

MİLLETLERARASI TAHKİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER VE GÜNCEL GELİŞMELER

Bilgehan YEŞİLOVA*

I. Genel Olarak

Tahkimin hiçbir millî hukuka tabi olmaksızın var olabilmesi; millî değer yargılarının dışında yaşayabilmesi; özellikle ülke mahkemelerinin hiçbir türdeki yardımına gerek kalmaksızın da etkin olabilmesi, bir idealin, ama çoğu zaman bir hayalin içeriğini oluşturur. Bunun karşısında ise iddia edildiği şekliyle millî hukukların ve mahkemelerin milletlerarası tahkimi, *tahakküm altına alması*; milletlerarası tahkimin fiilî ve hukuki nedenlerle söz konusu millî değer yargılarına, *boyun eğmek zorunda kalması* biçimindeki kâbus, bulunmaktadır.¹

Özellikle 1950’li yıllardan itibaren başlayan süreçte, tahkimin belli bir millî hukuka tabi olmadan da geçerliliğinin sağlanması; *delocalised/denationalised* bir hâlde de yürütülebilmesi savunulmuşsa da özellikle o yıllarda, New York Sözleşmesi’nin hazırlanması sırasında, bu tür düşünceler hayli erken bulunmuştur.² Ülke hukuklarının milletlerarası tahkimin güncel anlayışlarıyla çatışan, çağ dışı yaklaşımlarından uzakta; yine ülke mahkemelerinin ne yardımına ihtiyaç duyan ne de denetim yapmasını gerektiren bir tahkim anlayışı, bugün için dahi kolaylıkla ve tereddütsüz bir biçimde kabul edilebilecek hususlar değildir.³

* Özel Hukuk Doktoru, LL M, Av, İzmir Barosu.

¹ Lew J. D. M., Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, 22 (2) Arb Int. 2006, s. 179.

² Lew, *Arbitration*, s. 179. Ayrıca bkz. Paulsson J., Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA), 9(1) ICC Bulletin 1998, s. 14, 18.

³ Bucher A., Court Intervention in Arbitration, International Arbitration in the 21st

Yukarıda sözü edilen hayal ve karşısındaki kâbus, uzun sayılabilecek bir tarihsel süreç içinde oluşmuştur. Tarafların iradelerine geçerlilik tanınmaması; yok sayılarak görmezden gelinmesi, ancak bunu haklı ve meşru kılan nedenlerin varlığı hâlinde, kabul edilebilir. Millî hukukların ve mahkemelerin tahkimle ilgili meselelerde, neden *sadece* tarafların tahkimin lehine olan sağlıklı ve müşterek iradelerinin korunmasına hizmet etmediği, sözünü ettiğimiz haklı ve meşru nedenlerin kaynağını oluşturmaktadır.⁴

Yabancılık unsurunun yoğun bir biçimde görüldüğü, tarafların ve hatta hakemlerin farklı ülke hukuklarına tabi olduğu milletlerarası tahkimde, yine iddia edildiği şekliyle *son derece pratik nedenlerle* seçilen tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin söz konusu tahkim yargılamasına karşı nasıl bir tavır takınacağı; aynı esnada anılan tahkimle ilgili yargı yetkisini haiz başkaca millî hukukların olup olamayacağı; bu hâlde özellikle tahkim yeri hukuku ve mahkemelerince hiçbir yabancılık unsuru içermeyen tahkim uygulamalarına nazaran daha farklı bir anlayışın geçerli kılınıp kılınmayacağı, hep yukarıda sözü edilen hayalin yahut kâbusun yaşandığı durumlar olmaktadır.

Tahkimin sözleşmesel niteliğinin özellikle millî yargı sistemleri üzerinde yarattığı etki, bir başka anlatımla tahkim ile kurulu devlet düzeni ve onun yargı teşkilatı arasındaki çatışma, üstünlük mücadelesi, söz konusu kâbusun bir hayale dönüşüp dönüşmemesi konusunda son derece belirleyicidir.⁵ Mevcut ve kurulu düzene alternatif milletlerarası tahkim, *sui juris*, *bağımsız* ve ancak yine kendi gibi millî hukuklar dışında oluşan, yeni bir hukuk düzenine bağlı; sosyal bir müessese olarak pekâlâ görülebilmektedir.⁶ Böyle bir hareketin kaynağını, tarihin içinde aramak gerekir. *Ne zaman, nasıl ve neden* tahkimin doğduğu

Century: Towards "Judicialization" and Uniformity, Twelfth Sokol Colloquium, eds. Richard B. Lillich, Charles N. Brower, 1994, s. 44.

⁴ Naón G. A. H., Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Tübingen, 1992, s. 1, 2; Lew, *Arbitration*, s. 181, 182. Ayrıca bkz. Tanrıver S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB Yıl 17-18/1-2, 1997, 1998, s. 469, 470.

⁵ Naón, s. 1, 2. Bu konuda, *common law-civil law* arasındaki tarihsel farklılıklar için bkz. Sanders P., *Arbitration*, IECL, Vol. XVI, Chapter 12, 1996, s. 31- 35.

⁶ Lew, *Arbitration*, s. 180-181. Ayrıca bkz. Lew J. D. M/Mistelis A. L/Kröll M S., *Comparative International Arbitration*, 2003, s. 81, 82; Redfern A/Hunter M/Blackaby N/Partasides C, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, 2004, s. 2, 3.

yahut tercih edildiği sorularının cevapları, aslında söz konusu hukuksal hareketin nedenlerini ortaya koymaktadır.⁷

II. Tahkimin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği

A. Genel Olarak

Tarihî süreç içinde, tahkimle devlet yargısında arasındaki ilişkinin bir çatışmaya dönüştüğü görüşü, yaygın bir hâl almıştır. Bu çatışmanın kaynağında, çoğu zaman gerek tahkimle gerekse uyuşmazlığın esasıyla ilgili meseleler hakkında, son sözün *kime* ait olacağı sorunu bulunmaktadır. Öte yandan tahkimin ve hatta milletlerarası tahkimin kabul edilen ve kendisine atfedilen kimi özelliklerine rağmen milli hukuklarla bir arada yaşaması, ileri sürülen onca eleştiriye karşın bir zorunluluk olarak karşımızda durmaktadır.⁸ Mahkemelerin (milli hukukların) tahkim içindeki rolünün sadece hükmün icrası/tenfizi anına sıkıştırılması, tahkimde, mahkemelerin rolüne ilişkin *minimalist* bir anlayışın ürünüdür. Oysa daha başta, tahkim anlaşmasının hiç olmazsa bir sözleşme olarak gereğinin yerini getirilebilmesi için mahkemelerce tanınması ve onun lehine yargılama yapmaktan kaçınılması gerekir.⁹ Mahkemelerin *nihai karar sonrası dönemdeki* rolü ve müdahalesi yanında, göz ardı edilmemesi gereken bir diğer husus ise *nihai karar öncesi*, yani tahkim yargılamasının sürdüğü dönemde ve hatta böyle bir yargılamanın başlamasından önce de mahkemelerin bir rolünün, etkisinin olduğu gerçeğidir. Zira en azından tahkim anlaşmasının gereğinde *taraflarına rağmen* korunması ve icrası, mahkemelerin (milli hukukların) işi olmaktadır.¹⁰

Tahkimin kurulu devlet yargısı karşısında, bir istisna olmadığı kabul edilse dahi devlet yargısının, taraf iradelerinden de önce; kro-

⁷ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 3-5.

⁸ Park W. W., *The Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration, 32 ICLQ 1983, s. 55, dn. 30.

⁹ Kerr M., Arbitration and the Courts: The *UNCITRAL* Model Law, 34 ICLQ 1985, s. 1-2; Samuel A., Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S and West German Law, Zurich, 1989, s. 20.

¹⁰ Böckstigel H.K., The Role of National Courts in the Development of an Arbitration Culture, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series No 8, 1998, s. 223 vd.

nolojik olarak ilk olduğu ve hatta her halükârda olması gerektiği de bir gerçektir (İHAS m. 6; AY m. 36/II; 40). Bu nedenle yine kronolojik olarak ikincil olan tahkimin hukuki niteliğiyle de bağlantılı özellikleri ne olursa olsun; bunların uygulamadaki yansımaları, ancak ilk ve asıl olan ülke hukuklarıyla mahkemelerinin söz konusu özelliklere ne derecede bir anlam ve önem verdiğiyle yakından ilgilidir.

B. Tahkimin Tarihî Gelişimi

Tahkimin evrimi, genel olarak *üç aşamada* olmuştur.¹¹ Ancak bundan da önce, çok daha eski zamanlarda geçerli bazı anlayış ve uygulamaların tahkimin şekillenmesinde etken olduğu görülmektedir. Örneğin *Aristo*, hakemler eliyle gerçekleştirilen adaleti yüceltirken vurgulamak istediği, sitenin katı ve çoğu zaman bağnaz kurallarına rağmen gerçek adaletin ancak bu yolla sağlanabileceğiydi.¹² Aslında tahkim, bir bakıma, site kanunlarının yenilenmesine; güncelleşmesine de yol açmaktaydı. Belki çok daha önemlisi, hakemlerin *ex aequo et bono* karar verebilme yetkileri (MTK m. 12/C/III), sitenin geri kalmış, zalim kanunlarına ve kurulu düzenine bir başkaldırıyı simgelemekteydi.¹³ Roma hukuku döneminde ise *arbiter*, *iudex*'ten daha geniş yetkilerle donatılmıştı ve aslında *ex aequo et bono* biçiminde de karar verebilen hâkimden başkası değildi.¹⁴ Özellikle antik çağda ve birazdan incelenecek dönemlerin ilkinde, hâkim anlayış, kurulu düzenin, egemenin kurallarına tabi olmaksızın da tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlıklarını, yine kendilerinin tabi olmak istedikleri normlara uygun bir biçimde çözüme kavuşturabilmeleriydi.¹⁵ Şu hâlde, *hem* uyuşmazlığa uygulanması beklenen normların *hem de* uyuşmazlıkları

¹¹ Lew, *Arbitration*, s. 182.

¹² Pinto M. C. W., Thoughts on the "True Nature" of International Arbitration, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005, s. 629, 630.

¹³ Naón, s. 22, 23. Ayrıca bkz. Pinto, s. 619, 620.

¹⁴ Naón, s. 23. Ayrıca bkz. Sanders P., *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, The Hague, 1999, s. 35, 36; Alangoya Y., Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973, s. 8-11; Küçükgüngör E., Roma Hukukunda Tahkim, (*Compromissum*), C. XIX, Batider 1998/3, s. 137-150.

¹⁵ von Mehren R. B., From *Vynior's case* to *Mitsubishi*: The Future of Arbitration and Public Law, 12 Brook. J. Int'l L. 1986, s. 583, 584.

çözmek şeklindeki ve ülkeye hükmedenlerin birer egemenlik göstergesi olan (yargılama) faaliyetlerinin aksi kararlaştırılmakta; ona karşı bağımsız olunmaktadır. Gerçi, tahkimin bu son özelliği, yani egemenlik anlayışının uyuşmazlıkların çözümünde gösterdiği etki ve ona karşı da bağımsız olma arzusu, çok uzun bir süre ve yine tarihsel nedenlerle gölgede kalmış; taraflar arasındaki böyle bir anlaşma, daha somut etkisini, tabi olunan *maddi* hukukun aksinin kararlaştırılabilmesinde göstermiştir. Hatta salt bu nedenle uzun bir süre, tahkimin bir maddi hukuk meselesi olduğu dahi kabul edilebilmiştir.¹⁶

Tarihi süreç içinde dikkate değer dönemlerden *ilki*, tahkime dair, kayda değer *resmi* herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı, Orta Çağ'dan 18. yüzyılın sonlarına kadar süren zaman aralığıdır. Bu dönemde, toplumsal ve siyasal açıdan daha ziyade feodal ilişkiler egemendir. Kral, sadece eşitler arasında birincidir. Toplum üzerinde, sonraki dönemlerde görüldüğü şekliyle bir devlet ve özellikle onun yargı düzeni, henüz kurulmuş yahut oluşmuş değildir. Dönemin önemli sosyal aktörlerinden olan tacirler, siyasal yapıdaki bu boşluğu, *hem* maddi hukuk *hem de* usul hukuku açısından kendileri doldurmuşlar; kendi hukuk düzenlerini kurmuşlardır.¹⁷ Tahkim, özellikle ticaret ve o çağın koşullarındaki sanayi odaları/birlikleri nezdinde, hayli sık bir biçimde yaşanmakta; kurulu yargı düzeniyle hiç de bağdaşmayacak ölçüdeki kuralları ile işlerlik kazanmakta ve özellikle ait olunan züminin sosyal/ticari kuralları sayesinde, son derece etkin bir biçimde icra edilmektedir. Uyuşmazlıkların giderilmesinde çözüm aranan yer, o dönemin *lex mercatoria'sıdır*.¹⁸ Coğrafi, ticari, ekonomik ve hatta sosyal nedenlerle tahkimin bu dönemde hayat bulduğu yerlerden biri de İngiltere'dir. Kralın mahkemelerinin ticari meselelerdeki *yetersizliği*, yaygın bir inanç hâlini almıştır. Bu inanç öylesine güçlüydü ki, 14. yüzyılın sonlarında yaşanan bir olayda, kraliyet mahkemesi, uyuşmazlığın zaten tarafların da anlaştıkları gibi hakemler eliyle görülüyor olması nedeniyle kendilerinin hiçbir yargı yetkilerinin olmadığını;

¹⁶ Naón, s. 23, 24; Luzzatto R., International Commercial Arbitration and the Municipal Law of the States, 157 *Recueil des Cours*, 1977-IV, 1980, s. 17-18. Ayrıca bkz. Pinto, s. 620; Alangoya, s. 42 vd; Karş. *Sempozyum*, s. 55, 59, 61.

¹⁷ von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 584.

¹⁸ Lew, *Arbitration*, s. 183; von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 584. Ayrıca bkz. Tweeddale A/Tweeddale K., *A Practical Approach to Arbitration Law*, 1999, s. 2-6.

aksi yöndeki bir sonucu gerekli ve haklı kılan herhangi bir nedenin de bulunmadığını, içtihat etmiştir.¹⁹

İkinci dönem, genel olarak 19. yüzyılın başından II. Dünya Savaşı'nın sonlarına, 1950'li yıllara kadar uzanmaktadır. Bu döneme, özellikle 1698 ve 1889 tarihli İngiliz Tahkim Kanunları,²⁰ 1806 ve 1879 tarihli Fransız ve Alman Usul Kanunları damgasını vurmuştur. Millî devletlerin kanunlaştırma hareketleri içerisinde, tahkimin *de* yer alması, aynı müessesenin o zamana kadar bilindiği ve uygulandığı şekliyle kabul edilip düzenlendiği anlamına, gelmemektedir. "*Devlet düzeninden, onun yargı gücünü oluşturan mahkemelerden ve düzenin simgesi olan millî hukuktan âdeta bir kaçıışı ve kopuşu simgeleyen tahkim, son derece katı ve sıkı kurallara bağlanmıştır.*" Feodalitenin son bulması; merkezi devletlerin ve krallıkların ülke üzerindeki egemenliklerinin artması, geçmişin kimi sosyal/ekonomik gruplarının sahip olduğu imtiyazların da sonu anlamına gelmiştir.²¹ Millî hukuk sisteminin olur vermediği hiçbir eylem ve işleme geçerlilik tanımayan bu anlayış, tahkimi, çoğu kez, kurulu yargı düzeninin tasfiyesi olarak görmüş; istisnai bir müessese olarak algılamıştır.²² Tahkim *kayıtlarına* geçerlilik tanınmaması; ha-

¹⁹ von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 584. Ayrıntısı için bkz. Cohen J., *Commercial Arbitration and The Law*, 1918, s. 110; Tweeddale /Tweeddale, s. 3, 4.

²⁰ Ayrıntısı için bkz. Rutherford M/Sims H. M. J., *Arbitration Act 1996: A Practical Guide*, 1996, s. 3, 4.

²¹ İngiltere'de, çok bilinen şekliyle *Vynior* davasında (8 Co. Rep. 1609, 80, 82), tarafların tahkim anlaşmasından tek tarafları iradeleriyle kurtulmasının mümkün olduğu, içtihat edilmişti. Kararın özelliği, daha ziyade, mahkemenin tahkime ve onun hukuki niteliğine bakışıyla ilgilidir. *Hakemler, mademki, taraflar ad ve hesabına uyuşmazlığı görmekte; onların temsilcisi olarak hareket etmektedirler; o hâlde, verilen böyle bir yetkiyi içeren tahkim anlaşmasının da tek taraflı sona erdirilmesi, her zaman mümkün olmalıdır.* İlginçtir, böyle bir feshin neden olduğu zararın tazmini için bir süre kullanılan bonoların da geçersiz olduğu içtihat edilmiştir (von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 585; Cohen, s. 92, 148; Tweeddale/Tweeddale, s. 8, 9). Ayrıca bkz. Alangoya, s. 16-19.

²² *Scott v. Avery*, [1856] HL Cas. 811. Ayrıca bkz. Lew, *Arbitration*, s. 183, 184; Tweeddale /Tweeddale, s. 8, 9; Birsell M. T., *Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye*, 1 *EÜHFD* 1980/1, s. 98. Tahkim, yargısal sonuçları olan; devlet egemenliği ile yakından ilgili ve fakat aynı ölçüde toplumsal gelişmelere ve değişimlere açık; yabancı kültürle yakından ilintili; *sosyal-toplumsal bir müessesedir*. Böyle bir müesseseye uygulanacak kurallar ve bağlanacak hukuki sonuçlar, devletin anılan sosyal müesseseyi nasıl algıladığıyla yakından ilgilidir (Luzzatto, s. 21). Tahkim, insanoğlunun, toplumların medenileşme yönünde atıkları adımı simgelemektedir. Aksakallı, akil insanların, taraflar arasındaki sorunları çözmesiyle başlayan tahkim, modern devlet düzeninde de varlığını ve etkisini yitirmemiştir. Bu var oluş, anılan müessesenin devletlerce tanınması ve kendisine bir takım sonuçlar bağlanmasını gerekli kılmış-

kemlerce verilen kararların, mahkemelerce bir kez daha *esasa* yönelik olarak denetlenebilmesi, bu döneme ait ortak özelliklerdir.²³ Tahkime de gidilse uyuşmalığın esasıyla ilgili hakem kararının bir kez de mahkemelerce denetlenebilmesinin o dönemdeki temel gerekçesi, devletin mahkemelerinin aksinin kararlaştırılamamasıydı.²⁴

1950'li yıllardan başlamak üzere, günümüze, ancak özellikle 1985 tarihli *UNCITRAL* Model Kanunu'nun kabulüne kadar geçen sürede, yukarıda da sözü edilen başkaldırı, kendine *gerek* teorik *gerekse* filli temeller kazanmıştır. Kolonyal dönemin sonuyla gerek güneydoğu Asya'da gerekse Afrika'da pek çok yeni millî devletin kurulması; buna karşın soğuk savaşın etkisi altında gerçekleşen ekonomik/ticari büyüme, özellikle bir zamanlar olduğu gibi; Avrupalı tacirlerin kendi zümrelerine ait kural, norm, anlayış ve gelenekleri, kendileri veya egemenlikleri dışındaki kimselere dayatmalarına mâni olmuştur. Gelişmiş ekonomilerden az gelişmiş veya gelişmekte olanlarına yönelik ekonomik faaliyet, ister istemez, kurulan ilişkilerin hangi hukuka tabi olacağı ve çıkacak uyuşmazlıkların hangi kurallara göre çözümleneceği sorununa neden olmuştur. Tacirler (*yatırımcılar*), bir zamanlar kendi toprakları olan yerlerde, artık bilmedikleri, üstelik de tahkime karşı beslenen hasmane tutumları yasalaştırmış millî hukukları iktibas eden yeni ülke hukukları ile karşı karşıya kalmışlardır. Bu şaşkınlık ve içine düşülen *hukuki* boşluk, çok geçmeden milletlerarası alanda, önce 1958

tır (Sanders P., Trends in The Field of International Commercial Arbitration, 145 RCADI, 1975-II, 1976, s. 220). *Kanımızca*, bütün mesele, millî hukuk düzenlerince tahkime bağlanan sonuçların *önceleri* aynı toplum içindeki, *sonraları* ise farklı toplumlardan gelen insanların ihtiyaçlarına tatminkâr cevap verip vermediğidir.

