu Mancini ve Fransız hukukçu Pillet tarafından ortaya konan birinci görüşe göre, kamu düzeni kuralları yabancı hukuka gidilmeksizin, doğrudan doğruya uygulanma alanı bulacaktır³⁷. Kamu düzenine ilişkin kuralları bağımsız ve tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları olarak nitelendiren bu görüşe göre, kamu düzenine ilişkin kurallar yabancı unsurlu olup olmadığına bakılmaksızın alanlarına giren tüm olay ve ilişkilere uygulanacaktır³⁸. Böylece, kamu düzeninin kapsamına giren bir olay veya ilişkide yabancı hukuka gidilmeksizin, lex foriye ait hukuk kuralları doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

Kaynağını Joseph Story ve Friedrich-Carl von Savigny'den alan ve milletlerarası özel hukuk doktrinde baskın görüş olarak kabul edilen ikinci görüşe göre ise, kamu düzeni kuralları istisnai niteliktedir ve kural olarak uyuşmazlığa yetkili yabancı hukuk uygulanır³⁹. Ancak kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenini ihlal etmesi halinde, ilgili yabancı hukuk bertaraf edilerek, hakimin hukuku uygulanacaktır. Kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasını engellemesi için yabancı hukukun hakimin hukukundan farklı bir düzenlemeye sahip olması yeterli değildir, kamu düzeninin müdahalesinin söz konusu olabilmesi için ilgili hukukun uygulanmasının kamu düzenini ihlal edecek sonuç doğurması gerekmektedir⁴⁰.

2.1.2.3. Kamu Düzeninin Etkileri

Kamu düzenine ilişkin bir kuralın uygulanması sonucunda ortaya çıkan sonuç ve söz konusu kuralın etkisi her zaman aynı şekilde değildir. Kamu düzeninin olumlu veya olumsuz olmak üzere iki farklı etkisi bulunmaktadır⁴¹.

³⁶ Detaylı bilgi için bakınız ÖKÇÜN, s. 11 vd.; DAYINARLI, s. 657 vd.

³⁷ ÖKÇÜN, s. 13.

³⁸ AKINCI, s. 54.

³⁹ GÖKYAYLA DEMİR, s. 32.

⁴⁰ AKINCI, s. 55; PAUKERNOVA, M. (2010). Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law. ERA Annual Conference on Private International and Business Law, s. 31. (<http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs12027-010-0151-2>) erişim tarihi, 26.07.2013.

⁴¹ ALTUĞ, s. 382.

Kamu düzeninin olumlu etkisi, ilgili kamu düzeni kuralının esasa uygulanacak kuralı bertaraf ederek, hakimin hukukunun uygulanmasını şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu halde, hakimin hukuku kamu düzeninin müdahalesi ile uygulanacak hukuk haline gelmektedir⁴².

Kamu düzeninin olumsuz etkisi ise, kanunlar ihtilafı kuralı ile belirlenen yabancı hukukun uygulanmaması şeklinde kendisini gösterir. Bu halde yabancı hukukun uygulanması engellenerek, uygulanması halinde ortaya çıkacak aykırılık önlenmiş, kamu düzeni korunmuş olmaktadır⁴³. Kamu düzeninin olumsuz etkisi sebebiyle yabancı hukukun uygulanmadığı hallerde ise ortaya bir boşluk çıkmaktadır. Bu hallerde ortaya çıkan boşluğa hangi hukukun uygulanacağına ilişkin olarak iki farklı görüş bulunmaktadır⁴⁴. İlk görüş uyarınca bu hallerde meydana gelen boşluk lex fori'ye ait kurallar ile doldurulacaktır. İkinci görüş ise söz konusu boşluğun, kamu düzeni müdahalesi sebebiyle uygulanmayan yabancı hukukun konuya ilişkin başka hükümlerinin uygulanarak doldurulmasının milletlerarası hakkaniyet açısından daha yerinde olduğunu ileri sürmektedir⁴⁵. Kamu düzeni müdahalesi sonucunda uygulanacak yabancı hukukun bertaraf edilmesiyle ortaya çıkan boşluğun, lex fori hükümleri uyarınca doldurulduğu hallerde kamu düzeninin önce olumsuz daha sonra ise olumlu etkisi meydana gelmiş olmaktadır.

2.1.3. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Kamu Düzeni

İç hukukta kamu düzeni, tarafların iradeleri ile bertaraf edemeyeceği ve uymak zorunda oldukları, emredici nitelikteki özel hukuk veya kamu hukukuna ait kuralları ifade etmektedir. Türk hukukunda kamu düzenine ilişkin kurallar çeşitli kanunlarda dağınık olarak yer almaktadır. Milletlerarası özel hukuka ait uyuşmazlıklarda benimsenen kamu düzeni kavramı ise, iç hukuktaki kamu düzeni kavramından farklıdır. Milletlerarası özel hukukta daha dar ve sınırlı olan kamu düzeni kavramı, iç hukuk açısından kamu düzeninden sayılan kimi hallerin milletlerarası özel hukuk açısından kamu düzenine ilişkin kabul edilmemesi sonucunu doğurmaktadır⁴⁶.

⁴² GÖKYAYLA DEMİR, s. 34.

⁴³ DAYINLARLI, s. 69.

⁴⁴ ÖKÇÜN, s. 64.

⁴⁵ GÜRZUMAR, s. 29.

⁴⁶ ÇELİKEL & ERDEM, s. 149.

Türk devletler özel hukukunda kamu düzeni müdahalesi, milletlerarası yetki, kanunlar ihtilafı ve yabancı karaların tanınması ve tenfizi alanlarında karşımıza çıkmakta ve her bir alanda farklı sonuçlar yaratmaktadır.

2.1.3.1. Kanunlar İhtilafı Kuralları Açısından Kamu Düzeni

Yabancılık unsuru barındıran ihtilafların çözümünde esasa uygulanacak yetkili hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kurallarına MÖHUK'ta yer verilmektedir. Aynı kanunun "Kamu düzenine aykırılık" başlıklı 5. maddesinde "*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır.*" denmektedir. Madde metninden anlaşıldığı üzere, kamu düzeninin müdahalesi için yetkili yabancı hukuka ait hükmün Türk kamu düzenine aykırı olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle kamu düzeninin müdahalesi, istisnai olarak, ihlal hallerinde söz konusu olmaktadır. Böylece kamu düzeni yetkili yabancı hukukun uygulanmasının istisnasını oluşturmaktadır. Bu halde kamu düzeni olumsuz fonksiyonunu yerine getirmekte ve yetkili yabancı hukukun ilgili hükmünü bertaraf etmektedir.

Kamu düzeni müdahalesini gerektirecek bir ihlalin oluşup oluşmadığının tespiti hakimin takdir yetkisinde olmakla birlikte, madde metninde yer alan "*açıkça*" aykırı olma ifadesiyle kanımızca, söz konusu takdir yetkisine bir sınırlama getirmek ve kamu düzeni aracılığıyla her uyuşmazlıkta yabancı hukukun bertaraf edilmesi önlenmek istenmiştir⁴⁷.

Kamu düzeni müdahalesi neticesinde yetkili hukukun uygulanmadığı edildiği hallerde ortaya çıkan boşluğun, yine yabancı hukukun hükümleri ile doldurulması kural olarak kabul edilmektedir. Ancak, yabancı hukuka ait ilgili hükümlerin tümünün kamu düzenine aykırılığı sebebiyle tatbik edilmemesi halinde, lex fori'ye ait kurallarla boşluğun doldurulması gerekecektir⁴⁸. MÖHUK m.5'te yer alan "*... gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır.*" ibaresi söz konusu prensibi karşılamaktadır. Hakimin yabancı hukuka ait diğer hükümleri uygulamasının da kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği hallerde, söz konusu uyuşmazlık Türk hukuku

⁴⁷ SAKMAR, A. (1976). Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, İstanbul, s. 246 nakleden RUHİ & KAPLAN, s. 649.

⁴⁸ NOMER, s. 178.

uygulanarak çözülecektir. Bu halde ise, kamu düzenin olumlu etkisi ortaya çıkmaktadır.

2.1.3.2. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Açısından Kamu Düzeni

Yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin şartlara MÖHUK m. 54'te yer verilmiştir. İlgili maddenin c bendi uyarınca, yabancı bir mahkemeden alınan bir hükmün tanınması veya tenfiz edilebilmesi için kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Hakim, tenfiz veya tanıma talebi ile önüne gelen yabancı mahkeme hükmünün kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğini kontrol edecektir. Hakim tarafından yapılacak inceleme bu çerçevede sınırlı olup, bir kontrol niteliğindedir. Diğer bir ifade ile hakim, yabancı mahkeme tarafından verilen karara ait maddi vakıa, hukuki sebepler gibi davanın esasına ilişkin hususları inceleme konusu yapamaz. Kanun koyucu tanıma ve tenfiz aşamasında da kamu düzeninin müdahalesi için yabancı hükmün Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olması koşulunu getirmiştir. Hakimin kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle yabancı bir mahkemeye ait hükmün tanınması veya tenfizini reddedebilmesi için aykırılığın açık ve esaslı nitelikte olması, Türk kamu düzeninin vazgeçilmez nitelikteki temel prensiplerine aykırılık oluşturması gerekmektedir⁴⁹. Böylece, hakimin kamu düzeni müdahalesine ilişkin sahip olduğu takdir hakkı sınırlanmış olmaktadır.

Kamu düzenine aykırılığı sebebiyle yabancı mahkemeye ait bir ilamın tanınması veya tenfizinin reddedilmesi halinde kamu düzeninin sadece olumsuz fonksiyonu söz konusu olmaktadır. Aykırılığın giderilmesi amacıyla kararda değişiklik yapılması suretiyle tanınması veya tenfizi söz konusu olmadığından, kamu düzeninin müdahalesi ile ortaya çıkan sonuç ilgili tanıma veya tenfiz talebinin reddinden ibarettir.

Kamu düzenine aykırılığın tanıma veya tenfiz engeli oluşturması hali yabancı mahkeme ilamları yanında, yabancı hakem kararları için de söz konusudur. MÖHUK m. 62 f. 1 (b) bendi uyarınca, hakem kararının genel ahlaka veya kamu düzenine aykırılığı halinde söz konusu kararın tanınması veya tenfizine ilişkin talep reddedilecektir. Madde metninde, yabancı mahkeme kararlarına ilişkin olarak yer

⁴⁹ GÜRZUMAR, s. 30.

alan düzenlemede olduğu gibi kamu düzenine “açıkça” aykırı olma hali aranmamış olmakla birlikte, kanımızca hakem kararları açısından da söz konusu aykırılık hakem kararının tanıma veya tenfizine ilişkin talebin reddi için bir araç olarak kullanılmamalıdır.

2.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Kamu Düzeni Bağlantısı

Doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni kavramları, her ikisinin de kamu düzenini sağlama amacına hizmet etmeleri ve yaptıkları etkilerin benzerliği yüzünden sıkça karşılaştırılmışlardır.

Doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni kavramlarının ilişkisine ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre doğrudan uygulanan kural ve kamu düzeni kavramlarının içerikleri ve amaçları aynı olmakla birlikte uygulama yöntemlerinin farklı olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, kamu düzeni istisnası bertaraf edici etkisi ile olumsuz, doğrudan uygulanan kurallar ise ilgili kuralın doğrudan uygulanmasını sağlayarak olumlu bir fonksiyon yerine getirmektedir⁵⁰. Günümüzde kabul edilen ve bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, her ne kadar doğrudan uygulanan kurallar içerik itibarıyla kamu düzeni kurallarına ilişkin olsalar da, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar farklı kavramlardır⁵¹.

Kamu düzenine ilişkin kurallarda olduğu gibi hangi kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olduğunun tespiti güçtür⁵². Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı belirlenirken yorum yoluna başvurmak ve söz konusu hukuk normunun düzenleme amacı ve koruduğu menfaatin dikkate alınması gerekecektir⁵³. Bu bağlamda doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin siyasi, ekonomik ve sosyal politikalarını konu alan ve kamu menfaati gözetilen emredici hükümlerdir⁵⁴.

Milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeni istisnası, ilgili kanunlar ihtilafı kuralınca yetkili olan bir yabancı hukuk kuralının for'un kamu düzenini ihlal

⁵⁰ WOJEWODA, s. 193.

⁵¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 31.

⁵² ÇELİKEL & ERDEM, s. 153; DAYINLARLI, s. 38.

⁵³ ŞANLI, s.8.

⁵⁴ ÖZEL, S. (1998). Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, Alkım Yayınları: İstanbul, (KÜLTÜR VARLIKLARI), s. 394.

etmesi sebebiyle müdahalede bulunur ve ilgili yabancı hukuku bertaraf ederek uygulanmaması sonucunu doğurur. Doğrudan uygulanan kurallar ise devlete ait belirli politikaları yansıtan somut kurallardır ve esasa uygulanacak hukuku dikkate almaksızın doğrudan uygulanırlar⁵⁵. Doğrudan uygulanan kuralların amacı yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi değil, uygulama alanlarına giren uyuşmazlıklarda devlet tarafından belirlenen politikaların tatbik edilmesidir. Bu açıdan değerlendirildiklerinde, doğrudan uygulanan kurallar uyuşmazlığa ilişkin olarak maddi çözüm getirirler⁵⁶.

Kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olduğu hallerde, öncelikle for hukukuna ait kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla esasa uygulanacak hukuk tespit edilir. Yetkili yabancı hukuka ait kuralın uyuşmazlığa uygulanmasının for hukukunun temel ilkelerine, dolayısıyla da kamu düzenine, aykırı olması halinde ise, kamu düzeni istisnası ortaya çıkar ve söz konusu hüküm uygulanmaz. Doğrudan uygulanan kurallar ise kamu düzeninin ihlal edilmiş olması haline ihtiyaç duymazlar⁵⁷. Bu kurallar, düzenleme amaçlarını gerçekleştirmek ve hizmet ettikleri menfaati korumak için uygulanırlar. Dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralları ve esasa uygulanacak hukuktan bağımsız olarak, söz konusu olay veya uyuşmazlığın yabancı unsurlu olup olmamasını dahi dikkate almaksızın kapsamalarına giren uyuşmazlıklarda öncelikli olarak ve mutlaka uygulanırlar⁵⁸.

Kamu düzenin olumsuz etkisini göstererek, esasa uygulanacak hukukun ilgili hükmünü bertaraf edebilmesi için söz konusu hükmün uygulanmasının for hukukunun kamu düzenini ihlal edecek nitelikte olması gerekmektedir. Yabancı hukuka ait bir hükmün uygulanmasının kamu düzenini ihlal edip etmeyeceği ise hakim takdir yetkisindedir. Hakim somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, ilgili hükmün uygulanmasının kamu düzenine aykırı olacağı kanaatine varırsa, bu gerekçeyle yabancı hukuka ait bu hükmü uygulamayacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere, doğrudan uygulanan kuralların uygulanması için ise kamu düzenin ihlal edilmiş olması gerekmemektedir. Hakim önündeki hukuki ilişki veya olaya ilişkin bir

⁵⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 32; ENONCHONG, N. (1996). Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England?. International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, I. 03. s.635.

⁵⁶ ÇELİKEL & ERDEM, s. 155.

⁵⁷ AKINCI, s. 57; PAUKERNOVA, s. 31.

⁵⁸ NOMER, s. 181; AKINCI, Z. (1992). The Public Policy Concept in Conflict of Laws, Argumentum. Y. 3. Sa. 27, (PUBLIC POLICY), s. 430. Doğrudan uygulanan kuralların tatbikine ilişkin hakim takdir yetkisi olduğuna dair görüş için bkz. WOJEWODA, s. 193.

doğrudan kuralın mevcut olması halinde, bu kuralı uygulayacaktır. Burada yetkili yabancı hukukun bertaraf edilerek for hukukuna ait bir hukuk kuralının uygulanması, hakimin takdir yetkisi neticesinde tayin edilen bir durumdan değil, ilgili kuralın niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Hakim önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlığı kamu düzeni açısından değerlendirirken, mensubu bulunduğu hukuk sistemine ait kamu düzeni kuralları ile bağlıdır. Yabancı bir hukuka ait kamu düzeninin ihlali, hakimi ilgilendirmeyeceği gibi⁵⁹, hakim kendi hukuku açısından yapacağı değerlendirme sırasında, yabancı bir hukuka ait kamu düzeni kurallarını da dikkate almayacaktır⁶⁰. Ancak ileriki bölümlerde değinileceği üzere, gerekli şartların varlığı halinde yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, başka bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanması mümkündür.

Kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar uygulama alanları bakımından da farklılıklar göstermektedirler. Kamu düzeni belirli bir kuraldan ziyade prensiplerden oluşmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar ise, bir hukuk kuralı şeklinde varlık gösterirler⁶¹. Ayrıca bir ülkede mevcut temel hukuk prensipleri, temel hak ve özgürlükler ve temel ahlak anlayışını içine alan kamu düzeninin müdahalesi bu kavramlarla daha sıkı ilişkide bulunduğu aile ve şahıs hukukuna ait meselelerde kendini gösterirken, devletin siyasi, sosyal ve ekonomik politikalarını yansıtan doğrudan uygulanan kurallar ise genel olarak sözleşme hukuku alanında müdahalede bulunmaktadır⁶².

Yukarıda değinmiş olduğumuz üzere doktrinde bazı yazarlar doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzenini kavramlarının amaç ve içerik olarak aynı olduğunu, sadece uygulanma şekilleri bakımından farkları bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu yazarlara göre doğrudan uygulanan kurallar kamu düzeninin olumlu yönüdür⁶³. Doğrudan uygulanan kuralların bir devletin sosyal, siyasi ve ekonomik politikalarını yansıttıkları dikkate alındığında, içeriklerinin kamu düzenine ilişkin olduğunu söylemek mümkündür. Ancak doğrudan uygulanan kuralları, kamu

⁵⁹ NOMER, s. 179.

⁶⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 33.

⁶¹ VOSER, N. (1996). Current Development: Mandatory Rules of Law As a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration, The American Review of International Arbitration, Vol. 7. No. 3-4, s. 321.

⁶² ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 33.

⁶³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 30.

düzeninin olumlu etkisi olarak nitelendirmek yerinde değildir. Zira kamu düzeni istisnasının meydana getirdiği boşluğa for hukukuna ait bir hükmün uygulanması olarak tanımlayabileceğimiz kamu düzeninin olumlu etkisi, kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız olarak, esasa uygulanacak hukuk belirlenmeden önce, kapsamına giren uyuşmazlık ve olaylara tatbik edilen doğrudan uygulanan kurallardan farklıdır⁶⁴.

İrade serbestisinin sınırını oluşturan ve esasa uygulanacak hukuku dikkate almayan doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeninin ihlal edilmiş olmasına ihtiyaç duymaz, sadece sahip oldukları nitelik uyarınca uygulama alanı bulurlar⁶⁵. Diğer bir ifadeyle doğrudan uygulanan kuralın kendisi bir kanunlar ihtilafı kuralı gibi işlem görür. Bu sebeple kanunlar ihtilafı sisteminin işleyişine bağlı olan kamu düzeninin olumlu etkisi ile bu sistemin işlemesine olanak vermeksizin, kapsamına giren uyuşmazlık ve olaylara kendiliğinden uygulanan doğrudan uygulanan kuralları bir tutmak yerinde olmayacaktır⁶⁶.

2.3. Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Milletlerüstü Kamu Düzeni İlişkisi

Milletlerarası kamu düzeni kavramıyla kastedilen, bir ülkeye ait milletlerarası hukuk kapsamında uygulanan kamu düzeni kurallarıdır. Bu kurallar, her ne kadar uluslararası kamu düzeni başlığı altında da yer alsın, milli hukuka ait kavramlardır. Bununla birlikte milletlerarası özel hukuk doktrininde yer alan bir diğer kavram ise milletlerüstü kamu düzeni veya gerçek milletlerarası kamu düzenidir⁶⁷. Bu kavram, uluslararası alanda kabul gören ve özel olarak bir ülkenin

⁶⁴ GUEDJ, T. G.: (1991). The Theory of Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law – A Comparative Analysis with Modern American Theories, The American Journal of Comparative Law. Vol. 39, No. 4. s. 667.

⁶⁵ ÖZEL, s. 129.

⁶⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 31; NOMER, s. 183.

⁶⁷ Milletlerüstü Kamu Düzeni (Transnational Public Policy) veya Gerçek milletlerarası Kamu Düzeni (Truly International Public Policy) kavramı ilk defa Prof. Dr. Pierre Lalive tarafından 1986 yılında ortaya konmuştur. İlgili metin için bkz., LALIVE, P. (1986). Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration. Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No.3. Kluwer Law International, s. 257-320. Bazı yazarlar Milletlerüstü Kamu Düzeni Kavramı ile Gerçek Milletlerarası Kamu Düzeni Kavramının farklı olduğunu savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. MAYER, P. (2006). Effect of International Public Policy in International Arbitration, Pervasive Problems In International Arbitration, Kluwer Law International, s. 62; FRY, D. J. (2009). Désordre Public International Under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy, Chinese Journal of International Law, Vol. 8, No. 1, s. 85.

hukukuna ait olmayan kural ve normları ifade etmektedir⁶⁸. İç hukukta kamu düzenine ilişkin olan her kuralın, milletlerarası kamu düzeni kuralı sayılmayacağını, milletlerarası kamu düzeninin iç hukukta yer alan kamu düzeni kavramından daha dar olduğunu belirtmiştik. Bu açıdan bakıldığında milletlerüstü veya gerçek milletlerarası kamu düzeni kavramı milletlerarası kamu düzeninden daha dar bir hakimiyet alanına sahip olmakla birlikte, temel tabii hukuk kuralları, uluslararası adalet ilkeleri, *jus cogens* ve genel dürüstlük prensiplerine ilişkin olduğundan uluslararası alanda uygulanmaktadır⁶⁹.

Özel olarak herhangi bir milli hukuk sistemine ait olmayan uluslararası prensiplerden oluşan milletlerüstü kamu düzeni kavramı tahkim müessesesi uygulaması neticesinde ortaya çıkmış bir kavramdır. Tahkim kurumunun doğası gereği hakemin ait olduğu bir hukuk sistemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakemler, milli mahkemelerden farklı olarak bir devletin kurallarını uygulamak sorumluluğu altında olmamadan, ilgili uyuşmazlığı taraflarca seçilen hukuk kurallarını uygulayarak çözmekle yükümlüdürler⁷⁰. Milletlerüstü kamu düzeni kavramı, herhangi bir devletin hukuk sistemiyle, dolayısıyla kamu düzeni kurallarıyla bağlı bulunmayan hakemlerin, uluslararası alanda kabul gören söz konusu kuralları uygulamaları sonucu ortaya çıkmıştır⁷¹. Bu kurallar taraf iradesinin üstün tutulduğu tahkim prosedürüyle dahi ihlal edilemeyecek sınırı oluşturmaktadır.

Milletlerüstü kamu düzeni kurallarının gerekliliği hakkında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, bu kuralların uluslararası ticari ilişkilerde asgari bir tutum ve davranış biçimi oluşturulması için önemli olduğunu ve kuralların uygulanması yoluyla taraf iradeleri ile uluslararası hakkaniyetin dengelenmekte

⁶⁸ BUCHANAN, M. A. (1988). Public Policy and Commercial Arbitration, American Business Law Journal, Vol. 26, Is. 3, s. 529; MAYER, s. 62.

⁶⁹ HUNTER, M. & CONDE E SIVA, G. (2003). Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations, The Journal of World Investment, Vol. 4, No .3, s. 369; SHEPPARD, A. (2000). Interim Report on Public Policy As A Bar To Enforcement Of Arbitral Awards, International Law Association London Conference, (www.ila-hq.org/.../E723662E-053C-415A-A4) erişim tarihi, 20.06.2013, s. 6. Bu kurallara örnek olarak insan haklarına (ırk, cins, din ayrımcılığı ve köleliğe karşı kurallar) ve bonos moros (terör, soykırım ve yolsuzluğa karşı kurullar), uyuşturucu kaçakçılığı, çalınmış sanat eserlerine ilişkin kurallar gösterilebilir. Milli ve milletlerarası kamu düzeni kurallarında olduğu gibi milletlerüstü kamu düzeni kurallarının da içerik ve tanımını yapmak, değişkenlik özelliği dikkate alındığında zorluk teşkil etmektedir bkz. SEELIG, M.L. (2009). The Notion of Transnational Public Policy and Its Impact on Jurisdiction, Arbitrability and Admissability, Belgrade Law Review, Vol. 57, No. 3, s. 125.

⁷⁰ Tahkim kurumu hakkında ikinci bölümde daha detaylı bilgi verilecektir.

⁷¹ MAYER, s. 63; CHUCKWUMERİJE, O. (1994). Choice Of Law In International Commercial Arbitration,,: Quorum Books. s.193.

olduğunu savunmaktadırlar⁷². Bununla birlikte bir kısım başka yazarlar ise bu kuralların milli sistemlerde de yer alan müşterek bazı ilkeleri içerdiğini, dolayısıyla bu ilkelere başvurulması için ayrıca milletlerarası kamu düzeninden faydalanmanın gerekli olmadığını ileri sürmektedirler⁷³. Doktrinde yer alan tartışmalara rağmen hakemlerin milletlerüstü kamu düzeni kurallarını dikkate almalarını savunan yazarlar, bunu bir yükümlülük olarak nitelendirmişlerdir⁷⁴.

Milletlerüstü kamu düzeni kurallarının hakem tarafından dikkate alındığı hallerde, taraflarca belirlenmiş esasa uygulanacak hukuka ait milletlerüstü kamu düzenine aykırı kurallar uygulanmayacaktır. Aynı şekilde uyuşmazlıkla ilişkili devletin kamu düzeni kurallarının, milletlerarası kamu düzenine aykırılık oluşturduğu hallerde bu kurallar dikkate alınmayacaktır⁷⁵.

Milletlerüstü kamu düzeni kuralları ile doğrudan uygulanan kuralların çatıştığı hallerde hakemlerin hangi kuralları uygulayacağı da doktrinde inceleme konusu yapılmıştır. Buna göre, hakemler milletlerüstü kamu düzeni kurallarına aykırı olmaları halinde, doğrudan uygulanan kuralı uygulamayı reddedebilecektir. Zira milletlerüstü kamu düzeni kuralları ile korunan değerler, belirli bir devlete ait doğrudan uygulanan kurallarından daha üstündür. Ancak bu prosedürün doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını engelleyecek bir yöntem olarak kötüye kullanılmaması için dikkatle yaklaşılması gerekecektir. Hakemlerin, önüne gelen uyuşmazlıklarda milletlerüstü kamu düzeni kurallarına aykırılık gerekçesiyle doğrudan uygulanan kuralları uygulamadığı hallerde, söz konusu milletlerüstü kamu düzeni kuralının uluslararası boyutta kabul gören ve uygulanmasının uluslararası ticari ilişkilere ait sözleşmesel etiğin temini için gerekli nitelikte olmasına dikkat

⁷² CHUCKWUMERİJE, s.192; MAYER, s. 63; ARFAZADEH, H. (2002). In The Shadow Of The Unruly Horse: International Arbitration And The Public Policy Exception, The American Review of International Arbitration, Vol. 13, s. 49; BARRACLOUGH, A. & WAINCYMER, J. (2005). Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration, Melbourne Journal of International Law, Vol. 6, Is. 2, s. 14; SEELIG, s.123.

⁷³ DAYINLARLI, s. 93; PRYLES, M. (2007). Reflections on Transnational Public Policy, Journal of International Arbitration, Vol. 24, Is. 1, s. 6. Her ne kadar milletlerarası kamu düzeninin konusunu oluşturan kurallar, uluslararası alanda genel kabul gören ve birçoğunu devletlerin milletlerarası özel hukuka ait kamu düzeni kuralları ile düzenledikleri alanlar olsa da, kamu düzeni kurallarının özellikle yer bakımından değişkenliği ve hakemlerin yerine getirdikleri görev göz önüne alındığında, herhangi bir hukuk sistemine ait olmayan ve kural olarak tarafların seçtiği hukukla bağlı olan hakemlerin, önlerine gelen uyuşmazlıkta herhangi bir hukuk sistemine ait olmayan milletlerüstü kamu düzeni ilkelerini dikkate almaları hakkaniyetin yerine getirilmesi açısından önem arz etmektedir.

⁷⁴ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 14; CHUCKWUMERİJE, s.192; GAILLARD, E. & SAVAGE, J. Ed. (1999). FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, s. 861; HUNTER, M. & CONDE E SIVA, G. s. 369.

⁷⁵ BUCHANAN, s. 530.

etmeleri gerekmektedir⁷⁶. Bir başka görüşe göre ise, doğrudan uygulanan kuralların *lex contractus* veya üçüncü bir ülkeye ait olup olmamasına göre milletlerüstü kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ilişki farklılık göstermektedir⁷⁷. Söz konusu doğrudan uygulanan kuralın, özellikle taraflarca belirlenmiş *lex contractus*'a ait olduğu hallerde, daha muğlak kurallar olan milletlerüstü kamu düzeni kuralları karşısında bu kuralın uygulanması gerekecektir. Bunların birlikte üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralın varlığı halinde ise hakem bu kuralı, sadece müdahaleci karakteri sebebiyle uygulamaktan kaçınmalı, kuralın aynı zamanda sadece o ülkenin kamu düzenini yansıtan değil, evrensel bir karaktere sahip olup olmadığını da dikkate almalıdır⁷⁸.

3. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN DEVLET YARGISINDAKİ UYGULAMA ALANI

Milletlerarası özel hukukta esasa uygulanacak hukuk kuralı olarak uyuşmazlığı karara bağlayacak hakimin ülkesine ait kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenmektedir. Uyuşmazlığa ilişkin maddi bir çözüm getirmeyen kanunlar ihtilafı kuralları, sadece yetkili hukuku belirlerler. Yetkili hukuk hakimin hukuku veya yabancı bir hukuk olabilir. Bununla birlikte, devletin ekonomik, siyasi ve sosyal politikalarına ilişkin düzenlemeler içeren maddi hukuk kuralları olan doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenen yetkili hukuktan bağımsız olarak, yabancılık unsuru taşısın veya taşımasın ilgili bütün olay ve ilişkilerde uygulanırlar. Bu kurallar, uygulandıkları olay veya hukuki ilişkide taraf iradesini dikkate almazlar. Zira nitelikleri itibariyle taraflar arasındaki menfaatin değil, konu edindikleri devletin sosyal ve ekonomik politikaların gerçekleştirilmesini amaçlamaktadırlar⁷⁹.

⁷⁶ CHUCKWUMERİJE, s. 193.

⁷⁷ MAYER, s. 67.

⁷⁸ SCHERER, M. (2005). The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matters in GAILLARD, E. (Ed.) Towards a Uniform International Arbitration Law?, JurisPublishing, s. 115.

⁷⁹ NÖMER, s.183; DOĞAN, V. (2013). Milletlerarası Özel Hukuk, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 153.

3.1. For Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Hakim önüne gelen yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın halinde, lex fori'ye ait doğrudan uygulanan kuralları uygulamak zorundadır. Uyuşmazlık konusuna ilişkin doğrudan uygulanan kuralların tatbikinde hakimin takdir yetkisi söz konusu değildir⁸⁰. Zira milli hukuka ait olan doğrudan uygulanan kurallar, doğaları itibariyle, esasa uygulanacak hukuku dikkate almaksızın, kapsamlarına giren uyuşmazlıklara uygulanmak üzere konulmuş kurallardır. Dolayısıyla, hakimin hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallar, kapsamlarına giren uyuşmazlıklara mutlaka uygulanırlar⁸¹.

Devletin organizasyonuna ilişkin olan, amaç ve nitelikleri itibariyle ile diğer kurallardan farklı olan doğrudan uygulanan kurallar, hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde mevcuttur⁸². Bu kuralların, taraflarca seçilen veya kanunlar ihtilafı kuralınca belirlenen, esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun, hakim tarafından uygulanacaklarına ilişkin olarak doktrinde görüş birliği mevcuttur⁸³. Ancak, for hukukuna ait bir doğrudan uygulanan kuralın uygulanması için sadece doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olması yeterli değildir. Söz konusu kuralın uygulama alanı bulabilmesi için uyuşmazlık konusu olay veya ilişkiyle ilgili olması da gerekmektedir⁸⁴. Diğer bir deyişle, for hukukuna ait tüm doğrudan uygulanan kurallar değil, uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olan doğrudan uygulanan kurallar tatbik edilecektir. For hukukuna ait kuralın uygulama alanı, kural içerisinde belirtilmişse ve kuralın yabancı unsurlu ilişkilere de uygulanacağı anlaşılır nitelikteyse, herhangi bir tespit sorunu söz konusu olmayacaktır. Ancak kuralda böyle bir açıklık mevcut değilse, bu kuralın amacına ulaşabilmesi için, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmaksızın doğrudan uygulanmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması gerekecektir⁸⁵.

⁸⁰ CHUCKWUMERİJE, s. 182.

⁸¹ PAUKERNOVA, s. 30.

⁸² TEKİNALP & UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 58.

⁸³ PAUKERNOVA, s. 33; VOSER, s. 321.

⁸⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 48.

⁸⁵ AYBAY, R. & DARDAĞAN, E. (2005). Uluslar arası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 129.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallara ilişkin ilk düzenlemeye Muvakkat Kanun⁸⁶ m. 2’de yer alan “Emniyet ve asayiş memlekete taalluk eden Devletin bütün kanun ve nizamları Türkiye’de bulunan ecnebiler hakkında dahi mer’idir⁸⁷” hükmünde rastlanmaktadır. İlgili düzenlemenin yapıldığı tarihte henüz kavram olarak ortaya konmamış olan doğrudan uygulanan kurallar, emniyet ve asayiş kanunları olarak hukuk sistemimizde varlık göstermiştir. Daha sonra yürürlüğe giren 2675 sayılı mülga MÖHUK⁸⁸’ta doğrudan uygulanan kurallara ilişkin olarak herhangi bir hükme yer verilmemekle birlikte öğretide bu kuralların varlığı kabul edilmiştir⁸⁹. Devletlerin çeşitli politikalarını yansıtan, ülke ile bağlantılı tüm olay ve ilişkilerde uygulanarak, ilgili politikanın hayata geçirilmesi amacıyla ihdas edilen bu kuralların tatbik edilebilmeleri için bir kanun hükmüne ihtiyaçları yoktur. Zira bu kurallar nitelikleri itibariyle doğrudan uygulama alanı bulmaktadırlar. Bununla birlikte, 2675 sayılı mülga MÖHUK’un yürürlükte olduğu dönemde doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenlemelere çeşitli devletlerin kanunlarında ve uluslararası metinlerde yer verildiği görülmektedir⁹⁰.

Bu dönemde uygulamada, doğrudan uygulanan kural ve kamu düzeni kavramlarının birbirlerine karıştırıldığı görülmektedir. Yargıtay kimi kararlarında kamu düzenine aykırılığı gerekçe göstermekle birlikte, esasen doğrudan uygulanan kuralları tatbik ederek Türk hukukunun uygulanması neticesine varmıştır⁹¹.

⁸⁶ 1330 tarihli Memâliki Osmaniye’de Bulunan Ecnebinlerin Hukuk ve Vezai Hakkında Kanun-u Muvakkat.

⁸⁷ Muvakkat Kanun madde 2 kaynağını Fransız 1805 tarihli Medeni Kanunu m.3 f.1’den almaktadır. İlgili maddenin yorumunda, maddenin kişilerin ve malların emniyetine ve düzenin korunmasını amaçladığı ve bu açıdan ceza hukuku, kamu hukuku ve özel hukuka ait bu çerçevedeki düzenlemelerin söz konusu madde kapsamında kabul edilmesi, yabancı veya vatandaş ayrımı gözetmeksizin herkese uygulanması gerektiği düşüncesi benimsenmiştir. Zaman içinde ceza hukuku ve idare hukuku alanındaki kanunların da kapsam dışında bırakılmasıyla, emniyet ve asayiş kanunları günümüzün doğrudan uygulanan kurallarına dönüşmüştür. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 3.

⁸⁸ 1982 yılında yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarsı Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümleri, 2007 yılında 5718 sayılı MÖHUK’un yürürlüğe girmesiyle, yürürlükten kaldırılmıştır.

⁸⁹ AYBAY & DARDAĞAN, s. 132; TEKİNALP & UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 58.

⁹⁰ Bu düzenlemelere örnek olarak; 1987 tarihli İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 18, 1986 tarihli Taşınır Malların Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi madde 17, 1980 tarihli Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu m.7 f. 2.

⁹¹ Yargıtay 9. HD, 6.7.1992 tarihli, E.1621, K.7890 sayılı, yabancı şirkette çalışan işçinin kıdem tazminatını konu alan bir davada, kıdem tazminatının kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle MÖHUK m.5 uyarınca olaya Türk hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Burada Yargıtay kamu düzenine aykırılık halinde yabancı hukukun araştırılması yolunu benimsememiş, doğrudan Türk hukukuna ait bir kuralın uygulanması sonucuna varmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası., Yargıtay HGK, 18.04.1984 tarihli, E. 1984/11-139, K .1984/426 sayılı Toprak Mahsulleri

Halen yürürlükte olan 5718 sayılı MÖHUK m. 6'da "Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları kapsamına giren hallerde o kural uygulanır." hükmüyle Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları düzenlenmiştir. İlgili hükmün düzenlenme sebebine ilişkin olarak kanun gerekçesinde herhangi bir bilgi verilmemiştir. Kanaatimizce, uluslararası alanda yapılan kanunlaştırma metinlerinde gerçekleştirilen düzenlemeler ile ahengin sağlanması ve yargı kararlarında kendisini gösteren, doğrudan uygulanan kural ve kamu düzeni ayırımına ilişkin olarak yaşanan kavram kargaşasına son verilmek istenmiştir⁹².

MÖHUK m. 6 uyarınca, yabancı unsurlu bir hukuki olay veya ilişkinin varlığı halinde dahi söz konusu hukuki olay veya ilişkinin düzenlenme amacı ve uygulama alanı itibariyle, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları kapsamına girdiği hallerde o kural uygulanacaktır⁹³. Doğrudan uygulanan kuralların düzenlenme amacı devletin sosyal, ekonomik ve siyasal politikalarını, menfaatlerini gözetmek ve gerçekleştirmektir. Bu amacı gerçekleştirmek üzere, düzenledikleri konulara ilişkin her türlü olay veya ilişkiye uygulanmaları zorunludur. Bu sebeple yabancılık unsurunun varlığı halinde dahi, hakim esasa uygulanacak hukuku dikkate almaksızın kendi hukukunda uyuşmazlık konusuna ilişkin doğrudan uygulanan kuralı

Ofisi ile yabancı Bunge SA arasındaki satım akdinden doğan tazminat davasında, satım sözleşmesinin tabii olduğu hukuku inceleme konusu yapılmaksızın, Türk döviz mevzuatı dikkate alınmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası., Yargıtay 12. HD, 30.12.1975 tarihli, E.1975/11670, K.1975/11541 sayılı yabancı ülkede ikamet eden gerçek kişinin Türkiye'de cebri icrada yapılan ihale yoluyla mal edinimini konu alan davada, kamu düzenini gerekçe göstererek, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 17 sayılı karara ilişkin seri 5, no. 3, sermaye hareketleri tebliğinin 29. maddesinin re'sen uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtay 2. HD, 2.2.1994 tarihli, E.1993/1194, K.1994/1059 sayılı kararında yabancı eşler arasındaki boşanma davasında, o sırada yürürlükte olan MK m.137 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilmesi hususunda, ilgili hüküm kamu düzenine ilişkin olduğundan davaya MÖHUK m.5 uyarınca Türk hukuku uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.

⁹² BAYATA CANYAŞ, A. (2009). 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara: Yetkin Yayınları, s.145. Ayrıca, doğrudan uygulanan kural kavramının yerleşmesinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitinde kolaylık sağlayacağına ilişkin görüş için bakınız AYBAY & DARDAĞAN, s. 133. Bununla birlikte TARMAN Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenlemeye MÖHUK'ta ayrıca yer verilmesinin yabancı hukukun uygulanmaması tehlikesini beraberinde getirebileceğini belirtmiştir. TARMAN, Z. D. (2009). Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, Sa. 2, (ROMA I) s. 326.

⁹³ Uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukuk ve for hukukun aynı amacı sağlamaya yönelik doğrudan uygulanan kuralların varlığı ve bu kuralların for devletin doğrudan uygulanan kurallarına kıyasla tarafların lehine olduğu hallerde dahi for hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanacaktır. TARMAN, Z. D. (2010). Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, Sa. 3, s. 543. (521-550); For ve yabancı hukukun aynı amaca yönelik, birbirleriyle çelişkili olmayan doğrudan uygulanan kurallara sahip olması halinde, ortak amacın en iyi şekilde elde edilmesine hizmet eden kuralların uygulanacağına ilişkin görüş için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 107.

uygulamakla yükümlüdür. İlgili kural metninde uygulama alanı açıkça belirtilmiş olabileceği gibi, bu hususta herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olması mümkündür. Bu halde, kuralın amacının ve bu amacın gerçekleşebilmesi için doğrudan uygulanmasına ihtiyaç olup olmadığının tespiti gerekecektir⁹⁴.

3.2. Lex Causae'nin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Yabancılık unsuru taşıyan olay veya ilişkilerde esasa uygulanacak hukuk, uyuşmazlığa bakan hakim kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek hukuk olabileceği gibi, taraflarca belirlenmiş bir hukuk da olabilir. Her iki halde de, tespit edilen hukuka ait kuralların bütün olarak uyuşmazlığa uygulanacağına dair günümüzde görüş birliği mevcuttur⁹⁵. Bununla birlikte, yetkili yabancı hukuk uygulanırken, o hukuk sistemine veya üçüncü bir devletin hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların dikkate alınıp alınmayacağı doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmıştır⁹⁶.

Günümüzde gerek lex causae⁹⁷, gerekse üçüncü bir devlete ait doğrudan uygulanan kuralların uyuşmazlığa bakan mahkemece tatbik edileceği birçok hukuk düzeninde kabul edilmiştir. Doğrudan uygulanan kuralların ihdas edilmesindeki amaç, devletlerin sosyal, siyasal ve ekonomik politika ve menfaatlerinin bu kurallar aracılığıyla, uyuşmazlığın yabancı unsurlu olup olmaması, yabancı bir hukukun yetkili olup olmaması veya yabancı bir devlet mahkemesinde görülüyor olup olmamasına bakılmaksızın uygulanmasıdır. Doğrudan uygulanan kurallara, hemen hemen bütün devletlerin hukuk sistemlerinde yer verdikleri dikkate alındığında, yabancı bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların mahkemelerce tatbiki,

⁹⁴ BAYATA CANYAŞ, s. 146.

⁹⁵ KÖSOĞLU, M. (2008). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, MHB, Y. 28, Sa. 1-2, s.157; TEKİNALP & UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 378.

⁹⁶ Doktrinde, for hukuku dışında, yabancı bir hukuk sisteminde yer alan doğrudan uygulanan kuralların, kamu hukuku kuralı olduğu ve bu sebeple sadece ait oldukları hukuk sisteminde uygulanabilecekleri, yabancı doğrudan uygulanan kuralların politik kanunun niteliğinde olmaları sebebiyle yabancı bir devlet mahkemesi tarafından uygulanamayacakları, yabancı doğrudan uygulanan kuralların ülkesel tatbik alanına sahip olduğu, dolayısıyla sadece yürürlükte oldukları ülke mahkemelerince uygulanabilecekleri yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlere ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 53.

⁹⁷ Doktrinde, for hukukuna ait kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenmiş olmasının, lex causae'ye ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanması için yeterli olmadığı, bu şekilde bir yaklaşımın lex causae'ye ait doğrudan uygulanan kurallar aracılığıyla gözetilen menfaatlerin diğer devletlerin menfaatleri karşısında üstünlük sağlayacağından, söz konusu kuralların da üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallar için uygulanan kriterlere tabi olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. VOSER, s. 323.

milletlerarası hukukta işbirliği, uluslararası karar uyumu ile kararların tanınması ve tenfizi açısından kolaylık sağlayacaktır⁹⁸.

2675 sayılı mülga MÖHUK'ta ve 5718 sayılı MÖHUK'ta *lex causea*'nın doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 5178 sayılı MÖHUK m 2'de "Hakim Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular." hükmü yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca hakim, yetkili yabancı hukukun tüm hükümlerini, bir bütün olarak uyuşmazlığa uygulanacaktır⁹⁹. Diğer bir ifadeyle, *lex causae*'nin belirlenmesinin ardından, doğrudan uygulanan kurallar da dahil olmak üzere, bu hukuk sistemine ait tüm kurallar uygulanacaktır¹⁰⁰.

Lex causea'ya ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin istisnası, bu kuralların Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halidir. *Lex causae*'ya ait doğrudan uygulanan kurallarla izlenen yabancı devlete ait politikaların, Türk devletinin aynı alanda mevcut politikalarına aykırılık teşkil ettiği hallerde, hakim söz konusu kuralların uygulanmasının Türk kamu düzenini ihlal edeceği gerekçesiyle, MÖHUK m. 5 uyarınca ilgili kuralların uygulamayacaktır¹⁰¹.

3.3. Üçüncü Ülke Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Yabancı bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikine ilişkin olarak üzerinde en fazla tartışma olan konu üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edilip edilmeyeceğidir¹⁰².

Yukarıda değinmiş olduğumuz üzere, uyuşmazlığa bakan hakimin yetkili yabancı hukuka ait doğrudan uygulanan kuralları uygulaması gerektiğine dair doktrinde görüş birliği mevcutken, üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki açısından çekinceler ileri sürülmüştür¹⁰³. Bu çekinceler dikkate alınarak, yabancı doğrudan uygulanan kuralların tatbikini, for hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenen hukuka veya tarafların seçtiği hukuka ait

⁹⁸ KÖSOĞLU, s. 156.

⁹⁹ DOĞAN, s. 233.

¹⁰⁰ BAYATA CANYAŞ, s. 149; WOJEWODA, s. 191.

¹⁰¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.79.

¹⁰² DOĞAN, s. 234; TARMAN, s. 543.

¹⁰³ Bu eleştiriler ilgili kuralların kamu hukuku karakterine sahip olması, politik özellik taşımaları ve ülkesellik prensibi gereğince yürürlükte oldukları ülke mahkemelerinde uygulanabileceklerine dair üç ana başlıkta toplanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ERKAN, s. 86.

olmaları koşuluna bağlamak, *lex causae* ile üçüncü bir ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları arasında eşitsizliğe yol açacaktır. Bu eşitsizlik ise kendisini en çok sözleşmeler hukuku alanında göstermektedir. Zira taraflar sözleşme serbestisi kapsamında sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak, aslen sözleşme ile herhangi bir maddi bağlantısı olmayan üçüncü bir ülkenin hukukunu yetkili kılabilirler. Bu halde ise, sözleşme objektif kriterler doğrultusunda başka bir hukuk sistemi ile daha sıkı ilişkide olsa bile o ülke hukuku değil, taraflarca belirlenen hukuk uygulanacaktır. Aynı şekilde taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı hallerde, *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenen yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları tatbik edilirken, uygulanmasında önemli bir menfaati olan üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallar göz ardı edilmiş olacaktır. Yabancı doğrudan uygulanan kuralların uygulanması açısından, *lex causae*'ye ait olup olmamasına göre ayırma gidilmesi ise uluslararası işbirliği, karar ahengi ve doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınmayan ülkede tanıma ve tenfizi açısından olumsuz etki gösterecektir¹⁰⁴.

Üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanması hali en sık uluslararası ticari sözleşmeler alanında kendisini göstermektedir. Zira bu sözleşmeler çoğunlukla birden fazla ülke ile bağlantılar içermektedir. Tarafların farklı ülkelerde bulunmaları, sözleşmenin yapıldığı, edimin ifa edileceği veya sözleşmeye konu malların bulunduğu yerlerin farklı olması, hatta tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak, sözleşme ile herhangi bir maddi bağlantısı olmayan bir hukuku belirlemeleri söz konusu hukuki ilişkinin birden fazla ülke hukuku ile bağlantılı olması sonucunu doğurmaktadır. Sözleşmelerin çok uluslu karakteri ise beraberinde sözleşmeye uygulanacak hukuk dışındaki, üçüncü bir devlete ait doğrudan uygulanan kuralların uyuşmazlığın halinde dikkate alınması sorununu beraberinde getirmektedir¹⁰⁵. Zira sözleşme ile objektif bağlantılara sahip üçüncü ülkenin menfaatlerini gözetken ve uygulanması o ülke tarafından önem arz eden bu kuralların da sözleşmeyle objektif bir bağlantısı olmasa dahi tatbik edilen, *lex causae*'ye ait kurallar gibi dikkate alınması gereklidir¹⁰⁶.

¹⁰⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.83.

¹⁰⁵ KÖSOĞLU, s. 158; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 89.

¹⁰⁶ TEKİNALP & UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 382; Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının mahkemelerde dikkate alınmasına ilişkin görüş için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 84

Sözleşmeye uygulanacak yetkili yabancı hukuk dışında, üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması hususuna ilk defa Hollanda temyiz mahkemesi tarafından 1966 yılında verilen *Alnati* davasında değinilmiştir. Söz konusu kararda, yabancı unsurlu bir sözleşmeye kural olarak tarafların belirlediği hukuk uygulanacak olsa da üçüncü bir ülkeye ait birtakım kuralların dikkate alınmasının önem teşkil ettiği hallerde, söz konusu kuralların mahkemeler tarafından dikkate alınması hatta öncelikli olarak uygulanması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁷. 1969 tarihli Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Ortak Kurallar Hakkında Benlux Antlaşması m. 13'te sözleşmenin açıkça bağlantılı olduğu bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların, tarafların niyetleri doğrultusunda, yetkili hukuk tarafından ihlal edilemeyeceği düzenlenmiştir. Aynı doğrultuda Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında 1978 Lahey Konvansiyonu¹⁰⁸ m. 16'da hukuki ilişkiyle önemli bir bağlantısı bulunan ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınacağı hükme bağlanmıştır. Daha sonra, 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu (Roma Konvansiyonu)¹⁰⁹ m. 7, f. 1'de getirilen düzenleme ile sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk dışındaki, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir ülkeye ait emredici nitelikteki kurallara da amaç, nitelik ve sonuçları dikkate alınmak suretiyle etki tanınabileceği düzenlenmiştir¹¹⁰.

Genel olarak mahkemelerce üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların dikkate alınmadığına ilişkin olarak görüş birliği mevcut olmakla birlikte,

¹⁰⁷ GIULIANO, M. & LAGARDE, P. (1980). Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris, OJ C282, 31.10.1980, s. 22. ([http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML)) erişim tarihi, 14. 6. 2013.

¹⁰⁸ 14 Mart 1978 tarihli Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu (The Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency), Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89) erişim tarihi, 22.03.2014

¹⁰⁹ 19 Haziran 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu (The Rome Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations), Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. (<http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>) erişim tarihi, 22.03.2014.

¹¹⁰ Ayrıca İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 19 ile benzer bir düzenleme getirilerek meşru ve üstün çıkarların mevcudiyeti ve uyumsuzlukla sıkı ilişkinin varlığı halinde, kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen esasa uygulanacak hukuk dışında, üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların dikkate alınabileceği düzenlenmiştir. KÖSOĞLU, s. 158; TEKİNALP & UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 382. Bununla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'ne ait kanunlar ihtilafı kurallarının düzenlendiği Restatement II'de taraflarca tayin edilen uygulanacak hukuka rağmen, sözleşme ile ilişkili üçüncü bir devletin emredici hükümlerinin uygulanabileceğine yer verilmiştir. ERKAN, s. 103. Ancak İngiltere'nin üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına dair, sözleşmeye uygulanacak hukukun önceden belirlenemeyecek olmasının belirsizlik yaratacağı eleştirisi, Common law sistemine sahip diğer ülke doktrinleri tarafından da benimsenmiştir. CHUCKWUMERIE, s. 186.

mahkemelerce bu kurallara etki tanınan kararlara da rastlanmaktadır. Alman Federal Mahkemesi önüne gelen Allgemeine Versioherungsgesellachft v. E.K. davasında, Nijeryalı bir şirket sanat eserleriyle dolu üç sandığın Nijerya'dan Almanya'ya deniz yoluyla taşınmasına ilişkin olarak bir Alman şirketiyle, Alman hukukuna tabi olan bir sigorta sözleşmesi yapmıştır. Yolculuk sırasında, Nijerya'dan ihracat izni alınmaksızın çıkarılmış olan sanat eserlerinden altı tanesi kaybolmuştur. Davacı taraf ortaya çıkan zararının tazmini amacıyla Alman sigorta şirketi aleyhine dava açmıştır. Alman Federal Mahkemesi ise illegal olarak yurt dışına çıkarılmış olan kültür varlıklarının sigortalanmasının ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle ilgili sigorta sözleşmesinin geçersizliğine hükmetmiş, kararına dayanak olarak ise Alman Medeni Kanunu m. 138'i göstermiştir. Alman Federal Mahkemesi kararında, yabancı bir ülke tarafından konulan ihraç yasağının doğrudan doğruya Almanya'da uygulanmasının söz konusu olmadığını, bu sebeple Nijerya ihraç yasağının dolaylı olarak uygulandığını vurgulamıştır¹¹¹.

Üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin Türk hukukunda ilk düzenleme MÖHUK m. 31 ile getirilmiştir. 2675 sayılı mülga MÖHUK döneminde konuya ilişkin herhangi bir düzenlememe bulunmaması, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uyuşmazlığa uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmalara sebep olmuştur¹¹². Doktrinde ve milletlerarası uygulamada tartışmalı olan üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının tatbikine ilişkin henüz yerleşmiş bir kural oluşmamıştır. Bununla birlikte söz konusu kuralların uygulamada ya hiç dikkate alınmadıkları ya da lex cause kapsamında etki doğurmalarının sağlandığı ileri sürülmektedir¹¹³.

¹¹¹ ÖZEL, (KÜLTÜR VARLIKLARI) s. 407.

¹¹² Örnek olarak, taraflardan birinin ikamet ülkesi olması veya malların bulunduğu yer olması gibi sözleşme ile üçüncü ülke arasında maddi bağlantının olduğu ve tatbik edilmemelerinin adil olmayan sonuçlar doğuracağı hallerde üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gerektiğini belirtilmiştir. TEKİNALP & UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 380. Özdemir Kocasakal da aynı şekilde sözleşme ile maddi bağlantısı olan üçüncü ülke hukukunun sözleşmesinin geçerliliği veya ifasına ilişkin emredici hükümler içermesi gibi hallerde, söz konusu hükümlerin dikkate alınması gerektiğini savunmuştur. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 84. Bununla birlikte Akın, mevzuatta bu yönde açık bir hükmün yokluğunda, Türk mahkemelerinde görülecek bir davada üçüncü ülkenin hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin mümkün olamayacağını savunmuştur. AKIN, Ş. (1989). Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerinde Etkisi, MHB, C. 9, Sa. 2, s. 102.

¹¹³ GÜNGÖR, G. (2008). The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure, Ankara Law Review, Vol. 5, No.1, s. 18.; NOMER, s. 327. 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Türk

Günümüzde üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmaması görüşü geçerliliğini yitirmiştir¹¹⁴. Gerek milli hukuklarda yapılan düzenlemeler ve kararlar, gerekse 1980 tarihli Roma Konvansiyonu ve 17 Haziran 2008 tarihli Sözleşmeden Kaynaklanan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü¹¹⁵ (Roma I Tüzüğü)'nde yer verilen düzenlemeler sonucunda üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına tatbikine ilişkin tartışmalar güncelliğini kaybetmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere MÖHUK m. 31 ile üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin olarak, Türk hukukunda ilk kez hüküm getirilmiştir¹¹⁶. Söz konusu düzenlemenin ilk cümlesinde üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara “etki tanımak” kavramı kullanılırken, ikinci cümlede söz konusu kuralları “uygulayıp uygulamamak” ifadesine yer verilmiştir. Madde metninin kaynağını aldığı 1980 tarihli Roma Konvansiyonu “Mandatory Rules” başlıklı m.7 f.1’de yer alan düzenlemede¹¹⁷ sadece “etki tanıma” kavramının kullanılmış olduğu da dikkate alındığında, ikinci cümlede yer alan “uygulayıp uygulamamak” ifadesiyle kastedilenin üçüncü ülkenin hukuk sisteminde yer alan bir doğrudan uygulanan kurala etki tanınması veya tanınmaması olduğu anlaşılmaktadır¹¹⁸. Yabancı bir devletin kamu hukukuna ait hükümlerinin uygulanmamasının temel bir hukuk prensibi olması sebebiyle, söz konusu kurallar doğrudan uygulanan kural niteliğini haiz olsa da uygulanmasının hukuken mümkün olmadığından, madde metninde yer alan etki tanıma kavramının söz konusu doğrudan uygulanan kuralların yansıma etkisinin hakim tarafından dikkate alınması

mahkemelerinin üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını en azında maddi vakıa olarak dikkate alması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. AYBAY & DARDAĞAN, s. 131.

¹¹⁴ ERKAN, s. 97.

¹¹⁵ 17 Haziran 2008 tarihli Sözleşmeden Kaynaklanan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations), Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. (http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0006_en.htm) erişim tarihi, 22.03.2014.

¹¹⁶ MÖHUK m.31 – (1) “Sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulamayı uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır”

¹¹⁷ Söz konusu madde, içeriğinin ve uygulama şartlarının açık olmadığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir bkz. PAUKERNOVA, s.36; EKŞİ, N. (2004). Avrupa Birliği Roma Konvansiyonuna Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sa. 1-2, s. 148.

¹¹⁸ NOMER, s. 328.

olduğunu savunan görüş¹¹⁹ yanında, doktrinde etki tanımak ve uygulamak kavramlarının aynı anlama geldiğine ve her iki halde de o kuralın düzenlediği hukuki sonucun kabulü hali söz konusu olduğundan, üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kurala etki tanımakla bu kuralı uygulamak arasında pratik açıdan bir farklılık olmadığına dair görüş de mevcuttur¹²⁰.

Bir hukuk kuralının uygulanması onun bütün sonuçları ile uyumsuzluğun çözümünde kullanılması anlamına gelirken, söz konusu kurala etki tanınması ise bu kuralın başka bir hukuk kuralının tatbiki için gereken fiili unsurlardan biri olarak kabul edilmesi manasına gelmektedir. Buna göre, hakimin üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralları içerdiği yaptırımlar ve sonuçlar ile uygulaması söz konusu olmayacak, bu kurallara sadece sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında etki tanıyacaktır. Buradaki etki tanıma hali ile anlatılmak istenen, bu kuralların lex contractus çerçevesinde mücbir sebep oluşturan veya sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran bir unsur olarak kabul edilmesidir. Mahkeme, burada lex contractus çerçevesinde mücbir sebep veya sözleşmenin geçersizliği hallerinde meydana gelen; sözleşmenin geçersizliği, fesih, edimin ifasının askıya alınması gibi sonuçlardan birine hükmedecektir¹²¹.

MÖHUK m.31 hükmü uyarınca üçüncü bir ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması, Roma Konvansiyonu m. 7 f.1'de olduğu gibi sözleşmeler alanı ile sınırlı tutulmuştur¹²². Bahsi geçen iki düzenleme arasındaki bir diğer paralellik de üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması açısından bu kuralların ait olduğu ülke ile sözleşmenin “sıkı ilişki” içerisinde olmasının aranmasıdır. Diğer bir ifadeyle, üçüncü ülke hukuku ile sözleşme arasında yakın ve gerçek bir bağlantının varlığı uygulama kriterlerinden biridir¹²³. Söz konusu sıkı ilişkinin hangi unsur ve özellikler dikkate alınarak belirleneceği madde metninde düzenlenmemiş olmakla birlikte, doktrinde kabul

¹¹⁹ NOMER, s. 329.

¹²⁰ ŞANLI, C. & ESEN, E. & ATAMAN-FİĞANMEŞE, İ. (2013). Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 283.

¹²¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. (2010). Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK, m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, MHB, Y. 30, Sa. 1-2, (UYGULANACAK HUKUK) s. 75-76.

¹²² DOĞAN, s. 234. Üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasını sözleşmeler ile sınırlı tutmayan örnek için bkz. 1987 tarihli İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 19.

¹²³ ERKAN, s. 105.

gören görüş uyarınca yerleşim yeri, malların bulunduğu yer, ifa yeri gibi maddi bağlama kriterleri sıkı ilişkinin varlığında dikkate alınacaktır¹²⁴.

MÖHUK m. 31'deki düzenlemede açık olmayan bir diğer husus ise sıkı ilişkinin, sözleşme ile üçüncü devletin hukuku arasında mı, yoksa sözleşme ile üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları arasında mı aranacağını belirsiz olmasıdır. Madde gerekçesinde, “bu tip kuralların sözleşme ile ilgili üçüncü devlet hukukunda yer alması halinde, sözleşmeyle ilişkisinin güçlü olması şartıyla dikkate alınabileceği”¹²⁵ söylenmiştir. Dolayısıyla, madde uyarınca sıkı ilişki kriteri hem sözleşme ile üçüncü ülke hukuku, hem de üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralla sözleşme arasında aranmaktadır. Sıkı ilişki kriterine ilişkin olarak doktrinde yer alan bazı görüşler, üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kurala etki tanınabilmesi için öncelikle, sözleşme ile üçüncü ülke hukukunun sıkı ilişki içinde bulunması gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁶. Kanaatimizce, bu görüşe getirilebilecek eleştirilerden biri doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için öncelikle üçüncü ülke hukuku ile sözleşme arasında sıkı ilişki aranması gerekliliğinin, varılmak istenen sonuç olan sözleşme üzerinde etki doğuran üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralların etki tanınmasını dolaylı hale getirdiğidir. Üçüncü ülke hukukuna ait bir doğrudan uygulanan kurala etki tanınabilmesi için sözleşme ile sıkı ilişki içinde olması, sözleşme üzerinde somut bir etki yaratması gerekmektedir. Bu şart altında ise söz konusu etkiye sahip kuralın ait olduğu ülke hukukunun da sözleşme ile sıkı bağlantı içinde olacağı açıktır. Diğer bir ifadeyle sözleşme ile üçüncü ülke hukuku arasında aranan sıkı ilişki, üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kural aracılığıyla sağlanmaktadır¹²⁷. Üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralına etki tanımak için öncelikle sözleşme ile üçüncü ülke hukuku arasında sıkı ilişki bulunması şartının aranması, bu şartı sağlayan üçüncü ülke

¹²⁴ KÖSOĞLU, s. 160; TEKİNALP & UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 380; ERKAN, s. 106.

¹²⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), s. 22.

¹²⁶ NÖMER, s. 327; TEKİNALP & UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 382.

¹²⁷ BAYATA CANYAŞ üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralın sözleşme üzerinde yarattığı etki sebebiyle dikkate alınması ile üçüncü ülke hukukunun sözleşmeyle olan sıkı ilişkisi sebebiyle dikkate alınması arasında hakimin takdir yetkisi açısından farklılık olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralın sözleşme üzerinde yarattığı somut etki neticesinde mahkeme önüne gelmesi halinde, kurala etki tanınması bakımından hakimin takdir yetkisini daha dar olacaktır. Ancak, üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına sözleşme ile sıkı ilişkide bulunması sebebiyle etki tanınmasının söz konusu olduğu hallerde, henüz sözleşme üzerinde sonuç doğurmamış olan doğrudan uygulanan kurala ilişkin hakimin takdir yetkisi daha geniş olacak, hakim uluslararası uyum ve işbirliği prensipleri gereğince söz konusu kurala etki tanımak veya yetkili hukuku uygulamak arasında karar verecektir. BAYATA CANYAŞ, s. 158-162.

hukuklarının doğrudan uygulanan kurallarına, uyuşmazlığın ortaya çıkmasında etken olmasa bile, uluslararası işbirliği ve uyum prensipleri neticesinde, etki tanınması ihtimalini ortaya çıkarmaktadır.

MÖHUK m. 31 uyarınca, sıkı ilişkinin tespitinin ardından hakim üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçlarını değerlendirerek ilgili kurala etki tanınıp tanınmayacağına karar verecektir¹²⁸. Kanun koyucu bu düzenleme ile doğrudan uygulanan kurala etki tanınması¹²⁹ hakkında hakime takdir yetkisi tanımıştır. Hakim somut olayın özelliklerini dikkate alarak bir değerlendirme yapacaktır. Söz konusu takdir yetkisi bir yandan üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınmasını sınırlamakla birlikte, benzer hallerde farklı sonuçların ortaya çıkabilmesine imkan vermektedir¹³⁰. Zira kanun koyucunun yapacağı değerlendirme sırasında bağlı kalmasını istediği ölçütler soyut ve genel niteliktedir¹³¹.

Hakimin üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasına ilişkin takdir yetkisinin sınırını, söz konusu kuralların hakim hukuku ile bağdaşmaması hali oluşturmaktadır. Hakimin bu kurallara etki tanıyabilmesi için hakim hukukunun temel değerleri ile bağdaşır nitelikte olması gerekmektedir¹³². Aksi halde, ilgili kurallar kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşacaktır¹³³.

¹²⁸ Doğan, Türk hakim sız sözleşme ile sıkı ilişki içinde olan üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanıyabilmesi için kanun metninden hareketle bir takım şartların mevcut olması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna göre, öncelikle söz konusu kuralın sözleşmeye doğrudan uygulanma iradesi olması gereklidir. Söz konusu iradenin tespiti normun amacı dikkate alınarak gerçekleştirilecektir. Ayrıca, hakim kendi hukuk anlayışı uyarınca ilgili kuralın uygulanmasında, kuralın ait olduğu hukukun üstün bir menfaati olup olmadığı belirlenmelidir. Hakim bu şartların varlığını tespit etmesinin ardından ilgili kurala etki tanıyıp tanımayacağını takdir edecektir. DOĞAN, s. 367.

¹²⁹ Kanun koyucu madde metninde kullandığı "... üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır." ifadesi ile kurallara etki tanımak veya uygulamak konusunda hakime takdir yetkisi vermiş, sadece "etki tanımak" ifadesini benimseyen 1980 tarihli Roma Konvansiyonu m.7 f.1'den farklı bir düzenleme getirmiştir. "Etki tanıma" hali ile anlatılmak istenen, söz konusu kuralın bağımsız olarak uygulanması değil, diğer hukuk kurallarının uygulanmasında dayanak olarak kullanılmasıdır. Bu halde ilgili kural tüm etki ve sonuçlarını doğurmamakta, yetkili hukuk çerçevesinde ifa imkansızlığı, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran bir fiili unsur olarak kabul edilmektedirler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, (UYGULANACAK HUKUK) s. 76.

¹³⁰ PAUKERNOVA, s. 34.

¹³¹ ERKAN, s. 110.

¹³² DOĞAN, s. 368.

¹³³ Ayrıca üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralın yanında lex fori'ye ait doğrudan uygulanan kuralın varlığı ve iki hükmün çatışması halinde hakim lex fori'nin doğrudan uygulanan kuralını uygulayacaktır. KÖSOĞLU, s. 161.

4. ROMA I TÜZÜĞÜ'NDE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

4.1. Genel Olarak

Avrupa Ekonomik Topluluğunun kuruluşundan kısa bir süre sonra milletlerarası özel hukuk alanında çalışmalar başlamıştır. Bu dönemde gerçekleştirilen iki önemli düzenlemeden ilki 1968 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkındaki Brüksel Konvansiyonu¹³⁴ (Brüksel Konvansiyonu), ikincisi ise 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'dur. Böylece Topluluğa üye devletler arasında, milletlerarası özel hukukun bazı konularında¹³⁵ hukukların uyumlu hale getirilmesi sağlanmıştır¹³⁶. Bahsi geçen düzenlemelerle özel hukuk alanında hukuki kesinliğin arttırılması, hukuki ilişkilerde istikrarın sağlanması, uygulanacak hukuk uyarınca yetki sözleşmelerinin mümkün kılınması ve hakların korunmasının sağlanması amaçlanmıştır¹³⁷. Bu amacın yerine getirilmesi için ilk olarak Brüksel Konvansiyonu'nda mevcut kurullarla Avrupa Birliği'ne üye bir devlette verilen mahkeme kararının sorunsuzca tanınması ve icra edilmesi sağlanmış, arkasından gelen Roma Konvansiyonu ile ise üye ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması sayesinde, farklı ülke mahkemelerinde farklı sonuçlarının çıkmasının engellenerek, "forum shopping"¹³⁸ riskinin azaltılması amaçlanmıştır¹³⁹.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku konu edinen Roma Konvansiyonu aracılığıyla bu alanda üye devletlerin milli hukuk sistemlerinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları yerine ortak kurullar ihdas edilmiş, böylece üye

¹³⁴ 27 Eylül 1968 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkındaki Brüksel Konvansiyonu (The Brussels Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters), Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. (<http://curia.europa.eu/common/reccdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm>) erişim tarihi, 06.12.2013.

¹³⁵ 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu ile milletlerarası usul hukuku, Roma Konvansiyonu ile ise kanunlar ihtilafı hukuku alanında üye devletler için ortak kurullar getirilmiştir.

¹³⁶ EKŞİ, N. (2004). Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul: Beta Yayıncılık, (ROMA KONVANSİYONU), s. 12.

¹³⁷ GIULIANO & LAGARDE, s. 1.

¹³⁸ Tarafların yetkili hukuku belirlerken lehlerine karar çıkabilecek bir ülke hukukunu tercih etmeleri durumu. Legal Informtaion Insitute, (http://www.law.cornell.edu/wex/forum_shopping) erişim tarihi, 06.12.2013.

¹³⁹ European Commission's Green Paper on the Convetion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation (presented by the Commission), Commission of the European Communities Brussels, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, s. 9.

devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarının tatbik edilmesi sonucunda ortaya çıkan farklı uygulamaların bertaraf edilerek, sözleşmeler alanında birlik kapsamında ortak bir maddi hukuk oluşturulana kadar geçiş süreci oluşturulmuştur. Avrupa Birliği alanında kanunlar ihtilafı kurallarının birleştirilmesine dair yapılan bu düzenlemeyle üye devletlerde ortaya çıkan aynı nitelikteki ihtilaflara aynı hukukun uygulanması ile yeknesaklığın sağlanmasının yanı sıra, bu şekilde bir üye devletin bir başka üye devlet mahkemesinde verilen karara emsal karar olarak dayanabilmesi ve nihayetinde Avrupa Birliği genelinde ortak bir hukuka ulaşılmasına imkan verilmiştir¹⁴⁰.

Avrupa Topluluğu Antlaşması¹⁴¹ m. 65 uyarınca 2000 yılından itibaren konvansiyon şeklinde düzenleme yapılmasına son verilerek, milletlerarası özel hukuk kapsamında yapılan düzenlemeler tüzük formunda sürdürülmüştür. Bu bağlamda akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında yeni bir metin olan Roma II Tüzüğü¹⁴² hazırlanırken, sözleşmeden doğan borç ilişkileri için mevcut olan Roma Konvansiyon hükümleri yenilenecek Roma I Tüzüğü¹⁴³ haline getirilmiştir¹⁴⁴.

Roma Konvansiyonu'nun tüzük haline getirilmesi gerekliliğine ilişkin olarak çeşitli gerekçeler ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki, tüzük metninin milletlerarası özel hukuka ait Avrupa Birliği mevzuatıyla daha uyumlu olacaktır. Zira zaman içinde özel hukuk alanında adli yardım konusunda çeşitli tüzükler düzenlenmiş, Brüksel Konvansiyonu tüzük haline getirilmiş yine akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında tüzük çalışmaları yapılmıştır. Sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı borçlara ilişkin yetki ve hukuk seçimine ilişkin kuralların bir bütünlük arz ettiği dikkate alındığında Roma Konvansiyonun diğer birlik kurallarından farklı bir formda olmasının tutarsızlık yaratacağı belirtilmiştir¹⁴⁵.

Roma Konvansiyonu'nun tüzük haline getirilmesi gerekliliğine ilişkin olarak öne sürülen ikinci gerekçe, üye ülkeler ve aday üyelerin Roma Konvansiyonu'nu onay süreçlerinin yeknesak bir hukuk düzeninin meydana gelmesini engelledikleri

¹⁴⁰ EKŞİ, (ROMA KONVANSİYONU), s. 38.

¹⁴¹ OJ. C. 321 E/1 (29.12.2006), 1992 Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın Konsolide Edilmiş Versiyonu (European Union Consolidated Versions of the Treaty on European Union and of the Treaty Establishing the European Community)

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. OJ L. 199, s.40 (31.7.2007). Roma II Tüzüğü m. 32 uyarınca, tüzük hükümleri 11.1.2009 tarihi itibariye yürürlüğe girmiştir.

¹⁴³ OJ L. 177, s. 6 (4.7.2008). Roma I Tüzüğü 17.12.2009 itibariyle yürürlüğe girmiştir.

¹⁴⁴ TARMAN, (ROMA I) s. 300.

¹⁴⁵ GREEN PAPER, s. 14.

yönündedir¹⁴⁶. Hukuki niteliği gereği Roma Konvansiyon hükümlerinin uygulama alanı bulması, söz konusu metnin Avrupa Birliği'ne üye her bir devlet tarafından kendi hukukları uyarınca parlamentolarında onaylanmasına bağlanmıştır. Bu süreçte İngiltere başta olmak üzere bir takım ülkeler Konvansiyon metninde yer alan ve üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasını düzenleyen m.7 f. 1'e çekince koyarak, bu hükmün uygulanmasını engellemişlerdir. Bununla birlikte tüzüklerin uygulanması için ayrıca üye ülkeler tarafından onaylanmaları gerekmemektedir. Çünkü tüzük metinleri Avrupa Birliği'ne üye tüm ülkeler bakımından doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. Böylece milli parlamentoların onay sürecinden geçirilmesine ihtiyaç duyulmamaktadır¹⁴⁷. Dolayısıyla ülkelerin ilgili metinde yer alan bir takım hükümlere çekince koyarak milli hukuk sistemlerinde uygulanmasını engellemeleri mümkün olmamaktadır.

Roma Konvansiyonu'nun tüzük haline getirilmesi gerekliliğine ilişkin olarak öne sürülen ikinci gerekçe, Roma Konvansiyonu maddelerinin ulusal mahkemelerce aynı şekilde yorumlanmaması sebebiyle farklı uygulamaların meydana gelmesidir. Düzenlemenin Konvansiyon formunda olması, Avrupa Birliği düzeyinde metne ilişkin olarak yeknesak bir yorum getirecek bir merciinin eksikliğine sebep olmuştur¹⁴⁸. Metnin tüzük haline getirilmesi sonucunda söz konusu kuralların Adalet Divanı tarafından yorumlanmasına imkan verilmesinin, kanunlar ihtilafı kurallarının yorumundaki tutarlılığı geliştireceği, ayrıca Adalet Divanı'nın Avrupa Birliği'ne ait tüm uluslararası özel hukuk düzenlemelerine ilişkin özdeş yetkiye sahip olmasını sağlayacağı ileri sürülmüştür¹⁴⁹.

Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle Ocak 2003 tarihinde Roma Konvansiyonu'nun tüzüğe dönüştürülmesi amacıyla çalışmalara başlanmıştır. Çalışmaların başlangıcında Roma Konvansiyonu'nda köklü bir değişikliğe gidilmeyeceği kararlaştırılmış olmakla birlikte¹⁵⁰, ulaşılan nihai tüzük metninde hukuk seçiminin yokluğu halinde uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin

¹⁴⁶ GREEN PAPER, s. 15, LANDO, O. & NIELSEN, P. A. (2008). The Rome I Regulation, Common Market Law Review, Vol. 45, s. 1688.

¹⁴⁷ TARMAN, (ROMA I) s. 303

¹⁴⁸ Bu eksikliğin giderilmesi amacıyla üye devletlerce Roma Konvansiyonu hükümlerinin Adalet Divanı tarafından yorumlanmasına ilişkin iki protokol akdedilmiş olmakla birlikte, ilgili protokoller onay sürecinin uzaması sebebiyle 01.08.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TARMAN, (ROMA I) s. 15.

¹⁴⁹ GREEN PAPER, s. 15.

¹⁵⁰ TARMAN, s. 305.

kuralların değiştirilmesi, hukuk seçiminin tüketici sözleşmeleri açısından da mümkün kılınması ve doğrudan uygulanan kuralların yeniden ifadesi gibi önemli yeniliklere yer verilmiştir¹⁵¹.

Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde¹⁵² medeni ve ticari hayata ilişkin konularda yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukuk 17.12.2009 tarihi itibariyle yürürlüğe giren Roma I Tüzüğü uyarınca belirlenmektedir.

4.2 Roma I Tüzüğünde Doğrudan Uygulanan Kurallar

Sözleşme serbestisi, borçlar hukuku alanında milletlerarası özel hukukun temel prensibini oluşturmaktadır. Bu prensip Roma Konvansiyonu m. 3'te kanunlaştırılmış, Roma I Tüzüğü m. 3'te benzer şekilde yerini almıştır¹⁵³. Hatta Roma I Tüzüğü 11 numaralı gerekçede tarafların yetkili hukuku belirleme serbestisinin borçlar hukukuna ait kanunlar ihtilafı kurallarının çıkış noktası olması gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte, teoride varlığı sarsılmaz şekilde kabul edilen ve kısıtlanmasına karşı çıkılan bu prensip, milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar gibi çeşitli sınırlamalarla karşılaşmıştır¹⁵⁴.

Gerek Roma Konvansiyonu gerekse Roma I Tüzüğü'nde doğrudan uygulanan kurallara iki şekilde yer verilmiştir. Roma Konvansiyonu m. 3 f. 3'te sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir hukuk belirlenmesi suretiyle, sözleşmenin diğer bütün şartlarının bağlı bulunduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının engellenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu kurallar iç hukukta yer alan ve tarafların sözleşme ile bertaraf edemeyeceği kuralları ifade etmektedir¹⁵⁵. Bu düzenleme ile tarafların sözleşme ile seçim yapmış olmasalardı uygulanacak hukuka ait doğrudan

¹⁵¹ VERNOOIJ, N. W. (2009). Rome I An Update on the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, The Columbia Journal of European Law Online, Vol. 15, s. 72.

¹⁵² Avrupa Birliği Anlaşması'na ek Danimarka'nın özel durumuna ilişkin Protokol'ün ilgili maddeleri gereğince Danimarka Roma I Tüzüğü uyarınca yapılan düzenlemelerle bağlı değildir. Dolayısıyla Danimarka'da Roma Konvansiyonu hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. Bkz. Roma I Tüzüğü önsözü m. 46.

¹⁵³ HEISS, H. (2009). Party Autonomy, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, FERRARI, F. & LEIBLE, S., (Ed.) Germany: Sellier European Law Publishers, s. 3.

¹⁵⁴ LEI, W. (2011). Mandatory Rules of the Rome I Regulation: Not "Old Wine in New Bottles", Canadian Social Science, Vol. 2, No. 2, s. 167.

¹⁵⁵ "internal mandatory rules" PAUKERNOVA, s.35.

uygulanen kuralları etkisiz kılmaları önlenmek istenmiştir. Bu düzenlemeye benzer bir kurala yine Roma I Tüzüğü m. 3 f. 3'te de yer verilmiştir.

Roma Konvansiyonu m. 7'de ise yetkili hukuktan bağımsız olarak sözleşmeye uygulanacak doğrudan uygulanan kurallara yer verilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşme veya kanunlar ihtilafı prensipleri uyarınca belirlenen yetkili hukuktan başka bir hukuk sistemine ait bu kurallar, uyumsuzluğa uygulanması tespit edilen yetkili hukuka rağmen tatbik edilmektedirler¹⁵⁶. Bazı değişiklikler içermekle birlikte bu kategoride yer alan doğrudan uygulanan kurallar, Roma I Tüzüğü m. 9'da düzenlenmiştir.

Roma Konvansiyonu m. 3 f. 3 uyarınca, taraflar arasındaki sözleşmeye ait tüm unsurların bir ülkeyle bağlantılı olduğu ancak taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak yabancı bir hukukun seçildiği hallerde, sözleşmenin bağlantılı olduğu hukuka ait doğrudan uygulanan kurallar uygulama alanı bulacaktır. Bu madde ile tarafların yetkili hukuk olarak yabancı bir hukuku belirleyerek, sözleşmenin bağlantılı olduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını bertaraf etmelerinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu halde gerçek manada yabancılık unsuru içeren bir sözleşme bulunmamakta, taraflar yabancı bir hukuku uygulanacak hukuk olarak tayin ederek, tabi olacakları hukukun doğrudan uygulanan kurallarını bertaraf etmeyi amaçlamaktadırlar¹⁵⁷.

Roma I Tüzüğü m. 3 f. 3'te de aynı durum düzenlenmiştir. Roma Konvansiyonu ilgili madde metninden doğrudan uygulanan kurallar ibaresi çıkarılmıştır. Bununla birlikte, Roma Konvansiyonu'nda yer alan düzenlemeye sadık kalınarak taraflarca yabancı bir hukuk seçilmiş olmasının, sözleşmenin bağlantılı bulunduğu ülkeye ait sözleşme ile bertaraf edilemeyecek kuralların¹⁵⁸ uygulanmasını

¹⁵⁶ Roma Konvansiyonu m. 7 f. 1'de üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, m. 7 f. 2'de ise for hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenleme yapılmıştır.

¹⁵⁷ PAUKERNOVA, s.35. Bu maddeye ilişkin yapılan tartışmalarda bu şekilde yapılan seçimlerin geçersiz sayılması gerektiği ileri sürülmüşse de sözleşme serbestisine yapılan kısıtlamalara ihtiyatla yaklaşılması gerektiği, tarafların sözleşme serbestisi kapsamında ve iyi niyetli olarak yabancı bir hukuku yetkili hukuk olarak belirleyebilecekleri özellikle İngiliz katılımcılar tarafından ileri sürülmüş ve sözleşme serbestisinin sözleşmeyle bağlantılı hukukun doğrudan uygulanan kurallarını bertaraf etmeyeceğini ifade eden kural üzerinde uzlaşmaya varılmıştır. GIULIANO & LAGARDE, s. 14.

¹⁵⁸ Bu ifadeyle kastedilen iç hukukta yer alan doğrudan uygulanan kurallardır. Doğrudan uygulanan kural ibaresinin madde metninden kaldırılmasıyla, iç hukukta yer alan doğrudan uygulanan kurallar ile uluslararası nitelikli sözleşmelerde etki alanı bulan doğrudan uygulanan kurallara dair Roma Konvansiyonu metninde yer alan karışıklık giderilmeye çalışılmıştır. PAUKERNOVA, s.38.

engellemeyeceği düzenlenmiştir¹⁵⁹. Yukarıda anılan düzenlemeye ek olarak Roma I Tüzüğü m. 3 f. 4'te yeni bir kural getirilerek, sözleşmeye ait tüm unsurların bir veya daha fazla Avrupa Birliği üyesi ülkeyle bağlantılı olmasına rağmen, taraflarca yabancı bir hukukun yetkili bir hukuk olarak seçilmesinin, Avrupa Birliği'ne ait sözleşme ile aksi kararlaştırılmayacak hükümlerin uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir¹⁶⁰. Bu madde ile Birliğe ait doğrudan uygulanan kuralların korunması ve yabancı bir hukukun yetkili hukuk olarak tayin edilmesi yoluyla bertaraf edilmeleri engellenmek istenmiştir. Böylece m.3 f. 3 ile ulusal düzeyde sağlanan koruma, m.3 f. 4 ile Birlik düzeyinde sağlanmış bulunmaktadır¹⁶¹. Ayrıca sözleşme serbestisine getirilen sınırlama arttırılarak, Birlik dahilinde uygulanan kuralların yeknesaklığına katkı sağlanmıştır¹⁶².

Roma Konvansiyonu m. 7'de yer verilen ve uluslararası nitelikleri itibariyle yabancı unsurlu sözleşmelere uygulanan doğrudan uygulanan kurallar oldukça tartışma yaratmıştır. Yapılan tartışmalar neticesinde ise söz konusu kuralda bir takım değişiklikler gerçekleştirilerek Roma I Tüzüğü m. 9'da yer verilmiştir. Roma Konvansiyonu m. 7'de yer alan düzenlemeye göre, bu kurallar taraflarca veya kanunlar ihtilafı kuralınca belirlenen, uygulanacak hukuka gidilmeksizin uygulama alanı bulurlar. For hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların, yetkili hukuk ne olursa olsun tatbik edileceğine ilişkin m. 7 f. 2'de yer alan kural kabul görmüş ve tartışmaya yol açmamıştır. Bununla birlikte, üçüncü bir ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara ilişkin m. 7 f. 1 metni ise tartışmalara neden olmuştur¹⁶³. Söz

¹⁵⁹ HEISS, s. 1.

¹⁶⁰ PAUKERNOVA, s. 38.

¹⁶¹ BISPING, C. (2013). The Common European Sales Law, Consumer Protection and Overriding Mandatory Provisions in Private International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, Is. 2, s. 466. Roma Konvansiyonu metninin yenilenmesi çalışmaları sırasında "Muhtemel Sonuçlar" başlığı altında bu duruma dikkat çekilerek Roma I Tüzüğü'nde, bir direktif aracılığıyla asgari standartların belirlenmiş olduğu hallerde, tarafların sözleşmenin unsurlarının Birlik içinde yer alan ülkelerde bulunuyor olmasına rağmen, yabancı (Birliğe üye olmayan bir ülkeye ait) bir hukuku yetkili hukuk olarak belirleyerek, ilgili direktifte yer alan şartları uygulama sorumluluğundan kurtulamayacakları bir düzenleme getirilebileceğini belirtmiştir. GREEN PAPER, s.19.

¹⁶² LEI, s. 168.

¹⁶³ Söz konusu kuralın uygulanması taraftarları, ilgili kuralın uygulanmasının uluslararası karar ahengine katkıda bulunacağı veya söz konusu kararın tenfizini kolaylaştıracağını ileri sürmüşlerdir. Bkz. HELLNER, M. (2009). Third Country Overriding Provisions in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?, *Journal of Private International Law*, Vol. 5, No. 3, s. 449. Ayrıca, ilgili maddenin daha önce ulusal mahkemeler tarafından üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin gerçekleştirildiği, maddenin söz konusu sistemin uygulanmasına ilişkin kural koyduğu ve uygulanma şartlarını belirleyerek kesinlik kazandırdığı görüşüne ilişkin Bkz.. Notes: Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules, *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 8, 2001, s. 2475.

konusu kural kapsamında taraflarca veya kanunlar ihtilafı kuralınca belirlenen uygulanacak hukuk ne olursa olsun, hukuki ilişkinin yakından bağlı olduğu üçüncü bir ülkenin, doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmektedir¹⁶⁴. Roma I Tüzüğü'nde, Konvansiyon'dan farklı olarak doğrudan uygulanan kuralların tanımı yapılmıştır. Ayrıca tartışmalı olan üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması kuralında değişikliğe gidilerek, m. 9 f.3 ile birlikte yakın ilişki kriteri terk edilmiş, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için bu ülkenin aynı zamanda ifa yeri ülkesi olması ve ilgili kurala etki tanınmaması halinin sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılması şartlarına yer verilmiştir¹⁶⁵.

4.2.1. Roma I Tüzüğü m. 9 f. 1 Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kural Tanımı

Roma Konvansiyonu döneminde sıkça eleştirilmiş ve eksiklik olarak nitelendirilmiş olan m. 7'de belirtilen doğrudan uygulanan kuralların ne olduğuna ilişkin tartışmaların sonucu olarak Roma I tüzüğü m. 9 f. 1'de doğrudan uygulanan kuralların tanımı yapılmıştır¹⁶⁶. Adalet Divanı tarafından *Arblade*¹⁶⁷ davasına ilişkin verilen karara dayanan bu madde ile doğrudan uygulanan kurallar ilk kez uluslararası

¹⁶⁴ Yakın ilişki ve etki tanıma kavramlarının ne olduğunun yeterince açık olmadığı gerekçesiyle madde İngiliz doktrininde eleştiriye uğramış ve İngiltere tarafından ilgili madde kabul edilmemiştir. MORRIS, J.H.C. & D. & BEEVERS, K. (2005). The Conflict of Laws, Sixth Edition, London: Sweet & Maxwell LTD, s. 362; MAYSS, A. J. (1999). Principles of Conflict of Laws, London: Cavendish Publishing, s. 129.. İngiltere yanında İrlanda, Almanya, Estonya, Lüksemburg, Portekiz, Slovenya da söz konusu maddeyi uygulamamıştır.HELLNER, s. 450. Doktrinde ilgili hükme getirilen bir diğer eleştiri ise hukuki ilişkinin bağlantılı olduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasının sözleşmenin bölünmesine izin verdiği (dépaçage) yönündedir. EKŞİ, (ROMA KONVANSİYONU) s. 169; HARVARD LAW REVIEW, s. 2466.

¹⁶⁵ TARMAN, (ROMA I) s. 325.

¹⁶⁶ 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'nun tüzük metnin dönüştürülmesine ilişkin hazırlanan Yeşil Kitap'ta ileride düzenlenecek Roma I Tüzüğü'nde m. 7 kapsamındaki doğrudan uygulanan kurallara ilişkin olarak Adalet Divanı tarafından *Arblade* davasında verilen karara dayanarak bir tanım yapılabileceği belirtilmiştir. GREEN PAPER, s. 34.

¹⁶⁷ Fransız inşaat şirketleri olan *Arblade* ve *Leloup* Belçika'da inşaat işleri gerçekleştirmişlerdir. 1991 ve 1993 yılları arasında söz konusu işleri gerçekleştirmek üzere şantiyelere işçi yerleştirmişlerdir. Yapılan denetimler sırasında Belçika Sosyal Sigorta Müfettişliği temsilcileri, Belçika mevzuatı uyarınca bazı dokümanların ibrazını talep etmişler, *Arblade* ve *Leloup* ise bu dokümanları ibraz etmek zorunlulukları bulunmadığını iddia etmişlerdir. Bu durum karşısında her iki şirket aleyhine ceza mahkemesinde dava açılmıştır. Şirketler Fransız kanunlarının gereklerine uygun davrandıklarını ve Belçika hukukuna ait mevzuat ve kuralların servis sağlama özgürlüğünü kısıtladığını ileri sürmüşlerdir. Davaya bakan ceza mahkemesi kamu düzeni kuralı olarak nitelendirdiği ilgili Belçika mevzuatının Birlik hukukuna uygunluğuna ilişkin sorular yöneltmiştir. Adalet verdiği kararda kamu düzenini ilgilendiren hangi kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğuna ilişkin bir tanımlama yapmıştır. *Arblade* (C-369/96) and *Leloup* (C-376/96), K. T. 23.11.1999 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996J0369:EN:HTML>) erişim tarihi, 23.12.2013.

bir metinde tanımlanmıştır¹⁶⁸. Yapılan tanımla iç hukukta yer alan ve doktrinde “mandatory rules” olarak adlandırılan, iç hukuka ait sözleşme ile aksi kararlaştırılmayan kurallar ile Roma I Tüzüğü m. 9 f. 1¹⁶⁹’deki anlamıyla bir devletin sosyal, siyasi ve ekonomik politikaları gibi kamu menfaatini korumaya yönelik, sözleşmeye uygulanacak yetkili hukuk ne olursa olsun alanlarına giren konularda uygulanmasının o devlet tarafından çok önemli olan doğrudan uygulanan kurallar arasındaki fark ortaya konmuştur¹⁷⁰. Böylece Roma Konvansiyonu döneminde her iki kural arasında mevcut olan belirsizlik giderilmiştir. Zira Konvansiyon metninde “doğrudan uygulanan kural” ifadesi birden fazla kuralda, ve farklı manalarla kullanılmıştır. Söz konusu ifade, m. 3 f. 3’te (sınır ötesi unsur olmayan sözleşmeler), m. 5 f. 2’de (tüketici sözleşmeleri), ve m. 6 f. 1’de (iş sözleşmeleri) sözleşme serbestisine bir kısıtlama olarak kullanılmakta ve iç hukuktaki sözleşme ile bertaraf edilemeyecek kuralları içermektedir. Aynı ifade m. 7 f. 2’de ise, daha sınırlı bir kategoride yer alan uygulanacak yetkili hukuktan bağımsız olarak tatbik edilen doğrudan uygulanan kuralları ifade etmektedir¹⁷¹.

Ayrıca yapılan bu tanımla söz konusu kuralların emredici niteliklerinin yanında, ait oldukları ülkelerin politik, sosyal ve ekonomik organizasyon ve politikalarına gibi kamu menfaatine yönelik içerikleri de vurgulanmıştır¹⁷². Yapılan bu vurgu ise mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıkta, doğrudan uygulanan kuralları değerlendirirken ilgili kriterlerle bağlı olmasına, böylece tüm doğrudan uygulanan kuralları bu kategoride ele almayarak m. 9 aracılığıyla T kanunlar ihtilafı kurallarının yok sayılmasını engelleyecektir¹⁷³.

¹⁶⁸ BONOMI, A. (2008). Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts, Yearbook of Private International Law, Almanya: Sellier European Law Publishers, Vol. 10, s. 287.

¹⁶⁹ Roma Konvansiyonu m. 7’de “mandatory rules” olan madde başlığı, Roma I Tüzüğü m. 9’da “overriding mandatory rules” olarak değiştirilmiştir. İngiliz doktrininde kaynağını bulan bu başlık kullanılmakla birlikte söz konusu değişiklik Tüzüğün tüm dillere ait versiyonlarında yer almamaktadır. Metnin Flemenkçe, Fransızca, İsveççe ve İspanyolca versiyonlarında daha önce Roma Konvansiyonu m. 7’de de kullanılmış olan “internationally mandatory rules” başlığında değişikliğe gidilmemiştir. “overriding mandatory rules” ve “internationally mandatory rules” ifade ettikleri kurallar bakımından farklılık içermemekte her ikisi de yabancı unsurlu veya uluslararası nitelikli hukuki olay ve işlemlere uygulanacak kurallara ilişkindir. HELLNER, s. 455.