²³ "Tahkim anlaşmasının devlet yargı düzenini tümüyle devre dışı bırakamayacağı", "...hukuka uygunluk denetiminin her hâlükârda tahkim için de geçerli olduğu...", bu dönemin yaygın anlayışını simgeleyen ibareler olmaktadır. 1856 yılında, *Scott v. Avery* davasında, tahkim anlaşmasına geçerlilik tanınmışsa da bu, onun gerek maddi gerekse hukuki yönden, mahkemelerin denetiminin dışında olduğu anlamına gelmemektedir (*Scott v. Avery*, [1856] HL Cas. 849, 850). Bu durum, aslında, mahkemelerin tahkim üzerindeki üstünlüğünün kamu düzeninden kaynaklandığı fikrinin tipik bir sonucudur (von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 586, 587, 594). Ayrıca bkz. Cohen, s. 153, 209; Üstündağ S., Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu, 2000, s. 295.

²⁴ Wolaver E., The Historical Background of Commercial Arbitration, 83 U. Pa. L. Rev. 1934, s. 132 vd; von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 587; Cohen, s. 209. Ayrıca bkz. *Tobey v. County of Bristol*, 23 F. Cass. 1313 (C.C Mass. 1845); *Scott v. Avery*, 1856 5 HL Cas. 811. Oysa aynı esnada, tarihsel nedenlerle de hakemler, İtalyan hukukunda, *ex aequo et bono* karar da verebilen hâkimler olarak görülmekteydi (Ayrıca bkz. Luzzatto, s. 21 vd).

New York Sözleşmesi, ardından 1965 Washington Sözleşmesi (ICSID); 1976 *UNCITRAL* Rules ve son olarak da 1985 *UNCITRAL* Model Kanunu ile doldurulmaya çalışılmıştır.²⁵ Özellikle 1985 yılından sonra, ısrarla vurgulanan fikir, ülke mahkemelerinin tahkime ancak yardımcı olabileceği ve son derece sınırlı nedenlerle; olabildiğince de geç bir zamanda, tahkimi denetleyebileceğidir.²⁶

Öğretide ve milletlerarası tahkim uygulamasında, *delocalisation* olarak da ifade edilen akım için aslında önce, nasıl bir *yerden, yurttan* kopulmak istendiği sorusunu, sormak gerekir.²⁷ Tarafların tahkimlerini, kendilerince seçilen hukuka tabi kılabilecekleri savunulduğunda *yahut* aynı tarafların tahkimlerini aslında hiçbir millî hukuka tabi kılma-
malarının gerekmediği iddia edildiğinde, aksi kararlaştırılan hukukun, gerçekte nereye (hangi ülkeye) ait olduğunun gözden uzak tutulmaması gerekir.

C. Tahkimin Hukuki Niteliği

Son iki yüz elli yıldır, hukukçular, tahkimin hukuki niteliği ile içeriğini belirlemeye çalışmaktadırlar. Böyle bir kaygının ardında, çok genel olarak, üç ana nedenin bulunduğu söylenir: Bunlardan ilki, özellikle *tahkime ilişkin herhangi bir pozitif hüküm içermeyen* millî hukuklar bakımından, tahkim anlaşması veya tahkim yargılamasıyla ilgili bir uyuşmazlığın mahkemelerde çözümünü esnasında, uygulanacak hu-

²⁵ Model Kanunu'nun hazırlanmasının gerekçeleri tartışılırken, daha ziyade *kimlere* model olmasının istendiği de göz ardı edilmemelidir. Milletlerarası tahkimi benimseyip ona olabildiğince ileri düzeyde geçerlilik tanımış ülke hukuklarının Model Kanunu benimsemedikleri, takip etmedikleri, açıkça birer Model Kanun ülkesi olmadıkları dikkate alındığında; hedef kitlenin, aslında daha ziyade, milletlerarası tahkime egemen olduğu iddia edilen değerleri, ilke ve prensipleri henüz paylaşmayan ülke hukukları olduğu fark edilecektir. *UNCITRAL* Model Kanunu, millî hukuk içinde, milletlerarası ticari tahkimle ilgili özel hükümler içeren ve bu nedenle *lex specialis* olma amacını güden bir düzenlemedir (Lew, *Arbitration*, s. 184-186; 190-191). *Model Kanun, tahkim kültürü gelişkin olmayan, özellikle milletlerarası tahkim pratiğine uzak ülkeler için başarılı bir kılavuz niteliğindedir* (Bockstiegel, *Looking Ahead*, s. 72-73). Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 6-9; 11, 19.

²⁶ von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 588, 589.

²⁷ Ayrıca bkz. Berger K. P., *International Economic Arbitration*, Deventer, Boston, 1993, s. 85, 94; Asouzu A. A., *The National Arbitration Law and International Commercial Arbitration: The Indispensability of the National Court and the Setting Aside Procedure*, 7 RADIC 1995, s. 69.

kuk kurallarının, tahkimin hukuki niteliği de dikkate alınarak tespit edilmeye çalışılmasıdır. Klasik sorun, *Cour de cassation* önünde *Roses* davasıyla yaşandığı şekliyle “*yabancı bir hakem kararının (Fransa’da) yabancı bir mahkeme kararı gibi mi yoksa sözleşme gibi mi tanınıp icra veya tenfiz edileceği hakkındadır.*”²⁸ İkinci bir neden ise tahkimin hukuk düzeni içindeki yerinin ve diğer anayasal kurumlar ile arasındaki ilişkisinin belirlenebilmesidir.²⁹ Üçüncü ve son nedene göre ise tahkim hukukunda yapı-

²⁸ Yabancı hakem kararı, *bu davada*, bir sözleşme olarak kabul edilmiş; en azından yabancı mahkeme kararı şeklinde icrasının mümkün olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır (Samuel, s. 31). Ayrıca bkz. Sturges W., Arbitration-What is it?, 35 NYULR 1960, s. 1035-1047; Wilner M. G., Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study, 19 Rutgers L Rev 1964-1965, s. 649 vd; Mann F. A, Lex Facit Arbitrum, International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, s. 157 vd; Lew J. D. M., Applicable Law in International Commercial Arbitration, 1978, s. 51 vd; Lew/Mistelis/Kröll, s. 72. Ayrıca bkz. Kalpsüz T., Hakem Kararlarının Milliyeti, IX Batider 1978/3, s. 602-608; Koral R., Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler, XLVIII-XLIX İÜHF 1982-1983/1-4, s. 76, 83; Karan H., Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan, İzmir, 2001, s. 204; Özbay İ., Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara, 2004, s. 60 vd.

²⁹ Tahkimin anayasal düzeyde bir yerinin olup olmadığı sorunuyla ilgili olarak 2001 tarihli, İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin bir içtihadı, hayli ilgi çekicidir. Kararda *Mahkeme*, kısaca *hakemlerin* de uyguladıkları bir kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu inancıyla meseleyi, Anayasa Mahkemesi’nin önüne taşıyabilecekleri sonucuna varmıştır. Oysa daha önce, hakemler için de benzer bir imkânın geçerli olduğu düşünülmemiştir. Zira *mahkemelerdeki* yargılamalarda, tarafların veya savcının anayasaya aykırılık iddiasının ciddi ve kabul edilebilir bulunması hâlinde, dosyanın Anayasa Mahkemesi’ne gönderilmesinin mümkün olduğu, düzenlenmektedir (Karş. AY m. 152/I). Şu hâlde, ancak mahkemeler nezdinde yapılan yargılamalar sırasında ve yine ancak hâkimlerce böyle bir usulün tüketilmesi mümkündür. Ne var ki *Mahkeme*, hakemlerce yürütülen faaliyetin zaten bir yargılama olduğu; sonuçta verilen kararın kesin hüküm etkisine sahip olduğu; söz konusu yargılamada, hukukun (özellikle de millî hukukun) uygulandığı; Anayasa’nın işlerliği yanında, etkin ve doğru uygulanması fikrinin, tahkim yargılamalarında da geçerli olduğu, tahkimin bu yüksek amacın dışında bırakılmasını gerektiren hiçbir nedenin olmadığı; *hakemlerin* en azından işlevsel açıdan hâkimlerle aynı olduğu; hakemlerin anayasaya aykırılık iddiaları karşısında, etkisiz kalmasının yahut duyarsız bırakılmasının, aslında tarafların *adaletin tecellisine* yönelik haklarından mahrum bırakılması anlamına geleceği, gerekçeleriyle yukarıda anılan sonuca hükmetmiştir (Capucci L., An Important Decision of Italian “Corte Costituzionale” regarding the Powers of Arbitral Tribunals to Apply to the Court to Test Constitutionality of a Law: Note-Corte Costituzionale, 22 November 2001, 20 (1) ASA Bulletin 2002, s. 138-141). Anayasası’nın 152/I. maddesi, somut norm denetiminin sınırlarını çizirken “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme...*” tabirini kullanmıştır (Ayrıca bkz. TANÖR B/Yüzbaşoğlu N., 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2004, s. 488). Zaten Anayasa Mahkemesi, burada geçen *mahkeme* kavramını, “*...karar organlarının*

lacak reform çalışmalarının nasıl ve ne yönde olmasının gerektiğinin tespiti de tahkimin hukuki niteliğinin doğru bir biçimde belirlenmesi ile mümkündür.³⁰

Milletlerarası tahkimin hukuki niteliği belirlenirken bazı sorular, sürekli olarak cevaplanmayı beklemektedir. Örneğin, tahkimin (özel-likle milletlerarası tahkimin) “non-national” ve özel bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olduğunun kabulü hâlinde, artık herhangi bir milli hukuk düzenine tabi kılınması, mümkün müdür? Eğer, mümkün ise buradan hangi *ülke* hukuku anlaşılmalıdır? Bir başka açıdan sorulabilecek soru ise herhâlde şöyle olacaktır: Taraf iradesinin ürünü olan tahkimin yine sadece tahkime taraf olanların belirleyecekleri kurallara yani irade özgürlüğüne bağlı kalınarak düzenlemesi, mümkün müdür? Kısacası, (milletlerarası) tahkim, millî bir hukuk düzeniyle -şayet gerekiyorsa- nasıl örtüşecektir?³¹ “Konu büyük ölçüde, taraf iradesinin; daha genel bir ifadeyle irade özgürlüğünün kaçınılmaz yargısal sonuçlarıyla ilgilidir.”³²

hâkimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlemekle görevli olması ve Anayasada sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gerekli...” organ olarak tanımlamıştır (AYM, 18.02.1992, 12/7, AYMKD, S. 28/1, s. 139). Yukarıda sözü edilen içerikteki bir içtihadın, Türk tahkim hukuku yönünden de geçerli olmasını beklemek, Anayasa’nın 152. maddesi ve anılan içtihat karşısında, *mukayeseli hukukta ileri sürülen gerekçelere rağmen*, mümkün olmasa gerek.

³⁰ Samuel, s. 32. Ayrıca bkz. Schlosser P., *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1989, Rn. 40 vd; Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 76; Şanlı C., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, s. 40 vd; Akıncı Z., *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, İzmir 1994, s. 45 vd.

³¹ Tahkimin özellikle milletlerarası sahada, gösterdiği etki, iç hukuktakinden oldukça farklıdır. Milletlerarası tahkim uygulaması, tahkimin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, farklı ve son derece ilginç sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Başta uyuşmazlığın esasına uygulanacak olmak üzere tahkim usulünün de herhangi bir milli hukuka tabi olmasının gerekip gerekmediği, anılan müessesenin hukuki niteliğiyle yakından ilgilidir. Milli ve pozitif hukukların dışında, çoğu zaman tarafların gayri resmi olarak uzlaştırılması çabası şeklinde görülmesi, tahkimin, özellikle de milletlerarası tahkimin, bir yargılama olarak kabul edilmesine engel olmuştur (Pinto, s. 620). Ayrıca bkz. Lauterpacht H., *The Function of Law in International Community*, Oxford, 1933, s. 379, 381; Ralston H. J., *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford, 1929, s. 24 vd.

³² Lew, *Applicable Law*, s. 51; Lew/Mistelis /Kröll, s. 72, dn. 4; Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s 157 vd.; Samuel, s. 31 vd. Ayrıca bkz. Lew, *Arbitration*, s. 186 vd.

Yirminci yüzyılın başından itibaren, temel üç görüş belirmiştir. Bunlar, *sözleşmesel görüş*; *yargısal görüş* ve *karma görüş*tür. Bunlara daha sonra, *otonom-bağımsız görüş* de eklenmiştir.³³ Tahkimin hukuki niteliğiyle ilgili olarak ileri sürülen görüşlerden hiçbiri, gerek teoride gerekse uygulamada, yaygın bir kabulü görebilmiş değildir. “*Yine de görüşlerden her biri, genel olarak, millî hukuk sitemleri ve yargı düzenleri ile tahkim arasındaki bağlantıyı, tanımlamaya veya kurmaya çalışmışlardır.*” Gerçi, söz konusu tartışmanın pratik değerden yoksun; akademik bir lüks olduğu; milletlerarası ticari tahkimin gerçek dünyasında yaşanları, karşılamadığı dahi söylenmiştir. Hatta herhangi bir yasama organının yahut milletlerarası sözleşme hazırlayıcısının doğrudan anılan teorileri esas alarak tahkimle ve özellikle milletlerarası tahkimle ilgili bir sorunu, çözdüğü de görülmemiştir. Bu yorumun mahkemeler için de geçerli olduğu söylenmektedir. İddia edildiği şekliyle pratik kaygıların, ihtiyaç ve beklentilerin hayli fazla olduğu bir ortamda, teorik tartışmalarda çare aramak, faydalı değildir.³⁴

Bir yazar, 1937 yılında, tahkimin hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında yapmış olduğu değerlendirmede, özetle şu sonuca ulaşmıştır: “*Tahkim sözleşmesi ile hakem kararını birbirinden ayıran görüşe göre (yargısal görüş), [hakem] karar[ı], mahkemelerce de verilenlere benzetilmiştir; tahkim sözleşmesi ile hakem kararını, aynı sözleşmenin iki yüzü olarak algılayan bir diğer görüşe göre ise (sözleşmesel görüş), hakem kararı, sözleşmesel karakteri haiz olup mahkeme kararları ile mukayese edilemez; her iki görüşün arasında yer alan üçüncüsüne göre ise (karma görüş), hakem kararı, devlet mahkemelerinin (exequatur) şeklindeki ön[celikli] kararını gerektirdiği ölçüde mahkeme denetimine tabidir.*”³⁵

Görüldüğü gibi tahkimin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaların özünde, çoğu kez, geçmiş dönemin yaygın uygulaması nedeniyle *hakem ka-*

³³ Özellikle *sözleşmeci ve yargısal görüş*, anılan sınıflandırmayla çok da fazla bir şeyi ifade etmemektedir; kendi bünyelerinde kimi alt ayrımları içermekte olup ancak bu ayrımlar yoluyla kapsamları belirlenmeye çalışılmalıdır. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Samuel, s. 33 vd.; YU H., Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime, 15 (2) J Int'l Arb 1998, s. 148 vd. Ayrıca bkz. Karan, s. 202, 203; 213-214.

³⁴ Sanders, *Arbitration*, s. 6. Karş. [1982] ECR 1095, 1110; VIII YBCA 1983, s. 183; ayrıca bkz. *Claimant (seller, Hong Kong) v. Defendant (buyer, Germany)*, XXII YBCA 1997, s. 35; Lew/Mistelis/Kröll, s. 476-479.

³⁵ İngilizce tercümesi ve Fransızca orijinal metni için bkz. Lew, *Applicable Law*, s. 51.

rarlarının hukuki niteliği yatmaktadır.³⁶ Ne var ki, *asıl mesele, gerçekte bir lex arbitri olup olmadığıyla; varsa bunun nasıl belirleneceğiyle ilgilidir*. Hemen belirtmekte fayda vardır, *lex arbitri'*ye tabi olarak verilen hakem kararının, aynı *lex arbitri'*yi teşkil eden milli hukuk yönünden artık bir yerli hakem kararı olarak kabul edileceğinde, tereddüt yoktur. Şu hâlde günümüzde sorun, "*hakem kararının yabancılık vasfının belirlenmesi*" şeklinde *de* olmayıp daha temelde, ilgili hakem kararını yerli veya yabancı sayacak *lex arbitri'*nin varlığının nasıl tespit edileceği biçiminde ortaya konulmalıdır.³⁷

1. Sözleşmeci Görüş

Görüş taraftarları, devletin, tahkim üzerindeki üstünlüğünü ve kontrolünü inkâr ederek tahkimin, tarafların arzu ve isteği doğrultusunda yaratılmış olduğunu savunurlar. Sözleşmeci görüş içinde, iki alt ayrım bulunmaktadır. Bunlar, *klasik ve modern sözleşmeci teorilerdir*.³⁸ Ancak her hâlükârda, gerek klasik gerekse modern sözleşmeci görüş yanlıları, tahkimin, sözleşme özgürlüğünün ve neredeyse sınırsız ira-

³⁶ Ayrıntısı için bkz. Triva S., Arbitration and Public Policy: Constitutional Complaint as Means for Setting Aside Arbitral Award, 7 Croat Arbit. Yearb. 2000, s. 115 vd. Türk hukuku bakımından özellikle tenfiz şartlarının kanunla belirlenmiş olması nedeniyle hakem kararlarının hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın bu noktada, artık herhangi bir işlevinin kalmadığı; bugün için önemli olanın "*hakem kararının*" yabancılık vasfının belirlenmesinde kullanılacak ölçüt olduğu, iddia edilmiştir (Kaplan Y., Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, s. 25).

³⁷ Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinden (Alangoya, s. 41 vd) ziyade doğrudan, bir müessesesi olarak tahkimin hukuki niteliği, hiç incelenmemiş; çalışılmamış bir konu değildir (özellikle bkz. Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 53 vd; Akıncı, s. 53 vd). Ancak kronolojik olarak meseleye bakıldığında, hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktan yahut hakem kararının hukuki niteliğinden önce, tahkim için bir *lex arbitri'*nin olup olmadığını belirlemek; milletlerarası tahkimle ilgili meselelerin çözümünün nerede ve hangi hukuka yahut kurallara bütününe göre olacağına karar vermek gerekir. Nihai karardan hatta hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespitinden de önce, tahkimle ilgili pek çok sorunun mahkemeler önünde çözümü gerekebilmektedir. Hatta bu aşamada, sorunun mahkemeler önüne taşınması, *ya* taraflar için bir zorunluluk teşkil etmekte *ya da* taraflardan en az birinin iradesi bu yönde olmaktadır. Bu esnada, mahkemeye yüklenen işlevin içeriği, *lex arbitri'*ye göre belirlenecekse öncelikle *lex arbitri'*nin olup olmadığını ve şayet varsa içeriğinin hangi kriterlere göre belirleneceğini tespit etmek gerekir. Hukuki nitelik hakkında yapılan tartışmaların da bu temeller üzerinde inşa edilmesi gerekir.

³⁸ Ayrıntısı için bkz. Samuel, s. 33; Lew, *Arbitration*, s. 186. Ayrıca bkz. Kaplan, *Usul*, s. 27.

de serbestîsinin bir yansıması, âdeta özel bir yargı sistemi olduğunu savunmuşlardır.³⁹

Hakem kararının tahkim anlaşmasının bir sonucu olduğunda; tahkim anlaşması olmaksızın hakem kararının, bir kâğıt parçasından daha değerli olmadığına tereddüt bulunmadığına göre; hakem kararının tahkim anlaşmasıyla aynı hukuki kaderi ve niteliği paylaşmasından daha doğal bir şey olamaz.⁴⁰ Tahkim anlaşmasından alınan yetkiyle hakemler, tarafların *temsilcisi* olarak görev yapmakta ve uyuşmazlığı *onlar adına* çözüme kavuşturmaktadır. Bu görüş altında, sonraları diğer teoriler içinde de çokça tartışılacak kimi sonuçlara varılmıştır:

a. Hakemler, hâkim değildirler; kamusal bir işlev de icra etmemektedirler. Hakemler, tarafların *temsilcisi* olarak uyuşmazlıkları çözeceklerinden,⁴¹ verilen hükmün taraflarca yapılan bir anlaşmadan

³⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 77; Lew, *Applicable Law*, s. 54-57. Oysa artık, sözleşmesel bir bağın gerekli olmadığı, tahkim çağını yaşamaktayız. Bu durum, tahkim yargılamasının tek yanlı başlatılabildiği, 1965 ICSID Sözleşmesi'nde; kimi tek veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında, 1992 tarihli NAFTA ve 1994 tarihli Energy Charter Treaty'de (Enerji Şartı Antlaşması, RG. 06.02.2000, S. 23956) (Art. 26) görülebilir. Şayet tahkim, uyuşmazlıkların *tarafların anlaşması üzerine* hakemlerce çözümlendiği bir süreç olarak tanımlanacak ise örneği verilen tahkim usullerinin hiçbirinin klasik tahkim anlayışına uymadığı, açıktır. Söz konusu örneklerde, klasik bir tahkim anlaşması bulunmamaktadır. Burada, hakemlerin yargı gücü, devletin *-tahkim iradesini içeren-* anlaşmayı akdetmek suretiyle peşinen vermiş olduğu *onaya* ve ardından da uyuşmazlığının davacısının tahkim davasını başlatmak suretiyle göstermiş olduğu *rızaya* dayanmaktadır (Fouchard P/Gaillard E/Goldman B., *on International Commercial Arbitration*, Part I-II, ed. Emmanuel Gaillard and John Savage, The Hague, Boston, London, 1999, s. 29, 30). Ayrıca bkz. Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 45.

⁴⁰ Szaszy I., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 14 Am. J. Comp. L., 1965-1966, s. 668; Naón, s. 15; Karan, s. 204.

⁴¹ Hükmün verilmesinden önce hakemlerin *her bir tarafça*, görevlerinden *tek taraflı olarak* alınabilecekleri ve hatta tahkim anlaşmalarından tek taraflı dönülebileceği görüşü, 19. yüzyılın ortalarına kadar, İngiliz ve Amerikan hukuklarında etkisini sürdürmüştür. Aslında bu sonuç, şaşırtıcı değildir. Zira özellikle 18 ve 19. yüzyıllarda, İngiltere'de tahkime karşı takınulan hasmane tavrın bir sonucu olarak yegâne gaye, tarafların bir an evvel, kolayca tahkim anlaşmasından kurtulmalarını ve tekrar mahkemelere başvurabilmelerini sağlamaktır. Tahkim anlaşmasından tek taraflı olarak dönülmesinin engellenmesi amacıyla getirilen cezai şartlar ve bunların bonolara konu edilmesi, hep bu döneme ait uygulamalardır. Sonradan, bu bonolar da geçersiz sayılmıştır (Ayrıca bkz. "...tarafların kendi aralarında mahkemelerin yargı yetkisi üzerinde tasarruf etmesi mümkün değildir. Bu, *yargı yetkisinin de kaynağı olan kanuna aykırılık teşkil eder. Yargı yetkisi kazandıran yahut kaldıran anlaşmalar yapılamaz...*" *Asphalt Refining Co. Trinidad Lake Petroleum Co.* 222 F.2d 1006, 1008, SDNY 1915). Geçmişte, tahkim anlaşmasının bağlayıcılığı da, tartışmalı bir başka konu olmaktadır. Roma hukukunda, taraflardan biri, hükmün verilmesinden

daha farklı olmaması gerekir.⁴²

b. Uyuşmazlığın çözümünde, devletin egemenlik yetkisi esas alınmadığı gibi, hakemler yönünden *mülkîlik ilkesine dayalı bir yargı yetkisi* anlayışından da bahsetmek mümkün değildir. Her tahkimin kaynağı bir sözleşmedir; devletin, tarafların bu yöndeki iradeleri üzerinde, ne etkisi ne de denetimi olabilir. İleride *delocalisation* görüşlerinin de temelini teşkil edecek bu anlayış, *lex fori'nin (lex loci arbitri'nin)* tahkim üzerindeki özellikle yıkıcı etkilerini aşma amacındadır.⁴³

c. Hakem kararının (ve hakemlerin yargı yetkisinin) kaynağı, tarafların iradesi olduğundan, yerel/ millî sınırlamalara tabi olmaksızın söz konusu kararın dünyanın her yerinde icrası (tenfizi) –*tıpkı sözleşmeler için geçerli olduğu gibi*- mümkündür. Zira taraf iradesi ve irade serbestisi, her yerde egemen ve üstündür.⁴⁴ Fransız hukuku yönünden tarihsel olarak, sözleşmesel görüşün olumlu karşılanmasının bir nedeni de yabancı mahkeme kararlarının tanınması/tenfizi esnasında,

sonra dahi *poena* ödemek suretiyle tahkim anlaşmasını kendisi için geçersiz kılabil-mekteydi (David R., *Arbitration in International Trade*, Deventer, Boston, London, Frankfurt/M., 1985, s. 290; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 384; Küçükgüngör, s. 138-140). Ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra, tahkim anlaşmalarına mahkemelerce itibar edilmiş ve bu hâlde artık uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapamayacakları kabul edilmiştir. Ne var ki, mahkemelerin uyuşmazlığın esası da dâhil olmak üzere her türdeki ve içerikteki denetim/müdahale yetkisi, saklı tutulmuştur. Bunun aksini kararlaştırmak, yine mümkün değildir (Wolaver, s. 138-145; Luzzatto, s. 31-33). Fransız hukukundaki benzer durum için bkz. Carbonneau E. T., *The French Jurisprudence on International Commercial Arbitration, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration*, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, s. 147. Ayrıca bkz. Sayre L. P., *Development of Commercial Arbitration Law*, 37 Yale L J. 1927-1928, s. 598 vd; Schmitthoff M. C., *The Supervisory Jurisdiction of the English Courts, International Arbitration Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, s. 296; Sanders, *Arbitration*, s. 31-33; Sanders, *Quo Vadis Arbitration*, s. 35; Taşkın A., *Hakem Sözleşmesi*, 2. Bası, Ankara, 2005, s. 22 vd.

⁴² David, s. 76; Samuel, s. 35.

⁴³ Lew, *Applicable Law*, s. 56; Wolaver, s. 144-145; Szaszy, s. 671; Naón, s. 15, 16; Jakubowski J., *Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, Liber Amicorum* Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982, s. 78.

⁴⁴ Samuel, s. 34; Lew/Mistelis/Kröll, s. 78; Kalpsüz, s. 604; Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 84, 85; Karan, s. 205, 206.

takınılan hasmane tutumun bu görüş sayesinde,⁴⁵ hakem kararları için de geçerli olmamasıdır.⁴⁶

Klasik sözleşmecî görüşe getirilen eleştiriler, aynı zamanda, modern teoriye geçişi simgelemektedir. Hakem kararının bir sözleşme; hakemlerin ise tarafların temsilcisi olduğu varsayımı, ağır eleştiri alan noktalar.⁴⁷ Hakem kararının varlık nedenini ve geçerliliğini, tahkim anlaşmasında aramak ne derece doğru ise salt bu nedenle hakem kararını sözleşme; hakemleri de temsilci saymak, o derece tutarsızdır. Hakem, *bir hâkim gibi*, tarafsız biçimde, uyuşmazlığın esasına yönelik hüküm kuracaktır.⁴⁸ Uyuşmazlığın esası üzerinde, tarafsız bir biçimde karar verebilmek şeklindeki işlevin, asilin arzu ve isteklerine uygun hareket etme ödevi altındaki temsilci marifetiyle yerine getirilemeyeceği açıktır.⁴⁹ Bu nedenledir ki, hakemin görevinden tek taraflı olarak

⁴⁵ Yerli olmayan hakem kararlarının Fransa içinde, nasıl bir işleme tabi tutulacağı, Fransız hukukunun belki de yaşadığı en büyük sorunlardan biri olmuştur. 1964 yılına kadar, Fransa'da yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında/tenfizinde, *révision au fond* yasağı geçerli değildi. Kaldı ki, bu tarihten sonra da yabancı mahkemelerin, Fransız kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuku uygulamaları yahut uyguladıkları hukukun esasının söz konusu kanunlar ihtilafı kurallarına göre bulunacak hukukla örtüşmesi gerekirdi. Bu tip sınırlamaların hakem kararları için de geçerli olması fikri, 20. yüzyılın başından itibaren son derece kararlılıkla reddedilmiş; *anılan sınırlamalara takılmamak, tabi olmamak* için tahkimin ve özellikle hakem kararlarının sözleşmesel niteliği ön plana çıkarılmıştır. Kısacası, tahkimin sözleşmesel niteliği, hakem kararlarına da sirayet ettirilmiş; tahkim anlaşmaları için geçerli tüm ilke ve prensiplerin hakem kararları için de geçerli olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır (Carbonneau, s. 150; von Mehren A. T., *International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence*, 46 Louisiana L Rev, 1985-1986, s. 1055. Ayrıca bkz. Szaszy, s. 669. Fransa, belki de son derece pratik kaygılarla sözleşmesel teorinin ve devamı olan bağımsız görüşün hüküm sürdüğü bir ülke hâline gelmiştir. Ayrıca bkz. Schlosser, Rn. 41; Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 83, 84.

⁴⁶ *Vertragsstheorie* ve ayrıntısı için bkz. Szaszy, s. 671. Gerçi, dönemin içtihatlarında, hakem kararının bir sözleşme olduğu da açıklıkla vurgulanmış değildi. Tam aksine tercih edilen terminoloji, "*contractual entity*" sözleşmesel bir oluşum şeklindeydi. Ne var ki, içtihatlar, klasik sözleşmesel görüşün derin izlerini taşımaktaydı. Ayrıntısı için bkz. Naón, s. 16; Samuel, s. 36; Lew/Mistelis/Kröll, s. 77. Ayrıca bkz. Kalpsüz, s. 603, 604; Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 78, 79; Karan, s. 204-206.

⁴⁷ Oysa böyle bir görüşün en azından mahkemelerde de desteklenmesinin nedeni, tarafının, mahkemelerin yargı yetkisini bertaraf eden böyle bir anlaşmadan kolayca kurtulabilmesini sağlamasıydı (Sayre, 609-610).

⁴⁸ Kaplan Y., *Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi*, MHB 2001/1-2, s. 52, 53.

⁴⁹ Karş. 15. HD. 15.6.1989, 1023/2841, (YKD 1989/9, s. 1298).

alınması mümkün değildir (MTK m. 7/F/I).⁵⁰ *Tahkim anlaşmasının* sözleşmesel niteliği ile *tahkim kurumu* birbirine karıştırılmamalıdır. *Tahkim*, müessese olarak, bir anlaşmadan ziyade; bir metottur, hukuki çaredir, usuldür.⁵¹

Modern sözleşmecî teori ile hakemlerin temsilci; hakem kararının da bir sözleşme olduğu fikri, aşılmışsa da tahkim, hâlâ bir özel hukuk meselesidir; medeni hak ve borçları ilgilendirir; yargısal değil; sözleşmesel bir nitelik taşır. Bu noktada kullanılan terminoloji, tahkimin sözleşmesel değil; *acte privé* bir özel hukuk işlemi olması, şeklindedir.⁵² Zira hakemler, devlet adına ve onun sahip olduğu egemenlik yetkisine dayanarak çalışmazlar. Bu nedenle de hakemlerce verilen bir hükmün, üçüncü kişilerin hak ve borçlarını etkilemesi, söz konusu değildir. Kaldı ki, bir hakemin görevinden alınması, *her iki tarafın da ortak iradesiyle* pekâlâ mümkündür.⁵³

Buna karşın, hakemlerin takip edecekleri usul, belli bir serbesti ve özgürlükten istifade edecekse de *kendi içinde bir takım, tabii sınırlamaları haizdir*. Örneğin, *her iki tarafın da dinlenmesinin gerekmesi, yerel hukukun söz konusu irade serbestisine getirdiği sınırlamalar yanında, kabul edilen*

⁵⁰ İlginçtir, günümüz Hollanda hukukunda hakemler, tıpkı bir yargıç gibi değil; daha ziyade, tarafların vekili olarak görülürler. Bu nedenle de *tüm* hakemlerin (*baş-hakem* de dâhil olmak üzere), tarafların ortak iradesi sonucunda seçilmesi düzenlenmiştir (Hollanda CCP Art. 1027/I, II). Hakemlerin seçimi konusunda, kararlaştırılan usulün işletilememesi hâlinde, sadece atanamayan değil; örneğin üç kişilik hakem heyetinin gerektiği durumlarda, *tüm* hakemler, mahkeme tarafından atanmaktadır. Bu şartırtıcı değildir. Zira *kural olarak* hakemler, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla atılır; bu esnada, *taraf-hakemlerine ilişkin herhangi bir ayırım da getirilmiş değildir*. Bu durum, taraflar üzerinde, kararlaştırdıkları usulün işletilmesi yönünde, ağır bir baskı yaratmaktadır (Berger, s. 212; Freedberg-Swartzburg J. A., Court Assistance in The Appointment of Arbitrators, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, ed. Sumampouw M/Barnhoorn L.A.N.M./Freedberg-Schwartzbur J. AG/Tromm J.J.M/Wade J.A, 1992, s. 84; van den Berg A. J/van Delden R/Snijders H. J., Netherlands Arbitration Law, 1993, s. 45).

⁵¹ Hakem kararlarıyla ilgili, çeşitli içeriklerdeki ve hatta kimi zaman uyuşmazlığın esasına yönelik denetim, söz konusu kararı, basit bir sözleşme olmaktan çıkarmaktadır. Örneğin, iptal davasının veya benzeri denetim usullerinin tahkimdeki keyfiliğe, tarafgirliğe ve usulsüzlüğe karşı bir kalkan olduğu düşünülmüştür. Salt böyle bir denetimin varlığı dahi hakemlerin *yerel-millî* hukuk tarafından tasvip edilmeyecek iş ve işlemlerden kaçınmasına neden olur (Kerr, s. 15; Mann F., Private Arbitration and Public Policy, 4 CQJ 1985, s. 262-267).

⁵² Samuel, s. 40. Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 208.

⁵³ Samuel, s. 42; Lew/Mistelis/Kroll, s. 78.

diğer bir tabii sınırlamadır. Hakemlerce izlenecek usulün belirlenmesinde tarafların sahip olduğu irade serbestisi, artık, *gerek* kendi içindeki tabii *gerekse* harici olarak yerel hukuk sistemlerince –çoğu kez kamu düzeni endişesiyle– getirilecek şartlarla sınırlandırılmıştır. Gayri adil bir usul izlenerek tarafların hak ve borçları üzerinde karar verilemez; bu sadece *tabii adalet* fikriyle değil; içinde bulunulan toplumun *kamu düzeniyle* de çatışılması anlamına gelir.⁵⁴

Böylece görüş, kendini, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği hakkında, *kimi kıstaslar* esas alarak sorgulamaya, sınırlamaya başlamıştır.⁵⁵ Özetle tahkim anlaşmasını yapmak, tarafların; karar/hüküm vermek, hakemlerin işidir; hakemlerin seçimi ve göreve başlayabilmeleri ise *kural olarak*, taraflarla hakemlerin ortak eseridir.⁵⁶

Sözleşmeci görüş, 19. yüzyılın sonlarından 20. yüzyılın ortalarına kadar, kendi içinde çok değişmiş ve gelişmiştir.⁵⁷ Hakemin kim olduğuna ve ne yaptığına yönelik tartışma, temel eleştiri konusudur. Hakem, uyuşmazlık üzerine tarafların iddia ve savunmalarını dikkate alarak karar veren kimsedir; *yani âdeta hâkimdir*.⁵⁸ Hakemin hâkime benzer işlevi, sözleşmeci görüşün en zayıf noktasıdır. Hakemlerin, ileri sürülen talep ve savunmalar hakkında, girişeceği tahkikatın ardından yine tarafları da bağlayıcı ve özellikle kesin hüküm etkisini haiz bir hüküm kuracak olması, *tahkim anlaşmasını* başlı başına *bir usul sözleşmesi, yargısal sonuçları havi bir sözleşme (a juridical category of contract)*, niteliğine büründürmektedir.⁵⁹ Kaldı ki teori, ancak bu hâlde hakemlerin

⁵⁴ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 45. Ayrıca bkz. Nomer E., Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesi'nin Bağımsızlığı, 4 MHB 1984/1, s. 30, 31.

⁵⁵ Millî hukuk, özellikle taraflarca tahkim usulünün nasıl olacağının kararlaştırılması hâlinde, içereceği yedek hukuk hükümleriyle söz konusu boşluğu doldurmakta; sözleşmeyi tamamlamaktadır ki, bu, uygulamada çoğu hâlde böyle olmamaktadır. Görevlerini icra ederken hakemlerin işlevlerinin içeriği, taraf iradeleriyle değil; çoğu kez, *en azından uygulamada*, yerel-millî hukuklarca tanımlanmakta ve belirlenmektedir (Roksin S. K., The Sources and limits of the Arbitrator's Powers in England, Contemporary problems in international arbitration, ed. J. D. M. Lew, 1986, s. 91).

⁵⁶ Samuel, s. 44.

⁵⁷ Samuel, s. 46 vd.

⁵⁸ Ayrıntısı için bkz. Roksin, s. 88. TD 7.2.1966, 1986/45, (IV Batider 1967/2, s. 384).

⁵⁹ Samuel, s. 45; Jakubowski, s. 82. Wetter G. J., The International Arbitral Process, Public and Private, IV, New York, 1979, s. 285-288; De Vries P. H., International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, 57 Tul L. Rev. 1982-1983, s. 42; Henn G., Schiedsverfahrensrecht, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 2000, s. 6-8; Schwab K. H/Walter G/Baumbach A., Schieds-

tarafsız kalarak adil bir yargılamayı sürdürmek şeklinde üstlendikleri ödevi açıklayabilmektedir. Hakem kararlarının mahkemelerce denetimi ve bu denetim sonrası tahkim yargılaması yönünden yaşananlar (örneğin bkz. Model Kanun m. 34/IV; ZPO §1059/IV, V), salt sözleşmecî görüş ile açıklanamayacak kadar karmaşıktır. Tahkimin, özellikle bugün, sözleşmesel temeli olan diğer uyuşmazlık çözüm usullerinden⁶⁰ özenle ayrılması gerekmektedir ki, bunun için yine salt sözleşmecî görüş, yeterli kalmamaktadır.⁶¹

Bu görüş içinde önemli bir yer tutan, hakem kararının ne olduğu konusunun ve yapılan vasıflandırmanın, günümüz pozitif tahkim hukukuyla örtüştüğünü söylemek, güçtür. Zira teoriye göre *hakem kararı, bir sözleşme olarak, her bir ülkede icra edilebilecektir. Tahkimin, yargısal bir işlevi içermemesi nedeniyle mahkemelerce yürütülen yargılama faaliyetinin aksine nerede icra edildiğinin hiçbir önemi yoktur.*⁶² Bu anlayışa, yıllar sonra, özellikle 1970'li yıllarda, bir tepki ve bir temenni olarak tekrar dönülecekse de, *gerek pozitif hukukun gerekse milletlerarası tahkimin bugün için söz konusu anlayışa destek çıktığı söylenemez. Kural olarak, (istisnai bir düzenleme için bkz. 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX; New York Sözleşmesi m. VII, 1 ve NCPC Art. 1502; 1504) tahkim yeri hukuken iptal edilmiş bir hakem kararının ülke dışında, bir başka ülkede tenfizi güçtür (New York Sözleşmesi m. V, 1, e). Dahası, mahkemelerin kendi hukukuna tabi (lex loci arbitri) tahkim yargılamaları ile hakem*

gerichtsbarkeit, 6., neubearbeitete Auflage, München 2000, Kap. 7, Rn. 37; Zöller R., Zöller, Zivilprozessordnung, 24. neubearbeitete Auflage, 2004, §1029, Rn. 15; Alangoya, s. 52 vd; Üstündağ S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 934, 935; Taşkın, s. 16 vd; Deren-Yıldırım N., *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, İstanbul 2004, s. 23-26; Alangoya Y/Yıldırım K/Yıldırım D. N., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 607; Pekcanitez H/Atalay O/Özekes M., *Medeni Usûl Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2006, s. 642. Ayrıca bkz. Baumbach A/Lauterbach W/Albers J/Hartmann P., *Zivilprozessordnung*, Band 1, 62., neubearbeitete Aufl., München 2004, §1029, Rn. 10.

⁶⁰ Söz konusu yöntemler için bkz. Poudret J-F/Besson S., *Comparative Law of International Arbitration*, Translated by Stephen V. Berté, Annette Ponti, 2007, s. 11 vd; İldır G., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, *Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*, Ankara 2003, s. 60, 78 vd; Özbek M., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, s. 99, 201 vd.

⁶¹ Samuel, s. 46; Mustill J. M/Boyd C. S., *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Second Edition, London, Edinburg, 1989, s. 30-38. Tahkimin, mesnedi itibarıyla akdî; mahiyeti itibarıyla kazai bir müessese olduğunun kabulü için bkz. Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 86, 88, 94. Ayrıca bkz. Karan, s. 214.