¹⁷⁰ PAUKERNOVA, s. 39. HELLNER, s. 457.

¹⁷¹ BONOMI, s. 288.

¹⁷² LEI, s. 169.

¹⁷³ BONOMI, s. 289, GARCIMARTIN ALFEREZ, F. J. (2008). The Rome I Regulation: Much ado nothing?, The European Legal Forum, Is. 2, Sec. I, s. 76. (www.european-legal-forum.com) erişim tarihi, 23.12. 2013.

Roma I Tüzüğü'nde doğrudan uygulanan kuralların tanımına yer verilmesinin bir başka sonucu da Adalet Divanı'nın söz konusu tanımları yorumlamaya ilişkin yetki kazanmasıdır. Roma Konvansiyonu'nda yer alan ve ilgili kuralların sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun tatbik edileceğine yer verilen düzenleme metni kanunlaştıran ülkenin ulusal mahkemelerini ilgilendirirken, bu kuralın Tüzük metninde hüküm altına alınması, bu hükmü Birliğe ait bir kavram haline getirmesi sebebiyle ulusal mahkemeler tarafından önlerine gelen uyuşmazlıktaki doğrudan uygulanan kuralın, hüküm kapsamında olup olmadığı hususunu Adalet Divanı'na ön sorun olarak götürebilmesine imkan vermektedir¹⁷⁴. Bununla birlikte m. 9 f. 1'de yer alan tanım uyarınca gözetilmesi gereken kamu menfaatinin, sözleşmelerde güçsüz konumda olan tüketici, işçi, acente gibi tarafları kapsayıp kapsamadığı sorusu ortaya çıkmaktadır¹⁷⁵. Ülkenin kamu menfaatlerinin korunmasının kapsamının sınırlanması özellikle Alman doktrininde desteklenmektedir. Alman doktrininde doğrudan uygulanan kurallar Eingriffsnormen ve Parteischutzvorschriften olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Birinci kategorideki kurallar rekabetin korunması, ithalat ve ihracata ilişkin iken, ikinci grupta sözleşmenin tarafları arasındaki eşitliğin korunması veya sağlanmasına yönelik kuralları içermektedir. Alman doktrininde çokça destek bulan görüş uyarınca, ilk kategoride yer alan kuralların, Roma Konvansiyonu m. 7'de düzenlenen manada doğrudan uygulanan kurallar olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşün yansımaları mahkeme kararlarında da görülmüş ve ikinci kategoride yer alan çeşitli gruplara dahil özel kişilere ilişkin doğrudan uygulanan kuralların da dolaylı olarak kamu menfaatine hizmet ettiği kabul edilmekle birlikte, m. 7 anlamında doğrudan uygulanan kural teşkil etmediği yönünde kararlar verilmiştir¹⁷⁶.

Roma I Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden sonra doktrinde m. 9 f. 1'de yer alan doğrudan uygulanan kurallar tanımının dar veya geniş yorumlanması gerekliliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Tanımda açıkça doğrudan uygulanan kuralların ülkenin ekonomik, sosyal, politik organizasyonu gibi kamu menfaatinin korunmasına yönelik kurallara işaret edilse de tüketici, acente, işçi gibi sözleşmede zayıf konumda yer alan belirli kategorideki özel kişileri korumaya yönelik kuralların da maddede yer verilen ekonomik, sosyal ve politik organizasyonu açısından önem teşkil edeceğini savunan görüş, m. 9 f. 1'in bahsi

¹⁷⁴ HELLNER, s. 458.

¹⁷⁵ BISPING, s. 467.

¹⁷⁶ BONOMI, s. 292.

geçen kuralları kapsayacak şekilde yorumlanmasının yenilikçi bir etki yaratacağını belirtmektedir¹⁷⁷. Bununla birlikte doktrinde m. 9 f. 1’de yer alan tanım ile kamu menfaatine ilişkin kurallara işaret edilmesi sebebiyle, acente ve tüketici gibi sözleşme taraflarından birinin korunmasına yönelik kuralların bu kapsam dışında yer alması sebebiyle ilgili kuralın dar yorumlanmasını gerektiğine dair görüş de mevcuttur¹⁷⁸.

4.2.2. Roma I Tüzüğü m. 9 f. 2 Uyarınca For Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

For hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara Roma Konvansiyonu m. 7 f. 2’de yer verilmiş ve Konvansiyon hükümlerinin uyuşmazlığa bakan hakim in hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikini sınırlamayacağı düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin olarak kendi ülkesinde bir doğrudan uygulanan kuralın mevcut olması halinde, herhangi bir şartın yerine gelmesine ihtiyaç olmaksızın söz konusu doğrudan uygulanan kuralı tatbik edecektir.

Genel olarak kabul gören bu kural, Roma Konvansiyonu döneminde tartışmaya sebep olmamıştır¹⁷⁹. Ancak Ingmar¹⁸⁰ davasına ilişkin kararın etkisiyle,

¹⁷⁷ BONOMI, s. 292- 294; HELLNER, s. 459; BISPING, 467. Ayrıca Adalet Divanı tarafından Ingmar davasında verilen Acentelere İlişkin Direktifte yer alan hükümlerin uygulanmasına yönelik İngiliz mevzuatının, aynı zamanda Avrupa Birliği hukukunun üstün menfaatleri koruması sebebiyle yetkili yabancı hukuka rağmen tatbik edilmesi gerektiğine ilişkin kararı, bahsi geçen görüşe örnek olarak gösterilmekte ve Adalet Divanı’nın ileride de m. 9 f. 1’in geniş yorumlanması yolunu seçeceği ifade edilmektedir. Adalet Divanı 17.10.2013 tarihli kararında (dava sözleşme tarihinde yürürlükte olan Roma Konvansiyonu m. 7 kapsamında değerlendirilmiştir), Belçika Temyiz Mahkemesi tarafından Belçika hukukunda yer alan Acentelik Sözleşmesine ilişkin hükümlerin taraflar arasında yapılan sözleşme uyarınca yetkili olan Bulgaristan hukukunu geçersiz kılıp kılmayacağına ilişkin sorusuna, Birliğe üye ülkelerin mevzuatında yer alan acentelik sözleşmesine ilişkin doğrudan uygulanan kuralların, ilgili sözleşmede taraflarca belirlenen uygulanacak hukuku bertaraf edeceğini belirtmiştir. United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v Navigation Maritime Bulgare, Case C-184/12, (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-184/12>), erişim tarihi 24.12.2013.

¹⁷⁸ GARCIMARTIN ALFEREZ, s. 77.

¹⁷⁹ PAUKERNOVA, s. 36.

¹⁸⁰ Bir Amerikan şirketi ile merkezi İngiltere’de bulunan bir acente arasında gerçekleştirilen ve yetkili hukuk olarak Kaliforniya hukukunun seçildiği acentelik sözleşmesinin söz konusu olduğu bu davada Amerikan şirketi acentelik sözleşmesini sona erdirmiştir. Acente, Kaliforniya hukukunda yer almamasına rağmen tazminat davası açmıştır. Mahkeme yaptığı incelemede Acentelere İlişkin Direktif’te yer alan hükümleri dikkate alarak, Avrupa kamu düzeni uyarınca acentenin sözleşmenin sona ermesinde kusuru olmadığı hallerde tazminata hak kazandığını belirtmiş ve tazminata hükmetmiştir. Böylece acentenin tazminat hakkına ilişkin olarak Kaliforniya hukuku bertaraf edilerek, Birlik hukukuna ait doğrudan uygulanan kural uygulanmıştır. Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc., Case C-381/98, (<http://eur-lex.europa.eu/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0381:EN:HTML>), erişim tarihi 25.12.2013.

Avrupa Birliği hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların da lex fori kapsamında kabul edilip edilmeyeceği sorusu gündeme gelmiştir. Aynı kural Roma I Tüzüğü m. 9 f. 2’de düzenlenmiş ve Konvansiyon’da yer alan düzenleme üzerinde önemli bir değişiklik yapılmamıřtır¹⁸¹.

4.2.3. Roma I Tüzüğü m. 9 f. 3 Uyarınca İfa Yeri Ülkesi (Üçüncü Ülke) Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

1980 tarihli Roma Konvansiyonu m. 7 f. 1’de üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları düzenlenmiřtir¹⁸². Söz konusu kural uyarınca, yetkili hukuk uygulanırken hukuki ilişkinin sıkı bağlantı içinde olduğu bir başka ülkenin, yetkili hukuk ne olursa olsun uygulanmak zorunda olan doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilecektir. Etki tanınması hususunda ise uyuşmazlığa bakan mahkemeye takdir yetkisi tanınmış ancak bu yetkiyi kullanırken kuralların yapısı, amacı ve uygulanmaları veya uygulanmamaları halinde ortaya çıkacak sonuçların göz önünde bulundurması gerektiği düzenlenmiştir. Madde metni, sıkı ilişki ve etki tanınmasına ilişkin kriterlerin açık olmadığı gerekçesiyle eleřtirilmiřtir¹⁸³. Ayrıca başta İngiltere olmak üzere Almanya, İrlanda dahil olmak üzere 7 Avrupa Birliği üyesi ülke bu maddeyi kanunlařtırmamıřlardır¹⁸⁴.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenlemeye Roma I Tüzüğü m. 9 f. 3’te yer verilmiş ve madde metni hazırlık aşamasında yapılan tartışmalar neticesinde, aynı konuya ilişkin Roma Konvansiyonu m. 7 f. 1’e çekince koyan ülkelerin uzlaşmasıyla oluřturulmuřtur¹⁸⁵. Ortaya çıkan m. 9 f. 3 metni

¹⁸¹ GARCIMARTIN ALFAREZ, s. 77, BISPING, s.467, PAUKERNOVA, s. 36.

¹⁸² Roma Konvansiyonu’ndan önceki dönemde Avrupa mahkemeleri, uygulanacak hukuk dahil olmak üzere, başka bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımamışlardır. Ancak uluslararası ticaretin artması ve ülkelerin birbirine bağımlı hale gelmesi neticesinde başka bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması önem kazanmıştır. Bu doğrultuda Roma Konvansiyonu hazırlanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikine dair kural ihdas edilmiştir. LANDO, O. & NIELSEN, P. A. (2007). The Rome I Proposal, Journal of Private International Law, Vol. 3, No. 1, s. 45.

¹⁸³ MORRIS & McCLEAN & BEEVERS, s. 362; TARMAN, (ROMA I) s. 325. Roma Konvansiyonu m. 7 f. 1’in üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına ilişkin getirdiği kriterlerin açık ve dar olduğuna ilişkin görüş için Bkz. HARVARD LAW REVIEW, s. 2475.

¹⁸⁴ MAYSS, s. 129.

¹⁸⁵ TARMAN, (ROMA I) s. 325. Roma I Tüzüğü teklifinde üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını düzenleyen m. 8 f. 3’te kuralların uygulanması bakımından sıkı ilişki kriterini korunmuş, selefi olan m. 7 f. 1’e benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durum karşısında İngiltere teklife katılmayarak, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin maddenin bugünkü haline getirilmesinde önemli rol oynamıştır. DICKINSON, A. (2007). Third-Country Mandatory Rules In the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farwell, Auf Wiedersehen, Adieu?, Journal of Private International Law, Vol. 3, No. 1, s. 53, 63.

Konvansiyon'da yer alan kuralla karşılaştırıldığında kapsamının daraldığı görülmektedir. Öncelikle, üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallar ancak o ülkenin aynı zamanda sözleşme uyarınca ifa ülkesi olması halinde dikkate alınacaktır. Ayrıca, ifa yeri devleti olan üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için söz konusu kuralların sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hale getirmesi aranmaktadır. Kurallara etki tanınmasına ilişkin olarak ise hakkında Roma Konvansiyonu'nda olduğu gibi hakime takdir yetkisi tanınmış, takdir yetkisinin kullanılması sırasında kuralların amacı, niteliği, içeriği ve sonuçlarının dikkate alınması düzenlenmiştir.

Roma I Tüzüğü kapsamında getirilen kural ile üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanması bakımından, tartışmalara sebep olan sıkı ilişki kriteri terk edilmiş, onun yerine daha dar kapsamlı olan ifa yeri ülkesi koşulu getirilmiştir¹⁸⁶. Diğer bir ifadeyle, hakim uyuşmazlığın hallinde sadece ifa yeri devletinin hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanıyacaktır, sözleşme ile ilişki içinde olsa dahi diğer üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almakla yükümlü değildir¹⁸⁷. Bununla birlikte sıkı ilişki kavramı yakından incelendiğinde, tarafların ikametgahı ve işyeri hukuku yanında ifa yeri hukukunun da sıkı ilişki kriterini yerine getiren şartlardan olduğu görülmektedir¹⁸⁸. Bu açıdan bakıldığında sıkı ilişki kavramına karşı ileri sürülen belirsizlik eleştirisinin, yeni metinde bu kapsamda sayılabilecek tek bir kritere bağlı kılınması, belirsizliğin giderilmesinden çok kapsamın daralmasına hizmet etmiştir¹⁸⁹. Madde metni uyarınca, sözleşmeyle ilişkili ancak ifa yeri hukukuna ait olmayan bir ülkeye ait ihracat kısıtlamaları, döviz mevzuatı gibi doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınamayacağı anlaşılmaktadır. Bu halin, söz konusu doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmayan ülkelerde kararların tenfizi açısından doğuracağı sonuçlar belirsizlik içermektedir¹⁹⁰.

Roma I Tüzüğü ile getirilen yeni bağlayıcı unsur olan ifa yeri hukukunun da karışıklığa sebep olacağına dair çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür. Öncelikle, ifa yeri hukukun hangi hukuk uyarınca belirleneceği madde metninde açıkça belirtilmediği,

¹⁸⁶ ERKAN, s. 108.

¹⁸⁷ TARMAN, (ROMA I) s. 326.

¹⁸⁸ GIULIANO & LAGARDE, s. 27.

¹⁸⁹ BONOMI, s. 297, LEI, s. 170.

¹⁹⁰ PAUKERNOVA, s. 41.

dolayısıyla ifa yerinin *lex contractus*'a mı, yoksa doğrudan uygulanan kuralına etki tanınacak üçüncü ülke hukukuna göre mi belirleneceği sorusunun ortaya çıktığı ifade edilmiştir¹⁹¹. Ayrıca, ifa yeri ile kastedilenin yasal ifa yeri mi yoksa fiili ifa yeri mi olduğunun açık olmadığı ve yapmama yükümlülüğü içeren sözleşmeler açısından ifa yeri ülkesi hukukunun herhangi bir karşılığı olmadığı eleştirisi ileri sürülmektedir¹⁹². Son olarak, sözleşme uyarınca birden fazla ifa yeri olduğu hallerde, birden fazla ifa yeri hukuku doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağı açık olmadığı ifade edilmiştir¹⁹³.

Roma I Tüzüğü m. 9 f. 3 ile yapılan bir diğer değişiklik, ifa yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabilmesi için ilgili kuralların sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılmasının aranmasıdır¹⁹⁴. Roma Konvansiyonu m. 7 f. 1'de yer almayan bu yeni kriter ile etki tanınabilecek doğrudan uygulanan kurallar, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılmak şartına tabi tutulmuştur. Kaynağını İngiliz *Ralli Brothers v. Naviera*¹⁹⁵ kararından alan sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılma hali, sözleşmenin tabi olduğu hukuk uyarınca geçerli olmasına rağmen, yerine getirilmesinin ifa yerinin tabi olduğu üçüncü ülke uyarınca kanuna aykırı sayılan bir eyleme bağlı olması sonucunda sözleşmenin hükümsüz olmasını ifade etmektedir¹⁹⁶.

Roma Konvansiyonu m. 7 f. 1'de yer alan "etki tanıma" hali Roma I Tüzüğü m. 9 f. 3'te de korunmuştur. Diğer bir ifadeyle üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralın mevcut haliyle uygulanmayacağı, yetkili hukuk çerçevesinde sonuç doğurması hali korunmuştur¹⁹⁷. Üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması hakkında, m. 7 f. 1'de olduğu gibi hakime takdir yetkisi tanınmasının yanı sıra, yine söz konusu takdir yetkisini kullanırken nitelik, amaç uygulanıp uygulanmamasının doğuracağı sonuçların dikkate alınması

¹⁹¹ LORENZO S. S. (2010). Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts After Rome I, Yearbook of Private International Law, Almanya: Sellier European Law Publishers, Vol. 12, s. 84. Bu halde Roma I Tüzüğü m. 12 uyarınca *lex causae* veya *lex fori* uyarınca ifa yeri hukukunun belirleneceğine dair görüş için Bkz.. PAUKERNOVA, s. 40.

¹⁹² LORENZO, s. 86.

¹⁹³ BONOMI, s. 298, LORENZO, s. 84, PAUKERNOVA, s. 40.

¹⁹⁴ HELLNER, s. 461.

¹⁹⁵ [1920] 1 K.B., 287, *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar* (26 Mart 2190), (<http://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=136591>) erişim tarihi, 21.12.2013.

¹⁹⁶ BONOMI, s. 296. Doktrinde, sözleşmenin ifasının hukuka aykırılığı kavramının madde metnine eklenmesi eleştirilmiş, İngiliz hukukuna ait olan bu kavramın İngiltere'nin Tüzük metnine katılmasını sağlamak üzere yer verildiği ileri sürülmüştür. LEI, s. 171; HELLNER, s. 461.

¹⁹⁷ GIULIANO & LAGARDE, s. 28.

düzenlenmiştir¹⁹⁸. Bu düzenleme, söz konusu kurala etki tanımakla yükümlü olan organ ile kendisine verilen takdir yetkisi neticesinde etki tanınmasına karar veren organın aynı olması gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Madde metninde takdir yetkisinin kullanılması sırasında başvurulması öngörülen kriterler olarak yer alan ilgili kuralların amaç, nitelik ve uygulanması ya da uygulanmamasının doğuracağı sonuçların dikkate alınması ile amaçlananın uyumsuzluğa bakan hakime birden fazla üçüncü ülke hukukunun çelişen doğrudan uygulanan kuralları arasında seçim yapabilmek hususunda takdir yetkisi tanınması olduğu belirtilmiştir. *GUILIANO & LAGARDE*, s. 27. Aynı uyumsuzluk açısından uygulanması söz konusu olan birden fazla üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallardan hangisinin uygulanacağını belirlenmesine ilişkin olarak ÖZDEMİR KOCASAKAL çeşitli kriterler getirmiş, bahsi geçen kuralların aynı amaca yönelik olması durumunda bu amaca en iyi hizmet eden kural uygulanması gerektiğini, kuralların amaçlarının ve uyumsuzluğa getirdikleri çözümlerin çelişkili olduğu hallerde ise Amerikan doktrininde yer alan “çıkarlar analizi” teorisine benzer bir yöntemle söz konusu kuralların uyumsuzlukla olan bağlantıları, yerine getirmeye çalıştıkları amaçların elde edilmesindeki önem dikkate alınarak, uygulanması en mümkün olan kurala yetki tanınması gerektiğini belirtmiştir. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 107.

¹⁹⁹ *BONOMI*, s. 297.

2. BÖLÜM

MİLLETERARASI TİCARİ TAHKİM PROSEDÜRÜNDE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN YERİ

1. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM

1.1. Genel Olarak

Tahkim, taraflar arasında mevcut veya ileride doğabilecek belirli bir hukuki uyuşmazlığın, devlet yargısı dışında yer alan ve taraflarca seçilen özel kişilerce çözümlenerek nihai olarak karara bağlanmasını ifade etmektedir²⁰⁰. Milletlerarası niteliğe sahip bir sözleşme veya hukuki ilişkiden doğan ihtilafların çözümünde başvurulmuş tahkim ise milletlerarası ticari tahkim olarak adlandırılmaktadır²⁰¹.

Bugün sıkça başvurulmuş tahkim kurumunun tercih nedenleri arasında yargılama süresinin milli mahkemelere kıyasla daha kısa olması, ticari sırların korunması ve gizlilik açısından elverişli olması, uyuşmazlığın halli için ilgili konuda uzman hakemlerin tercihinin mümkün olması ve özellikle uluslararası ticarete ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların başvurulmuş milli mahkemenin objektif ve adil davranamayacağına dair endişeleri gibi hususları saymak mümkündür²⁰².

Tahkim uygulaması oldukça eski yıllara dayanmakla beraber, ağırlıklı olarak yabancı unsurlu olay ve milletlerarası ticaret alanında varlık göstermektedir²⁰³. Meydana gelen uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri haricinde, hakemlerce karara bağlanması prosedürünün Eski Mısır, Eski Yunan ve Roma hukuklarına

²⁰⁰ AKINCI, Z. (2013). Milletlerarası Tahkim, İstanbul: Vedat Kitapçılık, (TAHKİM) s. 1; ŞANLI, s. 17; NOMER, E. & EKŞİ, N. & ÖZTEKİN GELGEL, G. (2013). Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 2.

²⁰¹ ÖZEL, s. 17; ŞİT, B. (2005). Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara: İmaj Yayınevi, s. 69.

²⁰² AKINCI (TAHKİM), s. 7; ERKAN, M. (2013). Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara: Yetkin Yayınları, (MİLLETLERARASI TAHKİM), s.26.

²⁰³ NOMER, E. (2009). Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, (USUL) s. 188.

dayanmaktadır²⁰⁴. Bununla birlikte tahkimin bugün anlaşılan manada bir kurum haline gelmesine yönelik ilk kanunlaştırma işlemi 1697 tarihili İngiliz Tahkim Kanunu (Arbitration Act) ile gerçekleştirilmiştir. İlgili kanunla, zaman içinde tacirlerin oluşturduğu kasaba mahkemeleri, loncalar ve ticaret birlikleri tarafından kendi üyeleri arasında ortaya çıkan ihtilafların halli için oluşturulan mahkemelerce verilen kararlara etkinlik sağlanarak, tahkim kurumu kanuni bir temele kavuşturulmuştur. Aynı şekilde 1867 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulan New York Ticaret Odası'nın amaçları arasında tahkimin düzenlenmesine yer verilmiştir²⁰⁵.

Tahkim uygulaması uzun yıllardır varlık gösteriyor olmakla birlikte, 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başlarında özel hukuk alanına giren uyuşmazlıkların halinde tahkim müessesesi, devlet mahkemeleri yanında ikinci derecede bir rol üstlenmekteydi²⁰⁶. Ancak, yirminci yüzyıl ile birlikte, milletlerarası ticaret hacminin yükselişiyle doğru orantılı olarak, faaliyetleri arasında tahkime de yer veren ticaret odaları, dernekler ve birliklerin sayısında meydana gelen artış, milletlerarası ticari nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünde tahkim müessesinin tercih edilmesine sebep olmuştur. Tahkim kurumuna yönelik ilgide meydana gelen artış neticesinde ortaya çıkan yeknesaklık ihtiyacı ise uygulamada tahkim kurumunun belirli organizasyonlar eliyle yürütülmesi, tahkim alanında kanunlaştırma çalışmaları ve milletlerarası antlaşmalar yapılması sonucunu doğurmuştur²⁰⁷.

1.1.1. Milletlerarası Kavramı

Tahkim konusu incelenirken milli ve milletlerarası²⁰⁸ tahkim kavramları ile karşılaşılmaktadır. Milletlerarası ticari tahkim ifadesi, söz konusu tahkim

²⁰⁴ ŞANLI, s. 13.

²⁰⁵ YILMAZ, E. (2000). Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir: İzmir Barosu, s. 268; ŞANLI, s. 14-15.

²⁰⁶ BİRSEL, M. T. (1980). Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1, Sa. 1, s. 98.

²⁰⁷ ŞİT, s. 8.

²⁰⁸ "Milletlerarası tahkim" ifadesi, devletler genel hukukunun konusu olan ve devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak tahkimleri de kapsayan bir üst kavram etkisi yarattığından doktrin ve uygulamada özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak tahkim için "milletlerarası ticari tahkim" ifadesi tercih edilmektedir. NÖMER & EKŞİ & ÖZTEKİN GELGEL, s. 4. Bununla birlikte doktrinde milletlerarası ticari tahkim kavramına farklı anlamlar verilmiş olduğu görülmektedir. Bu kavram, bir görüşe göre yabancılik unsuru taşıyan tahkimi, bir başka görüşe göre bizim de katıldığımız bir diğer görüş uyarınca ise uyuşmazlık konusunun milletlerarası ticarete ilişkin olduğu tahkimi ifade etmektedir. AKINCI, s. 23, ÖZEL, s. 21.

prosedürünü milli tahkimden ayırmak için kullanılmakta ve yabancılık unsurunun varlığına işaret etmektedir²⁰⁹. Milletlerarası ticari tahkime, milletlerarası niteliğini veren yabancılık unsurunun tespitine ilişkin olarak ise doktrin ve uygulamada farklı kriterlere yer verilmiştir²¹⁰.

Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1492’de yer verilen ilk kriter uyarınca, milletlerarası ticarete ilişkin bir uyuşmazlığı konu edinen tahkim, milletlerarası tahkimdir. Diğer bir ifadeyle tahkime milletlerarası nitelik kazandıran husus, tahkim konusu uyuşmazlığın milletlerarası karaktere sahip olmasıdır²¹¹. Tahkim prosedürü maddi hukuk ilişkisinden doğan uyuşmazlığın hallinde kullanılan bir araçtır. Esas ilişkinin niteliği göz ardı edilerek, tahkimin hukuki niteliğinin belirlenmesi ise sağlıklı bir sonuç doğurmayacaktır²¹². Dolayısıyla söz konusu kriter, tahkimin milletlerarası özelliğini belirlerken, tahkim konusu uyuşmazlığın dayandığı maddi hukuk ilişkisini temel alması açısından yabancılık unsurunun daha geniş yorumlanması sonucunu doğurmaktadır²¹³.

Milletlerarası ticari tahkimin milletlerarası niteliğini belirlemede benimsenen bir diğer kriter ise tahkim sözleşmesinin taraflarının farklı ülke vatandaşı olmaları veya işyerlerinin farklı ülkelerde bulunmasıdır. Bu kriter uyarınca uyuşmazlığın taraflarının tabiiyetinin, yerleşim yerinin veya tüzel kişiler açısından idare merkezinin

²⁰⁹ KALPSÜZ, T. (2010). Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 1. Bu açıdan bakıldığında milli tahkim uyuşmazlık konusu ve taraflar itibarıyla belirli bir hukuk sistemine tabi olan ve başka bir yabancı hukuk sistemiyle ilintisi olmayan tahkim olarak ifade edilebilir. TANRIBİLİR, F. B. & ŞİT, B. (2002). Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, MHB, C. 22, Sa. 2, s. 821.

²¹⁰ ÖZEL, s. 21; TANRIBİLİR & ŞİT, s. 819. Bununla birlikte doktrin ve uygulamada, ilgili kanun ve kurallarda yabancılık unsuruna ilişkin şartların sayılmadığı hallerde, tahkimdeki yabancılık unsurunu belirlemek açısından başka kriterlere de başvurulduğu belirtilmiştir. Bunlardan birincisi mekan (ülkesellik, toprak) kriteridir. Bu görüş yabancılık unsurunun belirlenmesinde tahkim prosedürünün gerçekleştiği yeri dikkate almaktadır. Diğer bir ifadeyle, yabancı bir ülkede gerçekleşen tahkim yabancı tahkimdir. Bir diğer görüş ise, yabancılık vasfının, tahkim prosedürünün gerçekleştirilmesi sırasında uygulanan usul kurallarına göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş uyarınca, tahkim prosedürüne yabancı bir usul kanununun uygulanması halinde yabancı hakem kararı söz konusudur. NOMER & EKŞİ & GELGEL, s. 3. Türk hukukunda Yargıtay’ın iki görüşüne de yer veren kararları mevcuttur. Bu konuda detaylı bilgi için Bkz.. ERTEKİN, E. & KARATAŞ, İ. (1997). Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 426- 461.

²¹¹ ŞİT, s. 70, NOMER & EKŞİ & GELGEL, s. 3, ŞANLI, s. 32. Tahkimin milletlerarası niteliğinin belirlenmesinde uyuşmazlığın değil tahkimin özelliklerinin dikkate alınması gerektiği ve tahkim prosedürünün yabancı bir hukuk sistemi ile bağlantılı hallerde tahkimin milletlerarası niteliğine haiz olduğunu ileri süren görüş için bkz. KALPSÜZ, s. 3.

²¹² ŞANLI, s. 28.

²¹³ CHUKWUMERİJE, s. 4, ÖZEL, s. 22.

farklı ülkelerde olması halinde tahkim milletlerarası niteliği haiz olmaktadır²¹⁴. 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi Avrupa Sözleşmesi²¹⁵ ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu'nda söz konusu kritere yer verilerek, milletlerarası tahkimin kapsamının dar olarak yorumlanmasına sebep olunmuştur²¹⁶.

Son olarak benimsenen kriter ise gerek tahkim konusu uyuşmazlığın milletlerarası niteliğini dikkate alması, gerekse tarafların vatandaşlığı veya işyerlerinin bulunduğu ülkenin farklı olmasını araması itibariyle karma bir niteliğe sahiptir. Karma kritere UNCITRAL Model Kanun (Model Kanun)²¹⁷ m. 1 ve 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu²¹⁸ m. 2'de yer verilmiştir²¹⁹. UNCITRAL Model Kanun m. 1 f. 3'te yer alan düzenleme uyarınca, tahkim anlaşmasının taraflarının işyerlerinin ayrı ülkelerde bulunması veya tarafların işyerleri aynı ülkede bulunmakla birlikte tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan tahkim yerinin farklı bir ülkede bulunması ya da ticari ilişkiden kaynaklanan edimlerin esaslı kısmının ifa edileceği yer veya uyuşmazlığın esasıyla en yakın bağlantılı yer başka bir ülkede ise yahut taraflarca tahkim sözleşmesinin konusunun birden fazla ülkeyle bağlantılı olduğunun kararlaştırıldığı hallerde tahkim milletlerarası niteliğe sahip olacaktır. Görüldüğü üzere ilgili düzenleme ile gerek tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması, gerekse uyuşmazlığın dayandığı ticari ilişkinin milletlerarası karaktere sahip olması kıstaslarına yer verilmiştir.

UNCITRAL Model Kanun'da yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme MTK m. 2'de benimsenmiştir²²⁰. Buna göre; tarafların yerleşim yerleri, olağan oturma yerleri veya işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması, söz konusu yerlerin tahkim yerinden veya taraflar arasındaki esas sözleşmeden kaynaklanan edimlerin önemli kısmının yerine getirileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir ülkede bulunması, tahkim sözleşmenin dayanağı

²¹⁴ TANRIBİLİR & ŞİT, s. 819.

²¹⁵ 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi 08.05.1991 tarihinde 3730 sayılı kanunla kabul edilmiştir. R.G. 21.05.1991-20877.

²¹⁶ ÖZEL, s. 22;

²¹⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf), erişim tarihi 04.01.2014.

²¹⁸ R.G. 05.07.2001-244453

²¹⁹ ÖZEL, s. 23.

²²⁰ TANRIBİLİR & ŞİT, s. 822.

olan esas sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı uyarınca yabancı sermaye getirmiş olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlamak amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması veya tahkim anlaşmasının dayandığı esas sözleşme veya hukuki ilişkinin bir ülkeden diğer ülkeye sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi halinde tahkim konusu uyuşmazlık yabancılık unsuru ihtiva ettiği ve milletlerarası tahkime konu olduğu kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere MTK'da da yabancılık unsurunun tespiti bakımından tarafların yerleşim yerleri, işyerlerinin bulunduğu ülke veya taraflar arasındaki esas sözleşmenin konusu dahil olmak üzere birden fazla bağlama noktasına yer verilmiştir.

Bununla birlikte tahkimin kurum olarak milletlerarası niteliğe sahip olması ile tahkim prosedürü neticesinde verilen hakem kararının milli veya milletlerarası nitelikli olması arasında zorunlu bir ilişki bulunmamaktadır²²¹. Hakem kararının milli veya milletlerarası nitelikte olması, özellikle tahkim prosedürü neticesinde elde edilen kararın tenfizi açısından önem arz etmektedir. Zira bir hakem kararının tenfizi talep edilen ülke hukuku uyarınca “yerli” hakem kararı olarak nitelendirilmesi halinde uygulanacak tenfiz kuralları farklı olacaktır. Buna göre, yerli hakem kararlarının kapsamı dışında kalan hakem kararları, milletlerarası ticari hakem kararı olarak ifade edilmektedir²²².

1.1.2. Ticari Kavramı

Milletlerarası ticari tahkimin bünyesinde bulunan ikinci unsur olan ticari kavramı tahkim konusu uyuşmazlığın kaynaklandığı esas sözleşmenin ticari nitelikte olması hususunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ticari sözleşmelerle, ticari olmayanların ayırt edilmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, milletlerarası ticari tahkimde yer alan ticari kavramının tanımını yapmak oldukça

²²¹ ŞİT, s. 72.

²²² AKINCI, Z. (1994). Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara: Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:44, (TENFİZ) s. 6. Doktrinde milletlerarası ticari hakem kararı ile yabancı hakem kararı arasında fark olduğuna ilişkin görüşlere de yer verilmiştir. Yerli olmayan hakem kararlarını ifade etmek için yabancı hakem kararı ifadesinin kullanılması halinde, söz konusu kararın mutlaka bir milli hukuk sistemine ait olması gerektiği izlenimi oluşacağı, bu halin milletlerarası ticari hakem kararların hukuki niteliği ile bağdaşmayacağı eleştirisi ifade edilmiştir. AKINCI, (TENFİZ) s. 6-7. Milletlerarası ticareti kendi kurallarına sahip ve bağımsız bir Milletlerarası nitelikte hakem kararının mevcut olmadığına ilişkin görüş için Bkz. NOMER (USUL), s. 196.

güçtür²²³. Zira buradaki ticari kavramı iç hukukta yer alan ticaret hukukuna ait ilişkiler kavramından daha geniş olarak ele alınmakta, milletlerarası ticari menfaatleri barındıran faaliyetler, milletlerarası ticaret kapsamında kabul edilmektedir²²⁴. Dolayısıyla kimi uyuşmazlıklarda tarafların tacir olması, kimi uyuşmazlıklarda ise uyuşmazlık konusunun dayandığı temel ilişkinin ticari nitelikte olması ticari olma kriterini yerine getirmektedir²²⁵.

Ticari kavramının tanımına UNCITRAL Model Kanun m. 1 f. 1'e ait dipnotta yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemede ticari kavramının geniş bir şekilde, ticari nitelikli tüm ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, ticari ilişkiden ne anlaşılması gerektiğine dair bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla mal veya hizmet sağlanması ya da değişimi; distribütörlük sözleşmesi; ticari temsilcilik veya acentelik sözleşmesi; faktöring; finansal kiralama; inşaat sözleşmesi; danışmanlık; mühendislik; lisans; yatırım; finansman; bankacılık; sigorta; işletme ve imtiyaz sözleşmesi; ortak girişim ve diğer sınai veya ticari işbirliği; hava, deniz, demiryolu veya karayoluyla eşya veya yolcu taşımalarının ticari nitelikte olduğu belirtilmiştir. Bu tanım dikkate alındığında, metinde belirtildiği üzere geniş bir yorum yapılarak, ticari sıfatını kazandırmak açısından işlem veya ilişkinin niteliğinden hareket edildiği görülmektedir.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda uyuşmazlık konusunun ticari olup olmamasına ilişkin herhangi bir koşula yer vermemiştir. Bu bağlamda uyuşmazlığın ticari nitelikte olup olmamasına bakılmaksızın, kanunda aranan şartlardan birinin yerine gelmesi halinde uyuşmazlık milletlerarası tahkim prosedürüne tabi olabilecektir²²⁶. UNCITRAL Model Kanun ile paralel bir düzenlemeye sahip olan MTK'da²²⁷ ticari kavramına yer verilmemesinde, hangi ilişkilerin ticari sayılacağına ilişkin yorum probleminin etkili olduğu kanaatindeyiz. Zira söz konusu kanunda uyuşmazlığın milletlerarası tahkime konu olmasını sağlayan yabancılik unsuru açısından birden fazla bağlama noktasına yer verilmesinin yanında, taraflara arasındaki esas sözleşmenin konusunun kriterlerden biri olarak belirlenmesi geniş

²²³ ÖZEL, s. 19; GAILLARD & SAVAGE, s. 35.

²²⁴ ŞİT, s. 70.

²²⁵ ÖZEL, s. 20.

²²⁶ ÖZEL, s. 21.

²²⁷ NOMER & EKŞİ & GELGEL, s. 34.

yorumlamaya açık bir kanun metni ortaya çıkarılmasının amaçlandığına işaret etmektedir.

1.2. Tahkimin Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler

Tahkimin hukuki niteliği, uygulanacak kuralların belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi açısından önem arz etmektedir. Ayrıca milli mahkemelerin tahkim sürecindeki müdahale alanları ve söz konusu müdahalenin kapsamı, ait oldukları hukuk sisteminin tahkimin hukuki niteliğine ilişkin sahip olduğu algı ile ilintilidir²²⁸.

Tahkimin hukuki niteliğine ilişkin olarak kazai, akdi, karma ve otonom olmak üzere doktrinde dört teori ileri sürülmüştür. İleri sürülen bu teoriler gerek milli gerek milletlerarası tahkim açısından geçerlilik arz etmektedir²²⁹.

1.2.1. Kazai Teori

Kazai teori uyarınca tahkim kurumu milli hukuk sisteminin bir parçasıdır. Dolayısıyla devletlerin sınırları içerisinde gerçekleşen tahkime ilişkin kural koyma ve denetleme gücü mevcuttur. Bu bağlamda yapılan tahkim sözleşmesinin geçerliliği, hakemlerin yetkileri ve hakem kararlarının tenfizine ilişkin hususlarda ilgili milli hukuk egemendir²³⁰. Zira tarafların tahkim sözleşmesi yapmak suretiyle meydana gelen uyuşmazlığı devlet yargısı dışındaki bir kuruma yönlendirebilmeleri, tahkim yerinin tabi olduğu milli hukukun bu yöndeki iradesine tabidir²³¹.

Bu teori uyarınca, tahkim prosedürünün ancak tahkim yeri hukukuna tabi olacağı kabul edilmektedir²³². Ayrıca tahkim prosedürünün, devletin kendi eliyle yargı yetkisini daraltması neticesinde ortaya çıktığı fikrinden hareket eden teori uyarınca, tahkim kararları da mahkeme kararları gibidir. Dolayısıyla hakem kararlarının icrası da mahkeme kararlarının tabi olduğu usul uyarınca gerçekleştirilecektir. Aynı şekilde yabancı hakem kararlarının tenfizi ile yabancı mahkeme kararlarının tenfizi eşdeğerde olacaktır²³³. Bu durum ise, iki sonuç ortaya koymaktadır; bunlardan ilki yabancı hakem kararları açısından, yabancı mahkeme

²²⁸ CHUCKWUMERİJE, s. 9; ŞANLI, s. 41.

²²⁹ ŞANLI, s. 42.

²³⁰ CHUCKWUMERİJE, s. 11.

²³¹ ATAMAN FİGANMEŞE, İ. (2011). Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar, MHB, C. 31, Sa. 1, s. 99; ŞANLI, s. 42.

²³² AKINCI, s. 48.

²³³ ŞANLI, s. 43.

kararlarında olduğu gibi karşılıklılık koşulunun söz konusu olması, ikinci ise söz konusu kararların tanınması veya tenfizi için kesinleşmiş olmasının gerekmesidir²³⁴. Kazai teorinin benimsenmesi halinde meydana gelen bir diğer sonuç ise, hakemlerin yabancı unsur barındıran uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuku belirlerken, tahkim yeri hukukuna ait kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda olmalarıdır²³⁵. Ayrıca tahkim yeri hukukuna aykırı hakem kararlarının iptali söz konusu olacaktır²³⁶.

Tahkimin niteliğinin açıklanması bakımından, kurumun özelliklerinde ziyade milli hukukta yer alan düzenlemeye dayanan bu teori, tahkim kurumuna tek taraflı yaklaşarak bu hususta tarafların iradesini yok sayması ve tahkimi milli yargının bir uzantısı olarak görmesi neticesinde hakem kararlarının tenfizini, yabancı mahkeme kararları ile eşdeğer tutması bakımından eleştiriye uğramıştır²³⁷. Söz konusu teori, tahkimi milli hukuka sıkı sıkıya bağlarken, milletlerarası ticari tahkimin konu ettiği, birden fazla ülke ve hukuk düzenini ilgilendiren yabancı unsurlu ihtilafları göz ardı etmektedir. Tahkim açısından milli hukukun önemi tartışmasızdır. Zira tahkim kurumunun nihai amacı olan verilen hakem kararının icrası da bu yönde milli hukukta düzenlemeye yer verilmiş olmasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle tahkimin varlık gücünü, taraflara mahkemeler dışında uyuşmazlıklarını çözmek üzere başka bir kuruma işaret eden ve bu kurum tarafından verilen kararların uygulanmasına müsaade eden milli hukuklardan aldığı aşıkardır. Ancak bu durum, tahkimi tamamen milli hukukun egemenliği altında kabul etmek ve taraf iradesini yok saymak anlamına gelmemelidir. Zira belirli hallerde söz konusu olan zorunlu tahkim²³⁸ haricinde, taraf iradesinin olmadığı yerde tahkim de mevcut olmayacaktır.

²³⁴ AKINCI, s. 48. Yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından, söz konusu kararın taraflar için bağlayıcı olması kararın tanıma ve icrası için yeterli olmaktadır. Ayrıca, kesinleşmiş ve icra kabiliyetine sahip olması zorunlu değildir. Bu doğrultuda, yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen 5718 sayılı MÖHUK m. 60'ta tenfiz edilebilme koşulu olarak taraflar için bağlayıcı olma kriterine de madde metninde yer verilmiştir.

²³⁵ ŞANLI, s. 43 ; ÖZEL, s. 33.

²³⁶ CHUCKWUMERİJE, s. 12.

²³⁷ AKINCI, s. 53; ŞANLI, s. 51; ERTEKİN & KARATAŞ, s. 424.

²³⁸ Yapılan kanuni düzenlemelerle belirli hallerde uyuşmazlığın hakemler aracılığıyla giderilmesi düzenlenmektedir. Bu hallerde tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ihtiyaç duyulmamaktadır, zira uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvurulması mecburiyeti kanundan doğmaktadır. Zorunlu tahkime başvurulmasının öngörüldüğü durumlarda ihtilaflar mahkemeler önünde görülemez, kanun tarafından belirlenen hakemler aracılığıyla çözüme kavuşturulur. Zorunlu tahkime örnek olarak 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 51 uyarınca grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıkların Yüksek Hakem Kurulunca giderilmesi veya 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 42 son fıkrası uyarınca geçici olarak tayin edilen avukatın avukatlık ücreti ile ilgili uyuşmazlıkların Baro

1.2.2. Akdi Teori

Tahkimin sözleşmesel niteliğine vurgu yapan akdi teori, taraflar arasında bir sözleşme olmadan tahkimin geçerli olmayacağı fikrinden hareket etmektedir²³⁹. Bu görüşe göre, hakemlerin yetkisi tarafların karşılıklı iradesine yani sözleşmeye dayanmaktadır²⁴⁰. Ayrıca bu sözleşmeyle tanınan yetki uyarınca, taraflar arasında çıkan uyuşmazlığı karara bağlayan hakemler ise vekil sıfatını haizdiler²⁴¹.

Taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan yetkinin kullanılması vasıtasıyla verilen hakem kararlarını, sözleşmenin bir sonucu olarak değerlendiren akdi teori uyarınca hakem kararları sözleşme niteliğindedir ve bu kararların icrası ifa edilmemiş bir sözleşme gibi mahkeme tarafından verilecek bir kararla sağlanabilecektir²⁴². Bu teori uyarınca taraflar tahkim sözleşmesi yapmakla, ortaya çıkacak hakem kararını yerine getirmeyi taahhüt etmektedirler. Dolayısıyla kaybeden taraf ortaya çıkan hakem kararını kendiliğinden yerine getirmekle yükümlüdür. Aksi halde ise, hukuki niteliği bakımından ortada bir karar değil sözleşmenin ifa edilmemesi hali olduğundan tenfiz için değil, ifanın gerçekleştirilmesi için mahkemeye başvurulması gerekmektedir²⁴³.

Tahkimi bütün olarak taraf iradesine dayandıran ve devletin bu prosedüre müdahalesi olmaması gerektiğini savunan bu görüş eleştirilmiş ve zaman içinde değişikliğe uğramıştır. Getirilen eleştirilerden ilki hakemlerin tarafların vekili olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkindir. Zira hakemlerin tarafsız ve adil karar verme sorumluluğu, vekilin müvekkilin isteği doğrultusunda hareket etme yükümlülüğü ile çelişmektedir. Akdi teorinin değişikliğe uğramış halinde, hakemlerin tarafların vekili olduğu ve verilen kararın sözleşmesel nitelikte olduğu görüşü terkedilmiştir. Ancak tahkimin kaynağının sözleşmeye dayandığı ve ilgili prosedürün taraf iradesi

Yönetim Kurulu tarafından karara bağlanması gösterilebilir. BALCI, M. (1999). İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul: Danışman, s. 107.

²³⁹ ÖZEL, s. 33.

²⁴⁰ CHUCKWUMERİJE, s. 10; ERTEKİN & KARATAŞ, s. 422; DAYINLARLI, K. (1988). Milletlerarası Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, Yargıtay Dergisi, C. 14, Sa. 4, (TAHKİM SÖZLEŞMESİ) s. 418.

²⁴¹ ŞANLI, s.44; CHUCKWUMERİJE, s. 10; ERTEKİN & KARATAŞ, s. 422.

²⁴² AKINCI, s. 46; ÖZEL, s. 33; ŞANLI, s. 45;

²⁴³ ŞANLI, s. 47.

kapsamında olduğu, dolayısıyla devletin müdahalesine uğramaması gerektiği fikri korunmuştur²⁴⁴.

Akdi teori tahkimin hukuki niteliğini açıklarken tek çıkış noktası olarak tarafların iradesini benimsemiştir. Bu görüş uyarınca tarafların karşılıklı iradeleri neticesinde meydana gelen uyuşmazlığın hallini mahkemeler dışında kararlaştırdıkları tahkim bir sözleşmeden ibarettir. Yukarıda açıklandığı üzere, tarafların iradesi yani tahkim prosedürünün hayata geçmesi açısından zorunlu olmakla birlikte, bu kurumun özelliklerini dikkate almaksızın sadece bir sözleşme olarak nitelendirilmesi geçerliliğini yitirmiş bir bakış açısidir²⁴⁵. Bu bakış açısı taraf iradesine odaklanırken, tahkimin milli hukuk sistemlerinde düzenleme altına alınan bir kurum olduğu, bu düzenlemeler neticesinde hüküm doğurduğu, dolayısıyla tamamen devlet müdahalesinden bağımsız olamayacağı hususunu göz ardı etmektedir²⁴⁶.

1.2.3. Karma Teori

Tahkimin hem akdi hem kazai özellikler içerdiğinden hareket eden karma teori, bu iki görüşün uzlaştırılması neticesinde ortaya çıkmıştır²⁴⁷. Bu teori uyarınca, esas olarak taraflar arasındaki sözleşmeye dayanan tahkim, bağlayıcılığını tahkim yeri hukukundan almaktadır. Taraflar tahkim yeri hukukunda mevcut düzenlemeler uyarınca tahkim sözleşmesi yapabilmekte ve yine bu yer hukukunda yer alan sınırlamalar içerisinde tahkim prosedürünü düzenleyebilmektedirler²⁴⁸. Diğer bir ifadeyle taraf iradesi neticesinde ortaya çıkan tahkim sözleşmesi tahkimin akdi niteliğini, tahkim prosedürünün tahkim yeri hukukuna tabi olması ise onun kazai niteliğini ifade etmektedir²⁴⁹.

Karma teori tahkimin hem akdi hem kazai özelliğe sahip olduğu fikrinden hareket etmektedir. Tahkim yargılaması, tahkim sözleşmesine dayanmakla birlikte tahkim prosedürü kazai niteliği itibariyle milli bir hukuk sistemi ile bağlantı içindedir. Söz konusu milli hukuk tarafların irade serbestisinin sınırlarını

²⁴⁴ CHUCKWUMERİJE, s. 11.

²⁴⁵ ŞANLI, s. 51.

²⁴⁶ CHUCKWUMERİJE, s. 11.

²⁴⁷ ÖZEL, s. 33; ERKAN, (MİLLETLERARASI TAHKİM) s. 43.

²⁴⁸ ŞANLI, s. 46; AKINCI, s. 49.

²⁴⁹ ÖZEL, s. 33.

çizmektedir²⁵⁰. Teoriye ilişkin açıklamalarda tahkim prosedürünün tabi olduğu milli hukuk sistemi bakımından tahkim yeri hukukuna işaret edilmektedir. Ancak burada belirtilen tahkim yeri hukuku kavramının, fiziki olarak tahkim prosedürünün meydana geldiği yerden ziyade, taraflarca veya taraflarca böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde hakemler veya tahkim kurumu tarafından belirlenen, tahkimin tabi olduğu hukuku ifade ettiği kanaatindeyiz.

1.2.4. Otonom Teori

İlk defa 1965 yılında Rubellin-Devichi tarafından ortaya konan otonom teori uyarınca, tahkimin hukuki niteliğinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken husus tahkimin kullanımı ve amacı olmalıdır²⁵¹. Bu teori uyarınca otonom bir hukuki niteliğe sahip olan tahkim, milli hukuk sistemleri ve ihtiyaçlarından bağımsız olarak milletlerarası ticaret camiasının ihtiyaçlarından doğmuştur.

Otonom teoriye göre tahkimin gelişimi milli hukuk sistemlerinde benimsenen görüşler uyarınca değil, milletlerarası ticarete ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde uygun bir yöntem olarak benimsendiği için doğmuş ve gelişmiştir²⁵². Dolayısıyla tahkimin hukuki niteliği belirlenirken, milli hukuk sistemlerinden bağımsız özerk bir niteliğinin olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir²⁵³.

Tahkimin milletlerüstü, özerk bir niteliğe sahip olduğunu savunan otonom görüş, tahkimin hukuki niteliği açısından milli hukuk sistemlerinin etkisini kabul etmemiştir. Tarafların irade serbestisinin sınırı olarak ise tahkim yeri hukukunu değil, milletlerarası kamu düzeni kurallarının esas alınması gerektiğini savunmuştur. Aynı yaklaşımı uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk açısından da benimseyen görüş uyarınca, taraflar esasa uygulanacak hukuk olarak milli veya milletlerarası hukuk kurallarını seçmekte özgürdürler. Taraflarca böyle bir seçim yapılmamış olması halinde ise hakemler esasa uygulanacak hukuku belirlerken uygun gördükleri kanunlar ihtilafı kuralını uygulayabilecekleri gibi doğrudan milletlerarası ticaret hukukunun maddi normlarına başvurmaları da mümkündür²⁵⁴.

Otonom teorinin çıkış noktalarından birini oluşturan tahkimin hukuki niteliğini belirlerken kullanım alanı ve amacının dikkate alınması gerektiği görüşü

²⁵⁰ CHUCKWUMERIJE, s. 13; ÖZEL, s. 33.

²⁵¹ ÖZEL, s. 34; ERKAN, (MİLLETLERARASI TAHKİM) s. 43.

²⁵² ŞANLI, s. 48.

²⁵³ AKINCI, s. 52.

²⁵⁴ ŞANLI, s. 50.

yerinde olmakla birlikte²⁵⁵, tahkimin milli hukuk sistemleri ile etkileşimini tamamen yok saymak uygulamayla örtüşmemektedir. Zira bu teori uyarınca betimlenen milletlerüstü hakem kararlarının amacını yerine getirebilmesi, bu kararların ilgili milli hukuk sisteminde sonuç doğurabilmesine bağlıdır.

Bugün gelinen noktada, birçok milli hukuk sisteminde milletlerarası tahkimin ihtiyaçlarını dikkate alan düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde tahkim yeri hukuku tahkimin tabi olduğu hukuk olarak kabul edilirken, taraflarca kararlaştırılması halinde tahkim prosedürüne, başka bir milli hukuka veya tahkim kurumuna ait kuralların uygulanmasına cevaz verilmektedir. Ayrıca uyuşmazlığın, taraflarca seçilen kanunlar ihtilafı kuralları yahut ulusal veya uluslararası kurallar uyarınca çözüme kavuşturulması mümkün olmaktadır²⁵⁶. Diğer bir ifadeyle, taraflar tahkim prosedürüne veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk açısından taraf iradesi üstün tutulmakla birlikte, taraf iradesinin sınırları tahkim yeri hukukunda yer alan düzenlemelerle belirlenmektedir. Böylece hakem kararı ile tahkim yeri arasındaki bağlantı korunmakta, tahkim yeri mahkemelerinin yetkisi tanınmaktadır. Bu açıdan bakıldığında tahkim, hem taraf iradesine dayanan hem de kazai niteliğe sahip karma bir yapıya sahiptir.

1.3. Milletlerarası Ticari Tahkimin Türleri

Tahkim genel olarak ad hoc tahkim ve kurumsal tahkim olarak ikiye ayrılmaktadır. Taraflar ortaya çıkan uyuşmazlığı hangi tür tahkim aracılığıyla çözeceklerini belirlemede serbesttirler. Hangi tahkim türünün taraflar için daha elverişli veya faydalı olacağını her bir olayın şartlarına göre ve her iki tahkim türünün özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

1.3.1. Ad Hoc Tahkim

Ad hoc tahkim belirli bir uyuşmazlık veya sözleşme için geçici olarak oluşturulan tahkim türüdür. Bu tahkim türünde hakemler, tahkim yeri, tahkimin tabi olacağı usul ve esasa ilişkin kurallar gibi hususları taraflarca belirlenmektedir²⁵⁷. Diğer bir ifadeyle ad hoc hakemin yargılamayı nasıl gerçekleştireceği tarafların iradesine tabidir²⁵⁸. Tahkim prosedürüne ilişkin hususlar taraflarca düzenleme altına

²⁵⁵ CHUCKWUMERİJE, s. 14.

²⁵⁶ ÖZEL, s. 35.

²⁵⁷ ŞANLI, s. 96.

²⁵⁸ YILMAZ, s. 272.

alabileceği gibi, hakemler veya ticari amaç gütmeyen milletlerarası kurumlar tarafından hazırlanan tahkim kuralarının uygulanacağına kararlaştırılması da mümkündür. Bu halde tahkimin ad hoc niteliğinde herhangi bir değişiklik gerçekleşmez. Taraflarca tahkim türünün belirlenmediği veya kurumsal tahkimin seçilmediği hallerde uyuşmazlık ad hoc tahkim türüyle çözülecektir²⁵⁹.

Taraflarca ad hoc tahkim türünün tercih edilmesi sebepleri arasında tahkim prosedürüne ilişkin her detaya hakim olabilmenin yanında, ad hoc tahkimin herhangi bir ülkede yer alan bir kuruma bağlı olmaması itibariyle, kurumsal tahkime kıyasla daha tarafsız olacağına dair inanç yer almaktadır²⁶⁰. Ayrıca ad hoc tahkime başvurulmasında bu tahkim türünün daha ucuz olacağına ilişkin inanç da rol oynamaktadır²⁶¹.

Bununla birlikte ad hoc tahkimin çeşitli dezavantajları da bulunmaktadır. İlk olarak ad hoc tahkimin en belirgin özelliklerinden olan tahkim prosedürüne ilişkin kuralların taraflarca belirlenmesi hali, meydana gelebilecek her türlü ihtimalin taraflarca öngörülmesi mümkün olamayacağından, özellikle boşluk olan hallerde uygulanmak üzere başka kurallara atıf yapılmadığında çeşitli problemlerin doğmasına sebebiyet verebilecektir. Ayrıca, kurumsal tahkimin aksine ad hoc tahkimde tahkim prosedürünün sağlıklı işleyebilmesi, tarafların işbirliğinde bulunmasına bağlıdır. Zira taraflardan birinin işbirliği göstermediği halde diğer taraf, mahkemenin müdahalesini istemek zorunda kalmak veya karşı tarafın dahli olmadan sürecin devam ettirilmesi neticesinde verilecek kararın iptali riskleri ile karşı karşıya kalmaktadır²⁶².

1.3.2. Kurumsal Tahkim

Tahkimi organize eden belirli bir kurum tarafından ona ait kurallar uyarınca ve idari denetiminde gerçekleştirilen tahkim türü kurumsal tahkimdir. Bu tahkim türünde tahkim prosedürü usul, esas ve idari bakımdan önceden hazırlanmış kurallar uyarınca gerçekleştirilmektedir²⁶³. Söz konusu kurum sadece tahkim hizmeti

²⁵⁹ ÖZEL, s. 28.

²⁶⁰ ÖZEL, s. 28.

²⁶¹ ŞANLI, s. 97.

²⁶² CRAIG, W. L. & PARK, W. W. & PAULSON, J. (2001). International Chamber of Commerce Arbitration Third Edition, New York: Oceana Publications, Inc., s. 38.

²⁶³ ŞANLI, s. 69.

vermeye özgülenmiş olabileceği gibi tahkim dışında başka hizmet ve faaliyetlerde bulunması da mümkündür²⁶⁴.

Kurumsal tahkim merkezleri; ticaret birlikleri, iş adamları, milletlerarası örgütler ve devletler tarafından kısmen veya doğrudan milletlerarası nitelikli ticari tahkimleri organize etmek amacıyla oluşturulmaktadır²⁶⁵. Özel hukuk araçları vasıtasıyla kurulan ve üyelerinin niteliği veya kuruluş ve konuları itibarıyla milletlerarası niteliğe sahip tahkim kurumlarının²⁶⁶ yanı sıra, çeşitli devletlerin katılımı neticesinde milletlerarası sözleşmelerle ihdas edilen milletlerarası tahkim kurumları²⁶⁷ da mevcuttur²⁶⁸.

Kurumsal tahkim merkezleri tarafından yürütülen tahkimde hakemleri seçilmesi, azli, tahkim yargılamasına ilişkin kurallar, tahkim masraf ve ücretleri gibi hususlar söz konusu kurumca düzenleme altına alınmaktadır. Bu kurallar benzer konulara ilişkin olmakla birlikte, her bir tahkim kurumunda farklılık göstermektedir. Ayrıca tahkim merkezleri, tahkim prosedürünün yürütülmesine ilişkin olarak idari ve sekreteryaya hizmeti de vermektedir. Dolayısıyla taraflarca ortaya çıkacak uyuşmazlıkların hangi tahkim kurumunda çözümleneceği kararlaştırılırken, kuruma ait tahkim kurallarını ve kurumun tahkim prosedürü sırasında sağladığı hizmet ve prosedüre müdahalesinin kapsamının dikkate alınması daha sağlıklı olacaktır²⁶⁹.

Tarafları uyuşmazlıkların halinde kurumsal tahkime başvurmalarının arkasında yer alan sebeplerden biri bu kuruluşların uzun süreli faaliyetleri neticesinde elde ettikleri prestijdir. Taraflar genellikle tahkim kurumları aracılığıyla verilen kararların adil ve tarafsız olduğuna dair kanaatleri neticesinde kurumsal tahkime başvurmaktadır. Ayrıca, ad hoc tahkimde sıkça karşılaşılan

²⁶⁴ ÖZEL, s. 29.

²⁶⁵ ŞANLI, s. 73.

²⁶⁶ Söz konusu tahkim kurumlarına örnek olarak Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), (International Chamber of Commerce) (ICC); Londra Milletlerarası Tahkim Divanı (London Court of International Arbitration) (LCIA); Amerikan Tahkim Birliği (American Arbitration Association) (AAA); Hong Kong Milletlerarası Tahkim Merkezi (Hong Kong International Arbitration Centre) (HKIAC) gösterilebilir. Ayrıca söz konusu kurumların yanında ticaret ve endüstri birlikleri tarafından kurulan tahkim merkezleri de mevcuttur. Bunlara örnek olarak; Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri (Federation of Oils, Seeds and Fats Association) (FOSFA); Hububat ve Yem Ticaret Birliği (The Grain and Feed Trade Association) (GAFTA); Londra Deniz Tahkim Birliği (London Maritime Arbitration Association); Londra Metal Borsası (London Metal Exchange) (LME) gösterilebilir.

²⁶⁷ Bu tahkim kurumlarına örnek olarak Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes) (ICSID) gösterilebilir.

²⁶⁸ ÖZEL, s. 29.

²⁶⁹ CRAIG & PARK & PAULSON, s. 41.

problemlerden olan hakem ücretleri ve masrafların belirlenmesi ve ödenmesi usulü, kurumsal tahkimde daha kolay gerçekleştirilmektedir. Zira bu hususlar ilgili kurumun tahkim prosedürüne ilişkin kuralları ile düzenleme altına alınmakta ve taraflara önceden bildirilmektedir. Bunlara ilave olarak kurumsal tahkimin avantajları arasında kurumların prestijlerini korumak ve faaliyetlerinin devamlılığını sağlamak amacıyla bünyelerinde verilen kararların tenfiz edilebilmesine verdikleri önemdir. Ad hoc tahkimin aksine söz konusu karar sadece bir hakem kararı olarak değil ilgili kurumca verilmiş bir hakem kararı olarak anıldığından söz konusu kararın tenfiz edilmesi davacı kadar kurum açısından da önem arz etmektedir.

2. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE TATBİK EDİLECEK DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN BELİRLENMESİ

Tahkimin taraflarca tercih edilmesinin altında yatan en önemli nedenlerin başında tarafların prosedür üzerinde sahip oldukları irade serbestisi gelmektedir. Ancak söz konusu serbestinin de tabi olduğu bir takım sınırlamalar bulunmaktadır. Bu sınırlamalardan birini doğrudan uygulanan kurallar oluşturmaktadır.

Daha önce de ifade edilmiş olduğu üzere, doğrudan uygulanan kurallar yabancılik unsuru taşıyan hukuki olay ve ilişkiler açısından, uygulanacak hukuku dikkate almaksızın tatbik alanı bulan normlardır. Bu özellikleri itibariyle söz konusu kurallar, klasik manadaki kanunlar ihtilafı uygulamasından farklıdır. Zira yabancılik unsuru taşıyan hukuki bir olay veya ilişkiye uygulanacak hukuk ister taraflarca, ister kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenmiş olsun, doğrudan uygulanan kurallar belirlenen esasa uygulanacak hukuka üstün gelerek tatbik edilirler. Aynı durum sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşme uyarınca esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun, doğrudan uygulanan kurallar kapsamlarına giren konularda tatbik edilme amacı güder ve bu amaçla ilgili hukuk sistemi bakımından ihdas edilirler²⁷⁰.

Yukarıda değinmiş olduğumuz üzere, uluslararası nitelikli sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar genellikle milli mahkemelerce değil, tahkim prosedürüne tabi olarak hakemlerce çözüme kavuşturulmaktadır. Meydana gelen uyuşmazlığın

²⁷⁰ MAYER, P. (1986). Mandatory Rules of Law in International Arbitration, Arbitration International, Vol. 2, Is. 4, s. 287. (ARBITRATION)

kaynaklandığı sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından tahkim uygulamasında milli mahkemelere kıyasla farklı prensiplerden hareket edilmektedir. Bu sebeple, tahkim prosedüründe doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesine imkan olup olmadığı ve bu kuralların ilgili süreç dahilinde gösterdikleri etkilerin incelenmesi önem arz etmektedir. Zira tahkim usulünün sıkça tercih edildiği uluslararası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıklarda, tarafların sahip olduğu irade üstünlüğünün, devletlerin bu iradeyi ortadan kaldıracak şekilde müdahale etmesine aracılık eden doğrudan uygulanan kuralların uygulanabilirliği problemi milli mahkemelere göre daha büyük hassasiyet içermekte ve söz konusu normların uygulanabilmesi açısından açık ve kesin bir yöntem belirlenebilmesi açısından zorluklara sebep olmaktadır²⁷¹.

Tartışma konusu esas olarak tarafların sözleşmesel iradeleri neticesinde gerçekleşen tahkimde tarafların irade serbestisi ile bertaraf etmelerinin mümkün olmadığı ve kuralı ihdas eden ülkenin sosyal, ekonomik, siyasi politikaları doğrultusunda kamu düzenine yönelik doğrudan uygulanan kuralların, uyuşmazlığın giderilmesi sırasında müdahale alanı bulmasından kaynaklanmaktadır²⁷². Ortaya çıkışından bugüne kadar, milletlerarası ticari tahkim taraf iradesi ile devlet egemenliğinin çatışmasına sebep olmuştur. Doğrudan uygulanan kurallar açısından ortaya çıkan tartışmalar öncelikle doğrudan uygulanan kuralların söz konusu olduğu durumlarda uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı noktasında gerçekleşmiş, bu yönde çeşitli milli mahkemelerde²⁷³ verilen kararlardan sonra, tartışmalar hakemlerin doğrudan uygulanan kuralları tatbik etmeleri gerekip gerekmediğine ve tatbik etmeleri halinde izlenecek yöntemler üzerinde yoğunlaşmıştır²⁷⁴. Geçtiğimiz dönemde tahkim davalarında, doğrudan uygulanan kuralların tatbiki sorunu azımsanmayacak sayıda ve artarak gündeme gelmiştir²⁷⁵. Özellikle, taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanması kararlaştırılan hukuk dışında başka bir hukuk

²⁷¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 255.

²⁷² GREENAWALT, A. (2007). Does International Arbitration Need A Mandatory Rules Method?, The American Review of International Arbitration, Vol. 18, s. 103.

²⁷³ Örnek olarak bkz. Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler Plymouth Inc., 473 US 614 (1985), (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>) erişim tarihi, 05.01.2014; Fincantieri Cantieri Navali Italiani SpA et OTO Melara Spa v ATF, 118 II 353, (http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=910) erişim tarihi, 05.01.2014.

²⁷⁴ WAINCYMER, J. (2009). International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law, Asian International Arbitration Journal, Vol. 5, No. 1, s. 9.

²⁷⁵ BLESSING, M. (1997). Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration, Journal of International Arbitration, Vol. 14, Is. 4, s. 23.

sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların, taraflarca ileri sürülmesi veya hakemler tarafından resen uygulanmak istenmesi halinde *lex contractus*'un, hakemleri sadece ona ait hükümleri uygulayacak şekilde sınırlayıp sınırlamadığı tartışma konusu olmuştur²⁷⁶.

2.1. Tatbik Edilecek Doğrudan Uygulanan Kurahın Belirlenmesine İlişkin Yaklaşımlar

Tahkim prosedürü sırasında doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilemeyeceği, edilmesi halinde hangi kriterler uyarınca bu kuralların uygulama alanı bulacağına dair doktrinde birçok görüş yer almıştır. Ancak günümüzde hakim olan görüş, tahkim yargılamasının temel özelliklerinden biri olan sözleşme serbestine rağmen, doğrudan uygulanan kuralların tamamen göz ardı edilemeyeceği ve milli mahkemelerde olduğu gibi belirli şartlar altında tahkim prosedüründe de uygulanmalarının mümkün olduğu şeklindedir²⁷⁷. Zira hakemler, hakimler gibi belirli bir devletin çıkarlarını koruma sorumluluğunu taşımamakla birlikte, yargılama faaliyeti gerçekleştirmekte oldukları da göz önüne alındığında, tüm sorumluluklarının taraflara karşı olduğu ve onların istekleri doğrultusunda hareket etmek zorunda olduklarını ileri sürmek de yerinde olmayacaktır²⁷⁸. Bu sebeple hakemlerden, tarafların iradeleri ile uyuşmazlık konusu ile bağlantı içinde olan milli hukuk sistemlerine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki gerekliliği arasında denge kurmaları beklenmektedir²⁷⁹.

2.1.1. İlgili Bütün Hukuk Sistemlerine Ait Doğrudan Uygulanan Kuralların Tatbik Edilmesi Görüşü

Tahkim yargılaması sırasında hangi doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi gerektiği doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Doğrudan uygulanan kuralların tahkim prosedürüyle olan ilişkisini konu alan çalışmaların büyük çoğunluğunda, çözüme kavuşturulmaya çalışılan hususlardan biri de hangi hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi gerektiği meselesidir. Bu

²⁷⁶ HOCHSTRASSER, D. (1994). Choice of Law and Foreign Mandatory in International Arbitration, Journal of International Arbitration, Vol. 11, Is. 1, s. 57.

²⁷⁷ ÖZEL, s. 163; CHUCKWUMERİJE, s. 179; BLESSING, s. 40.

²⁷⁸ BLESSING, s. 40.; RADICATI DI BROZOLO, L. G. (2012). Mandatory Rules and International Arbitration, The American Review of International Arbitration, Vol. 23, Is. 1, s. 74. (49-75)

²⁷⁹ ÖZEL, s. 164.

bağlamda doğrudan uygulanan kuralların tatbikine ilişkin çeşitli yaklaşımlar ve uygulanmaları sırasında dikkate alınacak farklı kriterler ileri sürülmüştür. Hangi hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralın tatbik edileceğine ilişkin ilk yaklaşım, uyuşmazlıkla ilgili olan tüm doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi görüşüdür.

Bu yaklaşım uyarınca; kaynağı, amacı ve uyuşmazlıkla bağlantı derecesi dikkate alınmaksızın tüm doğrudan uygulanan kurallar tatbik edilecek, böylece doğrudan uygulanan kuralı ihdas eden ülkelerin çıkarlarının korunması neticesinde, devletlerce tahkim prosedürünün gelişimi ve devamı için verilen desteğin devam etmesi sağlanacaktır. Ancak bu yaklaşım uyarınca savunulan devletlerin, doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargılaması sırasında uygulanacağına dair güvenleri neticesinde tahkim sistemine yönelik desteklerini devam ettireceği düşüncesine karşın, tarafların uyuşmazlıkla bağlantılı üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi ihtimalinin daha düşük olduğu milli mahkemelere yönelmesi de mümkündür. Diğer bir deyişle, bu yaklaşımla elde edilmek istenen avantaja rağmen, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının tatbikinden kaçınmak amacıyla taraflarca tahkim yerine milli mahkemelerin seçilmesi halinde, ilgili yaklaşımla savunulmakta olan tahkimin kurum olarak devamlılığının, bu usulün taraflarca tercih edilmemesi sonucunda olumsuz etkilenmesi imkan dahilindedir²⁸⁰.

Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde ortaya çıkacağı savunulan bir diğer fayda ise, doğrudan uygulanan kuralların tatbiki açısından tutarlılık sağlanması neticesinde, meydana gelen uyuşmazlıkta tarafların karşı karşıya kalacakları doğrudan uygulanan kuralları önceden tahmin etmelerinin mümkün olacağıdır. Ancak bu yaklaşım aynı özelliği sebebiyle bir takım problemlere de yol açmaktadır. Şöyle ki, uyuşmazlıkla arasındaki bağın kuvvetli olup olmadığı dikkate alınmaksızın bütün doğrudan uygulanan kurallar tatbik edileceğinden, tarafların bu kurallara hakim olması güçlük doğuracak ve doğru hukuki yardım alan tarafla almayan taraf arasında eşitsizliğe sebep olacaktır²⁸¹.

Bu yaklaşımın avantajlarına ilişkin açıklamalardan bir diğerine göre ise, hakemlerce uyuşmazlıkla ilintili tüm doğrudan uygulanan kurallara yer verilmesi,

²⁸⁰ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 21.

²⁸¹ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 21.

doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmemiş olması gerekçesiyle, tahkim prosedürü neticesinde verilen kararın mevcudiyetine rağmen, milli mahkemeler önünde gerçekleştirilecek ikinci bir yargılama ihtimalini de ortadan kaldıracaktır²⁸². Ancak aynı sonuca, uyuşmazlıkla bağlantısı derecesi dikkate alınmaksızın tüm doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi yerine, kararın incelemeye tabi olan tahkim yeri ve tenfiz ülkesi hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınması yoluyla ulaşılması da mümkündür. Dolayısıyla, ikinci bir yargılama ihtimalini ortadan kaldırmak amacıyla uyuşmazlıkla ilgili tüm doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce dikkate alınması gerekli değildir.

İlgili hukuk sistemlerine ait tüm doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi görüşünü destekler nitelikteki bir diğer sebep ise, hakemlerin herhangi bir devlet ile bağlantısı olmaması sebebiyle, herhangi bir devletin çıkarlarını korumaya ilişkin sorumluluğunun bulunmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, hakemlerin tatbik etmekle yükümlü oldukları bir “lex fori” bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında tahkim yargılaması sırasında uygulanmaları gerektiğini ileri süren tüm doğrudan uygulanan kurallar, hakem açısından yabancı bir hukuk sistemine aittir ve eşit niteliktedir. Dolayısıyla kaynağı dikkate alınarak, herhangi bir doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmesi gerektiği yönünde bir iddia tahkim prosedürü açısından geçerli değildir²⁸³.

Bu yaklaşım taraf iradesini tamamen göz ardı etmekte, sözleşmeye ve dolayısıyla taraf iradesine dayanan bir kurum olan tahkimde milli hukukların genişleme politikalarına hizmet etmektedir²⁸⁴. Her ne kadar doğrudan uygulanan kuralların amaçları, kapsamlarına giren uyuşmazlıklarda ilgili kanunlar ihtilafi kurallarından bağımsız olarak uygulanarak, devletlerin bu kuralların konulmasıyla gütmekte oldukları amaçlarını gerçekleştirmek olsa da, hakemlere doğrudan uygulanan kuralların tatbiki açısından hiçbir değerlendirme imkanı tanımayan ve içeriği itibariyle uygulanması milletlerarası kamu düzeni kurallarına aykırı düşebilecek kuralları dahi istisna tutmaksızın, uyuşmazlıkla ilgili tüm doğrudan uygulanan kuralların tatbikini savunan bu görüş, hakemlerce hangi doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceği problemine geçerli bir çözüm getirmemektedir.

²⁸² GREENAWALT, s. 116; WAINCYMER, s. 12.

²⁸³ VOSER, s. 337.

²⁸⁴ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 21.

2.1.2. Hiçbir Hukuk Sistemine Ait Doğrudan Uygulanan Kuralın Tatbik Edilmemesi Görüşü

Tahkim yargılaması sırasında hiçbir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmemesi görüşü uyarınca; milletlerüstü kamu düzenine ilişkin doğrudan uygulanan kurallar, *lex contractus*'a ait doğrudan uygulanan kurallar, tahkim yeri hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ve doğrudan uygulanan kuralın taraflardan biri için mücbir sebep olarak dikkate alındığı haller istisna olmak üzere tahkim yargılamasında doğrudan uygulanan kurallar tatbik edilmeyecektir²⁸⁵.

Bu yaklaşım uyarınca, milletlerüstü kamu düzenine ilişkin doğrudan uygulanan kurallar uygulama alanı bulacaktır. Milletlerüstü kamu düzeni kuralları, uluslararası alanda hemen hemen bütün ülkelerce üzerinde fikir birliğine varılmış, temel değerleri yansıtan; kölelik, din ve ırk ayrımcılığı yasaklayan insan haklarına ilişkin kurallar; terör ve soykırım karşıtı bonos moros prensibine ilişkin kurallar gibi, normları ifade etmektedir²⁸⁶. Milletlerüstü kamu düzenine ilişkin kuralların tahkim yargılaması sırasında tatbiki ise, uluslararası ticari ilişkilerdeki tutum ve davranışlar açısından asgari bir standardın sağlanabilmesi açısından önem arz etmektedir. Ayrıca herhangi bir devletin kamu düzenini korumakla görevli olmamakla beraber uluslararası ticarete adalet ve dürüstlüğün korunması sorumluluğu altında bulunan hakemler tarafından milletlerüstü kamu düzeni kurallarının tatbik edilmesi gerektiği hususunda doktrinde görüş birliği mevcuttur²⁸⁷.

Tahkim yargılaması sırasında, taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olan *lex contractus*'a ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceği genel olarak kabul edilmektedir. *Lex contractus* ister taraflarca ister hakemlerce

²⁸⁵ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 22.

²⁸⁶ SEELIG, s. 125; Huysal insanlığın ortak değerlerini ihlal eden bu davranışların, müdahaleci kural olmaları gerekçesiyle değil, gerçek milletlerarası kamu düzenine aykırı oldukları için uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. HUYSAL, B. (2011). Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, Sa. 1-2, s. 140.

²⁸⁷ CHUCKWUMERİJE, s. 192; WAINCYMER, s. 27.

belirlenmiş olsun²⁸⁸, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, o hukuk sisteminde yer alan doğrudan uygulanan kuralları da kapsayacak şekilde tatbik edilecektir²⁸⁹.

Milli mahkemeler uyarınca gerçekleştirilen yargılamada lex fori'ye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceğine dair doktrinde görüş birliği mevcuttur²⁹⁰. Hakimler, bağlı oldukları hukuk sistemine ait olan doğrudan uygulanan kuralları, esasa uygulanacak hukuku dikkate almaksızın uygulamak zorundadırlar. Bununla birlikte tahkim yargılamasında, hakemlerin uygulamakla yükümlü oldukları bir lex fori mevcut değildir. Hakemler yargılama faaliyetlerini herhangi bir ülkeyle bağlantılı olmaksızın, taraflarca düzenlenen tahkim anlaşması uyarınca gerçekleştirirler. Dolayısıyla tahkim yeri hukukunu, devlet yargılamasında yer alan lex fori kavramının karşılığı olarak kabul etmek isabetli olmayacaktır. Zira tahkim prosedürünün bir ülkede gerçekleşmesi, söz konusu prosedürü o ülkenin yargı sisteminin bir parçası olması sonucunu doğurmamaktadır²⁹¹. Bununla birlikte, tahkim yeri hukuku, tahkim kararının iptali açısından önem arz etmektedir. Tahkim kararlarına karşı itiraz, tahkimin gerçekleştiği yer hukukunun yerel mahkemelerinde gerçekleştirilmektedir. Her ne kadar doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmemiş olması kural olarak iptal sebebi teşkil etmese de, kararın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle icrasının engellenmesi mümkündür. Söz konusu kamu düzeni ise lex fori'ye, yani tahkim yeri hukukuna ait kamu düzeni kurallarıdır²⁹². Dolayısıyla ilgili mahkeme tarafından, tahkim yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmemesinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğine kanaat edilmesi halinde, ilgili hakem kararının iptali söz konusu olmaktadır²⁹³.

Tahkim yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edilmesine ilişkin olarak yukarıda ifade edilen, kararın iptal edilmesi ihtimalinin engellenmesinin yanı sıra hakemlerin yetkilerinin tahkim yeri hukukundan

²⁸⁸ Lex Contractus'a ait doğrudan uygulanan kurallar açısından, lex contractus'un taraflarca veya hakemlerce belirlenmesi hallerine ileriki bölümde ayrıca değinilecektir.

²⁸⁹ WAINCYMER, s. 20. Bununla birlikte VOSER tarafların hukuk seçimi yaparken bu seçimlerini o hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralları dikkate alarak yapmadığını, dolayısıyla lex contractus'a ait doğrudan uygulanan kurallara, esasa uygulanacak hukuka ait oldukları için üstünlük tanınarak, diğer hukuk sistemlerinin tabi tutulduğu incelemeye tabi tutulmamasını eleştirmiştir. VOSER, s. 339.

²⁹⁰ ÖZEL, s. 167.

²⁹¹ ÖZEL, s. 167.

²⁹² CRAIG & PARK & PAULSON, s. 499; BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 19.

²⁹³ ÖZEL, s. 168.

kaynakladığı gerekçesiyle söz konusu hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi gerektiği de ileri sürülen görüşler arasındadır²⁹⁴.

Bir doğrudan uygulanan kuralın taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasını imkansız kılması halinde, hakem söz konusu kuralı mücbir sebep prensibi kapsamında dikkate alabilecektir²⁹⁵. Burada önem arz eden husus, söz konusu doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmediği, ancak *lex contractus* kapsamında maddi vakıa olarak göz önüne alınmakta olduğudur²⁹⁶. Diğer bir ifadeyle hakem uyuşmazlık konusu ile ilgili olan doğrudan uygulanan kuralın, esasa uygulanacak hukuk açısından bir mücbir sebep oluşturup oluşturmadığını tespit edecektir.

Hiçbir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmemesi yaklaşımı uyarınca, yukarıda yer alan kategoriler kapsamında yer alan doğrudan uygulanan kuralların hakem yargılaması sırasında tatbik edileceği hakkında görüş birliği mevcuttur. Ancak bu kategoriler dışında yer alan doğrudan uygulanan kurallar hakemler tarafından tatbik edilmeyecektir²⁹⁷. Taraf iradesinin üstün tutulduğu bu yaklaşımda hakemlerce tatbik edilecek doğrudan uygulanan kuralların kapsamı daraltılmak istenmiş ve sadece belirli özelliklere sahip doğrudan uygulanan kuralların tahkim prosedüründe tatbik edilmesi savunulmuştur. Böylece doğrudan uygulanan kuralların tatbiki hususunda hakemlere tanınan takdir yetkisi de kısıtlanmıştır²⁹⁸.

Hakemlerin hangi doğrudan uygulanan kuralı tatbik edeceklerine ilişkin takdir yetkisini kısıtlayan bu yaklaşım uyarınca uyuşmazlık neticesinde verilecek kararlara ilişkin öngörülebilirlik ve tutarlılığın artacağı, dolayısıyla kararların iptal riskinin azalacağı savunulmakla birlikte; doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının kısıtlanması, çıkarları korumasız kalan devletlerce uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığını ileri sürülmesi ya da doğrudan uygulanan kuralın

²⁹⁴ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 19.

²⁹⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 284.

²⁹⁶ GAILLARD & SAVAGE, s. 849.

²⁹⁷ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 20.

²⁹⁸ Bu yaklaşımı savunan görüşe göre, sadece belirli kategorilerde yer alan doğrudan uygulanan kuralların tatbiki kabul edilerek hakemin takdir yetkisinin kısıtlanması ile hakemlerin iptal edilebilir kararlar vermesinin önüne geçilmiş olmaktadır. GAILLARD & SAVAGE, s. 858.

uygulanmamasının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle kararın icra edilmemesi riski de söz konusu olabilecektir²⁹⁹.

Doğrudan uygulanan kurallar uyuşmazlığa ilişkin gerekli değerlendirmeler yapılmaksızın ve taraf iradesini dikkate alınmadan hakemlerce tatbik edilecekmiş gibi bu takdir yetkisinin kısıtlanmasını savunan yaklaşım, uyuşmazlıkla ilgili bütün hukuk sistemlerine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikini savunan görüş kadar çözümden uzaktır. Öncelikle bu yaklaşıma göre, tatbikine ilişkin olarak üzerinde görüş birliği olmayan üçüncü bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kurallar, lex contractus uyarınca mücbir sebep oluşturmadıkları veya milletlerüstü kamu düzeni kapsamında yer almadıkları sürece uygulanamayacaklardır. Ayrıca, hakemler uyuşmazlığın özelliklerini dikkate alarak değil, belirli kategorilerde yer alıp almadığını değerlendirerek doğrudan uygulanan kuralları tatbik edebilecektir. Doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin yanında, tatbik edilmemesi neticesinde ortaya çıkabilecek problemleri göz ardı eden bu yaklaşım hakemlerce hangi doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmesi gerektiği sorusuna kanımızca tatmin edici bir cevap verememiştir.

2.1.3. Doğrudan Uygulanan Kuralın Tatbikinde Hakemin Takdir Yetkisinin Belirleyici Olması Gerektiği Görüşü

Tahkim yargılamasında doğrudan uygulanan kuralların tatbikine ilişkin olarak benimsenen bir diğer yaklaşım ise hakemlere bu yönde takdir yetkisi tanınması gerektiği yönündedir³⁰⁰. Diğer bir ifadeyle hakemler taraf iradesini dikkate alırken, tahkim prosedürünün doğrudan uygulanan kuralların tatbikinden kaçınma yolu olarak görülmesini engellemekle yükümlüdür³⁰¹.

Doktrinde oldukça destek gören bu yaklaşım uyarınca, hakemler ne taraf iradesiyle bağlı oldukları gerekçesiyle doğrudan uygulanan kuralları uygulamaktan kaçınmalı ne de ülke menfaatlerini korumayı amaçlayan bu kuralları her şartta tatbik etmelidir. Hakemlik müessesesinin temeli her ne kadar taraf iradesine dayanmakta ise de hakemler, uyuşmazlık konusu ile esaslı şekilde bağlantısı bulunan ülkelerin

²⁹⁹ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 20.

³⁰⁰ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 22; MAYER, (ARBITRATION) s. 287.

³⁰¹ CHUCKWUMERİJE, s. 183.

doğrudan uygulanan kurallarını tatbik etmek yükümlülüğü altındadır³⁰². Aksi yönde bir tutum ilgili hakem tarafından verilen kararın tenfiz edilmemesi sonucunu doğurabileceği gibi ülkelerin söz konusu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına karar vermesine ve tahkime verilen desteğin azalmasına sebep olabilecektir. Dolayısıyla tahkim müessesinin sürekliliğinin sağlanması, tercih edilen bir yargılama sistemi olmaya devam etmesi ve ülkeler tarafından doğrudan uygulanan kuralların tatbikini engellemek amacıyla kullanılan bir araç olarak değerlendirilmesini engellemek amacıyla doğrudan uygulanan kuralların tatbikinden kaçınılmamalıdır³⁰³.

Bu yaklaşım uyarınca doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağını hakemler takdir etmelidir. Doktrinde söz konusu takdir yetkisini kullanırken hakemlere yol gösterici olacak ve hangi doğrudan uygulanan kuralların uygulanacağını belirlemeye yönelik çeşitli kriterler ve yöntemler ileri sürülmüştür³⁰⁴.

2.2. Doğrudan Uygulanan Kuralların Tatbikinde Hakemlerin Takdir Yetkisi

Doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargılamasındaki yeri doktrinde uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Bu kuralların tatbikinin mümkün olup olmadığı, hangi hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceği, hakemlerin söz konusu kuralların tatbiki açısından takdir yetkisine sahip olup olmadığı ve kuralların tatbiki sırasında izlenecek yol veya dikkate alınması gereken hususlara ilişkin çeşitli kriterler ileri sürülmüştür.

2.2.1. Hakemlerin Doğrudan Uygulanan Kuralları Tatbik Etmek Zorunda Olduğu Görüşü

Hakemler tarafından doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin bir görev mi yoksa takdir hakkı mı olduğuna ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Hakemler tarafından doğrudan uygulanan kuralları tatbik edilmesinin bir görev olduğunu savunan bazı yazarlar tarafından çeşitli şartlar ileri sürülerek, bu şartların yerine

³⁰² BANIASSADI, M. R. (1992). Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration, Berkeley Journal of International Law, Vol. 10, Is. 1, 63. (59-83)

³⁰³ CHUCKWUMERIJE, s. 183; MAYER, (ARBITRATION) s. 287; HOCHSTRASSER, s. 85.

³⁰⁴ MAYER, (ARBITRATION) s. 287; BLESSING, s. 31; HOCHSTRASSER, s. 85; GAILLARD & SAVAGE, s. 853.

geldiği hallerde ilgili doğrudan uygulanan kuralın hakemlerce tatbik edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Mayer tarafından ileri sürülen görüşe göre; bir doğrudan uygulanan kuralın *lex contractus*'a ait olması, taraflarca bu kuralın uygulanmasının açıkça bertaraf edilmemiş olması ve ilgili kuralın tatbikinin taraflardan biri tarafından ileri sürülmüş olması halinde hakem söz konusu doğrudan uygulanan kuralı tatbik etmek yükümlülüğü altındadır³⁰⁵. Yazar *lex contractus*'a ait doğrudan uygulanan kurallar açısından bir ayrıma giderek bahsi geçen kriterlerin sağlandığı hallerde hakemin takdir yetkisinin değil, doğrudan uygulanan kuralı tatbik etme zorunluluğu bulunduğunu ileri sürmüştür. Diğer bir ifadeyle taraflarca söz konusu kuralın uygulanmayacağına açıkça kararlaştırılmış olması veya ilgili kuralın ileri sürülmemiş olması halinde hakem söz konusu kuralı göz ardı edebilecektir. Yazar *lex contractus* dışındaki başka bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki açısından da ikili bir ayrıma giderek söz konusu kuralın maddi vakıa olarak ele alınıp *lex contractus* kapsamında etki tanınabileceğini, ilgili kuralın *lex contractus*'la bağlantısının kurulamadığı ancak yine de uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde ise hakemlerin, herhangi bir kanunlar ihtilafı sistemi ile bağlı olmaksızın, mevcut durumun özelliklerini dikkate alarak takdir yetkisi kullanmaları gerekeceğini belirtmiştir³⁰⁶.

Lex contractus'a ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikini savunan Lazareff, Mayer'in aksine söz konusu kuralların uygulanması açısından taraflarca ileri sürülüp sürülmemiş olmasını bir kriter olarak kabul etmemektedir. Yazar, hakemin *lex contractus*'a ait doğrudan uygulanan kuralları taraflarca ileri sürülmüş olmasa da uygulamak zorunda olduğunu savunmuş, söz konusu durumun tek istisnasını bahsi geçen kuralın tatbikinin milletlerüstü kamu düzenine aykırılık hali olacağını ileri sürmüştür. Diğer bir deyişle, *lex contractus*'a ait doğrudan uygulanan

³⁰⁵ MAYER, (ARBITRATION) s. 280.

³⁰⁶ Yazar hakemlerin ilgili değerlendirmeyi yaparken tarafların amaçlarına hizmet edecek şekilde veya kararın başka bir hukuk sisteminde tenfiz edilmesini sağlayacak şekilde takdir yetkisi kullanabileceğini belirtmiştir. MAYER, (ARBITRATION) s. 281.

kuralın milletlerüstü kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği hallerde hakem ilgili kuralı tatbik etmek zorunda olmayacaktır³⁰⁷.

Derains ise hakemin doğrudan uygulanan kuralları tatbikine başka bir açıdan yaklaşarak, söz konusu kuralın tatbik edilmemesinin milletlerüstü kamu düzeninin ihlal edilmesi neticesini doğurduğu hallerde, taraflarca aksi kararlaştırılmış olsa dahi ilgili doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazar, hakemlerin doğrudan uygulanan kuralları tatbiki sorumluluğu açısından belirleyici kriter olarak milletlerüstü kamu düzenine aykırılık halini benimsemiştir³⁰⁸. Hochstrasser ise hakemlerin doğrudan uygulanan kuralları tatbik etme zorunluluğu altında olacakları üç hal ileri sürmüştür. Buna göre, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukta yer alan doğrudan uygulanan kuralın tatbikini engellemek amacıyla hukuk seçimi yapıldığı hallerde, ileri sürülen doğrudan uygulanan sebebiyle sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasının imkansız veya kanuna aykırı geldiği ve söz konusu doğrudan uygulanan kural ile edimin ifası arasında yakın ilişki olduğu hallerde ve son olarak ilgili doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmemesinin hakem kararının tenfiz muhtemel ülkesinde tenfiz edilmesine engel teşkil etmesini muhtemel olduğu hallerde doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce tatbik edilmesi gerekecektir³⁰⁹.

Blessing Roma Konvansiyonu m. 7, dolayısıyla bugün itibariyle yürürlükte olan Roma I Tüzüğü m. 9'da ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 19'da mevcut kurala atıfta bulunarak ilgili düzenlemelerin milli mahkemelere doğrudan uygulanan kurallara, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi etki tanınabileceği yönünde yetki vermesinden yola çıkarak aynı durumun tahkim yargılaması açısından da mevcut bulunduğunu, olayın özelliklerinin gerektirdiği hallerde hakemlerin taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi uyuşmazlıkla ilgili doğrudan uygulanan kuralları tatbik etme yetkisine sahip olacağı ileri sürmüştür³¹⁰.

³⁰⁷ LAZAREFF, S. (1996). Mandatory Extraterritorial Application of National Law Rules, VAN DER BERG, A. J. (Ed.), Planning Efficient Arbitration Proceedings – The Law Applicable In International, International Council For Commercial Arbitration, s. 551-552.

³⁰⁸ DERAİNS, Y. (1987). Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration (Sanders, P. Ed.), s. 251-252 nakleden WAINCYMER, s. 23.

³⁰⁹ HOCHSTRASSER, s. 85-86.

³¹⁰ BLESSING, M. (1999). Impact of Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts, Swiss Commercial Law Series, Vol. 9, Basel: Helbing & Lichtenhahn, (EXTRATERRITORIAL APPLICATION) s. 68.

Doğrudan uygulanan kurallarla tahkim kurumunun uzlaştırılması görevinin hakemlerin görevi olduğunu savunan Guzman, söz konusu uzlaşmanın hakemlerce tahkim sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken, doğrudan uygulanan kuralları tatbik edilmesinin şart koşulmasıyla mümkün olacağını ileri sürmüştür. Yazara göre iyi niyet kuralı gibi doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin de sözleşme aracılığıyla bertaraf edilmesi mümkün değildir. Zira söz konusu doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmemesi, sözleşmeye aykırılık teşkil edecek ve ilgili doğrudan uygulanan kuralın tatbikinden yarar sağlayacak tarafa, söz konusu aykırılık sebebiyle hakemi dava etme yetkisi verecektir. Böylece doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmemesi halinde kararın milli mahkemelerce incelenmesi yerine, taraflarca hakemlerin sorumluluğuna gidilebilecektir. Yazar bu yöntemle hakemlerce doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin teşvik edilmiş olacağını ve böylece taraflarca bu kuralların uygulanmasını bertaraf etmeyi amaçlayan sözleşmeler yapılmasının önüne geçileceğini savunmuştur³¹¹.