⁶² Jakubowski, s. 78.

kararlarını, kendi hukukuna tabi olmayanlarla aynı yönde değerlendirmesi, beklenmemelidir (Karş. NCPA Art. 1502, 1504; UNCITRAL Model Kanunu m. 34/II, 36/I).⁶³

Hakemlerin icra ettikleri faaliyetin bir gereği olarak, ağırlığın sadece tenfiz yeri hukuku ve mahkemelerinde toplanması da, arzu edilen bir husus değildir (karş. PIL Art. 192/I; Belçika Yargılama Usul Kanunu m. 1717; MTK m. 15/A/V). Tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin de, tahkimde söz sahibi olması gerekmekte ve *beklenmektedir*. Tahkim yargılaması süresince, tahkim yeri mahkemelerinin üstlenmesi ve tahkime yardımcı kimi işlevler, tahkim anlaşmasının yaşatılması ve icrası için hayati bir önemi haizdir. Kaldı ki, *lex loci arbitri*'nin hakemlere tanıyacağı kimi yetkiler (örneğin, *competence-competence*⁶⁴), bugün tahkimin sadece tarafları arasında geçerli, *bir özel hukuk işlemi olması özelliğini* gölgede bırakmaktadır.⁶⁵ Tahkim, özellikle pozitif hukuk bağlamında, artık sözleşmesel niteliğin çok dışına taşmıştır.⁶⁶

2. Yargısal Görüş

Hukukun yorumu ve uygulanması ile uyumsuzlukların *kesin* bir biçimde çözümü, egemenlik işlevi ile yakından ilgili olup bu, devletler yönünden mahkemeleri eliyle gerçekleşir (AY m. 9). Tarafların tahkim

⁶³ Samuel, s. 48. Ayrıca bkz. Petrochilos G., *Procedural Law in International Arbitration*, 2004, s. 4, 20.

⁶⁴ *Competence-competence*, bir hukuki kabul (*fiksyon*) olarak hakemlerin, her hâlde, kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilmesini mümkün kılmaktadır (Berger, s.352 Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 400; Lew/Mistelis/Kröll, s. 333; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 252). *Competence-competence* yetkisinin (özellikle *Model Kanun'un 16. maddesinin*), aksi taraflarca kararlaştırılmaz; hakemler anılan yetkiden mahrum bırakılmaz (Holtzmann H. M/Neuhaus E. J., *A Guide To the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History*, Part I-II, 1994, s. 480; Berger, s. 352). Karş. ZPO §1040/I (Harbst R., *Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, Ein Rechtsvergleich zwischen dem englischen Arbitration Act 1996 und deutschem Schiedsverfahrensrecht*, Heidelberg, 2002, s. 40).

⁶⁵ Park, *The Lex Loci Arbitri*, s. 24-27; Thompson D., "Detachment" from the National Law in International Commercial Arbitration, 1982 *Arbitration*, s. 109-110. Ayrıca bkz. Deren-Yıldırım, s. 26.

⁶⁶ Samuel, s. 50. Tahkimin yalnızca sözleşmesel yönü üzerinde durmak, çok boyutlu bir meselenin sadece tek bir yönü üzerinde çalışmak anlamına gelir. Bu ise müessesenin eksik sunumundan başka bir şey değildir (Wetter, s. 288). Ayrıca bkz. De Vries, s. 42.

üzerindeki anlaşmaları, ancak hukukun (özellikle tahkim yeri hukukunun) buna yönelik açık veya zımni olurunun bulunmasıyla mümkündür.⁶⁷ Bu teoriye göre devlet, ülkesi üzerindeki, özel usullere tabi bir yargılamanın icrasına ki *bu paralel ve devredilmiş bir yargı yetkisi olacaktır*, ancak müsamaha gösterirse söz konusu *usul* geçerlilik kazanacaktır. Devlet ve ona ait hukuk düzeni, tahkimin bir parçası ve tamamlayıcısıdır. Gereği rızaen yerine getirilmediği takdirde, hakem kararının bu kez, mahkemeler yardımıyla icrası istenecektir. Bu nedenle en azından icra aşamasında yargısal teori, mahkemelerin desteği ile de olsa varlığını hissettirmektedir.⁶⁸ Bu anlamda tahkim, gereğinde, kamusal bir işlev de görmektedir.⁶⁹

Teori içinde, farklı iki eğilim bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre hakemin görevi, karar vermek, hükmetmektir; verilen hüküm ise yargısal bir işlem olarak kabul edilmelidir. Bu görüş, hüküm teorisi (*judgement theory*) olarak da bilinmektedir. İkinci görüş ise hakemin otoritesinin kaynağını, üzerine düşenleri icra ettiği; yükümlülüklerini ifa ettiği yerin devletinde (*tahkim yeri millî hukukunda*) görür. Bu, aslında hükmetmek, karar vermek şeklindeki işlevinin doğal bir sonucudur. Bu kapsamda, kimilerine göre *delegation* teorisi geçerliken; *Mann* ve takipçileri, her hak ve yetkinin kaynağının bir millî hukuk olması gerektiğini savunarak *municipal law*-yerel hukuk öğretisini benimsemişlerdir.⁷⁰

⁶⁷ Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 162.

⁶⁸ Yargısal teori, modern tahkim hukukundaki etkisini, tahkime elverişlilik yanında, son olarak hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda göstermiş; hakemlerin tarafsızlığına ilişkin kriterlerin, yargısal nitelikte karar veren *herkes* ile (yani hâkimlerle) aynı olduğu sonucuna ulaşılmıştır (*Court of Appeal, AT&T Corporation and another v. Saudi Cable Company*, [2000] 2 Lloyd's Rep 127). Ayrıca bkz. Liebscher C., Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration, 6 Croat Arbit Yearb 1999, s. 83 vd.; YU, s. 149. Yargısal teorinin özellikle geçmişteki sonuçlarından biri de yabancıların *hakem* olarak görev yapamamalarıydı. Ne var ki, 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin 3. maddesi ve UNCITRAL Model Kanunu'nun 11/I maddesinde, irade serbestisine üstünlük tanınmak suretiyle mesele, milletlerarası alanda -*tahkim lehine*- çözülmüştür. Ayrıca bkz. Lew/Mistelis /Kröll, s. 76, 77.

⁶⁹ Samuel, s. 55 vd.; Triva, s. 116 vd. Ayrıca bkz. Naón, s. 16, 17; Karan, s. 206, 207.

⁷⁰ Samuel, s. 50, 51; Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 160; Lew, *Applicable Law*, s. 52, 53; Lew, *Arbitration*, s. 186. Ayrıca bkz. Schlosser, Rn. 50-52; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 43; Karan, s. 206-208.

a. Hüküm Teorisi

Bu görüş, yabancı hakem kararlarının özellikle 20. yüzyılın ilk yarısında, Fransa'da nasıl tanınıp icra edileceğine ilişkin tartışmalardan doğmuştur. Cevap bekleyen soru, hakem kararının bir sözleşme mi, yoksa (*tıpkı mahkeme kararı gibi*) hüküm mü olduğudur. Varılan sonuç, hakemlerce verilen kararın, her ne olursa olsun; hiçbir şekilde sözleşme olmadığıdır. Tahkim anlaşmasının verilen kararın varlık ve geçerlilik kazanmasında, çok büyük bir önemi vardır. Ancak bu, tahkimin yargısal bir süreç; hakem kararının da bir hüküm (*kazaî karar*) olduğu gerçeğini değiştirmeye yetmemektedir.⁷¹ Tahkim anlaşmasının hakemlerin otoritesi (*yargı yetkisi*) yönünden gerekli olduğu vurgulanmakla birlikte, söz konusu otoritenin tesisinin, yani hakemlerin seçilmesinin ardından artık tahkim anlaşmasının, yargılama ve hüküm üzerinde hiçbir etkisi kalmayacak; tahkim anlaşması ve hüküm iki farklı ve birbirinden bağımsız unsur hâline gelecektir.⁷²

Hüküm teorisi ile birlikte hakemler, âdeta birer hâkim olarak görülmüşlerdir.⁷³ Oysa hakemlerin, kamusal bir işlevi yerine getirmelerinin söz konusu olmadığı; kaldı ki, böyle bir görevin, onlara devlet tarafından da verilmediği, dile getirilmiştir. Dahası, tahkim anlaşması ile hakem kararının bu denli birbirlerinden koparılmaya çalışılması, hem sunidir hem de pozitif hukukla örtüşmemektedir (Model Kanun m. 34/II, *a, i, iii*; MTK m. 15/A/II, 1, *a, e, f*). Kısacası, ne tahkim, bir devlet yargısıdır ne de hakem, hâkimdir.⁷⁴ Oysa *yargısal her işlem için mutlaka devletin mahkemesine veya hâkimine ihtiyaç yoktur*:

⁷¹ Tahkimin bir müessese olarak, özellikle de hakem kararının *kesin hüküm* şeklinde yarattığı etki ve doğurduğu sonuç, temeli olan tahkim anlaşmasının klasik bir madde hukuk sözleşmesi olarak görülmesine engeldir. Tahkim anlaşmalarıyla alakalı tanınan irade serbestisinin genişliği dahi bu sonucun aksi için yeterli değildir. *Ayrıntısı için bkz. Zöller/Geimer, § 1029, Rn. 15-17; Alangoya, s. 53, 61, 64-65; Deren-Yıldırım, s. 25. Ayrıca bkz. 11. HD. 20.04.1974, 1523/1470, (YKD, 1975/12, s. 48). Karş. Nomer E/Şanlı C. Devletler Hususi Hukuku, 12 Bası, İstanbul, 2003, s. 460. Ayrıca bkz. Kalpsüz, s. 605.*

⁷² Samuel, s. 52. Ayrıca bkz. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 12 vd; Sturges, s. 1031-1032. *Urteilstheorie* ve ayrıntısı için bkz. Szaszy, s. 669.

⁷³ Örneğin bu yüzden, İtalyan hukukunda tahkim, devlet yargısının doğal bir parçası ve uzantısı olarak görülmüş, yabancı tahkim yargılamaları ve verilen hükümler, geçmiş dönemde, yabancı mahkeme yargılamaları ve yabancı mahkeme kararlarına denk kabul edilmişlerdir (Luzzatto, s. 34); TD. 7.2.1966, 1986/495, IV Batider 1967/II, s. 384; Üstündağ, s. 937. *Karş. Sempozyum, s. 96, 97, 200.*

⁷⁴ Samuel, s. 51. Ayrıca bkz. Alangoya, s. 57, 59.

a. Öngörülen hukuki çare içinde, sosyal veya ekonomik bir sonucun temini için ileri sürülen talebin/ iddianın varlığı;

b. Anılan hukuki çare içerisinde, maddi hukukun öngördüğü sonucun doğumu için aranan koşul vakıaların iddia edilen somut vakıalarla örtüşüp örtüşmediğinin tahkik edilmesi/doğrulunun araştırılması;

c. Söz konusu tahkikatın, bunu yargısal olarak da yapmaya yetkili bir organ tarafından yerine getirilmesi;

bir *yargılama faaliyetinin* üç temel unsurudur. O hâlde, kendi huzurunda ileri sürülen bir talebin kabulü veya reddi konusunda, hukuken yetkilendirilmiş kimse, her hâlükârda yargısal bir görünüm ve hüviyet kazanacaktır. Hakemler, belki hâkim değildirler; lakin hâkimlerle aynı işi yapmaktadırlar ve tıpkı onlar gibi yargısal işlemler icra etmektedirler.⁷⁵

Bu noktada, hükümle tahkim anlaşmasının birbirinden koparılmaya çalışılması, ne sağlıklı sonuç verir ne de gereklidir. Hakemlerin yargı yetkilerinin kaynağı, *kural olarak*, tahkim anlaşması olup yargılamanın *-belli sınırlar dâhilinde-* tarafların iradelerine üstünlük tanınarak icra edilmesi, yine pozitif hukukun bir gereğidir (New York Sözleşmesi m. V, 1, d). Tarafların *birlikte*, hüküm öncesi dönemde, hakemin görevine son verebilmesi, neden olacağı hukuki sonuçlar saklı kalmak kaydıyla pekâlâ mümkündür (Model Kanun m. 14/II; MTK m. 7/F/I). Taraflarca kararlaştırılan sürenin bitmesinin ardından, yargılamaya devam edilemeyeceği gibi aksine verilecek hükmün iptal edileceği de açıktır (MTK m. 10/B/I, II; 15/A, 1, c). Şu hâlde, hükmün tahkim anlaşmasından koparılmaya çalışılması, tahkimin yargısal yönünü ön plana çıkarmak isteyen ve sözleşmesel teoriye tepkiyle yaklaşan karşı görüşün bir argümanı olmakla birlikte; aslında buna gerek olmadığı da ileri sürülmüştür.⁷⁶

⁷⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 12 vd.; Sturges, s. 1038-1040. Hâkim ile hakem arasındaki neredeyse tek fark, *hâkimin tayini ve yargı yetkisi, devlet kaynaklıyken; hakem gücünü ve otoritesini yine devletten almasına karşın, tayini taraflara aittir* (Lew, *Applicable Law*, s. 52; Samuel, s. 53). Ayrıca bkz. Alangoya, s. 59, 61.

⁷⁶ Samuel, s. 54, 55.

b. Delegation Teorisi

Teori, sözleşmesel görüşün neredeyse zıddıdır. Buna göre, hakemlerin yargı yetkisinin kaynağı, sözleşme değil; artık, bizatihi devlettir. Tahkim, devletin, ülkesi üzerinde, *adaletin dağıtımı konusunda sahip olduğu münhasır ve tekeli nitelikteki yetkisini, hakemlere devretmesinin* bir sonucudur. Esasen, taraflarca anlaşılması durumunda, uyuşmazlıkların özel kimselerce de çözüme kavuşturulmasında, bir kamu menfaati gören devlet, sahip olduğu bu yetkiyi, hakem sıfatını taşıyan özel kişilere, belli bir grup uyuşmazlıkla sınırlı olarak devretmektedir. Hüküm teorisinin de ötesinde, burada hakem, artık kamusal bir işlev icra etmektedir; *sürelî-geçici bir hâkimdir*. Hakemler, münhasıran devlete ait bir işlevi, hukukun da öngördüğü gibi yerine getiren kimselerdir (*karş. AY m. 7/III*).⁷⁷

Tahkim, icra edildiği yer hukukunca tanınan bir imtiyaz hâline gelince söz konusu imtiyazı verenler, bu devir işlemine nelerin dâhil olduğunu yani içeriğini de belirleme hakkını, ellerinde tutmaktadırlar. Tahkim yeri hukukunca geçerli kabul edilmeyen bir tahkimin varlığı da (*tıpkı mahkeme kararlarında olduğu gibi*) herkes ve her yer için tartışmalı hâle gelmektedir. Bu yaklaşım, temelde, devletin ülkesi üzerinde, adalet hizmetlerinin görülmesinde tekeli bir yetkiye sahip olduğu *fik-siyonuna* dayanmaktadır ki, söz konusu kabulün kendisi, tartışmaya açıktır.⁷⁸

c. Yerel-Millî Hukuk Teorisi

Hakemin yargı yetkisinin kaynağı, ona bu otoriteyi sağlayan tahkim yeri *hukukudur*, yani Mann'ın görüşüne göre *lex facit arbitrum*'dur. Her devlet, ülkesi üzerinde gerçekleştirecek iş ve işlemleri yasaklamak veya geçerli kabul ederek düzenlemek hak ve yetkisine sahiptir. Bu nedenle her tahkim, gerçekleştiği, icra edildiği yer, yani tahkim yeri hukukuna (*da*) tabidir.⁷⁹ Hakemlerin, tarafların iradesine uyması beklenirken yahut tahkimin, tarafların iradesinin ürünü olduğu kabul

⁷⁷ Samuel, s. 55; Sturges, s. 1045; Szaszy, s. 670; Naón, s. 16, 17; Lew, *Applicable Law*, s. 52-54. Ayrıca bkz. Üstündağ, *Uluslararası Tahkim*, s. 294, 295.

⁷⁸ Samuel, s. 56.

⁷⁹ Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 162; Wilner, s. 651; Goode R., *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, 17(1) *Arb Int*, 2001, s. 24. *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.* [1983] 3 WLR 241.

edilirken bunların ancak *lex loci arbitri* de böyle olmasını istediği için gerçekleştiği, unutulmamalıdır. Her tahkim, tahkim yeri hukukunun bir parçasıdır; bu nedenledir ki, *milletlerarası tahkim* şeklinde bir terminoloji, sağlıklı bir anlayışın ürünü değildir.⁸⁰ Bütün bunların aslında, *ne* devletin son derece bilinçli bir şekilde ve doğrudan tahkime yönelik tanımış olduğu bir *imtiyaz* ile *ne de* gerçekleştiği varsayılan bir *devir* ile ilgisi vardır. *Ülke üzerinde gerçekleşen her iş ve işlem gibi tahkimin de, tahkim yeri hukukuyla çatışması hâlinde, geçerlilik kazanmayacağı, açıktır.* Burada bir *delegation* varsayımından ziyade, tahkimin, devletlerin ülkesi üzerinde geçerli millî hukuklarla ne derecede uyum içinde olduğu noktasından hareket edilmektedir.⁸¹

Özellikle tahkim yeri hukukuna atfedilen önem, büyük ölçüde, tahkimin hukuki niteliği ile yakından ilgilidir. Hakemlerin, *tıpkı hâkimler gibi*, yargı yetkilerini, yargılamayı icra edecekleri yer hukukundan aldıkları kabul edilecekse, *lex loci arbitri*, tıpkı *lex fori* gibi, münhasıran *lex arbitri*'yi oluşturacaktır. Buna göre:

a. Tahkim usulü, *tanınan irade serbestisi saklı kalmak kaydıyla* tahkim yeri hukukunda düzenlediği gibidir.

b. Uyuşmazlığın esasının çözümünde kullanılacak kanunlar ihtilafı kuralları, yine tahkim yeri hukukuna göre belirlenir.⁸²

⁸⁰ Tüm millî hukuklardan kopuk ve bağımsız bir tahkim, hayaldir, idealdir; gerçekleşse dahi bu, *lex loci arbitri* izin verdiği için olacaktır. Zira, milletlerarası sözleşmelerin tahkime uygulanabilmesi için dahi tahkim yeri devleti, sözleşmeciler devlet olarak söz konusu milletlerarası hukuk metnini, iç hukukunun bir parçası yani *lex loci arbitri*'nin bir unsuru hâline getirmelidir (Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 162-165). Ayrıca bkz. Goode, s. 29; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 77; *Bank Mellat v. Helleniki Techniki SA* [1984] QB 291 (CA), 301; Schlosser, Rn. 188.

⁸¹ Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 164-166. Mann, tahkim yeri ülkesinin, tahkimle ilgili hukuk politikası konusunda, hakem kararlarının hukukilik denetimine de tabi tutulmasını savunacak kadar, sıkı ve katı bir anlayışa sahiptir (Mann, *Private Arbitration*, s. 267). Ayrıca bkz. Şanlı C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983, s. 174-176; Karan, s. 208.

⁸² Hakemler, tıpkı hâkimler gibi yargılama yapıp adalet dağıttıklarından; adaletin nasıl tecelli edeceği konusunda, tercih ve takip edilecek kanunlar ihtilafı kurallarının belirlenmesinde de, *aynen mahkemelerin gözettiği gibi* özel ya da kamusal menfaatleri göz önünde tutmakla yükümlüdürler. *Strictum iuris* türündeki bir tahkimin karşısında yer alan *ex aequo et bono* veya *amiable composition* şeklindeki bir tahkim, istisnai olup yaygınlık kazanamamış; çoğu kez tarihi nedenleri olan bir tür olarak kalmıştır. Ne var ki, bu son türün de *contra legem* olduğu düşünülmemelidir (Naón, s. 8-10).

c. Tahkim yeri hukukunun emredici normları, söz konusu tahkim yargılaması için de geçerli ve bağlayıcıdır.

d. Tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının iptali, söz konusu hakem kararının diğer tüm millî hukuklar bakımından da geçerliliğini yitirmesi anlamına gelir (Hollanda CCP Art. 1076/I, A, e; ZPO §1061/III).⁸³

Sıralanan sonuçlar dikkate alındığında, tahkim yargılaması ile mahkemeler önünde sürdürülen yargılama arasında bir farklılık kalmamaktadır. Bu da, tahkimin hukuki niteliği konusunda yapılmakta olan değerlendirmenin doğal bir sonucudur.⁸⁴

Mann'ın görüşleri, milletlerarası tahkim pratiği ile hukukunu, çok yakından etkilemiştir. Milletlerarası tahkimde, hakemlerin tahkim yeri hukukuyla bilinçli bir şekilde çatışması, arzu edilen bir durum değildir; tam aksi tutum ise neredeyse bir hakemlik etiği hâline gelmiştir. Bu, hiç olmazsa uygulamada, *lex loci arbitri*'nin tahkim üzerindeki bağlayıcılığı ve hükümranlığı sonucunu doğurmaktadır (MTK m. 8/A; ZPO §1042; *karş.* NCPC Art. 1494, 1496).⁸⁵ Ancak, bu görüş de, tahkimle ilgili her sorunu, çözebilmiş de değildir. Örneğin diğer ülke hukuklarının da tahkim yeri mahkemelerince verilen iptal kararlarıyla bağlı olup olmayacakları sorunu, henüz tam anlamıyla cevaplanamamıştır (1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX).⁸⁶

Gerek *delegation* gerekse yerel-millî hukuk görüşü, *tahkim yerine* çok büyük bir önem atfetmektedir.⁸⁷ Bu, bir eleştiri konusudur. *Zira tahkim yerinin seçimi, çoğu kez, son derece tesadüfî nedenlere bağlıdır; kimi zaman fiilen böyle bir yer dahi olmamaktadır. Tahkim yerine -hukuken- tanınan bu egemen güç, özellikle milletlerarası tahkimde, esnekliğin kaybına; bazen de taraf iradeleriyle çatışılmasına neden olmaktadır.*⁸⁸

Ayrıca bkz. Alangoya, s. 171.