Yukarıda görüldüğü üzere hakemler tarafından doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi zorunluluğuna ilişkin olarak doktrinde çeşitli sebepler ve bu kuralların tatbikine ilişkin çeşitli kriterler öngörülmüştür. Bu yaklaşımlar ise kaynağını, tahkim yargılamasında doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi gerektiğine ilişkin ileri sürülen gerekçelerden almaktadır. Bu gerekçeler arasında, doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmemesinin milli hukuk sistemlerince tahkim prosedürüne sağlanan desteği olumsuz etkileyeceği ve devletlerin bu kuralların uygulanmasını temin etmek üzere söz konusu uyuşmazlıkları tahkime elverişsiz olarak nitelendireceği endişesi³¹²; doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmemesi halinde, hakemler tarafından verilen kararların tenfizinin mümkün olmayacağı gerekçesi³¹³; hakemlerin devletlerin menfaatlerini korumakla görevli milli bir hukuk sisteminin organı olmamakla birlikte, sadece tarafların isteklerini yerine getirmekle yükümlü hizmetkarlar da olmadıkları, dolayısıyla doğrudan

³¹¹ GUZMAN, A. T. (2000). Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules, Duke Law Journal, Vol. 49, s. 1316-1320.

³¹² CHUCKWUMERİJE, s. 183; MAYER, (ARBITRATION) s. 285.

³¹³ Bu gerekçeye karşı doğrudan uygulanan kuralların yanlış bir şekilde uygulanmamasının, hiç uygulanmaması gibi tenfiz açısından problem doğurabileceği görüşü için bkz. WAINCYMER, s. 15.

uygulanan kuralların tatbiki zorunluluğu ile tarafların iradesi arasında denge kurma yükümlülükleri³¹⁴ yer almaktadır.

İleri sürülen gerekçeler ilintili olmakla birlikte tek başlarına hakemlerin doğrudan uygulanan kuralları tatbik etmek zorunda olduğu sonucuna ulaşmaya yeterli değildir. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan lex contractus'a ait doğrudan uygulanan kuralların, bu kuralların tamamıyla iç hukuku ilgilendirdiği veya uygulanmalarının milletlerarası kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği haller dışında, hakemler tarafından uygulanacağı genel olarak kabul edilmektedir³¹⁵. Lex contractus dışındaki bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki için ise hakemlerce durumun özellikleri dikkate alınarak inceleme yapılması gerekmektedir. Zira tarafların iradesi veya beklentileri dışında, uyuşmazlık konusu ilişkiyle bağlantılı üçüncü ülkelerin meşru beklentilerinin de tahkim yargılaması sırasında dikkate alınması gerekmektedir³¹⁶.

2.2.2. Hakemlerin Doğrudan Uygulanan Kuralların Tatbikine İlişkin Olarak Takdir Yetkisine Sahip Olduğu Görüşü

Bugün gelinen noktada doğrudan uygulanan kuralların tahkim prosedüründe varlık göstermesi gerektiği tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Hakemlerin sorumluluklarının mevcut tahkim sözleşmesi çerçevesinde taraflara karşı olduğu, dolayısıyla devletlerin siyasi, sosyal ve ekonomik politikalarına ilişkin menfaatlerini korumayı amaçlayan doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce tatbik edilmesi gerekmediği görüşü terkedilmiştir³¹⁷. Bununla beraber hakemlerin halen tarafların irade ve istekleri ile devletlerin menfaatleri arasında bir denge tutturmak zorunda oldukları da kabul edilen bir gerçektir³¹⁸. Bu denge özellikle hakemlerin verdikleri kararların tenfizini sağlamak açısından taşıdıkları yükümlülükte kendisini göstermektedir. Zira hakemler bir yanda tahkim sözleşmesi kapsamında tarafların iradelerini dikkate almak ve onlar tarafından seçilmemiş hukukun uygulanmasını önlemek sorumluluğunu taşımakta, diğer yandan verecekleri kararın tenfiz edileceği

³¹⁴ ÖZEL, s. 164.

³¹⁵ ÖZEL, s. 166; CHUCKWUMERİJE, s. 184; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 273.

³¹⁶ CHUCKWUMERİJE, s. 187.

³¹⁷ HOCHSTRASSER, s. 84.

³¹⁸ MAYER, (ARBITRATION) s. 276.

ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almak suretiyle kararının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi sonucunu engellemek yükümlülüğü altındadır³¹⁹.

Hakemlerin tahkim prosedürü sırasında doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesine ilişkin olarak takdir yetkisine sahip oldukları doktrinde genel olarak kabul görmektedir³²⁰. Ancak hakemlere tanınacak geniş bir takdir yetkisinin çeşitli problemlere yol açabileceği de ifade edilmektedir. Zira hakemler her ne kadar hakimlerden farklı olarak herhangi bir hukuk sistemine bağlı olmadıklarından daha tarafsız bir şekilde değerlendirme yapabilecek olsalar da, verecekleri kararların akıbetini düşünmek yükümlülüğü altındadırlar³²¹. Bu bağlamda, takdir yetkisinin geniş kullanılması ya da yanlış veya hiç kullanılmaması neticesinde söz konusu kuralın uygulanmaması verilen kararları zayıflatacaktır³²². Dolayısıyla söz konusu takdir yetkisinin kullanımında yeknesaklık sağlamak, verilen hakem kararlarında meydana gelebilecek tutarsızlıkları engellenmek ve doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin hakemlerin bireysel görüş ve istekleri yerine, belirli şart ve kriterlere bağlı tutmak üzere çeşitli metotlar ileri sürülmüştür³²³. Aşağıda bu metotlardan bazıları inceleme konusu yapılacaktır.

2.2.2.1. Özel İlişki Metodu

Özel ilişki testi kaynağını Roma Konvansiyonu m. 7 f. 1’de yer alan üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikine ilişkin düzenlemeden almaktadır³²⁴. Ayrıca benzer bir düzenlemeye İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanununun m. 19’da da rastlanmaktadır. İlgili düzenleme uyarınca bir doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmesi için üç şartın yerine gelmesi gerekmektedir. Öncelikle söz konusu doğrudan uygulanan kural ile uyumsuzluk arasında yakın bir ilişki mevcut olmalıdır. İkinci olarak tatbik edilmesi söz konusu olan kural niteliği itibarıyla doğrudan uygulanan kural olmalıdır. Üçüncü olarak ise, hakem kuralın amacı ve uygulanması ya da uygulanmamasının sonuçlarını göz önüne alarak takdir yetkisini kullanmalıdır. Tahkim yargılamasına uyarlanan bu metot uyarınca sadece

³¹⁹ LAZAREFF, s. 553.

³²⁰ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 22.

³²¹ MAYER, (ARBITRATION) S. 276.

³²² GAILLARD & SAVAGE, s. 858.

³²³ WAINCYMER, s. 27.

³²⁴ MAYER, (ARBITRATION) s. 288; LAZAREFF, s. 555.

tahkim yeri veya tenfiz ülkesinin değil, uyuşmazlıkla ilgili bütün ülkelere ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi amaçlanmaktadır³²⁵.

2.2.2.1.1. Yakın İlişki Kriteri

Yakın ilişki kavramı Roma Konvansiyonu döneminden bu yana belirsiz olduğu gerekçesiyle tartışmalara sebep olmuştur. Ancak daha sonra Roma Konvansiyonu'na ilişkin olarak yayınlanan raporda, yakın ilişkiyle kastedilenin sadece bir bağlantı değil özlü bir ilişki olduğu ve bu ilişkinin ilgili kuralla sözleşmenin bütünü arasında mevcut olması gerektiği belirtilmiştir³²⁶.

Tahkim yargılaması açısından da bu kriterler geçerlidir. Bir başka deyişle hakem tarafından bir doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilebilmesi için söz konusu kuralın ait olduğu ülke ile uyuşmazlık arasında bir bağlantı bulunması gerekmektedir. Söz konusu bağlantının ilgili kuralın tatbiki için yeterli olup olmadığı ise her bir olayın özellikleri göz önüne alınarak tespit edilecektir. Bununla birlikte herhangi bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaksızın yakın ilişki kriterini yerine getirdiği varsayılan hukuk sistemleri de bulunmaktadır.

Lex contractus'a ait doğrudan uygulanan kuralların yakın ilişki kriterini yerine getirdiği kabul edilmektedir³²⁷. Lex contractus dışında, tahkim yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların da yakın ilişki kriterini yerine getirip getirmediği tartışılmıştır. Tahkim yerinin usul hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların yakın ilişki kriterini yerine getirdiği kabul edilmekle beraber³²⁸, maddi hukuka ilişkin kuralların söz konusu şartı yerine getirip getirmediği tartışmalıdır. Maddi hukuka ait hükümler açısından yakın ilişkinin söz konusu olmadığını ileri süren görüşe gerekçe olarak, hakemlerin lex fori'ye sahip olmadığını ve tahkim yeri hukukuna ait

³²⁵ VOSER, s. 345.

³²⁶ GIULIANO & LAGARDE, s. 27.

³²⁷ Voser burada ikili bir ayrıma giderek uyuşmazlıkla, lex contractus'a ait olan doğrudan uygulanan kural arasındaki yakın ilişkinin mevcudiyetinin, lex contractus'un taraflarca seçilmiş olup olmadığına göre değişiklik göstereceğini belirtmiştir. Yazara göre lex contractus'un hakem tarafından belirlendiği hallerde, doğrudan uygulanan kurallarla uyuşmazlık arasındaki yakın ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Ancak lex contractus'un taraflarca belirlendiği hallerde ise, taraflar bir ülkenin çıkarlarını yansıtan kuralları uygulamak saikiyle hareket etmiş olamayacağından, söz konusu yakın ilişki kendiliğinden oluşmamaktadır. VOSER, s. 345.

³²⁸ Bu görüş uyarınca tahkim prosedürünün ülkesinde gerçekleştiği ülkenin yargılama açısından belirli standartların uygulanmasını temin etmesine ilişkin endişesi söz konusu şartı yerine getirmektedir. BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 24.

doğrudan uygulanan kurallara, sadece bu hukuk sistemine ait olmaları sebebiyle, üstünlük tanınarak yakın ilişkinin varlığının kabul edilemeyeceğini gösterilmiştir³²⁹.

Yapılan tartışmalarda, hakem tarafından verilen karara karşı tahkim yeri mahkemesi tarafından verilebilecek iptal kararı dikkate alınmamıştır. Her ne kadar iptal davası açılması ihtimali, teori uyarınca sıkı ilişki için aranan, taraflar arasındaki sözleşmeyle doğrudan uygulanan kural arasında bağlantı olması kriterini yerine getirmese de, verilecek kararın tenfiz edilememesi sonucunu doğurabileceğinden³³⁰, kanımızca sıkı ilişki kriterinin mevcut olduğunun varsayılarak tahkim yeri maddi hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce değerlendirilmesi, taraflara tenfizi mümkün olmayan bir karar sağlamaktan daha yerinde olacaktır.

İhdas ettiği doğrudan uygulanan kuralların yakın ilişki testine ait şartları yerine getirip getirmediği tartışılan bir diğer hukuk sistemi de muhtemel tenfiz ülkesidir. Tenfiz işleminin çoğunlukla taraflardan birinin ülkesi veya sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa yerinde gerçekleştirilmesinden yola çıkılarak, muhtemel tenfiz ülkelerine ait doğrudan uygulanan kuralların sıkı ilişki kriterini yerine getirdiği varsayılmaktadır³³¹.

2.2.2.1.2. Doğrudan Uygulanan Kural Niteliği Kriteri

Özel ilişki testinde aranan ikinci kriter uyarınca, bir doğrudan uygulanan kuralın hakemlerce tatbik edilebilmesi için söz konusu kuralın taraflarca seçilmiş olan hukuk ne olursa olsun uygulanmayı amaçlaması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle kuralı ihdas eden ülke, bu kuralın kanunlar ihtilafı kurallarından bağımız olarak ve doğrudan tatbikini istemiş olmalıdır³³². Bununla birlikte kanımızca hakemler tarafından değerlendirme yapılırken, söz konusu kuralın iç hukuk ilişkilerine özgü olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Zira doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olmakla birlikte bazı düzenlemeler sadece iç hukuka ait ilişkilerde

³²⁹ VOSER, s. 346.

³³⁰ Örnek olarak 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi) m. 5 f. 1 (e) uyarınca iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizinin reddi talep edilebilmektedir. (<http://interarb.com/vl/p967047127>) erişim tarihi, 01.01.2014.

³³¹ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 24; LAZAREFF de milletlerüstü kamu düzeni kurallarını dikkate almak kaydıyla hakem kararının muhtemel tenfiz ülkelerine ait doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edilebileceğini ifade etmiş ve bu halin hakemlere yüklenen tenfiz edilebilir karar verme yükümlülüğü ile uyumlu olacağını ileri sürmüştür. LAZAREFF, s. 553.

³³² WAINCYMER, s. 31.

etki etmek üzere ihdas edilmektedir. Bu halde ise ilgili kuralın hakemlerce tatbiki söz konusu olmayacaktır.

2.2.2.1.3. Kuralın Uygulanmaya Değer Olması Kriteri

Sıkı ilişki testinin kaynağını oluşturan Roma Konvansiyonu m. 7 f. 1’de üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına hakimlerce etki tanınması bakımından kuralın niteliğinin, amacının ve uygulanması ya da uygulanmaması neticesinde ortaya çıkacak sonuçlarının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre hakimler öncelikle ilgili doğrudan kuralın niteliği ve amacını gözden geçireceklerdir. Daha sonra ise bu kuralın uygulanması veya uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sonuçları dikkate alacaktır. Madde metninde bu düzenlemeye, uyumsuzlukla bağlantısı bulunan birden fazla doğrudan uygulanan kuralın çatışması halinde çözüm getirilmesi amacıyla eklenmiştir³³³.

Tahkim yargılamasında doğrudan uygulanan kuralın tatbikine ilişkin olarak özel ilişki metodu kapsamında kuralın uygulamaya değer olması kriterine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Birinci görüş uyarınca, hakem tarafından doğrudan uygulanan kuralın uygulanması veya uygulanmamasının dikkate alınması sırasında, ilgili kuralın nitelik ve amacının değerlendirilmesi neticesinde ulaşılan sonuç özel ilişki testinin en önemli kısmını oluşturmaktadır³³⁴. Zira söz konusu kuralın uygulanıp uygulanmamasına, bu kural ile korunan menfaatler ve bunların etkilerinin takdir edilmesi sonucunda karar verilecektir. Diğer bir ifadeyle kuralın nitelik ve amacı, onun taraflara etki edecek şekilde uygulanmasına ilişkin meşru zemini oluşturacaktır³³⁵. Bu görüşe göre bir devletin sadece ekonomik, mali veya siyasi

³³³ BARRACLOUGH, s. 25.

³³⁴ Milletlerarası ticari tahkimde doğrudan uygulanan kuralların tatbikine ilişkin olarak özel ilişki testine benzer bir metot belirleyerek, bir doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilebilmesi için dile getirdiği altı kriter uygun olması gerektiğini ileri süren BLESSING, ileri sürdüğü kriterlerin beş ve altıncı sırasında yer alan ve doğrudan uygulanan kuralın nitelik, amaç ve uygulanmasının neticesini konu alan kriterlerin en önemlileri olduğunu ifade etmektedir. BLESSING, s. 32.

³³⁵ ICC tarafından verilen 1991 tarih, 6320 no’lu kararda lex contractus’a ait olmayan Amerikan Racketeer Influenced and Corruption Organizations Act (Baskıyla Şantaj ve Rüşvet Örgütleri Yasası) kapsamında yer alan uğranılan zararın üç katının talep edilmesine imkan veren hükmün uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuştur. Hakem heyeti tarafından verilen kararda yabancı bir doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilebilmesi için kuralın amacının milletlerarası ticari tahkimde korunacak kadar güçlü ve meşru olması gerektiği tespiti yapılmıştır. Nakleden LAZAREFF, s. 562.

menfaatlerini korumaya yönelik doğrudan uygulanan kurallar, uygulamaya değer olma kriterini yerine getiremeyecektir³³⁶.

Taraf iradesinin üstünlüğünü destekler nitelikte olan bu yaklaşım uyarınca, özel ilişki testinin yerine getirilmesi bakımından en büyük önem doğrudan uygulanan kuralların nitelik ve amacına verilmektedir. Kurallar bu test bakımından tekrar kategorize edilmiş ve sadece ekonomik ve siyasi menfaatlerin korunmasına ilişkin doğrudan uygulanan kuralların uygulanmaya değer olmadığı ileri sürülmüştür. Bu yaklaşım bakımından dikkat çeken en büyük problem, doğrudan uygulanan kuralların tatbikinde hakemlerin sahip olduğu takdir yetkisini belirli kriterlere tabi tutarak, yeknesaklık sağlanması amacıyla ortaya çıkan bir metot olan özel ilişki testinde, son kriter olan kuralın uygulanmaya değer olması açısından tekrar aynı takdir yetkisinin devreye girmekte olmasıdır. Zira burada hakemlerin bir kuralın uygulamaya değer olup olmadığına karar verirken takdir yetkisi kullanmaları gerekecek, dolayısıyla hakemlerin ilgili kurala ilişkin öznel yaklaşımı belirleyici olacaktır.

Doğrudan uygulanan kuralın uygulamaya değer olması kriterine ilişkin ikinci görüş uyarınca, söz konusu kriter kapsamında değerlendirme yapılırken tatbiki söz konusu olan kuralın içeriği uygulanabilirliğine karar vermek açısından belirleyici olmamalıdır. Bu yaklaşımı benimseyenler belirleyici unsurun doğrudan uygulanan kuralla uyumsuzluk arasındaki ilişki ve kanun koyucunun amacının gücü olması gerektiğini savunmaktadırlar³³⁷. Bu görüş, taraf iradesini yeterince gözetmediği ve devletlerin müdahale alanlarını genişletmesine zemin hazırladığı gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır³³⁸.

Kanımızca, doğrudan uygulanan kuralın uygulamaya değer olması kriteri bakımından ileri sürülen her iki görüş de mevcut probleme çözüm getirmemektedir. Söz konusu kuralın uygulamaya değer olmasının, kuralın nitelik ve amacına bağlandığı hallerde hakemler tekrar geniş takdir yetkisiyle donatılmış olacak ve özel ilişki metodunun ileri sürülmesine sebep olan belirsizlik varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bununla birlikte ilgili doğrudan uygulanan kuralın içeriği ve amacı göz ardı edilerek, sadece uyumsuzlukla yakın ilişki içinde olmasının aranması halinde ise,

³³⁶ BLESSING, s. 33.

³³⁷ GAILLARD & SAVAGE, s. 852.

³³⁸ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 28.

doğrudan uygulanan kuralların tatbiki açısından hakemlere verilen takdir yetkisi önemli ölçüde kısıtlanmış olacaktır. Dolayısıyla uyuşmazlıkla sıkı ilişki içinde olan doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmeye değer olup olmadığına karar verirken, Roma Konvansiyonu m. 7’de düzenlenmiş olduğu gibi uygulanması veya uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sonuçların dikkate alınması daha yerinde olacaktır. Bu halde söz konusu kuralın tatbik edilmesi açısından, hakemlerce hem kuralı ihdas eden devletin çıkarları hem de taraf iradesi göz önüne alınmış olacaktır.

Bununla birlikte, 1980 tarihli Roma Konvansiyonu yenilenmesi ile yürürlüğe giren Roma I Tüzüğü’nde, özel ilişki metoduna kaynak teşkil eden m. 7’de değişikliğe gidilmiş ve üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki açısından belirsiz olduğu gerekçesiyle eleştiriye uğrayan yakın ilişki kriteri terk edilerek, sadece ifa yer ülkesine ait olan ve sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılan doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabileceği düzenleme altına alınmıştır. Yapılan değişikliğin tahkim prosedüründe de benimsenmesi halinde doğrudan uygulanan kuralların tatbiki açısından hakemin takdir yetkisi bertaraf edilmiş olacaktır.

2.2.2.2. Milletlerüstü Kamu Düzeni Metodu

Tahkim yargılaması sırasında tatbik edilecek doğrudan uygulanan kuralların belirlenmesine ilişkin olarak ileri sürülen metotlar arasında yer alan milletlerarası kamu düzeni metodu³³⁹ uyarınca bir doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilebilmesi için söz konusu kuralın *lex contractus*’a veya tahkim yeri hukukuna ait olması ya da milletlerüstü kamu düzenine ilişkin olması gerekmektedir³⁴⁰. Bu şartlardan birini taşımayan doğrudan uygulanan kurallar ise hakemler tarafından uygulanmayacaktır. Bununla birlikte, milletlerarası kamu düzenine aykırı olan doğrudan uygulanan kurallar, *lex contractus*’un parçası olsalar dahi hakemlerce uygulanmayacaklardır. Bu metot uyarınca hakemlerce milletlerarası kamu düzenine ilişkin kuralların daima üstün tutulması gerekmektedir³⁴¹.

Özel ilişki metodu ile karşılaştırıldığında, milletlerüstü kamu düzeni metodu kapsamında hangi doğrudan uygulanan kuralın tatbik edileceği hususunda hakemlere

³³⁹ GAILLARD & SAVAGE, s. 853.

³⁴⁰ WAINCYMER, s. 34.

³⁴¹ GAILLARD & SAVAGE, s. 853; LAZAREFF, s. 552.

tanınan takdir yetkisi, daha tutarlı ve öngörülebilir sonuçlar ortaya çıkacağına olan inançla, oldukça kısıtlanmıştır. Bu yaklaşımı ileri süren yazarlar milletlerüstü kamu düzeni metodunun uygulanması ile hakemlerin sübjektif adalet görüşleri uyarınca hareket etmelerinin ve kamu düzeni unsurunun verilen kararda dikkate alınmamasının önüne geçileceğini ifade etmişlerdir³⁴². İleri sürülen bu metod milletlerüstü kamu düzeni kavramının ve içeriğinin belirlenmesine ilişkin sorunlar sebebiyle eleştiriye uğramıştır.

Kesin bir tanıma sahip olmayan milletlerüstü kamu düzeni kavramı, hangi kuralın bu kapsamda değerlendirilebileceğine dair belirsizlik taşımaktadır. Ayrıca herhangi bir milli hukuk sistemiyle bağlantısı bulunmayan hakemler, bir çok ulus tarafından kabul edilen kölelik, din ve ırk ayrımcılığı yasaklayan insan haklarına ilişkin kurallar; terör ve soykırım karşıtı bonos moros prensibine ilişkin kurallar, uyuşturucu kaçakçılığı, kültür varlıklarının ihracı ve benzer konulara ilişkin kurallar hariç olmak üzere, tatbiki söz konusu olan doğrudan uygulanan kuralın milletlerüstü kamu düzeni kapsamında olup olmadığını karar verirken takdir yetkilerini, kendilerine ait milletlerüstü kamu düzeni kavramından yola çıkarak kullanacaktır. Bu halde ise, bu metodun ortaya çıkış sebeplerinden biri olan, hakemlerin takdir yetkisinin sübjektifliğinin doğrudan uygulanan kuralların tatbikinde oynadığı rolün kısıtlanması etkisini yitirmiş olacaktır.

Yukarıda yer alan eleştirilere ek olarak, doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin sadece millerlerüstü kamu düzenine ilişkin olmaları koşuluna bağlanmasının, devletlerin milletlerüstü kamu düzeni niteliğini taşımayan ancak gözetilmesi önem taşıyan menfaatlerini yansıtan kuralların tatbikine engel olacağı ve tahkim yargılamasında doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin bu kuralların amaç, gaye ve yansıttıkları politikaların ölçülmesi ve dengelenmesiyle mümkün olacağı ileri sürülmüştür³⁴³.

³⁴² GAILLARD & SAVAGE, s. 853.

³⁴³ NAON, G. H. (2001). Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Vol. 289, s. 323 nakleden WAINCYMER, s. 36.

2.2.2.3. Tarafların Meşru Beklentilerinin Dikkate Alınması

Metodu

Esasa uygulanacak hukukun belirlenmesine yönelik metotların özünü oluşturduğu ileri sürülen tarafların meşru beklentisini karşılanması halinin doğrudan uygulanan kuralların tatbiki açısından da uygulanabileceği görüşü neticesinde ortaya çıkan bu yaklaşım uyarınca, hakemlerce bir doğrudan uygulanan kuralların tatbikine karar verilirken öncelikle tarafların hakem tarafından uygulanmasını bekledikleri kural belirlenecek daha sonra bu beklentinin meşru olup olmamasına göre söz konusu kural tatbik edilecektir³⁴⁴. Diğer bir ifadeyle hakemler tarafından doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi sırasında tarafların istekleri değil, meşru beklentileri dikkate alınmaktadır.

Bu metot uyarınca hakemin öncelikle tarafların beklentilerini belirlemesi gerekecektir. Bu açıdan dört ayrı durum incelenmiştir. Öncelikle doğrudan uygulanan kuralın *lex contractus*'a mı, yoksa başka bir hukuk sistemine mi ait olduğu belirlenecektir. Daha sonra *lex contractus*'un taraflarca belirlenip belirlenmediği tespit edilecektir. Esasa uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmiş olması durumunda, sözleşmede uygulanacak hukuku belirleyen madde metninden hareket edilecektir. Esasa uygulanacak hukukun hakemlerce belirlenmiş olması durumunda ise, hakemin sözleşmenin ifa yerine ait doğrudan uygulanan kuralları dikkate alması gerekecektir. Zira ifa yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki tarafların meşru beklentileri kapsamında olacaktır. Bununlar birlikte, taraflarca belirli bir doğrudan uygulanan kuralın uygulanmaması yönünde açık bir düzenleme bulunması halinde, hakemin milletlerüstü kamu düzeni teorisini uygulaması gerektiği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, tatbik edilmemesi talep edilen doğrudan uygulanan kuralın milletlerüstü kamu düzenine aykırı olması halinde bu meşru bir beklenti olmayacağından hakem bu talebi reddedebilecektir³⁴⁵.

İleri sürülen diğer metotlarda olduğu gibi bu metotta da tarafların beklentilerinin neler olduğu ve bu beklentilerin meşru olup olmadığı hakemlerin takdir yetkisine bırakılmış olmaktadır. Bu takdir yetkisi milletlerüstü kamu düzeni ile sınırlandırılmış olmakla birlikte, milletlerüstü kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyen hallerin

³⁴⁴ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 29.

³⁴⁵ WAINCYMER, s. 38.

değerlendirilmesi hakemlerin kişisel görüş ve anlayışlarına bırakılmış olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında milletlerüstü kamu düzeni kurallarına aykırılık hali hariç olmakta üzere, doğrudan uygulanan kuralların tatbiki tamamen hakemin takdir yetkisine dayanmaktadır.

3. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM YARGILAMASINDA DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN UYGULAMA ALANLARI

Esas itibariyle irade serbestisine dayanan milletlerarası ticari tahkim, uygulamada devletler tarafından çeşitli müdahalelere uğramakta ve tarafların irade serbestisi sınırlanmaktadır. Milletlerarası ticari tahkimde devlet eliyle irade serbestisinin sınırlanması hallerinden birini de doğrudan uygulanan kurallar oluşturmaktadır. Zira doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı kurallarını ve taraflarca belirlenen uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku dikkate almaksızın uygulama alanı bulurlar.

Yapılan tartışmalar neticesinde, günümüzde doğrudan uygulanan kuralların milli mahkemelerin yanı sıra, tahkim yargılamasında da varlık gösterdiği kabul edilen bir gerçektir. Diğer bir ifadeyle, taraf iradesine tabi tahkim prosedüründe doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin hakemlerce bertaraf edilmesi mümkün değildir. Uyuşmazlık konusuna ilişkin menfaati bulunan devletlere ait doğrudan uygulanan kuralları tatbik etmek hususunda hakemlerin sorumlulukları bulunmaktadır.

Doğrudan uygulanan kurallar, tahkim prosedürünün çeşitli aşamalarında etki göstermektedir. Aşağıda söz konusu etkinin varlık gösterdiği alanlar incelenecektir.

3.1. Uyuşmazlığın Tahkime Elverişliliği Açısından Doğrudan Uygulanan Kurallar

Milletlerarası ticari tahkimde doğrudan uygulanan kuralların etkisi ağırlıklı olarak maddi hukuk bakımından görülmektedir. Hakemler doğrudan uygulanan kuralların, önlerine gelen uyuşmazlığa tatbik edilip edilmeyeceği, edilecekse hangi hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanacağı meseleleriyle karşı karşıya kalmaktadır. Bunun yanı sıra, tahkim prosedüründe doğrudan uygulanan kuralların etkisinin görüldüğü başka bir alan da uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı hususudur.

Tahkime elverişlilik ile anlatılmak istenen, bir uyuşmazlığın tahkim prosedürü aracılığıyla çözülebilir olup olmadığıdır. Kural olarak tarafların aralarında meydana gelecek tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırmaları mümkündür. Ancak tarafların bu konudaki irade serbestisi, devletlerce bir takım konuların tahkime elverişli olmadığı şeklinde yapılan düzenlemelerle kısıtlanabilmektedir³⁴⁶. Bu hallerde ise, mevcut düzenleme uyarınca tahkime elverişli sayılmayan uyuşmazlık açısından mahkemelerin münhasır yetkisi doğmaktadır³⁴⁷.

Tahkime elverişlilik ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ilişki, belirli bir konunun doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenmiş olmasının, o konu ile ilgili uyuşmazlıkların tahkim prosedürüyle çözümlenmesine engel teşkil edip etmediği noktasında kendisini göstermektedir. Buna göre, doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenen bir konuya ilişkin meydana gelen uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına karar verilirken, söz konusu kuralların ait olduğu hukuk sistemine ait düzenleme dikkate alınacaktır. İlgili düzenleme uyarınca bu konuların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmesi halinde, uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurulması mümkün olmayacaktır³⁴⁸.

Tahkime elverişlilik açısından belirleyici olan, uyuşmazlık konusunun doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenmesi değil, tarafların bu konu üzerinde serbestçe tasarruf etme imkanının olup olmadığıdır. Bununla birlikte kimi hukuk sistemlerinde tahkime elverişliliğin tespitinde uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıyıp

³⁴⁶ SAMMARTANO, M. R. (2001). *International Arbitration Law and Practice*. 2. Ed., Hague: Kluwer Law International, s. 171.; ÖZEL, s. 38.

³⁴⁷ Bir uyuşmazlığın tahkim aracılığıyla çözümlenebilmesi için iki şartın yerine gelmesi gerekmektedir. İlk olarak, söz konusu uyuşmazlık objektif olarak tahkime elverişli olmalı, yani konusu itibarıyla tahkim prosedürü aracılığıyla çözümlenmesi mümkün olmalıdır. İkinci olarak ise, uyuşmazlığın sübjektif olarak tahkime elverişli olması, diğer bir ifadeyle sözleşmenin tarafı olan gerçek veya tüzel kişilerin tahkim anlaşması veya yargılamasının tarafı olma kapasitesine sahip olması gereklidir. Dolayısıyla uyuşmazlığın tahkime elverişli sayılabilmesi için hem uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması, hem de tarafların mevcut uyuşmazlığı tahkim aracılığıyla çözüme ehliyet ve yetkisine sahip olmaları gerekmektedir. YILDIRIM, N. D. (2004). *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 27; GAILLARD & SAVAGE, s. 312-330.

³⁴⁸ ICC tarafından 1990 yılında verilmiş olan bir kararda, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere taraflarca İsviçre hukuku seçilmiş olmasına rağmen, uyuşmazlığın tahkime elverişliliği, doğrudan uygulanan kurallarının uyuşmazlığa tatbiki söz konusu olan Lüksemburg hukuku uyarınca değerlendirilmiştir. Nakleden ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 256.

taşınamasına göre ikili bir ayrıma gidilmekte ve iç hukukta yer alan tahkim engelleri yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara tatbik edilmemektedir³⁴⁹.

Uzunca bir süre doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenmiş konularda hakemlerin mevcut uyuşmazlığı karara bağlamak için gerekli yetkiye sahip olmadıkları, bu hallerde ilgili uyuşmazlığın milli mahkemelerce çözülmesi gerektiği görüşü hakim olmuştur³⁵⁰. Çeşitli ülke mahkemeleri doğrudan uygulanan kuralların mevcut bulunduğu alanlara ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına karar vermişlerdir. Amerikan Temyiz Mahkemesi 1968 tarihli American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.³⁵¹ davasında, haksız rekabete ilişkin kanunların uygulanmasındaki kamu yararı sebebiyle haksız rekabete ilişkin uyuşmazlıkların, taraflara tanınan tahkime başvurma serbestisi kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiş ve haksız rekabete ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına karar vermiştir. Yine Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından görülen 1953 tarihli Wilko v. Swan³⁵² davasında, yatırımcıların haklarını korumayı amaçlayan Sermaye Piyasası Kanunu ile düzenlenen menkul değer satışlarının tahkim yoluyla çözümlenemeyeceğinin kabulünün kanun koyucunun amacına daha uygun olduğuna karar vererek, sermaye piyasasına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına karar vermiştir. Paris Mahkemesi tarafından 1995 tarihinde verilen bir kararda ise, uluslararası niteliğe sahip olsa dahi, tüketici veya iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına hükmedilmiştir³⁵³.

Zaman içinde doğrudan uygulanan kurallar aracılığıyla düzenlenen konulara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yargılaması aracılığıyla çözülemeyeceği görüşü terk

³⁴⁹ ŞANLI, C. (2013). Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul: Yayıncılık, (ULUSLARASI TİCARİ AKİTLER) s. 392. Bununla birlikte, milletlerarası ticari uyuşmazlıklara ilişkin tahkim prosedürünü düzenleyen Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 1'de de benzer bir düzenlemeye yer verilmiş ve kanunun iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklara uygulanmayacağı belirtilmiştir. Yine yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıkları konu alan milli tahkime ilişkin düzenlemeleri içeren HMK m. 408'de iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmadığı düzenlenmiştir.

³⁵⁰ BLESSING, M. (1999). Introduction to Arbitration Swiss and International Perspectives, Swiss Commercial Law Series, Vol. 10, Basel: Helbing & Lichtenhahn, (INTRODUCTION TO ARBITRATION) s. 262.

³⁵¹ American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co., 391 F.2d 821, (<http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>) erişim tarihi, 19.03.2014.

³⁵² Wilko v. Swan, 346 US 427, (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/>) erişim tarihi, 19.03.2014.

³⁵³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 262.

edilmiş ve mahkemeler verdikleri kararlarda doğrudan uygulanan kuralları tahkim engeli olarak değerlendirmekten vazgeçmişlerdir³⁵⁴. Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından görülen 1974 tarihli Schrek v. Alberto-Cluver Co.³⁵⁵ davasında, yerel mahkeme uyuşmazlık konusunun Sermaye Piyasası Kanunu'na ilişkin olması sebebiyle tahkime elverişli olmadığına hükmetmiş ancak Yüksek Mahkeme verdiği kararda tahkim anlaşmasının bir tür forum seçimi olduğu, zira taraflarca sadece davanın görüleceği yeri değil aynı zamanda uyuşmazlığın çözüm şeklinin de belirlendiğinin, dolayısıyla tahkim sözleşmesinin geçersiz sayılmasının tüm uyuşmazlıkların Amerikan Mahkemeleri tarafından çözümlenmesi istendiği mesajını verebileceği gerekçesiyle, uluslararası ticarete ilişkin söz konusu uyuşmazlığı tahkime elverişli bulmuştur. Bu kararlar birlikte menkul değer alım-satımına dair uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin önü açılmıştır³⁵⁶. Bununla birlikte, Amerikan hukukunda önceleri sermaye piyasası işlemlerine ilişkin uyuşmazlığın iç hukuk karakterli veya milletlerarası nitelikli olmasına göre ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, kamu düzenini ilgilendiren sermaye piyasası hukukuna ait kurullarla düzenlenen iç hukuk uyuşmazlıkları tahkime elverişli kabul edilmezken, uyuşmazlığın uluslararası nitelikli olması halinde tahkim yoluyla çözümü mümkün olacaktır³⁵⁷. Amerikan hukukunda benimsenen bu yaklaşım daha sonra terkedilmiş ve 1987 tarihli Shearson/American Express v. McMahon³⁵⁸ ve Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express³⁵⁹ tarihli kararları ile iç hukuk karakterli uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olduğuna karar verilmiştir.

Yine Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından 1985 yılında görülen ve doğrudan uygulanan kurullarla düzenlenmiş bir konuya ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine ilişkin olarak doktrinde çokça atıfta bulunulmuş Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.³⁶⁰ davasında, haksız rekabete

³⁵⁴ WARE, S. (1999). Default Rules form Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration, Minnesota Law Review, Vol. 83, No. 3, s. 715; GUZMAN, s. 1291.

³⁵⁵ Schrek v. Alberto-Cluver Co., 417 U.S. 506,

(<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/506/case.html>) erişim tarihi, 19.03.2014.

³⁵⁶ GUZMAN, s. 1294.

³⁵⁷ Bkz. Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.

³⁵⁸ Shearson/American Express v. McMahon , 482 U.S. 220,

(<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/220/case.html>) erişim tarihi, 19.03.2014.

³⁵⁹ Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express , 490 U.S. 477,

(<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/490/477>) erişim tarihi, 19.03.2014.

³⁶⁰ Bkz. dn. 264. Dava konusu olayda Japon otomobil üreticisi Mitsubishi Motors Corporation, Porto Rico'da araçlarının satış hakkını münhasıran Soler Chrysler-Plymouth Inc.'ye vermiş ve araçların bu ülke dışında ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde yeniden satışını yasaklamıştır. Ancak Soler

ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna hükmedilmiştir. Mahkeme söz konusu kararına gerekçe olarak, uyuşmazlığın Amerikan Tahkim Kanunu uyarınca tahkime elverişli olduğunu ayrıca milletlerarası ticaret camiasının endişeleri, yabancı ve milletlerüstü hakem heyetlerinin yeterliliklerine duyulması gereken saygı ve milletlerarası ticaret camiasının uyuşmazlıkların çözümünde öngörülebilirlik ihtiyacı hususları dikkate alındığında, iç hukukta farklı bir sonuca ulaşılabilecek olsa bile, uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğuna hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme ayrıca tahkim sözleşmesi uyarınca esasa uygulanacak hukuk İsviçre hukuku olmasına rağmen, hakemlerin uyuşmazlığa Amerikan hukukuna ait federal haksız rekabet kanunlarını uygulamaları gerektiğini aksi halinde ise söz konusu hakem kararının mahkemece iptal edilebileceğini ifade etmiştir³⁶¹.

Bu kararlarla birlikte, tahkime elverişlilik lehine oluşan yaklaşım arkasında yatan gerekçelerden biri Schrek v. Alberto-Culver Co. kararında Yüksek Mahkeme tarafından ileri sürülen, tahkim sözleşmelerinin bir tür forum seçim klozu olarak nitelendirilmesi olmuştur. Bu yaklaşım ile tahkim sözleşmesinin yargılamanın gerçekleştirileceği usulü belirlediği, esasa uygulanacak hukuku belirlemediği ifade edilmiş ve hakemlerin esasa uygulanacak hukuku belirlerken mahkemeler gibi davranmamaları gerektiği ifade edilmiştir³⁶².

Doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenen bir konudan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğu görüşü terkedilerek, 1980'lerden itibaren mahkemelerce doğrudan uygulanan kuralların tahkim engeli olarak nitelendirilmesinden vazgeçilerek, söz konusu kuralların hakemler tarafından tatbik edilmemesi hakem kararının iptal sebebi olarak kabul edilmeye başlanmıştır³⁶³.

Chrysler-Plymouth Inc.'in bu yasağa aykırı davranması neticesinde Mitsubishi aralarındaki sözleşmeye dayanarak Japon hakem heyetine başvurmuştur. Soler Chrysler-Plymouth Inc. ise savunmasında sözleşmede yer alan satış yasağına ilişkin düzenlemenin Amerikan Sherman Act'e aykırı olduğunu beyan etmiş ve bu kanuna ilişkin uyuşmazlıkların sadece Amerikan Federal Mahkemeleri'nce çözümlenebileceği gerekçesiyle, uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğuna karar vermesi talebiyle Amerikan Federal Mahkemesi'ne başvurmuştur. Federal Mahkeme uyuşmazlığın haksız rekabete ilişkin olması sebebiyle tahkime elverişsiz olduğuna karar verirken, Yüksek Mahkeme uyuşmazlığın hakemlerce çözümlenmesi gerektiğini ve uluslararası ticari nitelikteki sözleşmelerden kaynaklanan haksız rekabet kurallarına dayanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna hükmetmiştir.

³⁶¹ WARE, s. 716; HUYSAL, s. 134.

³⁶² Bkz. Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.; WARE, s. 717.

³⁶³ HUYSAL, B. (2010). Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul: Vedat Kitapçılık, (TAHKİME ELVERİŞLİLİK), s. 98.

Doğrudan uygulanan kuralların tahkime elverişlilik hususundaki etkisi doktrinde de tartışmalara sebep olmuştur. Yukarıda da ifade edildiği gibi, ilk dönemlerde benimsenen görüş doğrudan uygulanan kurullarla düzenlenen konuların tahkime elverişli olmadığıdır. Bu görüşün gerekçesi olarak ise doğrudan uygulanan kurulların emredici niteliğinin sadece tarafların uygulanacak hukuku seçme serbestisini değil, uyuşmazlığın tahkim aracılığıyla çözülmesine ilişkin iradelerini de kaldırır nitelikte olması gösterilmiştir. Mahkemeler doğrudan uygulanan kurulların varlığı halinde ya uyuşmazlığın mahkemeler aracılığıyla giderilebileceğine hükmetmiş ya da New York Sözleşmesi m. 5 f. 2 (b) kapsamında uyuşmazlığın esasına girerek kamu düzenine aykırılık denetimi yapmışlardır. Zaman içinde bu yaklaşım terk edilerek, gerek Kıta Avrupası gerekse Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde hakemlerin doğrudan uygulanan kurullarla düzenlenen konulara ilişkin uyuşmazlıkları karara bağlayabilecekleri kabul edilmiştir³⁶⁴.

Doğrudan uygulanan kurulların tahkime elverişlilik üzerindeki etkisi Türk hukukunda da çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalar kapsamında uyuşmazlığın doğrudan uygulanan kurullarla düzenlenmiş olmasının tahkime elverişsizliğe sebep olup olmayacağına ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir grup yazar emredici hükümlerin ihlal edilebileceği veya bertaraf edileceği endişesiyle tahkim anlaşmaların geçersiz sayılarak, uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür³⁶⁵. Bu görüşün arkasında yatan sebeplerden biri de kamu düzenine ilişkin emredici hükümlere aykırı olarak verilen hakem kararının iptalinin mümkün olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, hakem tarafından doğrudan uygulanan kurulların tatbik edilmemesi halinde dahi ortaya çıkan karar kamu düzeni engeline takılacak ve iptal edilebilecektir. Dolayısıyla doğrudan uygulanan kurulların uygulanmayacağı endişesiyle tahkim yargılamasının yasaklanması orantılılık arz etmemektedir³⁶⁶. Buna karşılık bir başka yazar kanunun emredici hükümlerle tarafların irade serbestisini ortadan kaldırdığı durumlarda,

³⁶⁴ HUYSAL, (TAHKİME ELVERİŞLİLİK) s. 101.; RADICATI DI BROZOLO, s. 52.

³⁶⁵ OKAY, S. (1966). Navlun Muamelelerinde Tahkim Şartı, Tahkim Haftası (IV. Ticaret ve Banka Hukuku 29 Kasım-4 Aralık 1965, Bildiriler-Tartışmalar), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No. 58, s. 439.

³⁶⁶ BİLGE, N. (1966). Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri, Tahkim Haftası (IV. Ticaret ve Banka Hukuku 29 Kasım-4 Aralık 1965, Bildiriler-Tartışmalar), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No. 58, s. 107

emredici hükümlerle düzenlenen konulara ilişkin uyuşmazlıklar açısından yapılan tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağını savunmuştur³⁶⁷.

Doktrinde ileri sürülen görüşlere rağmen Türk mahkemeleri çoğunlukla emredici veya doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenen konulardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına hükmetmektedir. Mahkemeler tarafından benimsenen bu yaklaşımın gerisinde ise emredici veya doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargılamasında tatbik edilmeyeceğine dair güvensizlik ve hakem kararlarının denetlenmesinin kısıtlı tutulmuş olması yatmaktadır³⁶⁸. Yargıtay 1974 tarihli kararında, tarafların sözleşme serbestini kısıtlayan emredici hükümlerle düzenlenen konularda tahkim sözleşmesi yapamayacaklarına hükmetmiştir³⁶⁹. Yine Yargıtay 1995 tarihli bir kararında, kanun koyucu tarafında kamu düzeni ve kamunun korunması düşüncesiyle sözleşme özgürlüğüne müdahale ederek kısıtlayıcı hükümler getirildiği hallerde tarafların sözleşme özgürlüğünden söz edilemeyeceği ve yine tarafların özgürce sözleşme yapamayacakları konularda yaptıkları tahkim sözleşmesinin geçerli olmayacağını belirtmiştir³⁷⁰. Bu kararlar uyarınca kamu düzenine ilişkin emredici hükümlerle düzenlenen konularda taraflarca tahkim sözleşmesi yapılamayacaktır.

Bugün itibariyle Türk mahkemelerinin emredici nitelikteki ve doğrudan uygulanan kuralların uygulanmayacağı endişesinin önüne geçecek nitelikte kanuni düzenlemeler mevcuttur. Milli tahkime ilişkin kurallar içeren HMK M. 439 f. 2 (ğ) ile hakem kararlarının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği hallerde iptal edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Benzer bir hükme MTK 15-A. 2. a maddesinde de yer verilerek bu kanun uyarınca görülen milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklar hakkındaki hakem kararlarının kamu düzenine aykırılığı gerekçesiyle iptal edilebileceği düzenlenmiştir³⁷¹. Yine Türk mahkemeleri önüne gelen yabancı hakem kararlarının

³⁶⁷ YEĞENGİL, R. (1974). Tahkim (L'Arbitrage), İstanbul: Cezaevi Matbaası, s. 170. Yazar uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmamasını, kuralın emredici niteliğinin forum seçimi yapılmasını engelleyici nitelikte olup olmamasına bağlamıştır.

³⁶⁸ HUYSAL, (TAHKİME ELVERİŞLİLİK) s. 114-115.

³⁶⁹ Yargıtay, 4. H.D. 1973/2094 E., 1974/2496 K., 14.05.1974, (www.kazanci.com) erişim tarihi, 19.03.2014.

³⁷⁰ Yargıtay, 13. H.D. 1995/10533 E., 1995/11673 K., 25.12.1995, (www.kazanci.com) erişim tarihi, 19.03.2014.

³⁷¹ Yargıtay 13. HD tarafından verilen bir kararda tahkim yerinin Türkiye olduğu ve TMK hükümlerine tabi uyuşmazlığa ilişkin kararında "Kamu menfaat ve düzenini koruma amacını güden emredici kanun hükümlerine ve toplumun ekonomik yapısına dair kanunlara aykırı olarak verilen tahkim kararları kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşacaktır ... emredici kanun hükümlerine, kamu

tanınması veya tenfizi, New York Sözleşmesi m. 5 f. 2 (b) uyarınca kamu düzenine aykırılığı gerekçesiyle reddedilebilecektir. Kısacası Türk Mahkemeleri doğrudan uygulanan kurallar veya emredici nitelikteki kuralların uygulanmamasının kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğini denetleyebilecek ve kamu düzenine aykırılığın mevcut bulunması halinde ilgili kararın iptali veya tenfiz edilmemesine hükmedebilecektir.

Günümüzde hakemlerce tahkim prosedürü sırasında doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmeyeceği veya tahkim yargılamasının bu kuralların uygulanmasından kaçınmak için tercih edileceği endişeleri geçerliliğini yitirmiştir. Zira devletlerin siyasal, ekonomik ve sosyal politikalarını yansıtan bu kuralların uygulanmasına ilişkin endişeleri, hakemlerin bu kuralların tatbik edilmemesi sebebiyle verdikleri kararların tenfiz edilmemesi çekincesinde karşılık bulmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenen alanlara ilişkin uyumsuzlukları baştan tahkime elverişsiz olarak kabul etmek yerine, devletlerin bu kuralların ihlali halinde denetleme yoluyla çıkarlarını korumaları daha yerinde gözükmektedir.

Aşağıda tahkime elverişlilik ve doğrudan uygulanan kuralların ilişkisi çeşitli hukuk alanları açısından incelenecektir.

3.1.1. Rekabet Hukuku Açısından Tahkime Elverişlilik

Doğrudan uygulanan kuralların tahkime elverişlilik üzerinde etkisi çeşitli alanlarda varlık göstermektedir. Bunlardan ilki rekabet hukukudur. Rekabet hukukundan doğan sözleşmelerin tahkime elverişli olup olmadığı hususu farklı uygulama ve görüşlere sebep olmuştur. Bir takım ülkelerde bu alana ilişkin uyumsuzlukların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmekle birlikte, bazı ülkeler bu uyumsuzluklara ilişkin olarak tahkim yargılamasına başvurulmasını mümkün kılmaktadır.

Fransız hukukunda önceleri rekabet hukukuna ilişkin hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesiyle, bu alana ilişkin uyumsuzlukların tahkime

menfaatine dolayısıyla Türk kamu düzenine aykırıdır. O halde mahkemece, sonuçları Türk kamu düzenine aykırı sonuçlar doğuracak olan Tahkim Kararının, (1)ve (2)numaralı bentlerinin iptaline karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Yargıtay 13. HD. 2012/8426 E., 2012/10349 K., 17.04.2012, (www.kazanci.com) erişim tarihi, 19.03.2014.

elverişli olmadığı görüşü kabul edilmekle birlikte, Paris mahkemesi tarafından verilen 1993 tarihli kararda kamu düzenini ilgilendiren bir hükmün uyuşmazlığa uygulanabilir olmasının uyuşmazlığın tahkime elverişsizliği sonucunu doğurmayacağına hükmedilmiştir³⁷².

Günümüzde Fransa ve Belçika haricindeki Avrupa Birliği'ne üye devletlerin hemen hemen tamamında rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmektedir³⁷³. Hollanda mahkemesi tarafından görülen *Eco Swiss v. Benetton* davası sırasında Avrupa Adalet Divanı tarafına yöneltilen sorulara ilişkin verilen cevapta Avrupa Adalet Divanı rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği ancak hakemlerin karar verirken Avrupa Topluluğu Sözleşmesi m. 85 hükümlerine uymaları gerektiğini aksi halde söz konusu hakem kararının iptal edileceğine hükmetmiştir. Diğer bir ifadeyle, Avrupa Topluluğu Sözleşmesi m. 85'e uygun olmak kaydıyla Avrupa Birliği üyesi devletlerde rekabet hukukuna ilişkin kişiler arasındaki uyuşmazlıkların tahkim aracılığıyla çözülmesi mümkündür³⁷⁴.

Türk hukukunda rekabete ilişkin konuların düzenlenmesine ilişkin 1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun³⁷⁵ incelendiğinde, kanunun konuluş amacının piyasalarda rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanmasına yönelik faaliyetlerin önüne geçilerek, rekabetin korunmasını sağlamak olduğu görülmektedir. Kanunun genel toplum çıkarlarına yönelik amacı doğrultusunda ilgili düzenleme taraflarca aksi kararlaştırılmayacak emredici hükümlerle yapılmıştır. Yine aynı kanunla bu hükümlerin uygulanmasını denetlemek ve kanunun yasakladığı faaliyetler ve hukukî işlemlere ilişkin olarak, inceleme, yapmak ve kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp, sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak üzere idari ve mali özerkliğe sahip bağımsız bir kurum olan Rekabet Kurumu oluşturulmuştur. Diğer bir ifadeyle kanunun koyucu uzmanlık gerektiren ve kamu menfaatini gözetir nitelikte doğrudan uygulanan kurallar ile düzenlenen bu alandan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili olarak mahkemelerden bağımsız bir otoriteyi yetkili kılmıştır.

³⁷² ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 258-259.

³⁷³ HUYSAL, (TAHKİME ELVERİŞLİLİK) s. 107.

³⁷⁴ ÖZEL, s. 40.

³⁷⁵ R.G. 13.12.1994-22140.

Doktrinde, rekabet hukukunun amacı itibariyle taraf iradesini ortadan kaldıran emredici kurullarla düzenlenmiş olması ve uzmanlık gerektiren bir alan olması sebebiyle, uyuşmazlık konusu ilişki yabancılik unsuru taşısa dahi tahkim yargılamasına tabi tutulmasına izin verilmemesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür³⁷⁶. Yine doktrinde yer alan bir başka görüş uyarınca rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Buna göre, 4054 sayılı Rekabetin Koruması kanunu uyarınca iki yetkili makam söz konusudur. Yargı organı niteliğini haiz olmayan ve kamusal bir faaliyet üstlenen Rekabet Kurumu, mevcut bir anlaşma, karar veya faaliyetin Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerine aykırılığını denetlenmesi ve ihlal mevcut bulunması halinde söz konusu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri almak konusunda münhasır yetkiyle donatılmıştır. Dolayısıyla bu hallere ilişkin uyuşmazlıklar açısından, mahkemelere olduğu gibi tahkime başvurulması da mümkün olmayacaktır. Ancak yine aynı kanunun m. 56 ve devamında yer alan düzenlemeler uyarınca, rekabete aykırılığın özel hukuka dair sonuçlarını değerlendirmek açısından mahkemeler yetkilidir. Mahkemelere yetki tanınan bu uyuşmazlıklar açısından tahkim yargılamasına da başvurmak mümkün olacaktır. Bu açıdan bakıldığında ise rekabete ilişkin uyuşmazlıklar açısından söz konusu olan tahkime elverişsizlik, ilgili alanın doğrudan uygulanan kurullarla ve emredici hükümlerle düzenlenmesinden değil, ilgili kanun uyarınca Rekabet Kurumu'na münhasır yetki tanınmış olmasından kaynaklanmaktadır³⁷⁷.

3.1.2. Tüketici Hukuku Açısından Tahkime Elverişsizlik

Türk hukukunda zayıf tarafın korunması ilkesi kapsamında emredici ve doğrudan uygulanan kurullarla düzenlenmiş bazı alanlara ait sözleşmeler açısından tahkime başvurma olanağı bir takım kısıtlamalara tabi tutulmuştur³⁷⁸. Bu sözleşme tiplerinden bazıları tüketici hukuku ve iş hukukuna ilişkin sözleşmelerdir.

Bu sözleşmeler açısından, tarafların iradesinin, güçlü konumda olan lehine hizmet etmesi endişesi sebebiyle ihtiyari tahkime gidilmesi bakımından kanunlarla çeşitli kısıtlamalar öngörülmüştür. Bu halde ortaya çıkan tahkime elverişsizlik ilgili alanın doğrudan uygulanan kurullar veya emredici hükümlerle düzenlenmesi sebebiyle değil, güçlü olan tarafın sözleşmede zayıf konumda olan tarafın iradesini

³⁷⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 261.

³⁷⁷ HUYSAL, (TAHKİME ELVERİŞLİLİK) s. 122.

³⁷⁸ ŞANLI, (ULUSLARARASI TİCARİ AKİTLER) s. 391.

etkilemesi sonucunda kamu düzeninin ihlal edilmesi ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte söz konusu kısıtlamaların yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından da geçerli olup olmayacağıın olayın somut özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekecektir³⁷⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar açısından da zayıf tarafın korunması ilkesi neredeyse bütün devletlerde kabul edilmektedir. Zira bu tür uyuşmazlıklarda genellikle bir tarafta ekonomik anlamda güçlü konumda olan üretici veya satıcılar diğer tarafta ise zayıf konumda olan tüketiciler yer almaktadır. Tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar açısından ihtiyari tahkime başvurulmasının mümkün olmamasın ardında, uyuşmazlığın hakemler tarafından çözümlenmesi halinde tüketicinin korunması amacının gerçekleştirilmeyecek olması endişesi yer almaktadır.

Fransız hukukunda genel olarak tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir³⁸⁰. Ancak mahkeme kararları uyarınca ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bu ayrım uyarınca iç hukuk karakterli tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından tahkim prosedürüne başvurulması mümkün değilken, uyuşmazlığın milletlerarası niteliğe sahip bir sözleşmeden kaynaklandığı hallerde tahkime başvurulması mümkün kılınmıştır³⁸¹.

Amerikan hukukunda tüketici sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi mümkündür. Ayrıca yargı kararları uyarınca matbu sözleşme metninde yer alan tahkim klotlarının mevcudiyeti, ilgili sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak mahkemeye başvurulması hakkında feragat edildiği şeklinde yorumlanmaktadır³⁸².

³⁷⁹ HUYSAL, (TAHKİME ELVERİŞLİLİK) s. 128.

³⁸⁰ SEIN, K. (2011). Protection of Consumers Against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice, *Juridica International Law Review*, Vol. 18, s. 56, (<http://www.juridicainternational.eu/?id=14840>) erişim tarihi, 20.03.2014.

³⁸¹ FLUXMAN, J. & HIRIGOEN, L. (2013). Could Consumer Contracts Contain Arbitration Clauses?, (<http://www.acc.com/legalresources/quickcounsel/ccac.cfm>) erişim tarihi, 20.03.2014; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 262.; ULUOCAK, N. (1997-1998). Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliğine Dair Fransız Yargıtay'ının ve Doktrinin Görüşleri, MHB, C. 17-18, Sa. 1-2, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, s. 520-523.

³⁸² STERNLIGHT, J. R. (2002). Is the U.S. Out on a Limb? Comparing the U.S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration to that Rest of the World, *University of Miami Law Review*, Vol. 56, s. 832-836.

Tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olarak yürürlükte olan 1995 tarih, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 28 Mayıs 2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, kanunda öngörülen bedellerin altında kalan uyuşmazlıkların Tüketici Hakem Heyetleri tarafından çözülmesi öngörülmüştür. Bu uyuşmazlıklar açısından ilgili kanuni düzenleme uyarınca zorunlu tahkim yolu benimsenmiştir. Ayrıca kanunda belirtilen bedelleri aşan uyuşmazlıklara ilişkin olarak ise Tüketici Mahkemeleri yetkili kılınmıştır.

3.1.3. İş Hukuku Açısından Tahkime Elverişsizlik

İş hukukuna ilişkin sözleşmeler de zayıf tarafın korunması ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir. Zira bir tarafta ekonomik açıdan daha güçlü durumda bulunan işveren karşısında ise daha güçsüz konumda olan işçi yer almaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların hakem mahkemeleri aracılığıyla kararlaştırılması halinde, gerek bunun işçinin gerçek iradesi olduğu hususunda şüphe söz konusu olmakta gerekse tahkim yargılamasında zayıf tarafın korunması ilkesinin gözetilmemesi ihtimali ortaya çıkmaktadır.

Fransız hukuku uyarınca, tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da genel olarak tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Ancak tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda olduğu gibi sözleşmenin milletlerarası niteliğe sahip olması halinde tahkime başvurulabileceğine ilişkin yargı kararları bulunmaktadır³⁸³. Diğer bir ifadeyle tahkim yasağı sadece iç hukuk karakterli uyuşmazlıklar açısından benimsenmiştir³⁸⁴.

Amerikan hukukunda iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim yargılamasına başvurulabilmesi, tüketici sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda olduğu gibi mümkün kılınmıştır. Taraflarca iş sözleşmesinde uyuşmazlıkların ihtiyari tahkim uyarınca çözümlenmesine ilişkin şart konulduğu hallerde, işçinin mahkemeye başvurma hakkından feragat ettiği kabul edilmektedir. Doktrinde, tahkim yargılamasına başvurulması halinde, sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin bu korumadan yoksun kalacağına ilişkin eleştirilerin yanında, söz konusu düzenleme ile kamunun yürürlükte olan genel kamu düzenine ilişkin kanunların

³⁸³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 262.

³⁸⁴ ULUOCAK, s. 529.

tatbik edilip edilmediğine ilişkin bilgilendirilmesinin engellendiği ve uyuşmazlıkların mahkeme önüne gelmemesi nedeniyle söz konusu kanunlarda gerek duyulan ihtiyaçların tespit edilemediği eleştirileri ileri sürülmüştür³⁸⁵.

Türk hukukunda da iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalara sebep olmuştur. 2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu m. 20 f. 1’de fesih bildirimine itiraz ve söz konusu itirazın usulüne ilişkin düzenleme uyarınca, tarafların aralarında anlaşmaları halinde uyuşmazlığın özel hakeme götürülebileceğine yer verilmiştir³⁸⁶. Yargıtay tarafından konuya ilişkin verilen bir kararda ise ilgili madde uyarınca sadece feshin geçersizliği, işe iade, buna bağlı iş güvencesi ve boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağı hakkında hakeme başvurulmasının mümkün olacağına hükmedilmiştir³⁸⁷.

İş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Zaman içinde işçinin korunması ilkesi kapsamında iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönündeki görüş yerini bu uyuşmazlıklar açısından tahkime başvurulmasının mümkün olduğu görüşüne bırakmıştır. İş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu kabul eden görüşün taraftarlarınca iki farklı yaklaşım benimsenmiştir. İlk yaklaşım uyarınca, tahkime elverişliliğin değerlendirilmesi sırasında tahkime başvuran tarafa göre ayırım yapılması öngörülmüştür. Buna göre işveren tarafından tahkim yargılamasına başvurulması halinde tahkim şartı yürürlüğe girmeyecek iken, ilgili başvurunun işçi tarafından yapılması halinde uyuşmazlığın tahkim yargılaması aracılığıyla çözümlenmesi mümkün olacaktır³⁸⁸. İkinci yaklaşım ise, iş davalarında tarafların dava konusunu sulh veya kabul yoluyla çözümlenebilmesine ilişkin tasarruf yetkisini, tahkim sözleşmesi açısından aranan uyuşmazlık konusunun iki tarafın iradelerine tabi olması şartını karşıladığından yola çıkarak iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin tahkime başvurulmasının mümkün olduğunu savunmaktadır³⁸⁹.

³⁸⁵ STERNLIGHT, s. 839.

³⁸⁶ Söz konusu cümlenin başında yer alan “toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa” ibaresi Anayasa Mahkemesinin 19.10.2005 tarihli, 2003/66 E., 2005/72 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. (www.kazanci.com) erişim tarihi, 20.03.2014.

³⁸⁷ Yargıtay 9. HD, 22.03.2004, 2004/5846 E., 2004/5621 K., (www.kazanci.com) erişim tarihi, 20.03.2014; HUYSAL, (TAHKİME ELVERİŞLİLİK) s. 130-131.

³⁸⁸ AKINCI, (TAHKİM) s. 83.

³⁸⁹ KURU, B. (2001). Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul: Demir-Demir, s. 5951.

Taraflardan birinin zayıf konumda olduğu sözleşmelerde, tahkime başvurulmasının kısıtlanması, bu sözleşmelerde zayıf konumda olan tüketici, işçi, kiracı gibi taraflara yargı organlarına müracaat edebilme olanağının tanınması ve kanunlarda mevcut düzenlemelerden faydalanarak korunmalarını sağlanması gerekçesine dayanmaktadır³⁹⁰. Bu alanlara ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından tahkim engeli yaratılarak, kesin yetki kuralları aracılığıyla davaların ilgili mahkemeler tarafından ve kanunlarda zayıf konumda olanları korumak amacıyla ihdas edilmiş emredici kurallara uygun olarak görülmesi düzenlenmiştir. Bu sebepler göz önüne alındığında, zayıf tarafın tahkim yoluna başvurduğu haller hariç olmak üzere, bahsi geçen sözleşmeler açısından tahkim şartlarının geçersiz kabul edilmesi ve bu alanların tahkime elverişli olmaması söz konusu kanunlarla elde edilmek istenen amaca daha uygun olmaktadır.

3.2. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk Açısından Doğrudan Uygulanan Kurallar

Tahkim prosedürü doğası itibariyle taraf iradesi temeline oturmaktadır. Hatta tahkimin mevcudiyeti tarafların bu yöndeki iradesi ile mümkün olabilmektedir. Taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde tahkim yerini, hakemleri, tahkim prosedüründe uygulanacak kuralları ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebilmektedirler. Ancak taraf iradesinin tahkim yargılaması açısından sahip olduğu bu irade, tahkimin varlığının milli hukuk sistemlerinin tahkimi bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul etmesi ve bu yönde düzenlemelere yer vermesine dayandığı hususunu değiştirmemektedir. Diğer bir ifadeyle tahkim prosedürünün sürekliliği için milli hukuk sistemleri ile etkileşim içinde olması, devletlerin desteğine sahip olması önem arz etmektedir.

Milli hukuk sistemlerinin, tahkim prosedürüne etkisi en çok kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar açısından görülmektedir. Daha önce açıklandığı üzere doğrudan uygulanan kurallar devletlerin siyasi, ekonomik ve sosyal politikalarını yansıtan, kamu düzenini korumaya yönelik emredici kurallardır. Bu kuralların ayırt edici özelliği ise ilgili kanunlar ihtilafı kuralları ve esasa uygulanacak hukuktan bağımsız olarak kapsamlarına giren hukuki olay ve ilişkilere uygulanmalarıdır³⁹¹.

³⁹⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.265.

³⁹¹ MAYER, (ARBITRATION) s. 275.

Diğer bir ifadeyle bu normlar devletler açısından tatbikinden feragat edilmeyecek nieliktedirler.

Doğrudan uygulanan kuralların milli mahkemelerce tatbik edileceği üzerinde görüş birliği mevcut olmakla birlikte, for hukukuna sahip olmayan yani herhangi bir ülkenin kamu düzenini ve menfaatlerini korumak sorumluluğu altında olmayan hakemler tarafından bu kuralların uygulanıp uygulanmayacağı yahut nasıl uygulanacağı tartışmalara sebep olmuş ve çeşitli aşamalardan geçmiştir³⁹². Bugün gelinen noktada hakemlerin sadece taraf iradeleri ile bağlı olduğu dolayısıyla uyuşmazlığın çözümü sırasında onların iradelerine uygun şekilde hareket etmek yükümlülüğü altında oldukları görüşü terk edilmiştir. Hakemlerin yargılama sırasında uyuşmazlığa ilişkin olan doğrudan uygulanan kurallarının tatbikinde menfaati olan ülkelere ait bu normları uygulamak zorunda oldukları kabul edilmektedir³⁹³. Bununla birlikte taraflarca bir doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmeyeceğinin açıkça kararlaştırılması halinde hakemin nasıl bir yol izlemesi gerektiği tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre³⁹⁴ Bu yönde bir taraf iradesiyle karşılaşan hakemin ilgili kuralı milletlerüstü kamu düzeni bakımından değerlendirmesi gerekmektedir. Taraflarca tatbik edilmeyeceği kararlaştırılan doğrudan uygulanan kuralın milletlerüstü kamu düzenine ait olduğu durumlarda ise hakem tarafların bu iradesini görmezden gelerek, kuralı tatbik edecektir. Karşı görüş uyarınca ise bir kuralın milletlerüstü kamu düzenine ait olması, hakemin tarafların açık iradesini yok sayarak, ilgili kuralı uygulaması için yeterli değildir. Ancak tarafların iradesi doğrultusunda hareket etmek de gayri meşru bir talebin yerine getirilmesi sonucunu doğuracağından, bu halde hakemin kendisini yetkisiz sayarak hakemlikten çekilmesi gerekecektir³⁹⁵.

Doğrudan uygulanan kuralalrın tatbik edilebilmesi için taraflarca ileri sürülmesinin gerekip gerekmediği doktrinde değerlendirilmiştir. Günümüzde doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce resen uygulanmasının mümkün olduğu üzerinde görüş birliği mevcuttur³⁹⁶. Diğer bir ifadeyle bir doğrudan uygulanan

³⁹² RADICATI DI BROZOLO, s. 51.

³⁹³ ÖZEL, s. 165.

³⁹⁴ Derains s. 254 nakleden HOCHSTRASSER, s. 69.

³⁹⁵ WAINCYMER, s. 38.

³⁹⁶ Milli mahkemeler tarafından yapılacak yargılama sırasında doğrudan uygulanan kuralların hakimler tarafından ex officio uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca gerek Roma Konvansiyonu gerek bu düzenlemeyi mülga eden Roma I Tüzüğü m. 9'da doğrudan uygulanan

kuralın tatbiki için taraflarca ileri sürülmüş olması gerekmemektedir. Bununla birlikte doktrinde kuralın kapsamı itibariyle ayırım yapan bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, özellikle söz konusu doğrudan uygulanan kuralların milletlerüstü kamu düzenine ilişkin olduğu veya doğrudan uygulanan kuralın taraflarca kasten kötüye kullanıldığı hallerde hakemlerce ex officio uygulamaları gerekmektedir³⁹⁷. Ancak uyuşmazlıkla bağlantılı üçüncü ülkeye ait dar kapsamlı bir menfaatin korunmasına yönelik doğrudan uygulanan kuralların tatbiki söz konusu olduğunda hakem taraf iradesine öncelik vermelidir. Diğer bir ifadeyle tatbiki söz konusu olan üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralın koruduğu menfaatin milletlerüstü niteliği haiz olduğu veya genel geçer bir değere ilişkin olduğu hallerde hakemlerin ilgili kuralı ex officio uygulaması söz konusu olacaktır.

Milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin bağlı olduğu bir milli hukuk sisteminin, yani uygulamak zorunda oldukları lex fori bulunmamasının en önemli sonucu, tüm hukuk sistemlerinin hakem bakımından eşit konuma yer alması ve tüm hukukların yabancı hukuk niteliğine sahip olmasıdır. Hakem tarafından esasa uygulanacak hukuku tatbik ederken, for hukukuna ve onun doğrudan uygulanan kurallarına üstünlük tanınması söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte doğrudan uygulanan kuralları lex contractus'un doğrudan uygulanan kuralları ve lex contractus dışındaki hukuk sistemlerinin doğrudan uygulanan kuralları olarak tasnif etmek mümkündür.

3.2.1. Lex Contractus'un Doğrudan Uygulanan Kuralları

Tahkim yargılamasında sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, kural olarak taraflarca belirlenmektedir. Taraflarca gerçekleştirilen bu seçimin tahkim yeri veya başka bir milli hukuk sistemine ait kanunlar ihtilafi kurallarına tabi kılınmaksızın uygulanması ise milletlerarası ticari tahkim müessesesinden özelliğinden kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, irade serbestisi prensibi herhangi bir milli hukuk sistemi tarafından uygulanması işaret edildiği için değil, milletlerarası ticari hukukuna ait bir kural olduğu için tatbik edilmektedir. Aksi halde tarafların irade serbestisi aracılığıyla yaptıkları hukuk seçimlerinin milli hukuk

kuralların hakimlerce resen uygulanmasına aleyhine bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 19'da yer alan düzenleme uyarınca doğrudan uygulanan kuralların uygulanması için taraflarca talep edilmesi aranmamaktadır. BLESSING, (EXTRATERRITORIAL APPLICATION) s. 68; ÖZEL, s. 173.

³⁹⁷ BLESSING, (EXTRATERRITORIAL APPLICATION) s. 69-70.

sistemleri uyarınca geçersiz sayılma ihtimali söz konusu olacak, bu durum ise milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve milletlerarası ticari tahkim kurumunun varlık sebebine aykırılık teşkil edecektir³⁹⁸.

Taraflar hukuk seçimi yaparken herhangi bir kısıtlamaya tabi değildirler. İstedikleri hukuku lex contractus olarak belirleyebilirler³⁹⁹. Tarafların bu husustaki irade serbestisi lex mercatoria veya hukukun genel ilkelerinin de esasa uygulanacak hukuk olarak belirlenmesine imkan tanımaktadır⁴⁰⁰. Taraflarca bu yönde bir seçim yapıldığı hallerde ise uyuşmazlık konusunun kaynağını teşkil eden hukuki ilişkiyle yakın ilişki içinde olan doğrudan uygulanan kurallar hakemlerce tatbik edilecektir⁴⁰¹. Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı hallerde ise lex contractus hakemler tarafından belirlenecektir⁴⁰². Tahkim prosedürü sırasında taraflarca veya hakemlerce belirlenen uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk tatbik edilirken, bu hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kurallar da uygulanacaktır⁴⁰³.

3.2.1.1 Lex Contractus Taraflarca Belirlenmişse

Tahkim yargılaması sırasında taraflar genellikle uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku kendileri belirlerler. Bu halde hakem, önüne gelen uyuşmazlığı taraflarca belirlenen lex contractus uyarınca çözüme bağlar. Hakem doğrudan uygulanan kurallar da dahil olmak üzere, lex contractus'un uyuşmazlığa ilişkin tüm

³⁹⁸ ŞANLI, s. 134-136.

³⁹⁹ ÖZEL, S. (2009). Milletlerarası Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk, 2. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, (<http://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/ii-uluslararasi-ozel-hukuk-sempozyumu-tahkim/>) erişim tarihi, (17.05.2014). (TAHKİM), s. 371.

⁴⁰⁰ ÖZEL, s. 173; ÖZEL, (TAHKİM) s. 373. AKINCI, (TENFİZ) s. 64. TMK m. 12 (C) f. 1 uyarınca "Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz önüne alınacaktır...". Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemede taraf iradelerine üstünlük tanınmış ve hukuk seçiminin kapsamı bir devlete ait hukuk kurallarıyla sınırlanmamıştır. Dolayısıyla tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak "lex mercatoria"yı seçmeleri mümkündür.

⁴⁰¹ ÖZEL, s. 173. Maniruzzaman uyuşmazlığın hakemlerce lex mercatoria uyarınca çözümlendiği durumlarda doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceğini zira, aksi halde kararın yerel mahkemelerce tenfiz edilmemesi ihtimali ortaya çıkacağını belirtmiştir. Milletlerarası ticari tahkimde lex mercatoria'nın uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MANIRUZZAMAN, A. F. M. (1999). The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?, American University International Law Review, Vol. 14, Is. 3, s. 705.

⁴⁰² Bu husus MTO Tahkim Kuralları, Uygulanacak Hukuk Kuralları başlıklı m. 21'de de düzenleme altına alınmıştır. (http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/#article_21) erişim tarihi, 21.03.2014.

⁴⁰³ CHUCKWUMERIE, s. 184.

hükümlerini uygulamakla yükümlüdür⁴⁰⁴. Bunun istisnası ise söz konusu doğrudan uygulanan kuralların milletlerüstü kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği hallerdir⁴⁰⁵. Bununla birlikte hakemler tahkim yargılaması sırasında milletlerüstü nitelikteki doğrudan uygulanan kuralları da uygulamakla yükümlüdür⁴⁰⁶.

Hakemlerce *lex contractus*'a ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceği prensibine ilişkin olarak doktrinde bir takım aksi görüşler de ileri sürülmüştür. Tahkim yargılamasında tüm doğrudan uygulanan kuralların eşit olduğu gerekçesinden hareket eden görüşe göre hakemler, hakimlerden farklı olarak herhangi bir hukuk sistemiyle bağlı olmadıklarından, herhangi bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralları uygulamaları gerekliliği söz konusu değildir. Dolayısıyla *lex contractus*'a ait doğrudan uygulanan kuralların kendiliğinden tatbik edilmesi gerektiğinin kabulü hem taraf beklentilerini karşılamayacak hem de *lex contractus*'un menfaatlerine diğer hukuk sistemleri karşısında üstünlük tanınmasına sebep olacaktır. Bu görüşe göre bir doğrudan uygulanan kuralın *lex contractus*'a ait olması onun uygulanması sonucunu doğurmamalı, hakemler söz konusu kuralın tatbik edilip edilmemesine karar verirken hangi hukuk sistemine ait olduğunu dikkate almamalıdır⁴⁰⁷. Tarafların hukuk seçimi yaparken, kamu düzenine ilişkin normlarını değil, tarafların menfaatleri arasında sağladıkları dengeyi dikkate aldığını savunan bu görüşün kabulü halinde aksi durum tarafların mağduriyetine sebep olacaktır. Zira hukuk seçim yapıldığı sırada taraflardan birinin lehine olan doğrudan uygulanan kuralın tatbikini göz önüne almış olması mümkündür. Ayrıca bu görüş tarafların söz

⁴⁰⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 274.

⁴⁰⁵ MAYER, (ARBITRATION) s. 280; BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 15.

⁴⁰⁶ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen 28 Nisan 1992 tarihli kararda doğrudan uygulanan kural niteliğindeki AB rekabet hukuku hükümlerinin, *lex contractus*'un bir parçası olarak uygulanmasına hükmedilmiştir. Belçika bir grup ve çeşitli İtalyan şirketleri arasında, çeşitli fiyat anlaşmaları ile pazarı bölmek ve sinerji oluşturmak amacıyla yapılan Belçika hukukuna tabi yatırım ve işbirliği sözleşmesinde tahkim yeri İsviçre olarak belirlenmiştir. Tahkim heyetinin önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin karar vermeyi reddetmiş ve Avrupa Birliği Komisyonu kararına kadar tahkimin askıya alınmasını kararlaştırmış, daha sonra verdiği nihai karar ise taraflarca İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun hakem kararının iptalini düzenleyen m. 190 f. 2 uyarınca İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'ne taşınmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin verdiği kararda hakemlerin, sözleşmenin Avrupa Birliği Sözleşmesi m. 85-86'ya uygunluğunu denetlemeyerek hakemlerin yargı yetkilerini yerine getirmediğine hükmetmiştir. ATF 118 II 193'den nakleden BLESSING, (INTRODUCTION TO ARBITRATION) s. 246-247; ÖZEL, s. 166. Yine İsviçre'de hakem heyeti tarafından görülen ve İsviçre hukukuna tabi, 1994 tarihli L. Corp et al. v. B. Inc. et al. davasında hakem heyeti sözleşmenin Avrupa Birliği Sözleşmesi m. 85-86'ya uygunluğunun denetlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. L. Corp et al. v. B. Inc. et al. (1994) nakleden BLESSING, (INTRODUCTION TO ARBITRATION), s. 247. Her iki olayda da *lex contractus*'un içinde yer almamalarına rağmen, sözleşmenin doğrudan uygulanan kural niteliğindeki milletlerüstü normlara uygunluğunun incelenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

⁴⁰⁷ VOSER, s. 339-340.

konusu kuralın uygulanmasındaki menfaati dikkate almakla birlikte, doğrudan uygulanan kuralların varlık sebebi olan uygulanmalarında ait oldukları hukuk sistemlerinin amaçladığı menfaati göz ardı etmektedir.

Doktrinde yer alan bir başka görüşe göre hakemlerin bir doğrudan uygulanan kuralı tatbik etme yükümlülüğü sadece o kuralın *lex contractus*'a ait olduğu, uygulanmasının açıkça bertaraf edilmediği ve taraflarca ileri sürüldüğü hallerde söz konusu olacaktır⁴⁰⁸. Esasa uygulanacak hukuka ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikini taraflarca ileri sürülmesi şartına bağlamak, hukuk seçimi sırasında taraflardan birinin söz konusu kuralın tatbikine ilişkin irade göstermiş olması ihtimalini dikkate almamak ve hakemlerin yargı yetkisini daraltmak sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, taraflarca ileri sürülmediği için ilgili doğrudan uygulanan kural tatbik edilmeksizin verilen bir karara ilişkin olarak *lex contractus*'un ait olduğu ortaya çıkabilecek tenfize ilişkin sıkıntıları da yok saymaktadır.

Lex contractus'a ait doğrudan uygulanan kuralların hakemler tarafından uygulanacağı prensibi genel olarak kabul görünürken, taraflarca söz konusu doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmemesinin kararlaştırılması halinde hakemlerin ne yapmaları gerektiği tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, hakemler taraf iradesiyle bağlı olduğundan bu halde söz konusu kurallar hakemlerce *lex contractus*'un doğrudan uygulanan kuralların olarak tatbik etmeyecek, ancak bu kurallar *lex contractus* dışındaki bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarının tabi olduğu şartlarla uygulanabilecektir⁴⁰⁹. Ayrıca doktrinde bu halde hakemlerin, yargılama faaliyetini taraf iradesine aykırı bir şekilde gerçekleştirmek yerine hakemlikten çekilebileceği ya da tarafların iyi niyetli olarak tahkim prosedürünü seçtikleri ve bu seçimle birlikte zımni olarak hakemlerce gerçekleştirilecek meşru işlemleri kabul ettikleri de ileri sürülmüştür⁴¹⁰.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, taraflarca *lex contractus*'a ait bir doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmemesinin amaçlanmış olması halinde, hakemlerin bu isteğe saygı göstermeleri gerekmektedir⁴¹¹. Bu görüşün dayanağını tahkim prosedürünün temel ilkelerinden olan taraf iradesi ve kısmi hukuk seçiminin

⁴⁰⁸ MAYER, s. 280.

⁴⁰⁹ MAYER, (ARBITRATION) s. 281.

⁴¹⁰ WAINCYMER, s. 8.

⁴¹¹ DERAİNS, s. 255 nakleden BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 15.

mümkün olması oluşturmaktadır. Zira uyuşmazlığa uygulanacak hukuk belirlemede serbest olan tarafların *lex contractus*'un söz konusu doğrudan uygulanan kuralını bertaraf etmek adına başka bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları da mümkündür. Bu sebeple hakemlerin tarafların ilgili doğrudan uygulanan kuralların uygulanmalarına yönelik iradelerine saygı göstermeleri gerekecektir. Bu yaklaşım uyarınca taraf iradesinin sınırını ise kamu düzeni kuralları oluşturmaktadır. *Lex contractus* ile uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşme arasında yakın ilişkinin mevcut olduğu hallerde, söz konusu doğrudan uygulanan kural bertaraf edilemeyecektir⁴¹². Zira aksi halde taraf iradesi doğrultusunda söz konusu kuralı ihdas eden *lex contractus*'un ait olduğu ülkenin menfaati zarar görmektedir. Örneğin sözleşmenin taraflarınca belirlenen *lex contractus*'un ait olduğu ülkenin aynı zamanda ifa yeri hukuku olduğu hallerde, taraflarca *lex contractus*'un ihracat rejimine ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmamasını kararlaştırmaları o devletin, söz konusu doğrudan uygulanan kuralla korumayı hedeflediği menfaatlerine aykırılık teşkil edecektir.

3.2.1.2. *Lex Contractus* Hakemlerce Belirlenmişse

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemiş olması halinde, bu hukuk hakemler tarafından belirlenecektir⁴¹³. Hakemler uygulanacak hukuku tespit ederken bir kanunlar ihtilafı kuralını uygulayabilecekleri gibi herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına gitmeksizin, doğrudan maddi hukuk kurallarını da uygulayabilirler⁴¹⁴.

Taraflar esasa uygulanacak hukuku belirlememekle birlikte hakemlerin ilgili seçimi yaparken izleyecekleri metodu belirleyebilirler. Ayrıca *lex contractus*'un nasıl belirleneceğine ilişkin olarak taraflarca seçilen tahkim kurallarında hükümlere yer

⁴¹² ÖZEL, s. 167; CHUCKWUMERİJE, s. 185; Bununla birlikte doktrinde aynı görüşü paylaşmakla birlikte taraf iradesinin sınırı olarak milletlerarası kamu düzenini kabul eden görüş de mevcuttur. Buna göre *lex contractus*'a ait doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmemesinin milletlerarası kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde hakem ilgili doğrudan uygulanan kuralı uygulayacaktır. Ancak kanımızca bu görüş sadece milletlerarası kamu düzenine ait kuralları dikkate alarak, *lex contractus*'un söz konusu kural ile elde etmek istediği amacı dikkate almadığı için eksiklik arz etmektedir. Ayrıca milletlerarası kamu düzenine aykırılık hallerinin dikkate alınması gerekliliğine ilişkin olarak günümüzde görüş birliği mevcuttur. Hakemler bunu taraf iradesinin kısıtlaması olarak değil, yargılama prosedürünün bir gerekliliği olarak yerine getirmektedir. Zira aksi halde milletlerarası kamu düzenine aykırılık içeren bir kararın milli hukuk sistemlerince tenfizi de mümkün olmayabilecektir.

⁴¹³ MTO Tahkim Kuralları m. 21'de benzer bir düzenlemeye yer verilerek; taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı hallerde hakemlerce uygun görülen hukuk kurallarının uyuşmazlığa uygulanacağı belirtilmiştir.

⁴¹⁴ ŞANLI, s. 216 vd.

verilmiş olması da mümkündür. Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı hallerde, esasa uygulanacak hukuk hakemler tarafından tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kuralına göre belirleyecekleri görüşü terkedilmiş, bir çok ülke kanunlarında ve tahkim kurumlarına ait kurallarda, taraflarca seçim yapılmamış olması halinde hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku serbestçe belirlemelerine imkan tanınmıştır⁴¹⁵.

Hakemler esasa uygulanacak hukuku belirlerken objektif kıstaslardan hareket edecek ve tarafların meşru beklentilerini dikkate alarak, uyuşmazlıkla en yakın bağlantıya sahip olan hukuku tespit edeceklerdir⁴¹⁶. Hakemlerce esasa uygulanacak hukukun tespit edilmesinin ardından ilgili hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kurallar da tatbik edilebilecektir. Bununla birlikte hakemlerce uygulanacak hukukun tespiti sırasında dikkate alınacak kriterler arasında doğrudan uygulanan kuralların bulunması da mümkündür. Hakemler yaptıkları araştırmada uyuşmazlığa tatbik edilmesi gereken bir doğrudan uygulanan kural tespit etmeleri halinde, bu hal aynı zamanda uyuşmazlık ile esasa tatbik edilecek hukuk arasında aranan yakın ilişki kriterini de yerine getireceğinden, ilgili doğrudan uygulanan kuralın ait olduğu hukuk sisteminin *lex contractus* olarak belirlenmesi mümkündür⁴¹⁷.

3.2.2. Lex Contractus Dışındaki Hukuk Sistemlerinin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Tahkim yargılamasının özelliği gereği hakemlerin tabi olduğu bir *lex fori* mevcut olamamakla birlikte, tahkim prosedüründe doğrudan uygulanan kuralların uygulaması tartışılırken söz konusu kuralların *lex contractus*'a ait olup olmaması bir ayırım olarak kabul edilmektedir. Zira *lex contractus*'un, taraflarca aksine bir düzenleme mevcut olmadığı hallerde, içerdiği doğrudan uygulanan kurallar da dahil olmak üzere tümüyle uygulanacağı genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte *lex contractus* dışındaki hukuk sistemlerine ait doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargılamasında tatbik edilip edilemeyeceği tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmanın temelinde ise esasa uygulanacak hukuk dışında bir hukuk sistemine ait

⁴¹⁵ GAILLARD & SAVAGE, s. 867-868. Benzer bir düzenlemeye MTK m. 12 (C) f. 2'de yer verilerek, taraflarca esasa uygulanacak hukukun belirlenmemiş olması halinde hakemlerin uyuşmazlıkla en yakın bağlantı içinde olduğunu tespit ettiği devletin maddi hukuk kurallarına göre vereceğini hükme bağlamıştır.

⁴¹⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 275; BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 17.

⁴¹⁷ Bu yönde MTO kararları için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 275-276.

doğrudan uygulanan kuralın uygulanmasının taraf iradesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi yer almaktadır⁴¹⁸.

Lex contractus dışındaki doğrudan uygulanan kuralları da ikiye ayırmak mümkündür. Aşağıda söz konusu kurallar tahkim yeri hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ve üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

3.2.2.1. Tahkim Yeri Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Milli mahkemeler aracılığıyla uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuk ne olursa olsun lex fori'ye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceği tartışmasızdır. Ancak milletlerarası ticari tahkimde, tahkim yeri hukukunun doğrudan uygulanan kuralları için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira hakemler herhangi bir hukuk sistemine bağlı olmadıklarından lex fori'leri mevcut değildir. Dolayısıyla tahkim yargılamasının bir ülkede gerçekleşmesi, ilgili prosedürü o ülkenin hukuk sisteminin parçası haline getirmemektedir. Bu açıdan bakıldığında tahkim yeri hukuku, milli hukuk sistemlerinde söz konusu olan lex fori'nin karşılığını oluşturmamaktadır⁴¹⁹.

Tahkim yeri doğrudan uygulanan kurallarının tatbikine ilişkin olarak iki farklı yaklaşım mevcuttur. Tahkimin hukuki niteliğine ilişkin olarak kazai teoriyi benimseyen görüş uyarınca hakemlerin sahip olduğu yetkilerinin kaynağını tahkim yeri hukuku oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kurallar tatbik alanı bulacaktır. Buna karşılık sözleşme teorisini benimseyen görüş uyarınca tahkim yeri hukuku ile hakemler arasında herhangi bir ilişki mevcut değildir ve usul hukukuna ilişkin olanlar haricinde, tahkim yeri hukukuna ait doğrudan uygulanana kurallar tatbik edilmeyecektir⁴²⁰. Diğer bir ifadeyle, bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca tahkim yeri ülkesinin hukuk sisteminin bir parçası olmayan ve o ülkeye ait menfaatleri koruma yükümlülüğü bulunmayan hakemler

⁴¹⁸ HOCHSTRASSER, s. 57.

⁴¹⁹ ÖZEL, s. 167.

⁴²⁰ BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 18.

tahkim yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralları tatbik etmek zorunda değildir⁴²¹.

Tahkim yeri hukuku milli hukuk sistemlerindeki lex fori'nin karşılığını oluşturmamakla birlikte, tahkim prosedürü ile bağlantı içindedir. Zira milli hukuk sistemlerinin düzenlemeleri uyarınca hakem kararlarına karşı itirazlar ve iptal talepleri tahkim yeri milli mahkemeleri önünde gerçekleştirilmektedir. Mahkemeler itirazları incelerken uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuku dikkate almadığından doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmemiş olmaması iptal sebebi oluşturmamaktadır. Ancak tahkim yeri doğrudan uygulanan kurallarına aykırılığın kamu düzeninin ihlaline neden olması halinde, bu durum iptal sebebi oluşturmaktadır⁴²². Bu halde hakem kararı tahkim yerinde icra edilemeyecek ayrıca icra kabiliyetini haiz olmaması sebebiyle başka ülkelerde tenfiz edilemeyecektir. Birçok milli hukuk sistemlerinde⁴²³ ve 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi)⁴²⁴, nde yer alan düzenleme⁴²⁵ uyarınca, tahkim yeri yetkili makamlarınca iptal edilmiş veya askıya alınmış hakem kararlarının tenfizinin reddi mümkündür. Dolayısıyla tahkim yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki mecburi olmamakla birlikte, tahkim yeri hukuku ile tahkim yargılaması arasında bir bağlantı bulunmadığı gerekçesiyle, hakem kararının icra edilememesi veya iptaline yol açacak şekilde tahkim yeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını göz ardı etmek yerinde olmayacaktır⁴²⁶.

⁴²¹ BLESSING, (INTRODUCTION TO ARBITRATION) s. 234.

⁴²² ÖZEL, s. 168; BARRACLOUGH & WAINCYMER, s. 18; CRAIG & PARK & PAULSON, s. 499.

⁴²³ Yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen MÖHUK m. 60 uyarınca bir hakem kararının Türk mahkemelerince tenfiz edilebilmesi için kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olması gerekmektedir.

⁴²⁴ 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi R.G. 21.05.1991-20877.

⁴²⁵ New York Sözleşmesi m. 5 f. 1 (e).

⁴²⁶ Uygulamada da benimsenen bu görüş doğrultusunda hakemler tarafından verilen kararlarda tahkim yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralları uygulanmaktadır. 1990 tarihli tahkim yeri Cenevre olan ICC kararında hakem, tazmin amacını aşarak karşı tarafı cezalandırmak seviyesine ulaşan tazminatların İsviçre kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini, esasa uygulanacak hukuk tarafından bu duruma cevaz verilse dahi söz konusu kamu düzenine aykırılığın hakemlerce dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. ICC Case No. 5946 (1990). Nakleden VOSER, s. 338.

3.2.2.2. Üçüncü Ülke Hukukunun Doğrudan Uygulanan

Kuralları

Hakemlerin tabi olduğu bir forum söz konusu olmayan tahkim prosedüründe, üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile anlatılmak istenen, esasa uygulanacak hukuk dışında bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kurallardır⁴²⁷. Devlet yargısında üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması daha önce değindiğimiz üzere çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Üzerinde fikir birliği bulunmayan bu hususa ilişkin olarak Roma I Tüzüğü m. 9 f. 3'te yer alan düzenleme ile daha önce Roma Konvansiyonu m. 7'de mevcut olan uyuşmazlık konusu ile yakın ilişki içinde bulunan üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması kriteri terk edilerek, ancak sözleşmenin ifa yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu kuralların tahkim yargılamasında tatbikine ilişkin ise farklı görüşler ve hakem kararları mevcuttur⁴²⁸.

Tahkim yargılamasında üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının tatbikine ilişkin tartışmanın temelinde, taraflarca yapılan hukuk seçiminin hakem heyetinin yetkisini sadece esasa uygulanacak hukukun kuralları ile sınırlayıp sınırlamadığı hususu yatmaktadır. Bu bağlamda üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikine ilişkin olarak iki yaklaşım bulunmaktadır⁴²⁹.