⁸³ Goode, s. 24, 25; van den Berg/van Delden/Snijders, s. 166, 167. Ayrıca bkz. Kalpsüz, s. 604, 605; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 43; Karan, s. 208.

⁸⁴ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 3. Ayrıca bkz. Wilner, s. 651, 652; Kalpsüz, s. 606.

⁸⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 91. Ayrıca bkz. Petrochilos, s. 19 vd.

⁸⁶ Samuel, s. 58; Goode, s. 28.

⁸⁷ Ayrıntısı için bkz. Lew, *Applicable Law*, s. 245-255.

⁸⁸ Lew, *Applicable Law*, s. 252-254; Samuel, s. 59. Ayrıca bkz. Schwartz E. A., Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz

Mann ve öğretisi, anılan eleştirilere suskun kalmış, değildir. Asıl olan, devletin ülkesi üzerindeki egemenlik yetkisine saygı duyulması; hukukuna itibar edilip ona uygun davranılması, onunla çatışılmamasıdır; yoksa milletlerarası ticaret hukukunun ve tahkimin günün koşullarına göre değişen ve beliren ihtiyaçları değildir. *Kaldı ki, lex loci arbitri içinde kalınarak; ona tabi olunarak da anılan ihtiyaçların giderilmesi; beklentilerin karşılanması mümkündür. Bu, esasen yerel/millî hukukun içeriğinin nelerden ibaret olduğuyla ilgilidir; sorunun çözümü için söz konusu içeriğin milletlerarası tahkimin gerek ve beklentilerine uygun şekillendirilmesi yeterlidir.*⁸⁹

“...Burada tarafların yaptığı, İngiltere olarak bilinen forumda, uyuşmazlıklarını çözmek istemeleridir; böylece taraflar, *zımnen*, sonuçta verilecek kararın, *forumun* hukukuna tabi olmasını da kararlaştırmışlardır. Bu, karara bağlanması gereken her şey, kaçınılmaz bir biçimde, İngiliz hukukuna göre çözümlenecek demek değildir; sadece, *yol gösterici hukukun (underlying law)* İngiliz hukuku olduğu anlamına gelir...”⁹⁰

Gerek *delegation* gerekse yerel-millî hukuk teorisinin tarafların iradesine gereken önemi ve değeri vermediği düşünülür. Bir millî hukukun tahkimi düzenlemesi ve hatta geçerli sayması ne kadar önemliyse taraflar arasındaki anlaşma da, aynı değerde önemli ve gereklidir. Zira söz konusu millî hukukun uygulanabilmesi için *öncelikle* taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının yapılmış olması gerekir. Ancak, bundan sonra tahkimin, millî hukuk ile örtüşüp örtüşmediğinin denetlenmesine geçilebilir. Özetle *tahkimi kuran ve yargılayanın her aşamasında ona hükmeden taraf iradelerinin, tahkimin hukuki niteliğinin açıklanmasında, görmezlikten gelinmemesi gerektiğine inanılır.*⁹¹ Lâkin aksi yöndeki eğilim *de haksız bir seçiciliğe neden olmamalıdır*: Taraf iradesiyle millî hukukun çatıştığı yerde, millî hukukun hiçe sayılması, görmezlikten gelinmesi; taraf iradesinin her halükârda geçerli kabul edilerek kendisine sonuç bağlanması; en azından bütün bunların tıpkı iptal edilen hakem karar-

Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005, s. 795 vd.

⁸⁹ Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 161; Ayrıca bkz. Luzzatto, s. 27.

⁹⁰ *N.V Kwik Hoo Yong handel Mattschappij v. Finlay & Co*, [1927] AC 604. Ayrıca bkz. Reymond C., *Where is an Arbitral Award Made?* 108 LQR 1992, s. 3.

⁹¹ Samuel, s. 60; Lew, *Applicable Law*, s. 57, 58.

larının tenfizinde olduğu gibi bir başka ülke hukuku tarafından gerçekleştirilmesi, kolaylıkla kabul edilebilir gözükmemektedir.⁹²

3. Karma Görüş

Öğretide, hakem kararının, mahkeme kararı ile sözleşme arasında bir yerde durduğu benzetmesi yapılmıştır. Hakem, hâkim gibi bir kamu hizmeti görmemekle birlikte, verilen hüküm de basit bir sözleşme değildir. *Taraflar, yapmış oldukları sözleşmeyle kendi yargılarını hem kurmakta hem de sınırlarını ve içeriğini belirlemektedirler.* Esasen, hakemlerin hükmettiklerinde; yargılama yapıp karar verdiklerinde artık tereddüt etmemek gerekir; ne var ki, hâlâ tartışmalı kalan nokta, bunun kaynağının *münhasıran* taraflar arasında yapılmış bir sözleşme olup olmadığıdır.⁹³

Tahkim, hem yargısal hem de sözleşmesel teorinin ortaya koyduğu gerçeklere ihtiyaç duyar; hem kamu hukuku hem de özel hukuka dair unsurlar içerir; gerek usulî gerekse de sözleşmesel sonuçları beraberinde getirir. Karma teoriye göre tahkim, millî yargı sistemlerinin ötesinde veya dışında değildir; gerek tahkim anlaşmasının geçerliliğini gerekse hakem kararının icrasını mümkün kılan bir (millî) hukuk olmalıdır. Benzer şekilde, her tahkim, kaynağını bir *özel hukuk* sözleşmesinde bulmakta ve gerek seçilen hakemler gerekse tahkime uygulanacak hukuk, tümüyle tarafların anlaşmasına dayanmaktadır. Böylece hem sözleşmesel hem de yargısal özellikler, âdeta birbirlerinden ayrılmaz biçimde kaynaşmış ve iç içe girmişlerdir.⁹⁴

Tahkimin sözleşmesel yönü, çok da bilinmedik bir özellik değildir; sayet benzetilecekse (münhasır) yetki sözleşmeleri, tahkim anlaşmalarını andırmaktadırlar. Sadece, tahkimde mahkemelerin yargı yetkisi, hakemlerinkiyle yer değiştirmektedir. Şu hâlde, tahkim anlaşmasının *varlık ve geçerliliğiyle* ilgili meselelerin cevaplarını, özel hukukta aramak mümkünken; söz konusu anlaşmayla mahkemelerin yargı yetkisinin nasıl, ne zaman ve hangi hâllerde bertaraf edilebileceği; yargıla-

⁹² Goode, s. 31; Schwartz, *Lox Loci Arbitri*, s. 803.

⁹³ Samuel, s. 60; Lew, *Arbitration*, s. 186.

⁹⁴ Naón, s. 17, 18; Lew/Mistelis/Kröll, s. 79, dn. 36; Lew, *Arbitration*, s. 186. Ayrıca bkz. Kalpsüz, s. 605, 606; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 46, 47; Karan, s. 209-211.

manın nasıl sürdürülmesi gerektiği vb. konular, usule ilişkin konular olduklarından *forumun varsa ve öncelikle emredici kaidelerine* tabidir.⁹⁵

*Hakemin faaliyeti, işlevsel olarak hâkiminkine denktir. Hâkim, kamu gücüne sahip olduğu ve onu kullandığı hâlde; hakem kararları, özel bir yargı olduklarından, ancak icra aşamasında, aynı güç ile donatılırlar.*⁹⁶

Karma teori yönünden de *tahkim yeri* hukuku ve mahkemeleri, özel bir önemi haizdir. Tahkim yeri hukuku ve mahkemeleri, tahkime uygulanacak en doğru hukuk ve yargı yetkisine sahip en uygun mahkemeler olmaktadır.⁹⁷ Zaten, tahkim yerinin seçimiyle tahkim yeri hukukunun, taraflarca, tahkime uygulanacak hukuk olarak *zımnen de olsa* seçilmiş olduğu, kabul edilmektedir. *Zira tahkim yeri seçimine, hukuk seçiminden daha sık başvurulur.*⁹⁸ Taraflarca yapılmış bir hukuk seçiminin olmadığı durumlarda, son derece rahat ve tereddütsüz bir biçimde, *tahkim yeri hukuku yardımıyla* tahkime uygulanacak hukuk belirlen-

⁹⁵ (Münhasır) Yetki anlaşmalarının tahkim sözleşmesi ile olan mukayesesi, eleştiriden kaçamamıştır. Zira tahkim anlaşması, arkasından icra edilecek tahkim yargılamasına ve hakemlerce verilecek hükme egemen olmakta, onları belirlemekte ve sınırlandırmakta; yetki sözleşmelerinin, mahkemelerce yapılacak yargılama ve verilecek hüküm üzerinde, *forumun* usule dair kurallarını aşarak veya onları çiğneyerek söz sahibi olması mümkün değildir. Tahkim anlaşması ile taraflar arasında geçerli yargısal faaliyetin türü ve niteliği (*devlet yargısı-tahkim*) değiştirilmekteyken; yetki sözleşmesi ile *devlet yargısı* içinde sadece yer/ mekân seçimi söz konusu olmaktadır. Tahkimin sözleşmesel yönünün, sadece başlarda, taraflarca kararlaştırıldığı esnada geçerli sayılması; yargılama ve hüküm evresinde bu niteliğinin yok sayılması, görmezden gelinmesi mümkün değildir. Bütün bu nedenlerle tahkim, “*institution juridictionnelle libre*” olarak vasıflandırılmış; hakemlerce yargısal bir faaliyetin yerine getirildiği kabul edilmiş; ancak söz konusu yargı yetkilerinin kaynağı ve tahkime egemen olanın da “*loi impérative*” tabi tahkim anlaşması olduğu vurgulanmıştır (Samuel, s. 61-62). Yetki anlaşmasıyla taraflar, üzerinde anlaşılan yer mahkemesinin yargılama kurallarını yani *lex fori*’yi, çoğu hâlde isteyerek kabul etmişlerdir. Yargı yetkisini haiz tüm mahkemelerin yargı yetkilerini ortadan kaldıran tahkim anlaşmasının taraflarının, salt o yerde tahkime gidecek olmalarının, *forumun hukukunu da seçtikleri anlamına geldiğini* söylemek kolay değildir. Temeldeki farklılık, tahkimin bir *derogation clause*’na yani tüm mahkemelerin yargı yetkisini kaldıran bir anlaşmaya dayanmasına karşın; yetki anlaşmalarının bir *prorogation clause*’na yani *ya* yargı yetkisini haiz mahkemelerin sayısını artıran *ya da* içlerinden birine münhasır yargı yetkisi kazandıran bir anlaşmayı esas almasıdır (Petrochilos, s. 27). Ayrıca bkz. Alangoya, s. 52 vd, Kalpsüz, s. 605.

⁹⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s. 80.

⁹⁷ Samuel, s. 63; Lew, *Applicable Law*, s. 58, 59. Sadece *tenfiz yeri hukukuna* üstünlük tanıyan görüşleri için şimdilik sadece bkz. Paulsson J., *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters*, 32 ICLQ 1983, s. 56-57.

⁹⁸ Samuel, s. 64.

mekte ve *belki de en önemlisi*, tahkim ile ilgili çıkacak uyuşmazlıkların çözümü yönünden, yargı yetkisine sahip mahkemeler bulunmaktadır. Böyle bir denkliğin yarattığı kolaylık, görmezden gelinmemelidir.⁹⁹

Tahkim yerinin, tahkim yeri hukukunun *zımnen* de olsa seçilmiş sayılması yönünden âdeta normatif bir işlevi vardır. Öte yandan *Mann*'ın görüşlerinden farklı olarak tahkim yeri hukuku, tarafların arzu ve iradelerinden bağımsız bir şekilde, her hâlde uygulanacak da değildir; şayet tarafların, tahkim yerini değil ve fakat tahkime uygulanacak hukuku seçmeleri hâlinde, tahkim yeri, tahkime uygulanacak hukukun ülkesi olacaktır.¹⁰⁰ Ne var ki, tahkim yerinin hakemlerce ya da tahkim kurumunca tayin edilmesi durumlarında ise tahkim yeri hukukunun *zımnen* de olsa tarafların *ortak* iradelerine uygun düştüğünden söz etmek mümkün değildir.¹⁰¹

Tahkim yeri seçiminden hareketle *zımni bir hukuk seçimi* olgusuna varan bu yaklaşım, eleştirilerin hedefidir. Çünkü sağladığı kolaylık, her zaman tatminkâr sonuçlara sebebiyet vermeyebilmektedir.¹⁰² Oysa teori aslında, tahkim ile tahkim yeri (*seat of arbitration*) arasındaki güçlü, sıkı *ve fakat birbirleri üzerinde egemenlik kurmaya çalışmayan* bağın da kabulü anlamına gelmektedir.¹⁰³

⁹⁹ Mann F. A., Where is an Award "made"?, 1 (1) Arb Int 1985, s. 108. Tahkim yerine ilişkin bir seçim, tahkim anlaşmasında yapılmamış ise çoğu kez hakemlere bırakılmaktadır ki (Model Kanun m. 20/I; 1996 AA §3), böyle bir durumda, seçilen tahkim yerinin tarafların da iradesini yansıttığı olgusu zayıfladığından *zımnen* de olsa yapılmış sayılan bir takım seçimlerin artık yapılmış sayılamayacağı, ileri sürülmüştür. Gerçi bu hâlde, tahkim yeri konusunda bir belirlemeye ve sınırlamaya gitmeyen tarafların herhangi bir yerde gerçekleşecek tahkime *baştan* izin verdikleri de düşünülebilir (Samuel, s. 65).

¹⁰⁰ Seçilmiş sayılan *forum*a ve onun hukukuna üstünlük tanınması, tahkim yeri hukukuna arzu edilmeyen bir yetki kazandırmaktadır. Oysa *Mann*'ın görüşüne göre *tahkim yeri hukukunun göndermede bulunması hâlinde, diğer yabancı hukukların uygulanabilmesi de mümkündür* (Petrochilos, s. 28, 29). Ayrıca bkz. Lew J. D. M., The place of arbitration and the applicable procedural law in the English common law, The place of arbitration, eds. M. Storme, F. De Ly, 1992, s. 83.

¹⁰¹ Petrochilos, s. 29.

¹⁰² Samuel, s. 66-67.

¹⁰³ Lew, *Applicable Law*, s. 58.

4. Bağımsız Görüş

Bağımsız görüş, klasik vasıflandırma biçimlerinin yetersizliği; hukuki niteliğe yönelik belirlemelerin, müessesenin ekonomik yönü de dikkate alınarak yapılması gerektiği fikrindedir.¹⁰⁴ Tahkim, özgür bir düzen içinde gelişmiş olup bağımsız bir niteliğe sahiptir. Tahkim, saf olarak ne sözleşmesel ne yargısal ve ne de ikisinin karışımı olarak vasıflandırılabilir. Teorinin tahkime bakışı, her hâlükârda tahkimin neyi amaçladığıyla ve amaçladığı doğrultuda nasıl bir işlev gördüğüyle ilgilidir.¹⁰⁵

Aslında, tahkimin içinde gerek sözleşmesel gerekse yargısal yönler bulunmaktadır; bu, inkâr da edilemez. Ne var ki, bunlardan birine üstünlük tanımak; onları birbirlerinden ayırmak; anılan unsurları, niteliklerine ve etkili oldukları dönemlere göre sınıflandırmak, ne gereklidir ne de mümkündür. Zira bu unsurlar, öylesine karışmışlardır ki, kendi saf hâllerine dahi artık benzememektedirler. Örneğin, *ne* hakemlerce verilen karar, tıpkı bir mahkeme kararı gibidir; *ne de* tahkim anlaşması, bilinenlerle aynı sınıfta yer alan bir sözleşmedir.¹⁰⁶

Otonom görüş içerisinde dikkatler, müessesenin hukuki yapısından ziyade, gayesine ve *tüketicilerinin* beklentilerini karşılayıp karşılamadığı sorununa kaymıştır. Tahkim aslında, milletlerarası ticari ilişkilerde, tacirlerin *-ihtiyaç duyduğu-* kendi hukuklarını (*lex mercatoria*) geliştirerek uygulayacak *milletlerarası bir mahkemenin* boşluğunu doldurmaktadır.¹⁰⁷ *Görüş, tüm millî hukukların ve mahkemelerin üstünde ve dışında, yeni bir hukuk ve yargı düzeni yaratmaya çalışmaktadır.*¹⁰⁸ Öğreti-

¹⁰⁴ Samuel, s. 67. Ayrıca bkz. Lew, *Applicable Law*, s. 59, 60; Lew/Mistelis/Kröll, s. 81.

¹⁰⁵ Samuel, s. 67; Lew, *Applicable Law*, s. 59, 60; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 48-50.

¹⁰⁶ İddia edildiği şekliyle tahkimin, bir karar verme süreci olmakla birlikte (*adjudicatory procedure*), aynı zamanda, bir *yargılama* olarak vasıflandırılması doğru değildir. Tahkimi, bu yolla özellikle alternatif uyuşmazlık çözüm tekniklerinden ayırmaya çalışmak da yerinde olmayacaktır. Hakemlerin de kimi durumlarda, benzer esneklikteki teknik ve yaklaşımları sergilemeleri gerekebilir. Bu, tahkimin doğasında vardır. *Mahkeme yargısına atfen tahkimi biçimlendirmek ve anlamak, doğru sonuç vermez. Görüşün Ayrın-tısı için bkz. Samuel, s. 68-69; Lew, Arbitration, s. 186. Ayrıca bkz. Akıncı, s. 59-62.*

¹⁰⁷ Samuel, s. 72; Luzzatto, s. 18. Milletlerarası ticaretin aktörlerinin sınırları ve içeriği kesin olmayan, bu nedenle de bilinmeyen bir hukuku, *lex mercatoria*'yı özellikle tercih ettikleri; onu, kendi hukukları olarak gördükleri şeklindeki yaklaşımın, uygulamayı gerçekçi bir biçimde yansıtmadığına ilişkin bkz. Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 174-177; Mann, *Private Arbitration*, s. 264-265. Ayrıca bkz. Karan, s. 211-213.