Üçüncü ülke hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikine karşı çıkan yaklaşım uyarınca, taraf iradesinin üstünlüğü ve hakemlerin taraflarca seçilen hukuk uyarınca uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları gerektiği gerekçesiyle, üçüncü ülke hukukuna ait kamu hukuku karakterli doğrudan uygulanan kuralları tatbik edilmeyecektir. Diğer bir ifadeyle hakemler taraflarca yapılmış açık hukuk seçimiyle bağlıdır. Bu görüş lehine çeşitli argümanlar ileri sürülmüştür. Bunlardan bazıları; kamu düzeninin bölgeselliği, doğrudan uygulanan kuralların politik karakterli olmaları, kamu düzeni ile korunmak istenen menfaatlerin özel hukuktan farklı olduğu ve bu halin hakem kararları açısından belirsizliğe sebep olduğu yönündedir⁴³⁰. Bu gerekçeler nitelikleri itibariyle tahkim yargılamasına özgün

⁴²⁷ CHUCKWUMERIJE, s. 185; LAZAREFF, s. 551.

⁴²⁸ ÖZEL, s. 168.

⁴²⁹ CHUKCWUMERIJE, s. 186; BANIASSADI, s. 73.

⁴³⁰ HOCHSTRASSER, s. 57.

değillerdir. Zira aynı gerekçeler söz konusu kuralların adli yargılama sırasında uygulanmasına ilişkin olarak da ileri sürülmüştür. Bununla birlikte bahsi geçen gerekçelerin tahkim yargılaması açısından etkisi farklılık göstermektedir.

Tahkim prosedürü her ne kadar taraf iradeleri neticesinde ve yine taraflar arasındaki uyuşmazlıkların halli amacıyla kullanılan bir kurum olsa da, ortaya çıkan sonuçların üçüncü kişilere etkisi söz konusu olabilmektedir. Rekabet hukuku, gümrük rejimi, sözleşmede zayıf tarafın korunması gibi kategorilerdeki doğrudan uygulanan kuralların amacı tam olarak bu kuralların taraf iradesiyle bertaraf edilmesini önlemektir. Bu açıdan bakıldığında, tarafların tahkim yargılamasını seçtikleri hallerde, taraf iradesi üstünlüğü gerekçesiyle bu kuralların ancak taraflarca seçilen hukuka tabi olmaları halinde uygulama alanı bulabileceğini savunmak aksi sonuçlara yol açmaktadır. Öncelikle, taraflarca yapılan hukuk seçiminin, söz konusu hukuk sistemi dışındaki doğrudan uygulanan kuralların tatbikine karşı olduklarına yönelik açık bir irade içermediği⁴³¹ gibi, bu halde tarafların sadece bu kuralları bertaraf etmek amacıyla, bu amaca uygun bir hukuk seçimi yapmış olması ihtimali de göz ardı edilmiş olmaktadır.

Diğer taraftan hakemlere yüklenen tarafların iradeleri doğrultusunda hareket etme ödevi, hakem tarafından verilen kararın akıbetini dikkate almamaktadır. Zira hakemlerce dikkate alınmaması gerektiği savunulan üçüncü ülke hukukunun kurallarının aynı zamanda tahkim yeri veya tenfiz ülkesine ait olması halinde, ilgili kararın iptali veya icra edilmemesi söz konusu olabilecektir.

Üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce tatbik edilebileceğini savunan yaklaşımın temelinde günümüzde tahkim doktrini ve uygulamasında hakim olan hakemlerin tarafların hizmetkarları olmadığını görüşü yatmaktadır⁴³². Hakemler tahkim yargılamasının niteliği itibarıyla söz konusu görevlerini taraf iradesi neticesinde yerine getiriyor olmakla birlikte aynı zamanda bir yargılama faaliyeti ifa etmektedirler. Dolayısıyla hakemlerin sorumluluklarını sadece taraflarla sınırlayıp, aynı zamanda bir yargılama faaliyet gerçekleştirdiklerini göz ardı etmek yerinde olamayacaktır⁴³³. Bu yaklaşımı benimseyenler tarafından söz konusu kuralların tatbikine ilişkin olarak hakem kararlarının etkinliğini

⁴³¹ BANIASSADI, s. 73; CHUCKWUMERIJE, s. 187.

⁴³² ÖZEL, s. 169.

⁴³³ BLESSING, (INTRODUCTION TO ARBITRATION) s. 270.

sağlamak⁴³⁴, tahkim kurumunun sürekliliğini sağlamak⁴³⁵ ve tarafların meşru beklentilerine cevap vermek⁴³⁶ gibi çeşitli gerekçeler de ileri sürülmüştür⁴³⁷.

Doktrinde özellikle üçüncü bir ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların hangi hallerde uygulanması gerektiğine ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Derains, öncelikle hukuk seçiminin taraflarca gerçekleştirildiği ve hakem tarafından gerçekleştirildiği hallere ilişkin ikili bir ayrıma gitmiştir. Daha sonra *lex contractus*'un taraflarca belirlendiği hallerde söz konusu hukuk kurallarının uhdesinden bulunan doğrudan uygulanan kurallarla birlikte tatbik edileceğini, ancak üçüncü bir ülke hukukuna ait bir doğrudan uygulanan kuralın ileri sürülmesi halinde, *lex contractus*'a ait olmadığı gerekçesiyle tatbikini reddetmek yerine söz konusu kuralın uygulanmamasının sebebini açıklaması gerektiğini belirtmiştir. Yazar tarafından ileri sürülen görüşe göre taraflarca hukuk seçimi yapılmış olması, bir başka hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikine karşı oldukları anlamına gelmemektedir. Ancak, taraflarca sadece *lex contractus*'un uygulanacağı açıkça kararlaştırılmış veya söz konusu hukuk seçimi ile belirli doğrudan uygulanan kuralların tatbikinden kaçındıklarının anlaşılıyor olması halinde hakemler ilgili doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilip edilmemesi hususunu milletlerarası

⁴³⁴ Hakemler verdikleri kararlarının icra edilebilir niteliğe sahip olması yükümlülüğü altındadır. Bkz. MTO Tahkim Kuralları m. 41. Hakemlerin de yargılama işlevi yerine getirmekte olduğu dikkate alındığında, bu faaliyetleri neticesinde icrası mümkün kararlar vermeleri gerekmektedir. Kaldı ki, hakem tarafından icrası mümkün olmayan bir karar verilmesi halinde tarafların beklentileri de karşılanmamış olacaktır. Bu açıdan özellikle hakem kararının icra edilmesi muhtemel olan ülkelere ait uyumsuzlukla ilgili doğrudan uygulanan kurallar hakemce dikkate alınmalıdır.

⁴³⁵ Tahkim kurumu ile milli hukuk sistemleri arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Tahkim kurumunu bugün sıkça başvurulana bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olabilmesi devletler tarafından iç hukuklarında yapılan tahkim lehine düzenlemeler ve tahkim kararlarının icrasına imkan veriyor olmalarına dayanmaktadır. Ancak hakem kararları aracılığıyla milli hukuk sistemlerinin korumak istedikleri menfaatlerini yansıtan doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin bertaraf edilmesi halinde devletlerin tahkim yargılamasına ilişkin tutumlarında değişikliğe yol açabilecektir.

⁴³⁶ Tahkimde taraf iradesinin açık bir şekilde ortaya konmadığı hallerde hakemlerin bu iradeyi tarafların davranışları ve somut olayın özelliklerini dikkate alarak belirlemesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle taraflar mevcut şartlar dikkate alındığında hakem tarafından başka türlü bir karar verilmesinin taraflarca beklenemeyeceği hallerde tarafların meşru beklentileri karşılanmış olmaktadır. Bu bağlamda doğrudan uygulanan kuralların taraf iradelerini sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, uygulanmalarının tarafların meşru beklentilerine uygun olması düşük bir olasılık arz etmektedir. Ancak tarafları tacir olan milletlerarası ticari tahkimde, taraflarca belirlenmemiş olmakla birlikte bir takım kuralların uygulanacağını öngörülmesi gerektiğini ileri sürmek mümkündür. Zira tarafların tahkim yargılamasından en öncelikli beklentileri icra edilebilir bir karar verilmesidir, bu sebeple hakemlerce kararın icra edilmesi muhtemel ve uyumsuzlukla ilişki içerisindeki hukuk sistemlerine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi tarafların meşru beklentileri kapsamında sayılabilecektir. MTO tarafından 1992 yılında verilen bir kararda uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun Fransız hukuku olmasına rağmen, Amerikan Antitrust Kanunu'nun da uygulanması gerekip gerekmediğini araştırmakla yükümlü olduğunu ve bu yükümlülüğün milletlerarası tahkimin güncel eğilimine uygun olduğuna hükmetmiştir. ICC Case No. 6773 (1992). Nakleden ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 282.

⁴³⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 278.

kamu düzeni kıstasına göre belirleyeceklerdir. Taraf iradesini odak noktası olarak kabul eden bu görüş uyarınca, hakemler üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikinde taraf irade ve beklentilerini göz önüne alacak ve söz konusu iradenin milletlerarası kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği hallerde bu irade doğrultusunda karar verecektir. Bununla birlikte yazar hakemlerin doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi veya edilmemesine karar verirken kararlarının akıbetini de dikkate alarak hareket etmeleri gerektiğini savunmuştur⁴³⁸.

Mayer'e göre, uluslararası nitelikli sözleşme uyarınca belirlenen esasa uygulanacak hukukun ait olduğu devletler dışındaki devletlerin de ihdas ettiği doğrudan uygulanan kuralın uygulanması gereği söz konusu olabilmektedir. Zira nitelikleri gereği doğrudan uygulanan kurallar, uyuşmazlıkla ilgili normu ihdas eden devlet arasında bağlantı olması halinde uygulanmak üzere meydana gelen kurallardır. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında lex contractus dışında bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki mümkün, hatta bazı hallerde gereklidir. Kaldı ki doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce tatbik edilmemesi halinde devletlerin bu normların tatbikini sağlamak için ilgili uyuşmazlıkların tahkime elverişsizliğine hükmetmesi tehlikesi ortaya çıkacak, bu durum ise tahkim kurumu üzerinde olumsuz etki yaratacaktır⁴³⁹.

İngiliz hukuku diğer Avrupa ülkelerine kıyaslandığında üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin olarak farklı bir tutum sergilemiştir. Roma Konvansiyonu m. 7'de üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenlemeye, bağlantı noktası olan yakın ilişki kriterinin belirsizliği gerekçesiyle çekince koymuş, aynı hususta Roma I Tüzüğü m. 9'da yer alan düzenlemede ise İngiltere'nin kaygıları doğrultusunda yakın ilişki kriteri terkedilerek, söz konusu doğrudan uygulanan kuralların ifa yeri ülkesine ait olması ve sözleşmenin ifasını

⁴³⁸ DERAİNS, Y. (1987). Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration (Sanders, P. Ed.), s. 227-255. Nakleden HOCHSTRASSER, s. 69.

⁴³⁹ ICC tarafından 1973 yılında, Lübnanlı ithalatçı ve Japon ihracatçı arasında meydana gelen uyuşmazlıkta hakem heyeti, Lübnanlı ihracatçının, ihracat işleminin gerçekleşeceği ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına uymak zorunda olduğunu ve Japon ihracatçının söz konusu kuralların lex contractus'a ait olmadıkları gerekçesiyle uygulanmayacaklarını ileri süremeyeceğini karara bağlamıştır. ICC Case No. 1859 (1973), nakleden MAYER, (ARBITRATION) s. 286. Yine 1983 yılında ICC tarafından verilen kararda hakem; İtalyan satıcı ve Koreli alıcı arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığa sadece esasa uygulanacak hukuk olan Kore hukuku hükümlerini değil, kamu düzenine ilişkin oldukları gerekçesiyle sözleşmenin ifa yeri olan İtalya'nın üye olduğu Avrupa Birliği rekabet hukukuna ait kuralları da uygulamıştır. ICC Case No. 4132 (1983), nakleden BANIASSADI, s. 78.

hukuka aykırı kılması şartları getirilmiştir⁴⁴⁰. Zira İngiliz hukukunda doğrudan uygulanan kavramı yerine kamu düzeni ve hukuka aykırılık kurumları aynı etkiyi yaratacak şekilde kullanılmıştır. Dolayısıyla supranasyonel düzenlemelerde yer verilen doğrudan uygulanan kural kavramı İngiliz hukuku açısından yenilik arz etmektedir⁴⁴¹.

Tahkim yeri İngiltere olan ve esasa uygulanacak hukukun İngiliz hukuku dışında bir hukuk olduğu hallerde, hakemlerin taraflarca kararlaştırılan esasa uygulanacak hukuka ait hükümleri uygulaması beklenmektedir. Bu halde üçüncü bir ülkenin hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki söz konusu olduğunda sonucun ne olduğu ise tartışmalıdır. Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar davası ile ortaya konan ilke uyarınca, bazı hallerde for hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallar yerine, üçüncü bir ülkeye ait hukuk sisteminin doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴². Ancak kararın icra edilebilirliği göz önüne alındığında, bu ilkenin hakem heyeti tarafından dikkate alınarak üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının tatbiki mümkün görünmemektedir. Zira yine İngiliz mahkemesi tarafından görülen ve üçüncü bir ülkenin kamu düzenine aykırı sözleşmelerin icra edilebilirliğine ilişkin Lemenda Trading Co. Ltd. v. African Middle East Petroleum Co. Ltd.⁴⁴³ davasında ortaya konan prensipler uyarınca, yabancı bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki, uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin uluslararası nitelikteki ahlak kurallarına aykırılık teşkil ettiği veya sözleşmenin genel nitelikteki ahlak kurallarına aykırılık teşkil etmekle birlikte, ifa yeri hukukunda bulunan doğrudan uygulanan kuralın İngiliz hukukunda da mevcut bulunması halinde söz konusu olmaktadır. Bu halde sözleşmenin icrası her iki ülke bakımından da hukuka aykırılık teşkil edecek ve söz konusu sözleşmenin icra edilebilirliğine hükmeden bir karar İngiliz kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Bu dava neticesinde ortaya konan ilkeye göre, ifa yeri hukuku uyarınca hukuka aykırı bir sözleşmenin mahkemelerce icrasına hükmedilmesi söz konusu olmayacaktır. Bkz. dn. 196.

⁴⁴¹ SHEPPARD, A. (2007). Mandatory Rules In International Commercial Arbitration: An English Law Perspective, American Review of International Arbitration, Vol. 18, Is. 1-2, s. 124.

⁴⁴² Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar bkz. dn. 189.

⁴⁴³ [1988] Q.B. 448, Lemenda Trading Co. Ltd. v. African Middle East Petroleum Co. Ltd., (http://www.3vb.com/userfiles/pdfs/GM_JIBFL_Oct_effect_of_foreign.pdf), erişim tarihi (09.04.2014).

⁴⁴⁴ SHEPPARD, s. 143.

İsviçre hukukunda üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenlemeye İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu (LDIP) m. 19'da yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca üçüncü ülke hukukuna doğrudan uygulanan kurallara uyumsuzluğun ilgili hukuk sistemiyle yakın bağlantı içerisinde olduğu ve tarafların söz konusu kuralın tatbikindeki menfaatlerinin İsviçre hukuku uyarınca meşru ve üstün olduğu hallerde etki tanınması mümkündür.

Bu hükmün tahkim yargılamasında geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. İlgili hükmün tahkim yargılaması açısından geçerli olmadığını savunan görüş uyarınca hakimlere belirli şartlar altında üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması yönünde takdir yetkisi veren bu hüküm, hakemlere üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını tatbik etme yükümlülüğü altına sokmamaktadır. Karşıt görüş uyarınca ise hakemlerce somut olayın özellikleri dikkate alınarak, lex contractus dışındaki bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilip edilmeyeceği kararlaştırılmalıdır. Zira tahkim kurumu ile milli hukuk sistemleri arasındaki ilişki, her ne kadar doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması hususunda hakemlere geniş bir takdir yetkisi tanınmakta ise de, milli hukuk sistemlerine ait doğrudan uygulanan kuralların dikkate alınmasını ve tahkimin bu kuralların tatbikini bertaraf etmek üzere kullanılan bir yol olmasının engellenmesini gerektirmektedir⁴⁴⁵.

İsviçre mahkemeleri üçüncü ülke doğrudan uygulanan kuralların tatbikine ihtiyatlı yaklaşmış ve bir başka hukuk sisteminin kurallarının uygulanması bakımından bazı şartların mevcudiyetini aramıştır. 1992 yılında İsviçre Temyiz Mahkemesi, davacı Şili Merkez Bankası ve davalı Küba Ulusal Bankası arasında, Şili Merkez Bankası'na ödünç verilmiş olan ve Zürih'teki Küba Ulusal Bankası hesaplarındaki mevduatın Küba hukuku uyarınca dondurulmasından kaynaklanan uyumsuzluğa ilişkin olarak Zürih Ticaret Mahkemesinin Küba Milli Mahkemesi tarafından söz konusu tutarın Şili Merkez Bankası'na ödenmesi kararını onamıştır. Temyiz mahkemesi kararında taraflar arasındaki sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun Şili hukuku olduğuna hükmetmiştir. Davalı tarafından uygulanması istenen Küba hukukuna ait hükümlerin tatbikini ise esasa uygulanacak hukukun parçası olmadığı ve davalı tarafından ileri sürülen söz konusu hükmün sözleşmenin ifasını

⁴⁴⁵ HOCHSTRASSER, s. 62;

imkansız hale getirildiği iddiasının ifanın gerçekleşmesi için davalı tarafından herhangi bir işlem yapılması gerekmediği gerekçesiyle reddetmiştir. Ayrıca mahkeme taraflara arasındaki sözleşmeye Küba kanunları uygulanmış olsa bile, söz konusu kamu hukuku nitelikli hükümlerin İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu uyarınca dikkate alınmasının mecburi olmadığını belirtmiştir⁴⁴⁶. Böylece mahkeme üçüncü bir ülkeye ait kamu hukuku karakterli kuralların uygulanması açısından hakimin takdir yetkisine vurgu yapmıştır.

Milli mahkemelerde olduğu gibi MTO tarafından verilen 8404 sayılı kararda *lex contractus* dışındaki bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbikine ilişkin çeşitli şartlar ortaya konmuştur. Buna göre, öncelikle söz konusu doğrudan uygulanan kuralın, *lex contractus* ne olursa olsun uyumsuzluğa uygulanmak üzere ihdas edilmiş bir kural olması gerekmektedir. İkinci olarak taraflar arasındaki sözleşme ile söz konusu doğrudan uygulanan kuralın ait olduğu ülke arasında yakın bir ilişki olmalıdır. Son olarak ise tarafların meşru menfaatleri ile ilgili kuralın uygulanması neticesinde ait olduğu devletin elde edeceği menfaat dengelendiğinde, kuralın uygulanması haklı olmalıdır⁴⁴⁷.

Yukarıda tartışıldığı üzere tahkim prosedürünü sadece taraf iradesine bağlayarak, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edilemeyeceğinin kabulü mümkün değildir. Zira hakemler her ne kadar menfaatlerini korumakla yükümlü oldukları bir for hukukuna sahip olmasalar da bir yargılama faaliyeti gerçekleştirmektedirler. Kaldı ki, doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce tatbik edilmemesi sonucunda tahkimin, devletlerce ihdas ettikleri kuralların uygulanmasını bertaraf etme yolu olarak değerlendirilmesi halinde, verilen kararların tenfiz edilmemesi veya doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenen konuların devletlerce tahkime elverişsiz kabul edilmesi gibi tahkim açısından olumsuz sonuçlara yol açabilecektir.

Üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki lehine ileri sürülen gerekçelerle birlikte, hakemlerin söz konusu kuralların uygularken ihtimam göstermeleri gerekmektedir. Zira nasıl üçüncü ülkeye ait hiçbir doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilemeyeceği yerinde bir yargı değilse, üçüncü ülkeye ait her

⁴⁴⁶ ATF 118 II 348 (1992) nakleden HOCHSTRASSER, s. 66.

⁴⁴⁷ ICC Case 8404 nakleden ÖZEL, s. 172.

doğrudan uygulanan kuralın tatbik edileceği yaklaşımı da yanlış olacaktır. Dolayısıyla, hakemler tarafından üçüncü ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallar tatbik edilirken hakemlerce her bir somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekecektir. Hakemlerin söz konusu kuralların iç hukuka hizmet etmek amacıyla mı yoksa, uluslararası nitelikli sözleşmelere de uygulanacak şekilde mi ihdas ettiğini, uyuşmazlık ile ilgili kuralı ihdas eden ülke arasındaki yakınlığı, yine uyuşmazlığın konu itibarıyla ilgili doğrudan uygulanan kuralın kapsamına girip girmediğini araştırmaları gerekecektir⁴⁴⁸. Tüm doğrudan uygulanan kurallar açısından olduğu gibi *lex contractus* dışındaki doğrudan uygulanan kuralların tatbikinde hakemlerce dikkate alınması gereken bir diğer kriter de milletlerüstü kamu düzenidir. Hakemler uyuşmazlığı çözümlerken milletlerüstü kamu düzenine ilişkin doğrudan uygulanan kuralları, taraflarca ileri sürülmemiş olsalar dahi uygulamaları, aykırı nitelikteki normların tatbikini ise reddetmeleri gerektiği hususunda doktrinde görüş birliği mevcuttur⁴⁴⁹.

Tahkim heyeti tarafından üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınmasına karar verilmesinin ardından bu kuralların nasıl uygulanacağına karar verilmesi gerekmektedir. *Lex contractus* dışındaki bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kurallar direkt olarak uygulanabileceği gibi bu normlara etki tanınması da mümkündür⁴⁵⁰.

Üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının hakemlerce tatbik edilebilmesi için çeşitli şartların mevcudiyeti gerekmektedir. Öncelikle hakem önüne gelen uyuşmazlığı uygulanması söz konusu olan doğrudan uygulanan kuralın kapsamına girmesi gerekmektedir. İkinci olarak taraflar arasındaki sözleşme ile doğrudan uygulanan kuralın ait olduğu ülke arasında, bu kuralın uygulanmasını gerektirecek derecede yakın bağlantı bulunmalıdır⁴⁵¹. Uyuşmazlıkla bağlantılı olan ülkelerden hangisinin, hukuk sisteminde mevcut olan doğrudan uygulanan kuralların tatbikini gerektirecek derecede yakın bağlantıya sahip olduğu hakemler tarafından

⁴⁴⁸ ÖZEL, s. 170

⁴⁴⁹ VOSER, s. 350; MAYER, s. 291.

⁴⁵⁰ HOCHSTRASSER, s. 71.

⁴⁵¹ Avrupa Birliği ülkeleri açısından geçerli olan Roma I Tüzüğü m. 9'da yer alan düzenlemeyle milli mahkemeler açısından yakın ilişki kriteri terk edilerek, üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların tatbiki açısından kuralların ifa yeri hukukuna ait olması ve sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılması şartlarına bağlanmıştır. Bu düzenlemenin tahkim kararlarını etkilemesi ihtimali bulunmakla birlikte, hakemlerin icra edilebilir karar verme yükümlülükleri göz önüne alındığında söz konusu kriterlerin kısıtlayıcı olduğunu söylemek mümkündür.

somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Burada hakemler özellikle kararın tenfizinin muhtemel olduğu ülke hukuklarına ait doğrudan uygulanan kuralları tatbik ederek, icra edilebilir karar verme yükümlülüklerine uygun hareket etmelidirler. Bu bağlamda uygulamada hakem mahkemeleri tarafından özellikle ifa yeri hukukuna ait doğrudan uygulandığı görülmektedir⁴⁵². Bununla birlikte hakemler ilgili doğrudan uygulanan kuralın tatbiki sırasında değerlendirme yaparak taraflar ve söz konusu kuralın ait olduğu devletin menfaatlerini dengelemelidirler⁴⁵³.

Lex contractus dışında bir hukuk sistemine ait kurallar hakemlerce doğrudan uygulanabileceği gibi, lex contractus kapsamında fiili bir durum olarak dikkate alınması, bu kurallara lex contractus çerçevesinde etki tanınması da mümkündür⁴⁵⁴. Üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların sözleşmenin ifasını imkansızlaştırması durumunda ve söz imkansızlık hali sözleşmede yer alan mücbir sebep klozu veya yokluğu halinde lex contractus'ta yer alan düzenleme uyarınca borçluyu edimin ifasında kurtarıyor olması halinde, hakem tarafından bu kurala etki tanınacaktır. Aynı durum uyuşmazlığın çözümünde lex mercatoria veya hukukun genel ilkelerinin esasa uygulanacak hukuk olarak belirlendiği haller için de söz konusudur. Uygulamada hakemlerce mücbir sebebin varlığı için edimin ifasının objektif olarak imkansız olması aranmaktadır⁴⁵⁵.

Mücbir sebep olarak uygulamada sıkça yer verilen ve global politikalar kapsamında Birleşmiş Milletler tarafından ülkeler aleyhine verilen ambargo kararları, bir ülkenin iç hukukuna ait olmamakla birlikte uluslararası kamu düzeni kapsamında, milletlerarası ticari tahkim yargılamasında hakemlerce dikkate alınmaktadır. Zira ambargo kararları hakemler tarafından uyulması gereken doğrudan uygulanan kurallar niteliğinde kararlardır. Hakemler ambargo kararlarının mevcudiyeti halinde, ambargo konusu mallara ilişkin olarak, ambargonun uygulandığı ülkede teslimi

⁴⁵² ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 289.

⁴⁵³ HOCHSTRASSER, s. 85.

⁴⁵⁴ Gerek Roma Konvansiyonu gerekse Roma I Tüzüğü'nde üçüncü ülkenin doğrudan uygulanana kurallarına ilişkin yer alan düzenlemelerde söz konusu kurallara mahkemelerce etki tanınabileceği düzenlenmiştir. Yine MÖHUK m. 31'de de benzer bir düzenlemeye gidilerek, bu kurallara etki tanınabileceği hüküm altına alınmıştır.

⁴⁵⁵ MTO tarafından görülen 4462 sayılı davada Amerika ve Libya arasındaki politik gerilim neticesinde Amerikan hükümeti tarafından, Amerikan vatandaşlarının, bireysel izin verilen haller dışında, pasaportlarını Libya'ya yönelik olarak kullanması yasağının Amerikalı şirketçe mücbir sebep kapsamında değerlendirilmesi istenmiş ancak hakem heyeti edimin ifasının Amerikan şirketinin söz konusu edimi Amerikan mevzuatına tabi olmayan farklı şirketlerce gerçekleştirebileceği gerekçesiyle mücbir sebebin mevcut bulunmadığına karar vermiştir. Nakleden ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 285.

düzenleyen sözleşmeler açısından meydana gelen ifa imansızlıkları mücbir sebep kapsamında olacaktır⁴⁵⁶.

Üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara hakemlerce etki tanınan bir başka hal ise söz konusu kurala aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine yol açmasıdır. Uyuşmazlık konusuna ilişkin doğrudan uygulanan kuralın ırkçılık, rüşvet, terörün önlenmesi gibi uluslararası toplumda kabul edilen temel ilkeleri yansıtan bir düzenleme olması halinde söz konusu kurala aykırılık hakemler tarafından sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğrudan bir husus olarak dikkate alınabilecektir⁴⁵⁷. MTO tarafından 1988 yılında karara bağlanan Hilmarton v. OTV kararında, İngiliz Hilmarton ve Fransız OTV şirketlerin arasında yapılan sözleşme uyarınca OTV şirketi, Cezayir’de gerçekleştirilecek drenaj işlerini almak üzere danışmanlık ve idari koordinatörlük yapması amacıyla Hilmarton şirketiyle anlaşmıştır. Sözleşme uyarınca drenaj işlerinin alınması karşılığında Hilmarton şirketine ihale bedelinin yüzde dördü oranındaki tutarın üç taksitte ödenmesi kararlaştırılmıştır. OTV söz konusu ihaleyi kazanmış ancak kararlaştırılan tutarın yarısını ödemiştir. Bunun üzerine Hilmarton sözleşmede yer alan tahkim düzenlemesi uyarınca MTO önünde tahkim yargılamasına başvurmuştur. 1988 yılında söz konusu uyuşmazlığa bakan hakem, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk İsviçre hukuku olmakla birlikte, uyuşmazlık konusunun kaynağını oluşturan sözleşmenin, aracılar kullanarak OTV adına Cezayir’de ihale kazanılmasına yönelik komisyon sözleşmesi olduğu, bu sözleşmenin ise Cezayir hukukunda yer alan ve uluslararası kamu düzeni tarafından kabul edilen rüşvetle mücadeleyle ilişkin ilgili kurallara aykırılık teşkil ettiği ve hem Cezayir hem de İsviçre kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle Hilmarton şirketinin talebini reddetmiştir⁴⁵⁸.

Doktrinde *lex contractus* dışında bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kurallara *lex contractus* çerçevesinde etki tanınmasına ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu kurallara etki tanınmasına karşı olan görüşe göre, üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların *lex contractus* uyarınca, mücbir sebep veya sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir hal olarak etki tanınması ihdas

⁴⁵⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 286.

⁴⁵⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 286.

⁴⁵⁸ ICC Case No. 5622 (1988), (<http://www.seinan-gu.ac.jp/jura/home04/pdf/3704/3704okuma.pdf>) erişim tarihi, 11.04.2014.

edildikleri amaca uygun olarak tatbik edilmelerini engellemektedir. Zira mücbir sebep halleri veya geçersizlik hali *lex contractus*'a göre belirlenmektedir. İlgili doğrudan uygulanan kural neticesinde ortaya çıkan ifa imkansızlığının *lex contractus* uyarınca mücbir sebep olarak kabul edilmemesi, söz konusu kuralın tatbikinden menfaati olan taraf açısından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Benzer biçimde üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kurala aykırılığın sözleşmeyi geçersiz kılacak nitelikte bir değere ilişkin olup olmadığı *lex contractus*'a ait kamu düzeni uyarınca belirlenecektir⁴⁵⁹. Diğer bir ifadeyle bu kurallara hakemlerce etki tanındığı hallerde, söz konusu kuralların tatbiki *lex contractus* tarafından mümkün olmasına bağlı olmaktadır.

Taraf iradesinin üstünlüğü ilkesinden yola çıkan görüş uyarınca ise hakem tarafından uyuşmazlığın halinde sadece *lex contractus*'a ait kurallara başvurulabilecektir. Dolayısıyla bu görüşün taraftarları *lex contractus* dışında herhangi bir hukuk sistemine ait kurala istisna tanınmasına karşı çıkmaktadır⁴⁶⁰. Hakemlerin herhangi bir hukuk sisteminin kamu düzenine ilişkin menfaatlerini uygulamak yükümlülükleri olmadığı ve tüm sorumluluklarının taraflara karşı olduğu görüşü günümüzde terkedilmiş olmakla birlikte, gerek milli mahkeme kararlarında gerekse ulusal ve uluslararası düzenlemelerde üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının tatbikine ihtiyatlı yaklaşıldığı ve kanuni düzenlemelerde uygulamak yerine “etki tanımak” kavramına başvurulduğu gözlenmektedir⁴⁶¹.

4. YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİNDE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN ETKİSİ

Yabancı bir ülkede verilen hakem kararının bir başka ülkede sonuç doğurabilmesi ilgili kararın tanınması veya tenfizi edilmesini gerektirmektedir. İlk olarak yabancı hakem kararının tanıma işlemi mi yoksa tenfiz işlemine mi tabi olacağı belirlenmelidir. Bu hususun belirlenmesinde yabancı hakem kararının niteliği dikkate alınacaktır. İlgili kararın içeriğinde icrailik vasfı bulunması halinde tenfizi, aksi halde tanınması söz konusu olacaktır⁴⁶². Yabancı kararın tenfiz edilmesi üç

⁴⁵⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 287.

⁴⁶⁰ MAYER, (ARBITRATION) s. 280; HOCHSTRASSER, s. 71.

⁴⁶¹ Bkz. Roma Konvansiyonu m. 7; Roma I Tüzüğü m. 9; MTK m. 31; İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 19.

⁴⁶² AKINCI, (TAHKİM) s. 317.

sonuç ortaya çıkarmaktadır. Tenfiz işlemi neticesinde karar kesin hüküm ve kesin delil teşkil eder ve icra edilebilir hale gelir. Yabancı hakem kararının tanınması halinde ise karar sadece kesin hüküm ve kesin delil oluşturmaktadır. İcra edilebilirlik hali kararın tanınması durumunda söz konusu olmamaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde tenfiz, tanımayı da kapsayan bir kurumdur⁴⁶³.

Milletlerarası ticari tahkim yargılaması sonucunda ortaya çıkan hakem kararı tahkim yeri mahkemesine başvurularak kararın iptali istenildiği ve hakem kararını tanınması veya tenfizi talebiyle başvurulması hallerinde mahkeme önüne gelmektedir. Bu sebeple milli hukuk sistemlerine ait düzenlemelerde çoğunlukla yabancı hakem kararlarının iptal edilmesi, tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bununla birlikte 1958 tarihli New York Sözleşmesi de dünya genelinde bir çok ülkede kabul edilerek, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin ortak hükümler benimsenmesine hizmet etmiştir⁴⁶⁴. Gerek genel olarak milli hukuk sistemlerinde yer alan kurallar gerekse New York Sözleşmesi hükümleri uyarınca hakem kararlarının iptali veya tenfizinin reddi istisnai şartların varlığına bağlanmıştır⁴⁶⁵. Bununla birlikte mahkemelerce iptal veya tenfizin reddi kararı verilirken, davanın esasına girilmeyecektir. Bu durumun istisnasını ise kamu düzenine aykırılık hali oluşturmaktadır⁴⁶⁶. 2002 yılında Milletlerarası Hukuk Birliği tarafından Yeni Delhi’de gerçekleştirilen konferans sonunda verilen, milletlerarası tahkim kararlarının tenfiz engeli olarak kamu düzenine ilişkin raporda da aynı hususa temas edilmiş ve mahkemelerce hakem kararlarının tenfizi sırasında kamu düzeninin uygulanmasına ilişkin olarak önerilerde bulunulmuştur. Rapor kapsamında bir kararın kamu düzenine aykırılığını tespit ederken dikkate alınması gereken kamu düzeni kavramının, bir ülkeye ait ve ihlali halinde yabancı bir kanun, mahkeme veya hakem kararının tatbiki edilmemesi sonucu doğrudan milletlerarası kamu düzeni olması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁶⁷.

⁴⁶³ EKŞİ, N. (2009). Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, Sa. 1, (ICC) s. 55.

⁴⁶⁴ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi 1991 tarihinde 3731 sayılı kanunla kabul edilmiş ve milli hukuk sistemimizin parçası haline gelmiştir.

⁴⁶⁵ MAYER, P. & SHEPPARD, A. (2002). Final Report On Public Policy As A Bar To Enforcement of International Arbitration Awards, International Law Association New Delhi Conference Committee on International Commercial Arbitration, s. 2.

⁴⁶⁶ RADICATI DI BROZOLO, s. 53.

⁴⁶⁷ Raporda milletlerarası kamu düzeni kavramı ile milletlerarası kamu düzeninin kastedilmediği özellikle vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle raporda milletlerarası kamu düzeni kavramıyla anlatılmak

Bir kararın kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi, icrasına mani olacaktır. Tenfiz talebiyle karşılaşan mahkeme, söz konusu kararın bağlı olduğu devlet ve toplumda var olan kamu düzeni kuralları veya dünyada genel olarak kabul gören hukukun temel ilkelerine aykırılığını tespit ettiği hallerde bu talebi reddedecektir⁴⁶⁸. Bir ülkenin siyasi, ekonomik ve sosyal politikalarını yansıtan ve kapsamına giren uyuşmazlıklara uygulanmak üzere ihdas edilen doğrudan uygulanan kuralların da kamu düzeni kavramı içerisinde yer aldığı konusunda görüş birliği mevcuttur⁴⁶⁹. Milletlerarası Hukuk Birliği Yeni Delhi Konferansı raporunda tenfiz talebi sırasında dikkate alınması gereken milletlerarası kamu düzeni kavramına ilişkin yapılan tanımda⁴⁷⁰ bir ülkenin politik, ekonomik ve sosyal politika ve menfaatlerine ilişkin doğrudan uygulanan kurallara milletlerarası kamu düzeni kavramı içerisinde yer verilmiştir. Yine aynı raporda bu kurallara aykırılığın tenfiz talebinin reddine sebep olarak gösterilebileceği ifade edilmiştir⁴⁷¹.

4.1. Hakemlerin Tenfiz Edilebilir Karar Verme Sorumluluğu

Hakemlerin tenfiz edilebilir karar verme sorumluluğu gerek doktrinde gerekse tahkim kurumlarına ait kurallarda vurgulanmıştır⁴⁷². Zira kural olarak tahkim yargılaması sonunda taraflarca ortaya çıkan kararın bağlayıcılığının kabul edilerek, bu karar doğrultusunda hareket edileceği düşünülse ve tahkim kurumlarının kuralları uyarınca söz konusu kuralların kabulü ile verilen karara uyularak kararın esasına ilişkin olarak milli mahkemeler önünde temyize gidilmeyeceğinin taahhüt edildiği⁴⁷³ düzenlenmiş olsa da söz konusu hakem kararlarının tenfizi gerekebilmektedir. Bu aşamada ise kararın tenfiz edilebilir olup olmaması önem arz etmektedir.

Hakemlerin tenfiz edilebilir karar verme halinin bir sorumluluk olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte⁴⁷⁴, doktrinde bir

istenen birçok ülke tarafından kabul edilen ilkelerden oluşan milletlerüstü kamu düzeni kavramı değil, bir ülkenin sadece iç hukuk kurallarına ilişkin olmayan yabancı unsurlu hukuki olay ve ilişkiler açısından da geçerli olan kamu düzeni kavramıdır. MAYER & SHEPPARD, s. 3.

⁴⁶⁸ ŞANLI, (ULUSLARARSI TİCARİ AKİTLER) s. 394.

⁴⁶⁹ RADICATI DI BROZOLO, s. 53; ÖZEL, s. 189.

⁴⁷⁰ MAYER & SHEPPARD, s. 6.

⁴⁷¹ MAYER & SHEPPARD, s. 10.

⁴⁷² Bkz. MTO Tahkim Kuralları 2012 m. 41; Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Kuralları m. 32 f. 2.

⁴⁷³ Bkz. Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Kuralları m. 26 f. 9.

⁴⁷⁴ BLESSING hakemlerin verdikleri kararın tenfiz edilebilir olmasını gözetmeleri gerekmele birlikte, tahkim yargılaması sırasında tenfiz edilebilir karar vermekle hukuki olarak doğru bir karar

çok yazar tarafından hakemlerce karar verilirken ilgili kararın akıbetinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁷⁵. Tarafların tahkim prosedürüne başvurma sebepleri arasında zamandan tasarruf etmek, uyuşmazlığın konunun uzmanları tarafından ele alınmasını sağlamak ve yargılama prosedüründe söz sahibi olmak gibi hususlar bulunmakla birlikte yapılan yargılama sonucunda icra edilebilir bir karar ortaya çıkmaması tahkim prosedürüne duyulan güveni ve ihtiyacı dolayısıyla tahkim kurumunu zedeleyecektir. Bu bakımdan “tenfiz edilebilir karar verme” kavramına doktrinde, tahkim kurumlarına ait kurallarda ve tahkim sözleşmelerinde yer verilmektedir⁴⁷⁶.

Hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemelere hem milli hukuk sistemlerinde hem de uluslararası konvansiyonlarda yer verilmiştir. Bu konvansiyonlardan arasında New York Sözleşmesi, 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi, 1965 tarihli Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Washington Sözleşmesi (Washington Sözleşmesi)⁴⁷⁷ ve ülkeler arasında çeşitli ikili anlaşmalar yer almaktadır. Gerek milli hukuklarda, gerekse uluslararası konvansiyonlarda hakem kararının tenfizinin reddine ilişkin şartlar dar olarak düzenlenmiştir. Buna göre bir hakem kararının tenfiz edilebilmesi için genel olarak kararın, yargılama sırasında uygulanan usul kurallarının gerektirdiği şekli şartlara sahip olması⁴⁷⁸, tahkim yargılamasının taraflarca kararlaştırılan veya taraflarca kararlaştırılmamış ise tahkim yeri hukukuna ait prosedüre uygun olarak gerçekleştirilmesi, kararın esasa uygulanacak hukuka uygun olarak verilmiş olması⁴⁷⁹ gerekmektedir⁴⁸⁰.

vermek arasındaki dengeyi kurmaları gerektiğini söylemektedir. BLESSING, (EXTRATERRITORIAL APPLICATION) s. 61; BOOG, C. & MOSS B. (2013). The Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Duty to Render An Enforceable Award. Kluwer Arbitration Blog, (<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2013/01/28/the-lazy-myth-of-the-arbitral-tribunals-duty-to-render-an-enforceable-award/>) erişim tarihi, 23.04.2014.

⁴⁷⁵ MAYER, (ARBITRATION) s. 284; LAZAREFF, s. 554; BLESSING, (EXTRATERRITORIAL APPLICATION) s. 60.

⁴⁷⁶ HOVARTH, G. J. (2001). The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award. Journal of International Arbitration, Vol. 18, Is. 2, s. 136.

⁴⁷⁷ 1965 tarihli Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Washington Sözleşmesi 27.05.1988 tarihli ve 3460 sayılı kanunla onaylamıştır. R.G. 06.12.1988-20011.

⁴⁷⁸ Milleterarası konvansiyonlar, milli hukuklar, tahkim kurumlarına ait kurallar veya tahkim sözleşmesi uyarınca kararın şekli şartları farklı içeriklere sahip olabilmektedir.

⁴⁷⁹ Birçok uluslararası sözleşme ve milli hukuk düzenlemelerinde esasa uygulanacak hukuka aykırılığa iptal sebebi olarak yer verilmemiştir. Bkz. 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi m. 9. Yine MTK'da hakem kararlarının iptal sebeplerine yer verilen m.15'te de esasa uygulanacak hukuka

Genel olarak kabul edilen tahkim kararının tenfizi için bulunması için gerekli olan yukarıda yer verilen şartların yanında, tenfiz prosedürü sırasında herhangi bir problemle karşılaşılması adına uyuşmazlıkla bağlantılı olan doğrudan uygulanan kuralların dikkate alınmış olması da önem teşkil etmektedir. Buna göre, hakem heyetinin karar verirken tahkim yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralları da dikkate alması gerekmektedir. Aksi halde tahkim yargılaması neticesinde verilen kararın iptali söz konusu olacaktır. Bu halde ise hakem kararı tahkim yerinde icra edilemeyecek ayrıca icra kabiliyetini haiz olmaması sebebiyle başka ülkelerde tenfiz edilemeyecektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde hakemler tahkim yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralları tatbik etmek zorunda olmamakla birlikte, kararın tenfizi açısından bu kuralların dikkate alınmaması halinde ortaya çıkabilecek sonuçları değerlendirmeleri gerekmektedir⁴⁸¹. Hakem kararının tenfize etki edebilecek bir diğer husus ise muhtemel tenfiz ülkesinin hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kurallardır. Uygulamada muhtemel tenfiz ülkesi genellikle borçlunun mallarının bulunduğu yer ülkesi olmaktadır. Bu sebeple muhtemel tenfiz ülkesinin birden fazla olması söz konusu olabilmektedir. Kararın söz konusu ülkelerde tenfizi için hakemlerce bu ülkelere ait doğrudan uygulanan kuralların göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁴⁸². Zira ilgili doğrudan uygulanan kapsamına giren uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması veya o doğrudan uygulanan kuralın tatbik edilmemesinin kamu düzenine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle tenfiz

aykırılık hali iptal sebebi olarak yer almamaktadır. Bununla birlikte hakem tarafından esasa uygulanacak hukukun açıkça dikkate alınmadığı gerekçesiyle hakem kararının iptaline hükmedilen mahkeme kararları mevcuttur. Bkz. Yusef Ahmed Alghanim & Sons, W.L.C. v. Toys “R” Us, Inc., 126 F.3d 15 (2d Cir. 1997), (http://www.hallboothsmith.com/documents/articles_whitepapers/FTD-1009-SheinisWingate.pdf) erişim tarihi, 23.04.2014; WARE, s. 724.

⁴⁸⁰ HOVARTH, s. 144-146.

⁴⁸¹ İsviçre’de görülen MTO tahkim yargılamasında yapılan cezai tazminat talebi hakem heyeti tarafından zararın tazminini açacak şekilde hatalı tarafın cezalandırılmasına yönelik olarak hükmedilen tazminat bedellerinin İsviçre kamu düzenine aykırı olduğu, dolayısıyla esasa uygulanacak hukuk söz konusu tazminata cevaz verse dahi, tahkim yeri hukukunda yer alan bu halin dikkate alınması gerektiği, zira cezai tazminata ilişkin hakem kararlarının İsviçre’de tenfizinin mümkün olmayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. ICC Case No. 5946 (1990), nakleden REDFERN, A. & HUNTER, M. & BLACKABY, N. & PARTASIDES, C. (2004). Law and Practice of International Commercial Arbitration. 4th Ed., Sweet & Maxwell, s. 357, (<http://books.google.com.tr/books?id=9mBqDaSB-ZwC&pg=PA357&lpg=PA357&dq=ICC+case+5946+punitive+damages&source=bl&ots=lAnf1cc62h&sig=8e-jcmadk9hprvqYtIRaedIYo7E&hl=tr&sa=X&ei=YWFjU62cKuLe7Abqn4HQDg&ved=0CCgQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>) erişim tarihi, 24.04.2014.

⁴⁸² HOCHSTRASSER, s. 86. Huysal, tahkimin birden çok devletle bağlantılı olduğu dikkate alındığında müdahaleci kuralların uygulanması bakımından tenfiz edilebilirliğin sağlıklı bir ölçüt olmadığını zira hakemlerden verilen kararın hangi devlet yargısının tenfiz prosedürüne tabi tutulacağı tahmin etmelerini beklemenin doğru olmadığını belirlemektedir. HUYSAL, s. 148.

edilememesi ihtimal dahilindedir. Burada hakemler tarafından muhtemel tenfiz ülkesine ait doğrudan uygulanan kuralların dikkate alınması gerekliliği tamamen pratik nedenlerden kaynaklanmaktadır. Zira tenfiz edilebilir karar verilmesi tahkim kurumunun sürekliliği açısından önem teşkil etmektedir⁴⁸³.

Gerek milli kanunlarda gerekse tahkim kurumlarına ait kurallarda hakemlerin sorumluluğu, reddi ve görevlerinin sona ermesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemeler hakemlerin tenfiz edilebilir karar verme konusunda sorumlu olduklarına işaret etmemektedir⁴⁸⁴. Doktrinde hakemlerin bu husustaki sorumluluğuna ilişkin olarak sıkça kaynak olarak gösterilen tahkim kurumlarına ait kurallarda dahi hakemlerin bu konuda açıkça bir sorumluluk yüklenmemiş, sair kararın tenfiz edilebilir nitelikte olması için tahkim kurumu, hakem ve taraflarca her türlü makul çabanın gösterileceği düzenlenmiştir⁴⁸⁵. Diğer bir ifadeyle söz konusu kural hakem açısından bir sorumluluk teşkil etmekten çok ilgili kurallarda düzenlenmeyen hususlar açısından genel bir kural oluşturmaktadır⁴⁸⁶.