¹⁰⁸ Samuel, s. 67 vd; Lew, *Applicable Law*, s. 59, 60; Jakubowski, s. 78; YU, s. 149, 150;

de “*l’esprit de l’arbitrage*” olarak ifade edilen husus, taraflar arasındaki uyuşmazlığın belli bir milli hukuka dayanılarak yapılacak altlama faaliyeti neticesinde, bir anlamda tarafların dışında ve onlara rağmen çözülmesi olmayıp (*tabii*) *adaletin tecellisi adına taraflarca birlikte ve ortaklaşa, yine kendilerince yaratılmış veya tabi olunmak istenen kurallara uygun olarak çözülmeye çalışılmasıdır.*¹⁰⁹

Milletlerarası ticarete, uyuşmazlıkların en etkin ve işlevsel bir biçimde çözüme kavuşturulması, nihai amaç olup bu amacı paylaşan tahkim tüketicilerinin memnuniyeti, her şeyden üstün ve önceliklidir. Tahkimin milli/milletlerarası pozitivist görüşlere uyması beklenmemelidir. *Tahkim, nihayetinde pozitif hukukun kalıpları dışında yaşanır/icra edilir.* Tahkimin geliştirilen *non-national, transnational* ya da *delocalised* şekilleri sayesinde, tahkim yerine ve hukukuna bağlanılmamakta; oralara bir değer atfedilmemektedir.¹¹⁰ Mademki taraflar, tahkim usulünü belirlemek konusunda, tam bir irade serbestisine sahiptirler; o hâlde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespiti, belli bir kanunlar ihtilafı sistematığının izlenmesi gerekmediği gibi nihayetinde tespit edilecek hukukun bir milli hukuk olması da şart değildir.¹¹¹ Hakemler, sadece gerçek anlamda milletlerarası kamu düzeniyle (*truly international public policy*) bağlıdırlar. Tahkim yeri mahkemelerince gerçekleştirilecek –örneğin iptal davası şeklindeki- bir denetimden feragat edilebilir; kaldı ki, olası bir iptal kararının diğer ülke hukukları üzerinde bağlayıcılığı bulunmayıp *şayet iptal edilmiş de olsa* bu tip bir hakem kararının tenfizi, yine mümkündür.¹¹² Kısacası, tahkimin varlık ve geçerliliğin tespiti için *lex mercatoria* biçimindeki *transnational* bir hukuk düzeni dışında, hiçbir millî hukuk normuna ihtiyaç duyulmaması; *şayet gerekiyorsa* gerçekleştirilecek denetimin de ancak hükmün icra/tenfiz edileceği yer mahkemelerince ve yine olabildiğince dar bir biçimde yapılması, *delocalisation* fikrinin ana unsurlarıdır.¹¹³

Koral R., Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı, II. Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983, s. 26, 27.

¹⁰⁹ Pinto, s. 623. Ayrıca bkz. Narimann F.S., The Spirit of Arbitration. The Tenth Annual Goff Lecture, 16 Arb Int 2000, s. 261 vd.

¹¹⁰ Samuel, s. 67 vd; Lew, *Applicable Law*, s. 60. *Gatoil International Inc. v. National Iranian Oil Co.*, 7(7) Mealeys IAR, B1, B3.

¹¹¹ Lew, *Arbitration*, s. 187. Ayrıca bkz. Koral, s. 29; Şanlı, s. 176, 177.

¹¹² Samuel, s. 39; Karş. YU, s. 150. Ayrıca bkz. Luzzatto, s. 18; Asouzu, s. 78.

¹¹³ Mayer P., The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. Martin

Bu görüşün yaygınlık kazandığı; milletlerarası tahkim kullanıcılarının taleplerinin de bu yönde olduğu; milli/yerel değerlerin milletlerarası ticareti ve doğal olarak tahkimi belirleyemeyeceği; bunun, kurumun kendisi ile çatışmak anlamına geleceği, öğretide ileri sürülmektedir.¹¹⁴

Millî hukukların, kamu düzenlerinin ve mahkemelerin tümüyle inkârı, gerçekçi durmamaktadır.¹¹⁵ Yaratılmak istenen idealin, pratikte icrasının mümkün olmaması, bir diğer eleştiri noktasıdır. *Şayet lex loci arbitri zaten anılan tüketici beklentilerini karşılayacak konumda olur; bizzat kendisi bu otonomiye yaratırsa o hâlde, böyle bir ayrılıkçı/bağımsız yaklaşımın temeli de zedelenecaktır.*¹¹⁶ Ancak ne var ki, öğretide, *delocalised* tahkim hakkındaki en ağır yanılmanın, *bununla tahkimin hukuksuzlaştırılmaya çalışıldığı iddiası* olduğu ileri sürülmüştür. Oysa amaçlanan, sadece *lex arbitri*'nin münhasıran *lex loci arbitri*'ye göre tarif edilip bunun da diğer tüm tenfiz yeri hukukları üzerinde bağlayıcı olması fikrinin önüne geçmektir. Milletlerarası tahkim, tenfiz-icra edileceği her yer millî hukukuna ait; yani bir anlamda adına da uygun düştüğü gibi, evrensel olmalıdır.¹¹⁷

Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995, s. 37 vd; Böckstiegel K. H., The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995, s. 79.

¹¹⁴ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 3.

¹¹⁵ Asouzu, s. 70; Milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşmalarını yaşatabilmek için günümüzde, tarafların ihtiyaç duydukları ülke mahkemelerinin, tahkimdeki yeri ve rolü, inkâr edilemez. Tarafların tahkim iradelerinin, *bir süre sonra kendilerine rağmen dahi korunması*, mahkemelerin işi hâline gelebilmektedir (Collins L., The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England, *Contemporary problems in international arbitration*, ed. Julian D. M. Lew, 1986. s.130-131; Lew, *Arbitration*, s. 187). Bu, kanımızca, milletlerarası ticaretin *lex mercatoria*'yı arzuladığından daha somut ve gerçekçi bir yaklaşımdır.

¹¹⁶ Luzzatto, s. 18; Samuel, s. 73; Smit H., A-National Arbitration, 63 Tulan L Rev, 1989, s. 631; Danilowicz V., The Choice of Applicable Law in International Arbitration, 9 Hastings Int'l & Comp L Rev, 1985- 1986, s. 257. Günümüzde, millî hukukların kendilerinin tahkimi, *de-localize* ettiklerini söylemek yanlış olmaz. Tahkim yeri hukuku, irade serbestisine olanak tanıdıkça orasının tahkim yeri olarak daha çok tercih edileceği inancı, bugün için egemen anlayıştır (Theofrastous C. T., International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-Localization Debate, 31 Case W. Res J. Int'l L, 1999, s. 460).

¹¹⁷ Danilowicz, s. 252; Goode, s. 27. Nasıl ki bir sözleşmenin Alman sözleşmesi olduğu söylenemiyorsa ve fakat Alman mahkemelerince kendi hukuklarına uygun olarak tarif edilip değerlendirilmesi söz konusuysa dahası bu vasıflandırmanın İngiliz mahkemeleri üzerinde, bir bağlayıcılığı bulunmuyorsa sözleşmesel nitelikteki milletlerarası tahkimin, sadece tahkim yeri hukukuna ve mahkemelerine mecbur

Milletlerarası tahkim, gerçekten de milletlerarası ticari uyuşmazlıkların taraflarının millî olmayan, esnek bir yargı sistemi istemiş olmasının, sonucudur. Ancak, söz konusu taraflar, aynı zamanda:

a. Tahkime gitmek yönündeki anlaşmalarının tanınmasını ve icra edilmesini isterler.

b. *Herhangi bir millî hukukun kopyası* olmayan ancak her hâlükârda adil bir yargılamanın varlığına ihtiyaç duyarlar.

c. Hakemlerinin tarafsız ve adil olmalarını beklerler.

d. Nihai kararın kesin ve bağlayıcı olmasını, kolay bir şekilde de icra edilebilmesini arzu ederler.

Bütün bu isteklerin, bir millî hukuka ve özellikle onun mahkemelerine duyulan ihtiyacı pekiştirdiği açıktır. Karşı fikri göre ise *bugün milletlerarası tahkimi, millî değerlerden ziyade kendi uygulaması, yani bizzat kendisi yönlendirmektedir*.¹¹⁸ Salt bu özelliği nedeniyle milletlerarası tahkim, eski veya yeni ama katı, pek çok millî tahkim hukukunun gelişmesinde katalizör işlevi görmektedir.¹¹⁹

Teori, tahkimdeki gerek sözleşmesel gerekse yargısal yapı taşlarını kabul etmiş; lakin ağırlık merkezini, irade serbestisinden veya tahkim yerinin olası etkilerinden, tarafların tahkime yönelik anlaşmalarının ve tahkim sürecine olan katılımlarının ticari ve hukuki düzeyine/yeterliliğine kaydırmıştır.¹²⁰

edilmesinin gerekmediği de, *delocalisation* fikrinin özünü oluşturmaktadır. *Lex loci arbitri*'nin üstünlüğüne itibar edenler için de tahkim yeri mahkemelerince yapılacak denetimin ve tahkimde oynanacak rolün sınırları ile içeriği, son derece önemlidir. Tahkime taraf olanların yargısal temel haklarının koruması; söz konusu tahkimin tahkime yabancı üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri üzerinde menfi bir durum arz etmemesi, *modern lex loci arbitri*'nin kapsamını oluşturmaktadır. (Paulsson, s. 57. Ayrıca bkz. Park, *Lex Loci Arbitri*, s. 22). Karş. Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 158-160, 162.

¹¹⁸ Lew, *Applicable Law*, s. 60.

¹¹⁹ Lew, *Applicable Law*, s. 60; Lew/Mistelis/Kröll, s. 82; YU, s. 150.

¹²⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 82.

III. Milletlerarası Tahkim Alanında Yaşanan Güncel Gelişmeler

A. Tahkimin Milletlerarası Niteliği

Tahkim alanında ama özellikle milletlerarası tahkimle ilgili yaşanan değişimlerin ve gelişmelerin ancak bir kısmına burada yer verebileceğiz.

Bunların başında, her hâlde, milletlerarası tahkim kavramının *lex loci arbitri* içerisinde, ayrıca tanımlanarak düzenlenmesi gelmektedir. Bugün, tahkimin belli bir millî hukuk düzenine tabi olması yani *lex arbitri*'nin varlığı tartışmaları yanında, *güncel ve en az onun kadar önemli bir başka konu, söz konusu tahkimin, içerdiği yabancılık unsuru da dikkate alındığında*¹²¹ *bağlandığı millî hukuk düzeni içinde, kendisine özel bir takım kurallar bütünüünün uygulanıp uygulanmayacağıdır.*¹²² Şu hâlde, tahkimin milletlerarası niteliğinin üzerinde durulduğunda, aslında iki farklı sorun ile karşılaşılmaktadır:

a. Tahkimin belli bir millî hukuk düzenine bağlanmasının gerekip gerekmediği meselesi,

i. *millî tahkim-yabancı tahkim;*

ii. *a-national tahkim ayrımı;*

b. Millî hukuk sistemleri içinde, *yabancılık unsuru içeren tahkimin özel bir takım kurallar bütünüüne tabi olmasının gerekip gerekmediği meselesi.*¹²³

¹²¹ Yabancılık unsuru ve milletlerarası nitelik için bkz. Delaume G. R., What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma, 28 ICLQ 1979, s. 262 vd.

¹²² Lew, *Arbitration*, s. 188; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 12. Ayrıca bkz. Luzzatto, s. 25; Schlosser P., Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 28 RIW 12/1982, s. 857; Granzow H. J., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985, München, 1988, s. 68-72; Calavros C., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld, 1988, s. 31; Husslein-Stich G., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, Köln, 1990, s. 4, 23-24.

¹²³ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 45; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 12; Berger, s. 69; Mantakou A., The Concept of International Arbitration: An "Endangered Species"? 50 RHDI 1997, s. 139-141; Ayrıca bkz. Schmitthoff M. C., The Jurisdiction of the Arbitrator, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum Pieter Sanders*, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982, s. 285; Lew, *Applicable Law*, s. 12-18; Akıncı, s. 5-9.

Tahkim de dâhil olmak üzere bir hukuki ilişkinin belli bir hukuk düzenine bağlanması esnasında, söz konusu bağlanmanın ancak bir millî hukuka olabileceği kabul edilirse¹²⁴ sadece *millî* veya *yabancı* tahkim şeklinde vasıflandırma gündeme gelir.¹²⁵ Buna karşın tahkimin millî hukuklardan ve yargı düzenlerinden bağımsız olduğu (*anational* tahkim); şayet bir bağlanma gerekecek ise bunun gerçek milletlerarası hukuk düzenine *-truly international legal order-* olacağı, ileri sürülmektedir. Öte yandan *millî-yabancı* tahkim ayrımının milletlerarası ticaretin beklentilerini karşılamadığı yerde *ve fakat tahkimin de delocalize edilmesine ihtiyaç kalmadan bulunan ara formül*, tahkimin milletlerarası olarak vasıflandırılması, millî hukuklar içinde, ayrıca ve özel olarak düzenlenmesidir (*karş. ZPO §1025/I; ÖZPO Art. 577/I*).¹²⁶ Tahkimin, belli bir millî hukukla bağlantısı kurulduktan sonra artık geriye kalan, şayet varsa, *kabul edilen yabancılik unsurunun söz konusu tahkim için de geçerli olması durumunda*, millî hukukta yer alan özel kurallar bütününe uygulamaktır.¹²⁷ Bu durum öğretide, milletlerarası tahkim anlayışının *minimalist* yorumu olarak da kabul edilmektedir.¹²⁸

¹²⁴ Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 157.

¹²⁵ Ayrıca bkz. Kocasakal Ö H., Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s. 346.

¹²⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 45, 46; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 12, 13. Milletlerarası nitelik taşıyan iş ve işlemler, özellikle Fransız hukukunda, millî hukukun katı ve dar hükümlerinden içtihatlar yoluyla zaten kurtarılmaktaydı ki, bu, *milletlerarası tahkim için* de geçerli olmuştur. Gerçi, önce tahkimin tümüyle *delocalize* edilmesi fikrinden hareket edilmişse de, *milletlerarası tahkim*, bugün artık, temeli millî hukuklar olan ve fakat ayrıca, özel olarak düzenlenen bir dal hâline gelmiştir (Mantakou, s. 140-142). Ayrıca bkz. Poudret/Besson, s. 24 vd; Riegler S/ Petsche A/Fremuth-Wolf A/Platte M/Liebscher C., *Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure*, 2007, s. 4, 5; Koral, s. 24, 25; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 29 vd; Kocasakal, *Uygulama Alanı*, s. 343, 348.

¹²⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 51; Schlosser, *Das Internationale*, s. 860-861; *Sempozyum*, s. 24; Nomer/Şanlı, s. 474; Kocasakal, s. 347, 348. Milletlerarası tahkimin içerdiği çeşitli türdeki yabancılik unsurları, iç tahkimde kabul edilen kural, ilke ve anlayışların derhâl ve kendiliğinden uygulanmasına mânidir. Örneğin, NCPC Art. 1495 gereği, Fransa hukukunda, milletlerarası tahkimle ilgili olarak tahkim anlaşmaları, yazılılık şeklindeki geçerlilik şartına tabi değildir. Yine, iç hukukta, tahkime elverişli olmadığı kabul edilen kimi konular, milletlerarası tahkimde, tahkime elverişli sayılabilmektedir. Ayrılabilirlik ilkesi, iç hukukta kabul edilmeyebilirse de; milletlerarası tahkimin neredeyse *olmazsa olmazları* arasında yer almaktadır (Luzatto, s. 27; Mantakou, s. 144-145).

¹²⁸ Lando, s. 747. Ayrıca bkz. Yılmaz E., Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 165; Tanrıbilir F.B/Şit B., Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni

Lex loci arbitri'nin milletlerarası tahkime ve hakem kararlarına uygulanacak en uygun hukuk olduğu; yani *lex arbitri* olarak kabul edilmesinin gerektiği düşünülür (*lex arbitri* = *lex loci arbitri*).¹²⁹ Kurulan böyle bir denkleğin, her zaman kendinden beklenen en doğru sonucu vermediği iddia edilmiştir. Beklenmeyen ve arzu edilmeyen sonuçların yaşanmaması bakımından bulunan çözüm, özellikle milletlerarası tahkimin, yerel; milli hukukun kendine özgü; milletlerarası ticaretin ve tahkimin beklentilerini karşılamaktan uzak sınırlamalarına tabi olmamasını sağlayarak *lex arbitri*'nin sadece *lex loci arbitri*'ye göre tanımlanmasına engel olmaktadır (*lex arbitri* ≠ *lex loci arbitri*).¹³⁰

*Oysa sorun, tümüyle yerli tahkim için düzenlenmiş hükümlerin, milletlerarası tahkime özgü hükümlerin bulunmaması nedeniyle bu tip tahkimlere de uygulanmak zorunda kalınmasıdır. O hâlde, milletlerarası tahkim gerçeğini esas alan; özlenen nitelikteki kanunlar ihtilafı kurallarını içeren hükümlerin millî hukuk sistemlerinde düzenlenmesi hâlinde, a-national tahkim şeklinde bir tanımlamaya da ihtiyaç kalmaması gerekir.*¹³¹

Bilindiği şekliyle (*tıpkı devlet yargısında yani mahkemeler teşkilatında olduğu gibi*), tahkim yeri, hakem kararının milliyetini; söz konusu milliyet de tahkim yargılamasının tümü için geçerli olacak hukuku belirlemektedir (*tahkim yeri=hakem kararının milliyeti=lex arbitri*).¹³² Oysa devlet yargısına benzetilerek kurulan ve *yerli tahkim için sorunsuz işleyen bu anlayışın, milletlerarası tahkimde de takip edilerek salt hakem kararının milliyeti üzerine bulunacak hukukun (milletlerarası) tahkimin tüm aşı-*

Milletlerarası Tahkim Kanunu, 22 MHB 2002/2, s. 820.

¹²⁹ Park, *Lex Loci Arbitri*, s. 22-24.

¹³⁰ Smit, s. 631.

¹³¹ Smit, s. 631; Danilowicz, s. 257; Theofrastous, s. 460; Craig W. L., Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 30 Tex Int'l L. J., 1995, s.19-20; Park, s. 277; Park W. W., Judicial Controls in the Arbitral Process, 5 (3) Arb Int 1989, s. 275; Park W. W., Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration, 12 Brooklyn J. Int'l L., 1986, s. 658. Şu iki husus, hiçbir zaman inkâr edilemez: Tahkim yeri hukukunun emredici normları, görmezlikten gelinemez; irade serbestisine yenilmesi müsaade edilemez. İrade serbestisi, tahkim yeri hukukunun da kendisine izin verdiği ölçüde, etkin ve işlevseldir (Lionnet K., Should the Procedural Law Applicable to International Arbitration be Denationalised or Unified? *The Answer of the UNCITRAL Model Law*, 8(3) J Int'l Arb, 1991, s. 13, 15). Bütün mesele, millî tahkim politikasının, özellikle milletlerarası tahkimde, gerek tahkim usulü gerekse mahkemelerle tahkim arasındaki ilişki üzerinde, ne derece etkin ve egemen olduğu ile ilgilidir. Ayrıca bkz. Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 93; Karan, s. 216-219; Deren-Yıldırım, s. 94.

¹³² Szaszy, s. 662, 663; Luzzatto, s. 50, 51.

maları için geçerli olması, pratik ihtiyaçlarla örtüşmeyebileceği gibi yerinde ve haklı da olmayabilir. Hakem kararının milliyeti ve ona duyulan ihtiyaç ile tahkime ve özellikle tahkim yargılamasının ilgili her bir kısmına uygulanacak hukukun aynı olması, örtüşmesi beklenmemelidir.¹³³ Milletlerarası tahkim, tek bir hukukun rahatlıkla uygulanabileceği yekpare bir oluşum değildir.¹³⁴ Şayet, yukarıda anılan ve yerli tahkimler için kusursuz işleyen denklik, milletlerarası tahkim için haklı olarak bozulacak olursa ne hakem kararlarının *denationalization*'a ne de *a-national* bir tahkim anla-

¹³³ Öğretide, genel olarak, tahkimin yerli-yabancı veya milletlerarası olması ile hakem kararlarının yerli-yabancı veya milletlerarası nitelik taşıması arasında, zorunlu bir ilişki olmadığı ileri sürülmüştür (Tanrıbilir/Şit, s. 823-825. Ayrıca bkz. Lew/Mistelis/Kröll, s. 58). Aynı yönde bkz. *Sempozyum*, s. 32, özellikle 183, 301. Açıkçası böyle bir ayırmadan ne gibi faydanın umulduğunu tespit etmek, güçtür. Kaldı ki, böyle bir ayırımın terminolojik kimi sorunları da beraberinde getirdiğini söylemek gerekir. Gerek 1958 New York Sözleşmesi'nin gerekse milletlerarası tahkimin *minimalist* yaklaşımının yaygın kabul gördüğü bir ortamda, yerli/yabancı tahkim ve hakem kararı ayırımı dışında ancak, kimi yerli tahkim uygulamalarının içerdiği bazı özellikler nedeniyle yine ülke mevzuatı kapsamında, özel bir hukuki rejime tabi tutulması, söz konusu olabilir. 60'lı yıllardan itibaren 80'li yılların ikinci yarısına kadar hüküm süren, *delocalisation* ve milletlerarası tahkim anlayışına ilişkin teorik değerlendirmeler bir yana bırakılacak olursa bugün için egemen olan *mülkilik anlayışı*, beraberinde, ülke mevzuatına uygun olarak milletlerarası da sayılsa bu tip bir tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının yerli hakem kararı olması sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu kararın, milletlerarası hakem kararı olarak vasıflandırılması, doğru değildir. Yapılan vasıflandırma, hiç şüphesiz ki, her bir ülke hukukuna göre değişiklik gösterebilir; ne var ki, bu da görüşümüzde bir değişiklik yaratmaz. Kısacası, dünden bugüne, en azından yargısal görüş ve mülkilik ilkesi açısından değişen husus, sadece çeşitli şekillerde yabancılaşma unsuru içeren tahkim yargılamalarının özel bir tahkim mevzuatına tabi kılınmasıdır. Bir başka anlatımla "...tahkimin yerli-yabancı-milletlerarası olması ile hakem kararlarının yerli veya yabancı olması aynı şey değildir. Bunlardan ilki hakem kararlarının milliyeti, ikincisi bizzatı tahkimin belli bir hukuka nispeti ile ilgilidir..." şeklindeki bir düşüncenin ardından, söz konusu tahkimin belli bir millî hukukla ilişkilendirilmesi gerçekleşikten sonra, aynı tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının, kendisiyle ilişkilendirilen hukuka göre yabancı hakem kararı olabileceğini iddia etmek, kanımızca, olası değildir (ayrıca bkz. Nomer/Şanlı, s. 474). *Lex arbitri*, yani tahkimin kendisine bağlandığı hukuk yönünden, anılan hukuk altında verilen her hakem kararı, yerli hakem kararı olacaktır. Bugün gelinen noktada, yapılan husus, ısrarla vurgulandığı üzere, *lex arbitri* içinde, kimi yabancılaşma unsuru içeren tahkim yargılamaları bakımından özel bir hukuki rejimin uygulanmasından başka bir şey değildir. Bu esnada, *lex specialis* şeklindeki ülke mevzuatının -yabancılaşma unsuru dışında- uygulanıp uygulanmayacağı bakımından, kabul edilen temel kıstas ise tıpkı 1958 New York Sözleşmesi'nin 1/1. maddesine düzenlendiği gibi, tahkim yeri'dir. Bu durum, bir başka açıdan, mülkilik ilkesinin usul teorisine galibiyetini; yine 1958 New York Sözleşmesi'nin 1/1. maddesinin 2. cümlesinin zımnen mülga olduğunu, simgelemektedir.