Ayrıca pratikte bu sorumluluğun uygulanması zorluk teşkil edecektir. Zira davacı tarafca yargılama neticesinde verilen kararın davalının malvarlığının likidite edilebileceği bir yerde tenfiz edilebilir olması önem arz etmektedir. Bununla birlikte söz konusu karar davalının mallarının bulunduğu ülkede tenfiz edilebilir olmayıp bir başka ülkede tenfizi mümkün olursa hakemin sorumluluğunun ortadan kalkıp kalkmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki her ne kadar taraf iradesi ile bağlı olsalar da bir yargılama faaliyeti gerçekleştiren hakemlerin karar verirken muhtemel tenfiz ülkesinin ilgili kurallarını dikkate almaları, özellikle tahkim prosedürünün devamlılığı göz önüne alındığında, meşru bir beklenti olmakla birlikte bunu bir sorumluluk olarak nitelendirmek yerinde olmayacaktır.

⁴⁸³ HOVARTH, s. 148.

⁴⁸⁴ Örnek olarak MTK'da yer alan "Hakem sayısı, seçimi, reddi, sorumluluğu, görevini sona ermesi ve yetkisi" başlıklı m. 7'nin hakemin sorumluluğuna ilişkin f. E'de "Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür" denmektedir. Görüldüğü üzere hakemin sorumluluğu tenfiz edilebilir karar vermesine değil, haklı bir neden olmaksızın hakemlik görevini yerine getirmekten kaçınmasına bağlanmıştır.

⁴⁸⁵ Bkz. MTO Tahkim Kuralları 2012 m. 41; Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Kuralları m. 32 f. 2.

⁴⁸⁶ BOOG & MOSS, s. 1; DREAINS, Y. & SCHWARTZ, E. (2005). A Guide To The ICC Rules of Arbitration. 2nd Ed., Kluwer Law International, s. 384.

4.2. Hakem Kararlarının Tenfizinde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi

Yukarıda değinmiş olduğumuz üzere hakem kararları kural olarak kesin ve taraflar açısından bağlayıcıdır. Bununla birlikte bu kararların dar olarak düzenlenmiş bulunan istisnai hallerde iptal edilmesi veya tenfizine ilişkin talebin reddedilmesi söz konusu olmaktadır. Kural olarak tenfiz talebi üzerine mahkeme iki hal dışında uyuşmazlığın esasına ilişkin bir değerlendirme yapamamaktadır. Bu iki hal ise söz konusu kararın kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi veya kararın tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin olması yahut tahkim anlaşmasının sınırlarını aşmasıdır⁴⁸⁷. Doğrudan uygulanan kuralların tenfiz engeli olarak etkisinin görüldüğü hal ise kararın kamu düzenine aykırı olduğu sebebiyle tenfizi talebinin reddedilmesidir. Zira doğrudan uygulanan kurallar ait oldukları hukuk sisteminin sahip olduğu kamu düzeninin bir parçasını oluşturmaktadır. Tenfiz mahkemesi kararın kamu düzenine aykırılığını resen inceleyecek ve bu yönde kanaat oluşturması halinde tenfiz talebini reddedebilecektir⁴⁸⁸.

Milletlerarası Hukuk Birliği tarafından milletlerarası tahkim kararlarının tenfiz engeli olarak kamu düzenine ilişkin raporda doğrudan uygulanan kuralların tenfiz engeli içerisindeki yerine de değinilmiştir. Birlik, mahkemelerin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin talepleri reddetme hakkını kabul etmekle birlikte, burada söz konusu olan kamu düzeni kavramının daraltılarak, ihlali halinde yabancı hukukun tatbikini veya hakem kararının icrasını engelleyecek milletlerarası kamu düzeni⁴⁸⁹ olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁹⁰.

Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK m. 50 vd. düzenlenmiştir. Ayrıca yabancı hakem kararlarının tenfizinin reddi sebeplerine m. 62’de yer verilmiştir. Buna göre m. 62 f. 1 (b) uyarınca hakem kararının genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı olması tenfiz engeli teşkil etmektedir. Gerek mülga 2675 sayılı MÖHUK’ta gerekse, MÖHUK’ta, New York Sözleşmesi m. 5 f. 2 (b)’de yer alan hakem kararının tenfizi talebinin reddini, “öne

⁴⁸⁷ Bkz. New York Sözleşmesi m. 5.

⁴⁸⁸ EKŞİ, (ICC) s. 59.

⁴⁸⁹ ÖZEL, s. 174.

⁴⁹⁰ MAYER & SHEPPARD, s. 2-3.

sürüldüğü memleketin kamu düzenine aykırı olmasını” öngören düzenleme benimsenmemiştir. Kanun hükümde özellikle öne sürüldüğü memleketin kamu düzenine aykırılık hali aranmadığından, ilgili ifade milletlerarası kamu düzenini de içerecek niteliktedir⁴⁹¹.

Milletlerarası Hukuk Birliği'nin raporunda milletlerarası kamu düzenine aykırılık halinin tenfiz talebinin reddine sebep olabileceği ifade edilmiş ve bir ülkeye ait milletlerarası kamu düzenini yansıtan kurallar arasında ülkenin siyasi, sosyal veya ekonomik çıkarlarına hizmet eden doğrudan uygulanan kurallara da yer verilmiştir. Böylece bahsi geçen kurallar milletlerarası kamu düzeni kapsamında sayılarak iç hukuk ilişkileri için ihdas edilmiş, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmayan doğrudan uygulanan kurallar ayrı tutulmak istenmiştir⁴⁹². Raporun kamu düzenine ilişkin tavsiyeleri arasında ise milletlerarası kamu düzenine ilişkin doğrudan uygulanan kural tanımı yapılmış ve sadece bu niteliğe sahip olan bir doğrudan uygulanan kuralın tenfiz engeli teşkil edebileceği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, iç hukuk düzeni içerisinde yer alan ve taraflarca aksi kararlaştırılmayan kurallar for hukukuna, lex contractus'a, ifa yeri hukukuna veya tahkim yeri hukukuna ait olsalar dahi tenfiz engeli teşkil etmeyecektir⁴⁹³.

Raporda New York Sözleşmesi⁴⁹⁴, Model Kanun⁴⁹⁵, Brüksel Konvansiyonu⁴⁹⁶ gibi düzenlemelerle yer aldığı üzere kamu düzeninin ihlali gerekçesiyle tenfiz ve tanıma taleplerinin reddinin mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte, mahkemelerin milli kamu düzenlerinin ihlalini yabancı hakem kararlarının tenfizini engellemek amacıyla kullanmasının önüne geçmek amacıyla kamu düzeni kavramının dar yorumlanarak, tenfiz ülkesine milletlerarası kamu düzenine ihlal halinin dikkate alınması gerektiğini savunmuştur⁴⁹⁷. Bizce de bu ayırım, tenfiz talebinin reddedilmesinin istisnai hallerde söz konusu olması ve mahkemelerin takdi

⁴⁹¹ KALPSÜZ, s. 190.

⁴⁹² MAYER & SHEPPARD, s. 6.

⁴⁹³ MAYER & SHEPPARD, s. 10.

⁴⁹⁴ Bkz. New York Sözleşmesi m. 5.

⁴⁹⁵ Bkz. Model Kanun m. 36.

⁴⁹⁶ Bkz. Brüksel Konvansiyonu m. 27.

⁴⁹⁷ New York Sözleşmesi m. 5 f. 2 (b) uyarınca hakem kararının tenfiz ülkesinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi tenfiz talebinin reddi için gerekçe oluşturmaktadır. Böylece milli kamu düzenlerinin hakem kararlarının tenfizine müdahalesi kabul edilmiştir. Mahkemelere tenfiz talebinin reddi açısından geniş takdir yetkisi veren bu hal ise eleştirilmiş ve buradaki kamu düzenine aykırılığın dar yorumlanması gerektiği savunulmuştur. AKINCI, (TENFİZ) s. 161.

yetkilerini kötüye kullanarak, kamu düzenini tenfiz talebinin reddi için bir bahane olarak kullanmalarını önlemek açısından yerindedir.

4.2.1. Tenfiz Mahkemesi Tarafından Doğrudan Uygulanan Kurallara İlişkin Olarak Yapılacak İnceleme

Mahkeme tarafından hakem kararının tenfizine ilişkin talebin incelenmesi sırasında doğrudan uygulanan kurallara aykırılığın tespit edilmesi halinde mahkeme, bu aykırılığın kamu düzenini ihlal edici nitelikte olup olmadığına karar verecektir.

Kamu düzenin ihlali tenfiz engeli teşkil etmekle birlikte her doğrudan uygulanan kurallara her aykırılık, kamu düzeninin ihlali sonucunu doğurmamaktadır. Doktrinde kamu düzeni ve hakem kararlarının etkinliği arasında dengenin kurulabilmesi için kamu düzenine, yani doğrudan uygulanan kurallara aykırılığın esaslı ve somut olması gerektiği hususunda görüş birliği mevcuttur⁴⁹⁸. Diğer bir ifadeyle kamu düzeninin ihlali sebebiyle tenfiz engelini ortaya çıkabilmesi için hakem kararının bahsi geçen doğrudan uygulanan kuralın amaçlarını tehlikeye düşürmüş olması gerekmektedir. Bir doğrudan uygulanan kuralın hatalı olarak uygulanması, hiç uygulanmaması veya tenfiz mahkemesinin kararlarında benimsenen bakış açısına aykırı olması tek başına kamu düzeni ihlali sonucuna ulaşmakta yeterli olmamaktadır. Söz konusu ihlal aynı zamanda ciddi ve ilgili kurallarla elde edilmek istenen menfaatleri ortadan kaldırır nitelikte olmalıdır⁴⁹⁹.

Niteliği itibariyle geniş, değişken ve muğlak bir kavram olan kamu düzenine aykırılık halinin hangi hallerde esaslı ve somut olduğunu belirlemek zorluk teşkil etmektedir. Burada tenfiz mahkemesi ihlal edilen doğrudan uygulanan kuralın korumakta olduğu menfaati, bu ihlalin kamu düzeni açısından yarattığı sonuçları ve hakemin söz konusu ihlali ilgili kuralı bertaraf etmek amacıyla gerçekleştirip gerçekleştirmediğini dikkate almak suretiyle takdir yetkisini kullanması mümkündür⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ RADICATI DI BROZOLO, s. 60.

⁴⁹⁹ RADICATI DI BROZOLO, s. 61.

⁵⁰⁰ Milletlerarası hukuk birliği tarafından yayınlanan raporda da benzer kriterlere yer verilerek, tenfiz mahkemesinin sadece, ilgili hakem kararı ile ait olduğu hukuk sisteminde yer alan kamu düzeni kuralı ile yasaklanan bir sonuca varılmasının, aykırı şekilde karar verilen kuralın inceleme konusu durumu kapsamı ve kararın tanınması veya tenfizinin kural ile korunmak istenen temel politik, sosyal veya

4.2.1.1. Yapılacak İncelemenin Kapsamı

Hakem kararlarının tenfizine ilişkin incelemenin sınırlı tutularak, uyuşmazlığın tekrar görülmesi seviyesine ulaşmaması gerekmektedir. Bununla birlikte, incelemenin doğrudan uygulanan kurallarla korunan politikaların ihlalini caydırıcı nitelikte olabilmesi için özlü olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle mahkeme, doğrudan uygulanan kuralların yanlış uygulanması veya hiç uygulanmaması neticesinde meydana gelen kamu düzenine aykırılığı saptayabilecek derinlikte bir inceleme yürütmelidir⁵⁰¹.

Tenfiz mahkemesinin, hakem kararına katılmadığı, hükmün veya kararın gerekçesinin doğru olmadığı, vakaların doğru yorumlanmadığı gerekçesiyle veya hakemlerce doğrudan uygulanan kuralın uyuşmazlığı kapsamına almaması sebebiyle tatbik edilmeyeceğine karar verilmesi sebebiyle tenfiz talebini reddetmesi mümkün değildir. Buna karşın, hakem kararının gerekçesinin incelenmesi sonucunda hakemin, doğrudan uygulanan kuralın ihlaline hükmettiği veya bu yöndeki tutumu görmezden geldiğinin anlaşılması halinde, uyuşmazlığa ilişkin vakaların ve uygulanan hukukun kapsamlı olarak ele alınmasına gerek kalmaksızın mahkeme tarafından tenfiz talebi reddedilebilecektir. Bununla birlikte bazı istisnai hallerde, yani hakem kararının gerekçesinin analizinin tenfiz mahkemesinin kararın kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğini değerlendirebilmesi için yeterli olmadığı hallerde, mahkeme tarafından daha kapsamlı bir inceleme yapılması mümkün olacaktır. Bu istisnai hallere örnek olarak kararların tenfiz mahkemesince hakem tarafından doğrudan uygulanan kurula değinilip değinilmediğinin dahi anlaşılamayacak şekilde özensiz yazıldığı haller, hakemlerin verdikleri karar ile doğrudan uygulanan kuralların bertaraf edilmesi amacına hizmet ettiği şüphesini uyandıran haller ve doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmediği ve hakemlerce resen dikkate alınmadığı haller gösterilebilir⁵⁰².

Yukarıda değinildiği üzere, prensip olarak tenfiz mahkemesinin tahkim kararı üzerinde yaptığı inceleme sınırlı olarak gerçekleştirilmelidir. Ancak söz konusu inceleme bakımında mahkemelerin takdir yetkileri mevcuttur. Bu takdir yetkisinin

ekonomik menfaatleri açıkça bozduğu hallerde tanıma ve tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiği salık verilmiştir.

⁵⁰¹ RADICATI DI BROZOLO, s. 62.

⁵⁰² RADICATI DI BROZOLO, s. 64.

sınırını ise yine o tenfiz mahkemesinin ait olduğu hukuk düzeninde bu yönde mevcut bulunan kanuni düzenlemeler oluşturacaktır.

4.2.2. Tenfiz Mahkemesi Tarafından Yapılacak İncelemede Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi

Tenfiz mahkemesi tarafından yapılacak inceleme sırasında kamu düzenini ihlal eden bir halin tespit edilmesi durumunda, mahkeme tenfiz talebini reddedecektir. Ülkelerin siyasi, sosyal ve ekonomik politikalarına ilişkin kurallar olan ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ne olursa olan tatbik edilen doğrudan uygulanan kurallar da tahkim kararlarının tenfizi bakımından kamu düzeni kavramı içerisinde kabul edilmektedir. Bir başka deyişle tenfiz mahkemesi tarafından ilgili doğrudan uygulanan kurallara aykırılık tespit edildiği hallerde bu durum kamu düzeninin ihlali gerekçesiyle tenfiz talebinin reddiyle sonuçlanabilecektir.

4.2.2.1. For Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Yabancı bir hakem kararına ilişkin olarak tanıma veya tenfiz talebi üzerine yapılacak incelemede kararın for hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına uygunluğunun denetlenip denetlenmeyeceği doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Alman hukukunda hakem kararlarının tenfizi talebine ilişkin yapılan incelemede esas alınan kamu düzeninin, for hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralları da içerdiği kabul edilirken, İsviçre’de iki farklı görüş mevcuttur. Bir grup yazar uyuşmazlığın İsviçre ile sıkı ilişki içerisinde olması halinde for hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların inceleme sırasında dikkate alınacağını savunurken, diğer grup yazarlar ise uyuşmazlıkla ilgili for hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların, for hukukunun kamu düzenine ilişkin temel bir ilkesini yansıttığı hallerde hakem kararının tenfizine ilişkin incelemede dikkate alınacağını savunmuştur⁵⁰³.

Amerikan hukukunda for hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların tenfiz incelemesi sırasında dikkate alınacağı hususu, Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth Inc. davasında, New York Sözleşmesi m. 5 f. 2 (a) uyarınca Amerikan Antiturst mevzuatının doğru şekilde uygulanıp uygulanmadığının kontrol edilebileceği yönündeki kararlar kabul edilmiştir.

⁵⁰³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 295.

Daha önce değinilmiş olduğu üzere Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin reddi sebepleri m. 62 ve Türkiye'nin kabul ettiği New York Sözleşmesi m. 5'te sınırlı olarak düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede Türk hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara aykırılığın tanıma veya tenfiz talebinin reddine yol açacağı yönünde bir hüküm bulunmamakla birlikte, doğrudan uygulanan kuralların uygulanacak hukuk ne olursa olsun kapsamlarına giren her türlü uyuşmazlığa tatbik edilmek üzere ihdas edilen, devletin sosyal, siyasi ve ekonomik politikalarını yansıtan kurallar olduğu dikkate alındığında, bu kuralların tenfiz engelleri arasında yer alan kamu düzeni kapsamında değerlendirilerek aykırılığın tenfiz veya tanıma talebinin reddi sonucunu doğurabileceğini söylemek mümkündür.

4.2.2.2. For Hukuku Dışındaki Yabancı Bir Hukukun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Yabancı bir hakem kararının tanınması veya tenfizi talebiyle başvuru mahkemenin bu talebi değerlendirirken, kararın for hukuku dışındaki yabancı bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarına uygunluğunu dikkate alıp almayacağı, doğrudan uygulanan kuralların tenfiz üzerindeki etkisinin görüldüğü bir diğer haldir. Burada değerlendirilecek husus, kararın tenfiz edilebilirliği açısından dikkate alınan kamu düzeni kavramına ilişkin denetimin for hukuku dışındaki yabancı bir hukuka ait doğrudan uygulanan kuralları da kapsayıp kapsamadığıdır.

Fransız, İsviçre ve Amerikan hukuku uyarınca, ihlali söz konusu olan doğrudan uygulanan kuralların for hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallarla aynı veya benzer çıkarları koruması yahut aynı amaçlara yönelik olması halinde, ilgili yabancı hukuka ait doğrudan uygulanan kuralın ihlalinin tanıma veya tenfiz talebinin reddi sebebi oluşturduğu görülmektedir⁵⁰⁴. İsviçre hukukuna tabi olan ve İsviçre'de tahkim yoluyla görülen Hilmarton v. OTV davasında yabancı hukuka ait doğrudan uygulanan kural iptal sebebi oluşturmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi, rüşvetin engellenmesi amacıyla tüm aracılık sözleşmelerinin yasaklanmasını öngören Cezayir kanununun, devletin dış ticaret üzerinde tekel oluşturmasını sağlamaya yönelik, sözleşme özgürlüğünü aşırı kısıtlayan bir kanun olduğu ve bu kanunun dikkate alınması sonucu verilen hakem kararını keyfi olduğu gerekçesiyle iptal kararı

⁵⁰⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 297.

vermiştir.⁵⁰⁵ Böylece mahkeme, ülkesinin politikalarıyla çelişen amaçlara hizmet eden yabancı hukuka ait doğrudan uygulanan kuralın dikkate alınmayacağını ortaya koymuş olmuştur⁵⁰⁶.

Türk hukukunda, yabancı bir hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kurallara aykırılık içeren bir hakem kararının tanıma veya tenfizine ilişkin talebin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilebileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte diğer hukuk sistemlerinde söz konusu kurallara aykırılığın, bu kuralların for hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallar ile uyum içinde olduğu hallerde tenfiz engeli olarak kabul edildiği dikkate alındığında, mahkeme tarafından yapılan incelemede esas olarak, bu kurallar ile ortaya konan ve for hukuku devleti tarafından da benimsenen sosyal, politik ve ekonomik değer ve menfaatlerin korunması gözetilmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu kuralları ihlal eden bir hakem kararının tanınması veya tenfizi, for hukuku tarafından da paylaşılan sosyal, siyasi ve ekonomik değerlerin ihlali neticesini doğuracağından aynı zamanda for hukukuna ait kamu düzenini de dolaylı olarak ihlal etmiş olacaktır⁵⁰⁷. Böylece, kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, Türk hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallarla benzer amaçlara sahip olan, yabancı bir hukuk sisteminin doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olarak verilen hakem kararı ile meydana gelen kamu düzenine aykırılık, aynı zamanda Türk kamu düzenine de aykırılık teşkil edeceğinden, hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tanınması veya tenfizinin reddedilmesi mümkün olabilecektir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ GAILLARD & SAVAGE, s. 854; ÖZEL, s. 130.

⁵⁰⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 298.

⁵⁰⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 299.

⁵⁰⁸ Kural olarak Türk hakiminin sadece kendi ülkesinin kamu düzenini dikkate alabileceği kabul edilmekle birlikte, yabancı hukukun kamu düzenine aykırılığın aynı zamanda Türk toplumunun ahlak ve dürüstlük anlayışını ihlal etmesi gibi istisnai hallerde, yabancı kamu düzeninin müdahalesi dikkate alınabileceğini, ancak burada aslında sadece Türk Kamu düzeninin etkisini göstermiş olacaktır. NOMER, s. 177.

SONUÇ

Taraf iradesini ortadan kaldıran etkisiyle doğrudan uygulanan kurallar, kapsamlarına giren hukuki ilişki ve olaylarda sözleşme serbestisinin sınırı olarak ortaya çıkmaktadır. Geçtiğimiz dönemde bu kuralların gerek devlet yargısındaki gerekse milletlerarası ticari tahkimdeki etkileri sıkça inceleme konusu olmuştur.

20. yüzyılın içerisinde milletlerarası özel hukuk literatürüne giren doğrudan uygulanan kurallara milli hukuk sistemlerinde ve milletlerarası metinlerde yer verilmiştir. For hukuku ve *lex causea*'ya ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceğine ilişkin doktrin ve uygulamada görüş birliği mevcut olmakla birlikte, üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacak ise bunun ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Özellikle, 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'nda üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin konulan kural belirsizlik içerdiği gerekçesiyle çokça tartışmalara yol açmış, bazı ülkeler tarafından metnin ilgili maddesine çekince koyulmuştur. Avrupa Birliği mevzuatında yer alan metinlerin tüzük haline getirilmesi sürecinde düzenlenen 2008 tarihli Roma I Tüzüğü'nde ise daha önce yapılan eleştiriler doğrultusunda madde metninde değişikliğe gidilerek, üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması, ilgili kuralın sözleşmenin ifa edileceği ülkeye ait olması ve sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hale getirilmesi halleriyle sınırlandırılmıştır. Böylece “yakın ilişki” ve “etki tanıma” gibi geniş ve içerikleri açık olmayan kavramlara dayandığı gerekçesiyle uygulamasından kaçılan madde hükmünde, üçüncü ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına imkan verecek yeni bir düzenleme getirmek yerine, tatbik alanının daraltılmasıyla yetinilmiştir.

Devletlerin siyasi, sosyal ve ekonomik politikalarını yansıtan ve düzenledikleri konuya ilişkin mevcut menfaat ve değerleri, somut olayın özelliklerini dikkate almaksızın, korumak için ihdas edilen doğrudan uygulanan

kuralların sözleşmeler alanındaki etkisini, ifa yeri hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile sınırlı tutmak kuralların ortaya çıkış amacıyla çelişki teşkil etmektedir. İlgili düzenleme ile hangi üçüncü ülkenin menfaatlerinin doğrudan uygulanan kurallarla korunacak kadar önemli olduğu, somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın sınırlandırılmış olmaktadır. Bununla birlikte, Roma Konvansiyonu'nun yürürlükte olduğu ve ilgili madde uyarınca sözleşmeyle yakın ilişki içerisinde bulunan üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasına cevaz verilen dönemde dahi, mahkemeler tarafından bu hükmün işletilmediği gözlenmiştir.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenlemeye ilk defa 5718 sayılı MÖHUK'ta yer verilmiştir. İlgili kanun kapsamında Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının ve üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının tatbiki iki ayrı hükümle kural altına alınmıştır. Söz konusu kanun Roma I Tüzüğü metninin tamamlanmasından yaklaşık bir sene önce yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin olarak Roma Konvansiyonu'nda yer alan kurala benzer bir düzenleme getirilmiş ve ilgili kanunda, düzenlemenin içeriğinden kaynaklanan zorluklar sebebiyle, uygulaması olmadığı bilinen atıl bir hükme yer verilmiştir.

Doğrudan uygulanan kurallara, 5718 sayılı MÖHUK'tan önceki kanunlarda yer verilmiş olmamakla birlikte, ilgili dönemde doktrinde bu kuralların lex causae kapsamında maddi vakıa olarak dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak mevcut yargı kararlarında bu kuralların doğrudan tatbik edilmesi yerine, bu kuralların kamu düzeni gerekçesiyle uygulandığı görülmektedir.

Devlet yargılamasında olduğu gibi, milletlerarası ticari tahkim prosedüründe doğrudan uygulanan kuralların tatbiki de çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmaların temelinde ise doğrudan uygulanan kuralların tatbikinin, tahkim kurumunun sac ayaklarından birini oluşturan ve prosedürün her alanında var olan taraf iradesinin üstünlüğü ilkesine zarar vereceği düşüncesi yatmaktadır. Doğrudan uygulanan kuralların, milletlerarası ticari tahkimde devlet müdahalesinin genişlemesine hizmet ettiği kaygısını taşıyan bu görüş uyarınca, herhangi bir hukuk sisteminin organı veya temsilcisi olmayan hakemlerin, yargılama faaliyetini sadece taraf iradeleri uyarınca gerçekleştirmeleri gerektiği ileri sürülmüştür.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında, taraf iradesinin üstünlüğü gerekçesiyle doğrudan uygulanan kuralların tatbikinden kaçınmanın devletlerin tahkime olan olumlu bakış açısını zedeleyeceğini savunan görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüş uyarınca, doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenen alanların tahkime elverişsiz olduğu gerekçesiyle hakem kararlarının iptal edilmesi veya bu kuralların tatbik edilmemesinin kamu düzeninin ihlal edilmesi olarak değerlendiren mahkemeler tarafından tenfiz taleplerinin reddedilmesi halinde tahkim kurumu zarar görecektir.

Tahkim kurumunun özellikleri gereği, hakemlerin herhangi bir devletin kamusal menfaatlerini korumakla yükümlü olmadıkları kabul edilmekle birlikte, tahkim prosedürü aracılığıyla da bir yargılama faaliyeti gerçekleştirildiğinin göz ardı edilerek, milli hukuk düzenleri ile hakem kararının ortaya çıkışından sonra girilecek etkileşimin göz ardı edilmesi tarafların icra kabiliyeti olmayan kararlar elde etmiş olmaları riskini beraberinde getirecektir.

Doğrudan uygulanan kuralların tahkim prosedürü sırasında hakemlerce tamamen yok sayılmayacağı gerçeğinin kabulü ile bu kuralların hakemler tarafından ne şekilde tatbik edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Devlet yargılamasında olduğu gibi milletlerarası ticari tahkim prosedüründe de hakemlerin hangi ülke hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralları tatbik edeceği çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan *lex contractus*'a ait doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce tatbik edileceği hususunda görüş birliği mevcut iken, *lex contractus* dışındaki hukuk sistemlerine ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi bakımından farklı yaklaşımlar ortaya konmuştur. Bu yaklaşımlar arasında yer alan ve bizim de katıldığımız tatbik edilecek doğrudan uygulanan kuralın belirlenmesinde hakeme takdir yetkisi tanınması gerektiğini savunan görüş uyarınca, hakem somut olayın özelliklerini dikkate alarak hangi doğrudan uygulanan kuralın tatbik edileceği hususunda takdir yetkisini kullanacaktır. Gerek karar ahengi sağlanması gerekse hakemlere tanınan bu geniş takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesi amacıyla doktrinde, söz konusu takdir yetkisinin kullanılması sırasında dikkate alınacak çeşitli kriterlere yer verilmiştir.

Doğrudan uygulanan kurallara milletlerarası ticari tahkimde yer verilmesi gerekliliği açık olmakla birlikte, söz konusu kuralların hakemlere dayatılması

hakkaniyete uygun olmayacaktır. Nasıl ki milli mahkemeler tarafından for hukuku dışında kalan doğrudan uygulanan kuralların tatbiki olağan karşılanıyor, hatta yapılan düzenlemeler aracılığıyla uygulanacak kuralların çerçevesi daraltılıyor ise, hakemlerin de kararlarının akıbetine ilişkin korkuları sebebiyle veya milletlerarası ticari tahkim kurumunun sürdürülebilirliğini sağlamak için karşılarına çıkan tüm doğrudan uygulanan kuralları tatbik etmelerini beklemek yerinde olmayacaktır. Burada hem meydana gelen uyuşmazlığın çözümlenmesi için talepte bulunan tarafların, hem de bazı alanlarda kendi yargılama yetkilerini paylaşarak, ortaya çıkan kararların meşruluğunu kabul eden devletlerin hakem yargılamasına güven duymaları gerekmektedir. Ancak söz konusu takdir yetkisi de sınırsız olmayacak ve yine milli mahkemelerin incelemesine tabi tutulacaktır.

Uluslararası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde gün geçtikçe daha sık başvurulmuş tahkim yargılamasından tarafların en öncelikli beklentileri olan tenfiz edilebilir bir karar elde edilmesini sağlamak ve milli hukuk sistemlerinde bu yargılama yöntemine imkan veren yasal düzenlemelerin mevcudiyetini temin etmek amacıyla, hakemler tarafından taraf iradeleri ile devlet menfaatleri arasında bir denge kurularak, gerçekleştirilen yargılama faaliyeti sırasında doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKIN, Ş. (1989). “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerinde Etkisi”. MHB. C. 9, Sa. 2, ss. 99-102
- AKINCI, Z. (1992). *Tarafların Yetkili Hukuku Belirleyememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:28.
- AKINCI, Z. (1992). “The Public Policy Concept in Conflict of Laws”. *Argumentum*. Y. 3. Sa. 27, ss. 429-434. (PUBLIC POLICY)
- AKINCI, Z. (1994). *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*. Ankara: Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:44. (TENFİZ)
- AKINCI, Z. (2013). *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul: Vedat Kitapçılık. (TAHKİM)
- ALTUĞ, Y. (1972). “Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)”. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi Cem Sar’a Armağan. C. 26, Sa. 3, ss. 377-392.
- ARFAZADEH, H. (2002). “In The Shadow Of The Unruly Horse: International Arbitration And The Public Policy Exception”. *The American Review of International Arbitration*, Vol. 13, ss. 43-64.
- ATAMAN FİGANMEŞE, İ. (2011). “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”. MHB. C. 31, Sa. 1, ss. 91-152.
- AYBAY, R. & DARDAĞAN, E. (2005). *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- BALCI, M. (1999). *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*. İstanbul: Danışman.
- BANIASSADDI, M. R. (1992). “Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration”. *Berkeley Journal of International Law*. Vol. 10, Is. 1, ss. 59-83.

- BARRACLOUGH, A. & WAINCYMER, J. (2005). "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration". *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 6, Is. 2, ss. 1-40.
- BAYATA CANYAŞ, A. (2009). "5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları". *Haluk Konuralp Anısına Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları. ss. 141-166.
- BISPING, C. (2013). "The Common European Sales Law, Consumer Protection and Overriding Mandatory Provisions in Private International Law". *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 62, Is. 2, ss. 463-483.
- BİLGE, N. (1966). "Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri". *Tahkim Haftası IV. Ticaret ve Banka Hukuku 29 Kasım-4 Aralık 1965, Bildiriler-Tartışmalar*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No. 58, ss. 81-108.
- BİRSEL, M. T. (1980). "Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye". *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Y. 1, Sa. 1, ss. 97-128.
- BLESSING, M. (1997). "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration". *Journal of International Arbitration*. Vol. 14, Is. 4, ss. 23-40.
- BLESSING, M. (1999). "Impact of Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on Internaitonal Contracts". VOGT, N. P. (Ed.), *Swiss Commercial Law Series*. Vol. 9 Helbing & Lichtenhahn, ss. 5-73. (EXTRATERRITORIAL APPLICATION)
- BLESSING, M. (1999). "Introduction to Arbtration Swiss and International Perspectives". *Swiss Commercial Law Series*. Vol. 10, Basel: Helbing & Lichtenhahn. (INTRODUCTION TO ARBITRATION)
- BONOMI, A. (2008). "Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts". *Yearbook of Private International Law, Germany: Sellier European Law Publishers*, Vol. 10, ss. 285-300.
- BOOG, C. & MOSS B. (2013). *The Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Duty to Render An Enforcable Award*. *Kluwer Arbitration Blog*.

<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/01/28/the-lazy-myth-of-the-arbitral-tribunals-duty-to-render-an-enforceable-award/>, (23.04.2014).

BUCHANAN, M.A. (1988). "Public Policy and Commercial Arbitration". American Business Law Journal. Vol. 26, I. 3, ss. 511-531.

CARTER, P.B. (1993). "The Role of Public Policy in English Private International Law". The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 42. Is.1, ss. 1-10.

CHUCKWUMERIJJE, O. (1994). Choice Of Law In International Commercial Arbitration. USA: Quorum Books.

COLLIER, J. G. (2001). Conflict of Laws Third Edition. Cambridge University Press.

CRAIG, W. L. & PARK, W. W. & PAULSON, J. (2001). International Chamber of Commerce Arbitration Third Edition. New York: Oceana Publications, Inc.

ÇELİKEL, A. & ERDEM, B. (2014). Milletlerarası Özel Hukuk. Yenilenmiş 13. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.

ÇELİKEL, A. (1991). "Devletler Özel Hukukunun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim". Anayasa Yargısı Dergisi. C. 8, ss. 209-224. (ANAYASAL DENETİM)

DAYINLARLI, K. (1988). "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni". Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, ss. 653-692. (MAKALE)

DAYINLARLI, K. (1988). "Milletlerarası Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk". Yargıtay Dergisi. C. 14, Sa. 4, ss. 415-452. (TAHKİM SÖZLEŞMESİ)

DAYINLARLI, K. (2011). Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları.

DICKINSON, A. (2007). "Third-Country Mandatory Rules In the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farwell, Auf Wiedersehen, Adieu?". Journal of Private International Law. Vol. 3, No. 1, ss. 53-88.

DOĞAN, V. (2013). Milletlerarası Özel Hukuk. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

EKŞİ, N. (2004). “Avrupa Birliği Roma Konvansiyonuna Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”. İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 3, Sa. 1-2, ss. 135-153.

EKŞİ, N. (2004). Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu. İstanbul: Beta Yayıncılık. (ROMA KONVANSİYONU)

EKŞİ, N. (2009). “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”. Ankara Barosu Dergisi. Y. 67, Sa. 1, ss. 54-74. (ICC)

ENONCHONG, N. (1996). “Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England?”. International and Comparative Law Quarterly. Vol. 45, I. 03, ss. 633-661.

ERKAN M. (2011). “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 15, Sa. 2, ss. 81-121.

ERKAN, M. (2013). Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları. Ankara: Yetkin Yayınları. (MİLLETLERARASI TAHKİM)

ERTEKİN, E. & KARATAŞ, İ. (1997). Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması. Ankara: Yetkin Yayınları.

European Commission’s Green Paper on the Convention of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation (presented by the Commission), Commission of the European Communities Brussels, 14.1.2003 COM (2002) 654 final

FAWCETT, J. & CARRUTHERS, J. M. (2008). Chesire, North & Fawcett Private International Law Fourteenth Edition. Oxford: Oxford University Press.

FLUXMAN, J. & HIRIGOEN, L. (2013). Could Consumer Contracts Contain Arbitration Clauses?. <http://www.acc.com/legalresources/quickcounsel/ccac.cfm>, (20.03.2014).

FRY, D.J. (2009). “Désordre Public International Under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy”. Chinese Journal of International Law. Vol. 8, No. 1, ss. 81-134.

GAILLARD, E. & SAVAGE, J. (Ed.) (1999). FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN On International Commercial Arbitration. Kluwer Law International.

GARCIMARTIN ALFEREZ, F. J. (2008). The Rome I Regulation: Much ado nothing?. The European Legal Forum. Is. 2, I, ss. 61-120.

GIULIANO, M. & LAGARDE, P. (1980). Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris, OJ C282, 31.10.1980, ([http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML), erişim tarihi 14. 6. 2013), ss. 1-40.

GÖKYAYLA DEMİR, C. (2001). Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

GREENAWALT, A. (2007). “Does International Arbitration Need A Mandatory Rules Method?”. The American Review of International Arbitration. Vol. 18, ss. 103-119.

GUEDJ, T. G. (1991). “The Theory of Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law – A Comparative Analysis with Modern American Theories”. The American Journal of Comparative Law. Vol. 39, No. 4. ss. 661-697.

GUZMAN, A. T. (2000). “Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules”. Duke Law Journal. Vol. 49, ss. 1279-1334.

GÜNGÖR, G. (2008). “The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkis Law on Private International Law and International Civil Procedure”. Ankara Law Review. Vol. 5, No.1, ss. 1-21.

GÜRZUMAR, A. (1994). “Türk Devletler Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”. MHB. C. 14, Sa. 1-2, ss. 21-54.

HEISS, H. (2009). “Party Autonomy”. Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe. FERRARI, F. & LEIBLE, S., (Ed.) Almanya: Sellier European Law Publishers, ss. 1-24.

HELLNER, M. (2009). “Third Country Overriding Provisions in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?”. Journal of Private International Law. Vol. 5, No. 3, ss. 447- 470.

- HOCHSTRASSER, D. (1994). "Choice of Law and Foreign Mandatory in International Arbitration". *Journal of International Arbitration*. Vol. 11, Is. 1, ss. 57-86.
- HOVARTH, G. J. (2001). "The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award". *Journal of International Arbitration*. Vol. 18, Is. 2, ss. 135-158.
- HUNTER, M. & CONDE E SIVA, G. (2003). "Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations". *The Journal of World Investment*. Vol. 4, No .3, ss. 367-378.
- HUYSAL, B. (2010). *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- HUYSAL, B. (2011). *Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü*, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, Sa. 1-2, ss. 129-150.
- KALPSÜZ, T. (2010). *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*. Genişletilmiş İkinci Bası. Ankara: Yetkin Yayınları.
- KÖSOĞLU, M. (2008). "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması". *MHB*. Y. 28, Sa. 1-2, ss.147-172.
- KURU, B. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, İstanbul: Demir-Demir.
- LALIVE, P. (1986). *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No.3. Kluwer Law International, ss. 257-320.
- LANDO, O. & NIELSEN, P. A. (2007). "The Rome I Proposal". *Journal of Private International Law*. Vol. 3, No. 1, ss. 29-51.
- LANDO, O. & NIELSEN, P. A. (2008). "The Rome I Regulation". *Common Market Law Review*. Vol. 45, ss. 1687-1725.
- LAZAREFF, S. (1996). *Mandatory Extraterritorial Application of National Law Rules*. VAN DER BERG, A. J. (Ed.) in *Planning Efficient Arbitration Proceedings – The Law Applicable In International*, International Council For Commercial Arbitration, s. 551-564.

- LEI, W. (2011). Mandatory Rules of the Rome I Regulation: Not “Old Wine in New Bottles”. *Canadian Social Science*. Vol. 2, No. 2, ss. 166-172.
- LORENZO S. S. (2010). “Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts After Rome I”. *Yearbook of Private International Law, Germany: Sellier European Law Publishers*, Vol. 12, ss. 67-91.
- MANIRUZZAMAN, A. F. M. (1999). “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”. *American University International Law Review*. Vol. 14, Is. 3, ss. 657-734.
- MAYER, P. & SHEPPARD, A. (2002). *Final Report On Public Policy As A Bar To Enforcement of International Arbitration Awards*, International Law Association New Delhi Conference Committee on International Commercial Arbitration, ss. 1-12.
- MAYER, P. (2006). *Effect of International Public Policy in International Arbitration* in MISTELIS, L.A. & LEW, J.D.M. (Ed.) *Pervasive Problems In International Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, ss. 61-69
- MAYER, P. (1986). “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”. *Arbitration International*. Vol. 2, Is. 4, ss. 274-294. (ARBITRATION)
- MAYSS, A. J. (1999). *Principles of Conflict of Laws*. London: Cavendish Publishing.
- MORRIS, J.H.C. & McCLEAN, D. & BEEVERS, K. (2005). *The Conflict of Laws*, Sixth Edition. London: Sweet & Maxwell.
- NOMER, E. & EKŞİ, N. & ÖZTEKİN GELGEL, G. (2013). *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. I, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- NOMER, E. (2009). *Milletlerarası Usul Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık. (USUL)
- NOMER, E. (2013). *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Notes: Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules, *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 8, 2001, ss. 2462-2477
- NUSSBAUM, A. (1939). “Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws”. *Yale Law Journal*. Vol. 49, ss. 1027-1058.
- NUTTING, C. (1934). “Suggested Limitations of the Public Policy Doctrine”. *Minnesota Law Review*. Vol. 19, ss. 196-209.

- OKAY, S. (1965). “Navlun Muamelelerinde Tahkim Şartı, Tahkim Haftası (IV. Ticaret ve Banka Hukuku 29 Kasım-4 Aralık 1965, Bildiriler-Tartışmalar)”. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No. 58, ss. 425-446.
- ÖKÇÜN, G. (1997). Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni. Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. (2001). Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. (2010). “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK, m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”. MHB, Y. 30, Sa. 1-2, ss. 27-88. (UYGULANACAK HUKUK)
- ÖZEL, S. (2008). Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- ÖZEL, S. (1998). Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması. İstanbul: Alkim Yayınları. (KÜLTÜR VARLIKLARI)
- ÖZEL, S. (2009). Milletlerarası Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk, 2. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, ss. 371-378, (<http://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/ii-uluslararasi-ozel-hukuk-sempozyumu-tahkim/>), (17.05.2014). (TAHKİM)
- PAUKERNOVA , M. (2010). Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law, ERA Annual Conference on Private International and Business Law., ss. 29-43.
- PAULSEN, M.G. & SOVERN, M.I. (1956). “Public Policy in the Conflict of Laws”. Columbia Law Review. Vol. 56, No. 7, ss. 969-1016.
- PRYLES, M. (2007). “Reflections on Transnational Public Policy”. Jorunal of International Arbitration. Vol. 24, I.1, ss. 1-8.
- RADICATI DI BROZOLO, L. G. (2012). “Mandatory Rules and International Arbitration”. The American Review of International Arbitration. Vol. 23, Is. 1, ss. 49-75.

RUHİ, A.C. & KAPLAN, Y. (2002). “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”. MHB. C. 22, Sa. 2, ss. 643-663.

SAMMARTANO, M.R. (2001). International Arbitration Law and Practice, 2. Ed., Hague: Kluwer Law International.

SCHERER, M. (2005). “The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matters” in GAILLARD, E. (Ed.), Towards a Uniform International Arbitration Law?, JurisPublishing, ss. 91-121.

SEELIG, M.L. (2009). “The Notion of Transnational Public Policy and Its Impact on Jurisdiction, Arbitrability and Admissability”. Belgrade Law Review. Vol. 57, No. 3, ss. 116-134.

SEIN, K. (2011). “Protection of Consumers Against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice”. Juridica International Law Review. Vol. 18, ss. 54-62, <http://www.juridicainternational.eu/?id=14840>, (20.03.2014).

SHEPPARD, A. (2000). “Interim Report on Public Policy As A Bar To Enforcement Of Arbitral Awards”. International Law Association London Conference. (www.ila-hq.org/.../E723662E-053C-415A-A4, (20.06.2013), ss. 1-36.

SHEPPARD, A. (2007). “Mandatory Rules In International Commercial Arbitration: An English Law Perspetctive”. American Review of International Arbitraiton. Vol. 18, Is. 1-2, ss. 121-145.

STERNLIGHT, J. R. (2002). Is the U.S. Out on a Limb? Comparing the U.S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration to that Rest of the World, University of Miami Law Review, Vol. 56, ss. 831-864

ŞANLI, C. (1986). Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

ŞANLI, C. (2013). “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”. İstanbul: Beta Yayıncılık. (ULUSLARARASI TİCARİ AKİTLER)

ŞANLI, C. & ESEN, E. & ATAMAN-FİGANMEŞE, İ. (2013). Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- ŞİT, B. (2005). Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi. Ankara: İmaj Yayınevi.
- TANRIBİLİR, F. B. & ŞİT, B. (2002). "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu". MHB. C. 22, Sa. 2, s. 819-837.
- TARMAN, Z. D. (2009). "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü". Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. C. XXV, Sa. 1, ss. 299-332. (ROMA I)
- TARMAN, Z. D. (2010). "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 59, Sa. 3, ss. 521-550.
- TEKİNALP, G. & UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A. (2011). Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları. Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- TİMUR, H. (1941). "Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı". İHFM. Sa. 4, ss. 866-905.
- ULUOCAK, N. (1997-1998). "Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliğine Dair Fransız Yargıtay'ının ve Doktrinin Görüşleri". MHB Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan. C. 17-18, Sa. 1-2, ss. 517-531.
- VERNOOIJ, N. W. (2009). "Rome I An Update on the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe". The Columbia Journal of European Law Online. Vol. 15, ss. 71-76.
- VOSER, N. (1996). "Current Development: Mandatory Rules of Law As a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration". The American Review of International Arbitration. Vol. 7. No. 3-4, ss. 319-357.
- WAINCYMER, J. (2009). "International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law". Asian International Arbitration Journal. Vol. 5, No. 1, ss. 1-45.
- WARE, S. (1999). "Default Rules form Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration". Minnesota Law Review. Vol. 83, No. 3, ss. 704-754.
- WOJEWODA, M. (2000). "Mandatory Rules In Private International Law". Maastricht Journal of European and Comperative Law, Vol. 1, Is. 2, ss. 183-213.

YEĞENGİL, R. (1974). Tahkim (L'Arbitrage). İstanbul: Cezaevi Matbaası.

YILDIRIM, N. D. (2004). UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları. İstanbul: Alkım Yayınevi.

YILMAZ, E. (2000). "Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim". Yargı Reformu 2000 Sempozyumu Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler. İzmir: İzmir Barosu.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:en:PDF>, (16.07.2013).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0040:en:PDF>, (21.11.2013).

http://www.law.cornell.edu/wex/forum_shopping, (06.12.2013).

<http://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=136591>, (21.12.2013).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996J0369:EN:HTML>, (23.12.2013).

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-184/12>, (24.12.2013).

<http://eur-lex.europa.eu/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0381:EN:HTML>, (25.12.2013).

http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=910, (05.01.2014).

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>, (05.01.2014).

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/506/case.html>, (19.03.2014).

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/220/case.html>, (19.03.2014).

<http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>, (19.03.2014).

<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/490/477>, (19.03.2014).

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/>, (19.03.2014).

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89, (22.03.2014).

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0006_en.htm, (22.03.2014).

<http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>,
(22.03.2014).

http://www.3vb.com/userfiles/pdfs/GM_JIBFL_Oct_effect_of_foreign.pdf,
(09.04.2014).

ÖZGEÇMİŞ

01.01.1983 tarihinde İzmit'te doğdu. İlkokulu Petkim İlkokulu'nda, ortaokul ve liseyi VKV Koç Özel Lisesi'nde tamamladı. 2005 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olduktan sonra, 2008-2012 yılları arasında İstanbul Barosu'na kayıtlı olarak serbest avukatlık yapmıştır. 15.10.2012 tarihinden bu yana Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak görev yapmaya devam etmektedir.