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 78.

yışına ihtiyaç duyulacaktır (*lex loci arbitri* = *irade serbestisi* + *tahkim yeri yedek hukuk kuralları* + (*az sayıdaki*) *tahkim yeri emredici hukuk kuralları* + *milletlerarası kamu düzeni anlayışı*, ise, *lex loci arbitri* = *lex arbitri*).¹³⁵

Tahkim anlaşması, son derece önemli sonuçları ve işlevleri yanında, bir müessese olan tahkim için *her şey* demek, değildir. Salt tahkime elverişlilik sorunu dahi bugün kurulmak istenen bağımsızlığın önündeki en büyük engellerdendir. Kaldı ki çoğu kez, tahkimin, bir müessese olarak itibarını ve işlevselliğini, ülke hukuklarına ve mahkemelerine borçlu olduğunu düşünmek de mümkündür. Öte yandan milletlerarası ticaretin ve tahkimin yaygın ve haklı beklentilerine, millî hukuklarca da itibar edilmesinin ardından, artık *delocalisation* ihtiyacından bahsetmek mümkün olmasa gerek.¹³⁶

¹³⁵ Smit, s. 634. Ayrıca bkz. Lionnet, *Procedural Law*, s. 13, 14. Kurulan bu yeni denklik karşısında, artık *lex loci arbitri* ile *lex arbitri*, farklı farklı kavramlar değildir. Zaten, tahkimin tercih ettiğimiz teorik temelli dikkate alındığında, her tahkim yargılaması yönünden mutlaka geçerli bir *lex* olacaktır. Bu kavram, *lex fori*'nin tahkimdeki yansımından başka bir şey değildir. Eş deyişle hakemler yönünden geçerli bir *lex fori*'nin olmadığını söylemek, en azından bizim açımızdan, mümkün değildir. Anılan *lex arbitri*, yine tahkimin kabul ettiğimiz teorik temellerine uygun olarak tahkim yeri hukukuna göre tarif edilecektir. Yani denklem *lex arbitri*=*lex loci arbitri* olacaktır. Ne var ki bu eşitlik, gelişen milletlerarası tahkim anlayışı içerisinde, hiçbir zaman, *lex arbitri*'nin, köhnemiş *lex loci arbitri*'ye mahkûm edilmesi anlamına gelmemelidir. Şu hâlde, *lex loci arbitri*'nin, kendi içinde yer verdiği irade serbestisi, *lex loci arbitri* dışında yeni bir *lex*'in taraflarca tahkim için aranıp bulunmasını yani *lex loci arbitri*≠*lex arbitri* şeklindeki formülü gereksiz ve yersiz kılmaktadır. *Lex arbitri* olsa olsa yapılacak yeni bir ayrıma uygun olarak, irade serbestisinin çok yoğun olduğu ve daha ziyade tahkim yargılamasının kendisiyle ilgili olan *iç lex arbitri* ve tahkimle mahkemeler arasındaki ilişkiyi hedef tutan, daha kısıtlı bir irade serbestisinin geçerli olduğu *dış lex arbitri* şeklinde ikili bir alt-ayırma tutulabilir. *Lex arbitri*, *lex loci arbitri* ve *hakemlik prosedürü* hakkındaki görüşleri için bkz. Birsal M. T., Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçimin Önemi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, s. 66, 67; Birsal M. T./Budak A. C., Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği?, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 198, 199.

¹³⁶ İsviçre hukuku örneğinde, PIL Art. 182 ve 192'nin hukuki varlıkları dikkate alındığında, artık tahkim yeri ve mülklik anlayışı, sadece tahkime yardımcı olacak mahkemenin (*juge d'appui*) hangi ülke mahkemesi olduğunun tespitine yaramaktadır ki, tahkim yerinin İsviçre olmaması, tarafları, gerçekte ve *sadece*, İsviçre mahkemelerinin yardımından mahrum eder (Ehrat R. F., Art. 176, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 310). Şu hâlde, artık, milletlerarası tahkimin önündeki yegâne engel, hukuki yeknesaklık sağlansa dahi ülke mahkemelerinin anılan normları yorumlarken ve uygulamakla varacakları

Tahkime taraf olanlardan, *milletlerarası tahkimi a-national tahkim şeklinde örgütlenmeye çalışmaktansa* yukarıda da anıldığı biçimde, gereken özgürlüğü ve imkânları sağlayan hukukun geçerli olduğu ülkeleri, özellikle tahkim yeri olarak seçmelerini beklemek, kendilerine karşı yapılmış bir haksızlık olarak görülmemelidir.¹³⁷ *A-national tahkim üzerine yaşananlar, basit bir kanunlar ihtilafı sorunundan daha öte değildir. Lex loci arbitri'nin, forumun yerli tahkim dışında, ayrıca yabancılik unsuru içeren milletlerarası tahkimler bakımından düzenleyeceği özel kanunlar ihtilafı kuralları, a-national tahkimin arkasında yatan kimi zaman oldukça haklı kalabilecek sorunları, sıkıntıları rahatlıkla çözebilecektir.*¹³⁸

Tahkimde milletlerarası niteliğinin *maximalist* yaklaşımına göre ise tahkimin bir millî hukuk ve yargı düzeni ile bağlantı kurması, bunlarla bir tabiiyet ilişkisi içinde olması gerekli değildir. Söz konusu yaklaşımın tipik örneği, kaynağını milletlerarası hukuktan alan ICSID tahkimidir. Ayrıca özellikle ticari uyuşmazlıklar –*ticari tahkim*– yönünden tahkimin varlık ve geçerliliğinin tümüyle millî hukuklardan bağımsız, milletlerarası hukuk düzenine tabi olarak belirlendiği tahkimin de bu kapsamda olduğu düşünülmektedir.¹³⁹ Bu son açılım, eleştiriden uzak değildir; *lex mercatoria*'nın içerdiği belirsizlik, bunda başlıca etkindir. Kaldı ki, böyle bir bağımsızlık hareketi, tahkimin ve nihayetinde verilen hakem kararının mahkemelerin yardımına ihtiyaç duymadığı ölçüde anlamlıdır.¹⁴⁰ Zaten, “*delocalised*” tahkim de, olsa yerel mahkemelerce desteklenmesine ihtiyaç duyulmadığı ölçüde, tahkim yeri hukukundan koparılmış tahkimdir.¹⁴¹

Bu olasılık altında, kullanılan bir başka terim, milletlerüstü “*trans-national*” ya da tabiiyetsiz “*a-national*” tahkimdir: “...Milletlerüstü tahkim,

farklı ve belki de çoğu kez birbirleriyle çelişen kararları olacaktır ki, önerilen çözüm, tüm ülkeler için geçerli *tek* ve *ortak* bir yargı merciinin denetim işlevini yerine getirmesidir (YU, *Separation*, s. 151-158).

¹³⁷ Iwasaki K., *Selection of Situs: Criteria and Priorities*, 2(1) Arb Int, 1986, s. 67.

¹³⁸ Smit, s. 635; Craig, s. 28; Goode, s. 20, 38; Park, *Public Interest*, s. 658, 659, Berger, s. 96.

¹³⁹ Aslında, “*delocalised*” tahkim, hukuk dışı (*extra-legal*) tahkim olmayıp sadece kendi kendisine yetebilen (*self-regulatory*) tahkim anlamına gelmektedir. “*Delaocalisation*” terimi genelde, ya tahkim usulü ya da hakem kararı için kullanılmaktadır ki, bu hâlde hukuki müesseseye yönelik *varlık* ve *geçerlilik* tartışmaları, millî hukukların dışında, bir başka hukuk düzenine uygun olarak yapılmaktadır (Lew/Mistelis/Kröll, s. 64, 65).

¹⁴⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 50.

¹⁴¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 50; Lew/Mistelis/Kröll, s. 65.

milletlerarası tahkimin ya da en azından belli bazı kurumsal tahkim türlerinin millî hukuk sistemlerinden bağımsız ve hatta onlara zıt yapısı nedeniyle kendi kendine yetebilmesine yönelik teorik bir idealdir. Eğer söz konusu teorik ideal gerçekleşirse mahkemeler, milletlerarası tahkim hukukundan ya da pratiğinden tümüyle silineceklerdir..."¹⁴² *Transnational* ve *a-national* tahkim, özünde, *lex mercatoria* gerçeğine işaret etmektedir.¹⁴³ Bugün milletlerüstü ticaret hukukuna göndermede bulunan pek çok hakem kararının bulunduğu iddia edilmektedir. Hatta milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde âdeta milletlerüstü bir hukuk düzeninin inşa edildiği dahi söylenmektedir.¹⁴⁴ Oysa UNCITRAL Model Kanunu ile başlayan süreçte, millî mevzuatların artan bir biçimde yeknesaklaşmasıyla tahkimin tabiiyetsizleştirilmesi (*denationalised*) şeklindeki düşüncenin tümüyle gereksiz kaldığı düşünülmektedir.¹⁴⁵ *Kaldı ki, dünya üzerinde devletler; her bir devletin kendine has yargı düzeni ve tahkimin de mahkemelere ihtiyacı olduğu sürece, tam bağımsızlık, bir gerçek değil, ancak idealdir.*¹⁴⁶

B. Tahkim İtirazı ve Tahkim Yargılamasına Olan Etkileri

Hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili ve daha ziyade bu yetkiyi desteklemeye yönelik güncel bir başka gelişme, *hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıkları sorununun mahkemeler önünde derdest olmasına karşın; hakemlerin (kendi) tahkim yargılamalarına başlayıp devam edebilmelerinin mümkün olup olamayacağı konusunda yaşanmaktadır* (Model Kanun m. 8/II, 16/III; ZPO § 1032/III, 1040/III; 1996 AA §67/III).¹⁴⁷ *Bu konudaki bir hükme, Milletlerarası Tahkim Kanunu içerisinde yer verilmiş değildir.*¹⁴⁸ Hakemlerin kendilerine tanınan böyle bir yetkiyi kullanıp kullanmayacakları, tahkim yargılamasının somut durumu ile yakından ilgilidir. Buna karşın böyle bir hükmün doğrudan etkisi, hakemlerin, mahkemeler önünde derdest bir yargılama nedeniyle kendi yargıla-

¹⁴² *SA Coppée Lavalin NV et al v Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd* [1994] 2 WLR 631, 640.

¹⁴³ Schlosser, *Das Internationale*, s. 866, 867.

¹⁴⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 68.

¹⁴⁵ Lionnet, *Procedural Law*, s. 5.

¹⁴⁶ Park, *The Lex Loci Arbitri*, s. 21.

¹⁴⁷ Holtzmann/Neuhaus, s. 306 vd.; Rutherford/Sims, s. 204. Karş. Samuel, s. 222, 223. Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 243.

¹⁴⁸ *Sempozyum*, s. 113-114.

malarını ertelemek veya salt bu nedenle yargı yetkilerinin olmadığına karar vermek zorunda olmamalarıdır.¹⁴⁹

Aslında konunun özünde, özellikle tahkim itirazı sırasında, mahkemelerin *dolaylı olarak* hakemlerin yargı yetkisiyle de ilgili yargılama yaptıkları sırada, böyle bir yargılamanın ve olası sonuçlarının tahkim yargılaması üzerinde yarattığı etkiler, bulunmaktadır. Zira başlı başına derdest mahkeme yargılamasının tahkim yargılaması üzerinde yarattığı sonuçlar bir yana bu esnada, tahkim itirazı üzerine mahkemece gerçekleştirilecek *denetimin ölçüsü* sonraki tahkim yargılamasını derinden etkilemektedir.¹⁵⁰

Tahkim itirazı üzerine mahkemece gerçekleştirilecek denetimin ölçüsüyle kastedilen husus, *i.* burada tam bir denetim sonucunda, tahkim anlaşmasının gerçekten de geçersiz olup olmadığı sonucuna varılmasının mı; yoksa *ii.* ilk bakışta, görünüşte (*prima facie*), derinlemesine bir tahkikat yapmadan da tahkim anlaşmasının geçerli olduğu kanaatine varılmasının veya bir başka açıdan, apaçık; bariz bir şekilde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna varılmadığı sürece (NCPC Art. 1458) mahkemenin uyuşmazlığın esası hakkında bir yargılama yapmamasının mı, istendiğidir.¹⁵¹

Mahkemelerce gerçekleştirilecek tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerindeki *tam bir denetimin*, hakemlere tanınan yetkiye hükmetme yetkisini (*competence-competence*) örseleyeceği; önemini ve değerini yitirmesine neden olacağı bir gerçektir. Zira uygulamada çoğu kez, özellikle tahkimi sabote etmek isteyen tarafın yaptığı ilk iş, uyuşmazlığın esası hakkında ülke mahkemelerine başvurmaktır (*karş. ÖZPO Art. 584/III*). Yapılan tahkim itirazı üzerine mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda girişeceği tahkikatın neden olduğu ilk sonuç, tahkim yargılamasını geciktirmektir. Bu konuda hakemlere veri-

¹⁴⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 335; Ayrıca bkz. Böckstiegel K. H., An Introduction to the New German Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law, 14(1) Arb Int 1998, s. 24; Samuel, s. 221.

¹⁵⁰ Bachand F., Does Article 8 of the Model Law Call for Ful or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction, 22 (3) Arb Int 2006, s. 464 vd. Ayrıca bkz. Dimolitsa A., Separability and Kompetenz-Kompetenz, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 234-235.

¹⁵¹ Bachand, s. 465-467. Özellikle bkz. Gaillard E., The Negative Effect of Competence-Competence, 17(1) Mealey's Int ALR 2002, s. 27-29.

len *yetki* dikkate alındığında, söz konusu örnekte, anılan yetkinin artık mahkemelerce kullanıldığı bir gerçektir. Mahkeme yargılamasının ve hemen sonra *mümkünse* mahkemenin ön sorunla ilgili (*karş.* ZPO §280/II; NCPC Art. 80 vd) veya uyuşmazlığın esası hakkındaki kararının aslında tahkim anlaşmasının geçerli olması nedeniyle bozulmasının ardından, boşa geçmiş sayılan onca yargılama sonucunda, milletlerarası tahkimin başta sürat ve tarafsızlık olmak üzere kendisinden beklenen tüm faydaları yitireceği, açıktır.¹⁵²

Öğretide, özellikle *Gaillard*'ın destek verdiği *prima facie* denetim anlayışı,¹⁵³ kısaca, milletlerarası tahkimin, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde, ülke mahkemelerine nazaran sahip olduğu öncelik ve üstünlük anlayışına dayanır. Bu önceliğin taraflarca zarara uğratılmasına engel olunmalı; bunun önüne geçilmelidir. Tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda, ülke mahkemelerince gerçekleştirilecek tahkikat, uzun bir zamanı alabilir. Mahkemelerin ön sorun hakkındaki kararlarının derhâl denetlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, bu süre daha da uzayacaktır. Bu son hâl, tahkimi geciktirmek, etkinliğini yitirmesine neden olmak isteyen tarafa, önemli bir fırsat daha vermektedir. Anılan sorunun derdest olduğu bir aşamada, bir an için tahkimin başlatılabileceği düşünülse dahi bu durumda (*tahkim itirazının görüldüğü yargılamadaki*) davacının hakemini seçmemesi; (*tahkim itirazında bulunan*) davalının bu konuda ülke mahkemesinin yardımını istemesi halinde ise mahkemenin, şayet tahkim anlaşması geçersiz bulunursa hakem tayinine de gerek kalmayacak olması nedeniyle derdest yargılamayı bekletici mesele sayması,¹⁵⁴ kuvvetle muhtemeldir.¹⁵⁵

¹⁵² Bachand, s. 466, 467.

¹⁵³ Gaillard, s. 28.

¹⁵⁴ Genellikle kabul edildiği üzere *sadece* hakem heyetinin teşekkülüne katılmış olmak, kurulan heyetin yargı yetkisine sahip olduğunun kabulü, anlamına gelmez (Model Kanun m. 16/II; ZPO §1040/II; Hollanda CCP Art. 1052/III; MTK m. 7/H/II). (Ayrıca bkz van den Berg/van Delden/Snijders, s. 82, 83). Özellikle Model Kanun nezdinde güdülen temel gaye, bir an evvel hakemlerin seçilmesini ve heyetin oluşumunu sağlamaktır. Mademki hakemler, yargı yetkileriyle ilgili konularda yargı yetkisine sahiptirler o hâlde, bu yönde bir karar verilebilmesi için öncelikle söz konusu hakem heyetinin süratle oluşması gerekir. Hakemlerin seçimi sırasında, muhtemel yargı yetkileriyle ilgili konularda çekişme yaşanması, *hem* hakem heyetinin oluşumunu geciktirir *hem de competence-competence* ilkesini zedeler ve örseler (Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 413).

¹⁵⁵ Ayrıca bkz. Holtzmann/Neuhaus, s. 485, 486; Dimolitsa, s. 238-240.

C. Pre-Arbitral Referee Kavramı, Niteliği ve Tahkimden Olan Farkı

Pre-Arbitral Referee usulü, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde, güncel ve sıkça kullanılmaya başlanan bir yöntemdir. Bu konuda göze çarpan ilk düzenleme örneği de, 1990 tarihli ICC tarafından hazırlanan ve uygulanan *Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*'dür.¹⁵⁶ Amaç, yargı yetkisini haiz ve aslında taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin bir biçimde çözüme kavuşturmakla yetkili ve görevli yargılama makamına (hakemlere veya mahkemelere) başvurulmasından önce süratle ancak geçici olarak ve aslında uyuşmazlığın esasıyla ilgili bir karar verilebilmesini sağlamaktadır.¹⁵⁷

Böyle bir usulün tahkimden olan farkları bir yana, her iki metot arasında, ortak kimi özellikler de vardır. Esasen, gittikçe önemi ve uygulaması artan böyle bir yöntem ile tahkim arasında sağlıklı bir ilişkinin kurulabilmesi, öncelikle anılan usulün hukuki niteliğinin tespitini gerekli kılmaktadır. Bu noktada şu hususu hemen belirtmekte fayda vardır: Anılan metodun esin kaynağı, kendisine benzetilmek istenen müessese, Fransız usul hukukunda bulunan *juge des référés*'dir.¹⁵⁸ Oysa böyle bir müessesenin kimi ülke hukuklarında bulunmayışı, anılan usulün vasıflandırılmasında ve özellikle tahkimden olan farklarının tespitinde ciddi güçlüklerle neden olmaktadır.¹⁵⁹

Kısaca, Fransız usul hukukunda geçerli olan geçici hukuki koruma tedbirlerini *i.* her iki tarafın hazır bulunduğu yargılamalarda hükme-

¹⁵⁶ ICC Publication No. 482, www.iccarbitration.org.

¹⁵⁷ Paulsson J., *A Beter Mousetrap: 1990 ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, IBL May, 1990, s. 214 vd; Hausmaniger C., *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?* 7 (1) ICSID Review-FILJ, 1992, s. 82 vd; Hanotiau B., *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, Int ALR 2003, s. 75 vd; Gaillard E/Pinsolle P., *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, 20 Arb Int 2004, 13 vd; Berger K. P., *Pre-Arbitral Referees: Arbitrators, Quasi-Arbitrators, Hybrids or Creatures of Contract Law*, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005, s. 73 vd; Şanlı C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 3. Bastı, İstanbul 2005, s. 395-399.

¹⁵⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 728 vd. Ayrıca bkz. Baker R. W/De Fontbressin P., *The French Référé Procedure – A legal Miracle?*, II U. Miami Y. B Int'l L, 1992-1993, s. 11 vd.

¹⁵⁹ Paulsson, *Referee*, s. 215; Hausmaniger, s. 103; Berger, *Referee*, s. 74.

dilenlerle ii. diğer tarafın yokluğunda *da* hükmedilebilenler şeklinde ikiye ayırdığımızda ki, her iki hâlde verilen karar geçicidir ve uyuşmazlığın esası yönünden maddi anlamda kesin hüküm etkisinden yoksundur, *ordonnance de référé*, ihtiyati hacze daha yakın *ordonnance sur requête*'in karşısında yer alır ve sonrakinin aksine *ex parte* (diğer tarafın yokluğunda) hükmedilmez.¹⁶⁰ *Ordonnance de référé* şeklindeki geçici hukuki koruma tedbirlerinin içeriği hayli geniş kapsamlı ve esnek olup düzenleyici ve hatta ifa amaçlı ihtiyati tedbirler yanında gereğinde, varlığı ve geçerliliği konusunda ciddi bir çekişmenin olmadığı, uyuşmazlık konusu paranın bir kısmının yahut tamamının tedbirin ödenmesine de karar verilebilmektedir. Bu son durumla ilgili olarak *référé provision* tabiri kullanılmaktadır (NCPC Art 809/II).¹⁶¹ Bu tür bir yargılamada, *juge des référés* karar verinceye kadar ve hatta taraf teşkilinden önce, *sur minute* kimi emirler de verebilir.¹⁶²

¹⁶⁰ Pluyette G., A French Perspective, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, ICC Publication No. 519, 1993, s. 77.

¹⁶¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 729. Hemen belirtmekte fayda vardır, *référé provision*'un da bir geçici hukuki koruma tedbiri mi olduğu hususu, öğretilerde tartışmalıdır. Zira geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilebilmesi için gerekli *aciliyet* şartı (geçici hukuki koruma tedbirine derhal karar verilmesi gerekliliği), *référé provision* için aranmaz. *Référé provision* yönünden varlığı zorunlu yegâne şart, alacaklı olunan *miktar* konusunda, ciddi bir çekişmenin bulunmamasıdır. Ancak, her halükârda, bu iki müessese yönünden ortak olan hususlar, verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi ve geçici olmasıdır. Meselenin tahkimle olan ilgisine gelince, Fransız içtihatları, neredeyse ittifakla hakem heyetinin teşekkülünden sonra mahkemelerce *référé provision* yargılaması yapılamacağı konusunda birleşmektedir. Bu durumun istisnası ise aslında gerekli olmadığı ve kanun tarafından da öngörülmediği hâlde, *aciliyet* olarak belirtilmektedir. Yani, hakem heyetine rağmen, alacağın (uyuşmazlığın) esası üzerine mahkemelerce *derhâl* yagılama yapılmasını ve karar verilmesini gerektiren özel nedenlerin bulunması şarttır (Poudret/Besson, s. 526). Bu noktada genel olarak *Référé* usulünün içeriğine, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi (*delil tespiti*ni de içerecek şekilde) dâhil olduğu gibi ayrıca bir anlamda taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasıyla ilgili meseleler hakkında, derhâl ve süratle karar verilmesini gerekli ve haklı kılan durumlarda (iş uyuşmazlıklarıyla veya basında düzeltme hakkının kullanılmasıyla ilgili yahut tahkimde hakemlerin seçimi gibi meseleler hakkında) yapılan yargılamalar da girmektedir. Ayrıntısı için bkz. Baker/De Fontbressin, s. 15-17.

¹⁶² Baker/De Fontbressin, s. 17. Ayrıca bkz. Derains Y., Technical expertise and "référé arbitral", New Trends In The Development of International Commercial Arbitration and The Role of Arbitral and Other Institutions, ICCA Congress Series No. 1, 1983, s. 187-189; Donovan F., The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: A Survey of Jurisdictions, the Work of UNCITRAL and Proposals for Moving Forward, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series No. 11, 2003, s. 92-93; Pluyette,

Sözü edilen ortak noktaların başında, her iki usulün de yani *tahkimin* ve *pre-arbitral referee*'nin iradi bir temele sahip olması, gelmektedir. Taraflarca anılan metotların kendileri için de geçerli olacağı konusunda anlaşılması gerekir. *Pre-arbitral referee* usulü, aynı zamanda bir ADR metodu olarak da değerlendirilebilir mi sorusu, karmaşıktır ve muhtemel bir cevap, hali uzun zaman alacaktır. Zira bilinen tüm ADR yöntemleriyle karşılaştırması yapıldığında, anılan usulün benzerlikler yanında çok sayıda ve ciddi farklılar göstereceği de muhakkaktır. Ancak şayet bir benzetme yapılacaksa ve *ısrarla* bu usulün bir ADR metodu olduğu düşünülecekse *pre-arbitral referee* usulü, ADR metotları içinde tahkime en yakın durandır. Bu noktada, karşımıza çözümü gerekli şu soru çıkmaktadır: *Referee* tarafından tahkim öncesinde verilen karar, hakemleri ne düzeyde etkiler? Bağlayıcılığı var mıdır? Hemen belirtelim, bu soru, *referee* tarafından verilen kararın hukuki niteliğiyle yakından ilgidir. Anılan metodun neye mâl olduğu, bir başka anlatımla söz konusu usul tüketilmeden aynı amaçla örneğin mahkemelere başvurulup başvurulmayacağı, yine söz konusu müessesenin hukuki niteliğiyle alâkalıdır.¹⁶³

Tahkimle *pre-arbitral referee* usulü arasındaki farkları ortaya koymaktaki güçlük, çoğu zaman, hakemle *referee*'nin içerikleri aynı olan kararları verebilmelerinden kaynaklanır. Bu, aynı zamanda, söz konusu usulü, bir ADR metodu olarak neden kabul edemeyeceğimizi de belirler.¹⁶⁴ UNCITRAL Model Kanunu'nun 17. maddesi, hakemlere, yargı yetkileri bağlamında ve yargılama süresince geçici hukuki koruma tedbirlerine de hükmedebilme yetkisini vermiştir.¹⁶⁵ Ancak burada, tahkimin tabiatıyla alâkalı bir güçlük vardır: Hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi için öncelikle hakemin seçilmesi yahut hakem heyetinin teşekkül etmesi gerekir. Gerçi, yine Model Kanun m. 9 ve benzeri *lex loci arbitri* hükümleri (ZPO §1033; MTK m. 6/I), tahkim yargılaması öncesinde, tarafların tahkim anlaşmasına rağmen geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, bu yönde yargı yetkisini haiz ülke mahkemelerine başvurulabilmesini *mümkün kılmuş*; bunun tahkim anlaşmasıyla çelişmeyeceğini düzenlemiştir.¹⁶⁶

s. 86, 87; Buchman B. L., *France*, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, ed. Alex Bösch, Berlin, 1994, s. 256.

¹⁶³ Berger, *Referee*, s. 75. Ayrıca bkz. Şanlı, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s. 396.

¹⁶⁴ Karş. Şanlı, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s. 397.

¹⁶⁵ Holtzmann /Neuhaus, s. 530. Ayrıca bkz. Berger, s. 331 vd.

¹⁶⁶ Ayrıntısı için bkz. Poudret/Besson, s. 525.

Lâkin verilen yetkinin, tanınan müsaadenin özellikle milletlerarası ticari uyumsuzlukların çözümünde ve hele taraflardan birinin devlet olması durumunda, uygulanması ve hayata geçirilmesi, ciddi güçlükler arz etmektedir.¹⁶⁷

Konunun, ister istemez ve bir anda geçici hukuki koruma tedbirlerine kaymasında, özel bir amaç saklıdır. Zira gerek hakemlerce verilebilecek geçici hukuki koruma tedbirleri ve gerekse *referee* tarafından hükmedilebilecek kararlar, içerikleri yönünden karşılaştırıldığında, birbirlerine çok benzediği; neredeyse aynı sınıflandırmaya dayandığı görülecektir. *Pre-arbitral Referee*'yla ilgili ICC Rules Art. 2.1, *a-d* hükmünde, *referee*'nin nelere karar verebileceği düzenlenmiştir ve yapılacak genel bir sınıflandırmaya uygun olarak *koruma (teminat)*, *ifa (eda)* ve *düzenleyici* amaçlı tüm emirlere (tedbirlere)¹⁶⁸ hükmedilebilir.

Tahkim öncesinde, hakem heyeti teşekkül eden kadar tarafların ihtiyaç duyacağı geçici hukuki koruma tedbirlerine, yine tahkim düzeninde, devlet yargısı dışında hükmedilebilmesi meselesi, milletlerarası bazı tahkim kurumlarının kurallarına konu olmuştur: Hollanda Tahkim Enstitüsü (NAI) Tahkim Kuralları m. 42a'da,¹⁶⁹ taraflardan birinin talebi üzerine NAI Divanınca atanacak tek hakemin acele muhakeme esasları dâhilinde, tahkim öncesinde, gerekli geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebileceği düzenlemiştir. Hükmün esin kaynağı tahkime ilişkin Hollanda Usul Kanunu'nun 1501/III. maddesidir ve bu sefer hakemlerce yine acele muhakeme¹⁷⁰ (*kort geding, référé*) esaslarına göre verilecek kararın tıpkı nihai hakem kararı gibi geçerli sayılacağı düzenlenmektedir.¹⁷¹ Yine Fransız Tahkim Kurumu Tahkim Kuralları m. 13, talep üzerine Kurumun atayabileceği tek hakemin hakem seçilene veya heyet teşekkül edene kadar geçecek süre içinde, acil kimi tedbirlere hükmedilebilmesini mümkün kılmaktadır (aynı yönde bkz. AAA Optional Rules for Emergency Measures of Protection §O-1, O-2¹⁷²).

¹⁶⁷ Gaillard/Pinsole, s. 24; Berger, *Referee*, s. 76.

¹⁶⁸ Üstündağ S., *İhtiyati Tedbirler, Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri*, İstanbul, 1981, s. 13 vd; Pekcanitez H., *Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri*, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, s. 132, 133; Pekcanitez/Atalay /Özekes, s. 619.

¹⁶⁹ www.nai-nl.org.

¹⁷⁰ Seçilen terminoloji için bkz. Üstündağ, *İhtiyati Tedbirler*, s. 5, 56.

¹⁷¹ Ayrıntısı için bkz. van den Berg/van Delden/Snijders, s. 80, 81.

¹⁷² www.adr.org.

Pre-Arbitral Referee hakkındaki ICC Rules Art. 6.1, *referee*'nin vereceği kararın ICC Divanı'na, gerekçelerini de içerecek biçimde ve bir "*order*" olarak gönderileceğini düzenlemektedir.¹⁷³ Bu *emrin* özellikleri ve hukuki niteliği, onun aynı zamanda neden bir ADR metodu olarak kabul edilemeyebileceğini ortaya koymaktadır.¹⁷⁴

Referee'nin kararı, tıpkı hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirleri gibi geçicidir; zamana ve koşullara bağlıdır; nihai değildir.¹⁷⁵ Bu esnada, öğretilde, anılan sebepten ötürü, böyle bir emrin, bir hakem kararı olarak vasıflandırılmayacağı, çünkü *nihailik* özelliğinden yoksun olduğu belirtilmişse de, söz konusu yorumun eleştiriye değer kimi yönleri olduğunu belirtmek gerekir. Zira yukarıda, tarafımızca da *referee* tarafından verilen emrin nihai olmadığı belirtilirken aslında onun, diğer tüm geçici hukuki korunma tedbirlerinde olduğu gibi maddi anlamda kesin hüküm etkisinden yoksun olduğu vurgulanmak istenmiştir ve şu yönüyle gerçekten de örneğin uyuşmazlığın esası hakkındaki hakem kararıyla bir tutulması olası değildir. Lâkin bu, aynı emrin, yine tıpkı uyuşmazlığın esası hakkındaki hakem kararlarında olduğu gibi ürünü olduğu yargılamayı bitirdiği, sona erdirdiği ve bu nedenle *nihai* olduğu (*geçici nihai karar*¹⁷⁶) gerçeğini değiştirmemektedir.¹⁷⁷ Milletlerarası tahkim öğretisinde, özellikle "*finality*" terimiyle çoğu zaman

¹⁷³ Hakem kararlarının (*award*) aksine, *order*'in Divan tarafından gözden geçirilerek uygun bulunması (ICC Rules Art. 27) gerekmez (Paulsson, *Referee*). Ayrıca bkz. Berger, *Referee*, s. 78, 79.

¹⁷⁴ Gaillard/Pinsolle, s. 22.

¹⁷⁵ Berger, *Referee*, s. 79.

¹⁷⁶ Özekes, *İhtiyati Haciz*, s. 235.

¹⁷⁷ Kojovic T., Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional relief-How Final is Provisional? 18 (5) J Int'l Arb, 2001, s. 521-527; Yeşilirmak A., Provisional Measures in International Commercial Arbitration, 2005, s. 260-265; *Brasol v. GMRA* davasında Cour d'appel Paris, (14 (8) Mealey's IAR G1 1999, Ayrıca bkz. XXIVa YBCA 1999, s. 296) "*order*" başlığı altında hakemlerce hükmedilen kararı, öncelikle bir *award* olarak nitelendirmiş; konusu itibarıyla basit bir usulî emirden çok daha fazlasını içeren kararın, hakemlerce nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin; mahkemece *re'sen* ve hakemlerden bağımsız olarak değerlendirileceğini hükme bağlamıştır. Aynı yön-de bkz. *Publicis Communication & Publicis Sa v. True Nort Communications Inc.* (XXV YBCA 2000, s. 1152 vd). Ayrıca bkz. "...geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, asla usulî emir niteliğindeki ve tahkikatın ilerlemesi amacına hizmet eden ara kararları ile bir olamaz. Tam aksine, bu tip kararlar, kendi içlerinde bir *sonu* simgelemektedir ve uyuşmazlığın esasına ilişkin karar beklenmeden derhâl icra edilmele-rinden daha doğal bir şey olamaz...", *Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville, Florida*, 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984); Özekes M., İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 234.

bu iki durumun birbiriyle karıştırılarak ifade edildiği görülecektir. Söz konusu kararın (*emrin*) ürünü olduğu yargılamayı sona erdirmesi, bitirmesiyle anılan kararın aynı zamanda maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip etmediği meselesi, başka başka konulardır. Gerçek anlamıyla (maddi anlamda) kesin hüküm etkisinden yoksun olmak, *sınırlı bir maddi kesinlikten* de istifade edilmesine engel olmayıp anılan türden kararların *nihai/final* olmadığı yahut bağlayıcılık özelliğinden yoksun bulunduğu anlamına da gelmez.¹⁷⁸

Şu hâlde, ilk bakışta, hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirleriyle *referee'*nin emrinin aynı hukuki kaderi paylaştığını; ancak kronolojik olarak *referee'*nin tahkimden önceki bir zamana denk düşüğünü, söyleyebiliriz. Yani taraflar, aslında yapmış oldukları ikinci bir anlaşma sayesinde (*tahkim anlaşması yanında*) geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda (*uyuşmazlığın esasından başka*), mahkemeler dışında ve tabiatıyla hakemlerden (*arbitrator*) önce üçüncü bir kimsenin (*referee'*nin), karar verebilmesini düzenlemişlerdir. Bir başka anlatımla çoğu zaman uyuşmazlığın esası hakkında yürütülen yargılama içerisinde, kendine özgü konusu ve sonucu olan bir yargılama parçasığı (geçici hukuki koruma tedbiri yargılaması)¹⁷⁹ tahkimin dışına çıkarılmakta ve önüne geçirilmektedir.¹⁸⁰ Bu, devlet yargısı açısından, hiç de yabancı olmadığımız bir durumdur.

Yukarıda sözü edilen sonuç, hiç şüphesiz ki, peşinden cevabı güç diğer soruları ve aksi yöndeki kazai içtihatları getirmektedir. Örneğin, Paris İstinaf Mahkemesi, *ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee'*ye tabi bir *emrin*, iptali istenebilecek bir hakem kararı olmadığı sonucuna ulaşmış ve iptal talebini reddetmiştir.¹⁸¹ Mahkeme, *referee'*nin bir hakem olmadığına hükmetmiştir. Mahkemelerce tenfizi/icrası istenebilecek bir karar, ancak *hakemlerce* verilebilir. Söz konusu usule tabi olarak verilen karar, tarafların hak ve borçları üzerinde nihai bir etki yarat-

¹⁷⁸ Özkes, s. 232- 234, 267; Özkes M/ Erişir E., Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, 5 Mhder 2006/3, s. 1260, 1261. Karş. Yılmaz E., Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001, s. 925.

¹⁷⁹ Özkes/Erişir, s. 1259.

¹⁸⁰ Karş. *Referee* tarafından yürütülen yargılamanın bir *acele muhakeme* olmadığına ilişkin bkz Hausmaninger, s. 101, 102.

¹⁸¹ XXIX YBCA 2004, s. 203; Berger, *Referee*, s. 79, 80. Ayrıca bkz. Beraudo J. P., Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals, A Comparision with the Republic of Congo Pre-Arbitral Referee Case, 22 (3) J. Int'l Arb. 2005, s. 254 vd. *Karar metni için bkz.* 20(1) Arb Int 2004, s. 33-37.

madığı gibi, uyuşmazlığın kendisini de etkilememekte; uyuşmazlığın esasını çözüme kavuşturmamaktadır. Bu tip bir karar, ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle yerine getirilebilir ve bütün bu nedenlerle de yargısal değil; sözleşmesel bir nitelik taşımaktadır. *Referee*, vardığı sonuçla aslında taraflarca akdedilebilecek bir sözleşme hükmünü belirlemekte; tarafların ortak niyetlerini yansıtmaktadır.¹⁸² Ancak hemen belirtelim, öğretilerde de, söz konusu karar, sözleşmesel nitelikte görülmekle birlikte nihai olup tarafça kararın/emrin gereği, derhâl yerine getirilmelidir; bu nedenle bir uzlaştırıcının önerisinden daha etkindir.¹⁸³ Verilen karara uyulmaması, sözleşmesel karakteri nedeniyle başlı başına bir *sorumluluk* sebebidir.¹⁸⁴

Buna karşın yine Fransız hukuku esas alındığında, özellikle geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, son derece farklı sonuçlara varılabilir: 2004 yılında Paris İstinaf Mahkemesi, *S.A Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle Holdings* kararında, en azından Fransız hukuku bağlamında, Fransa’da, hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine “*sentence arbitrale/award*” (NCPC Art. 1476) biçimde hükmedebilecekleri ve bunların da tıpkı diğer nihai hakem kararları gibi iptalinin istenebileceği sonucuna varmıştır.¹⁸⁵ Bugüne kadar en yoğun tartışmalar, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararların, içerikleri de dikkate alındığında *nihai* olup olmadıkları ve hatta salt bu nedenle 1958 New York Sözleşmesi’ne göre tenfiz edilip edilmeyeceği hakkında, yapıl-

¹⁸² Sözleşme hükmünden daha etkili olmayan böyle bir karara uyulmasını beklemenin, beklentileri karşılamayacağı ileri sürülmüştür. Oysa *Beraudo*, belki mahkemelerden söz konusu kararın *doğrudan* icrası-tenfizi istenemeyecekse de, tarafın, usul kanunlarının kendisine tanıdığı, herhangi bir türdeki geçici hukuki koruma tedbirinin doğrudan hükmedilmesini isteme hakkının bulunduğu ve aslında bu kez, çok daha kuvvetli olduğu, zira açıkça yerine getirilmeyen bir sözleşme hükmünün *artık* elinde bulunduğu, görüşündedir (Beraudo, s. 252, 253; Hausmaninger, s. 102-104, 108. Ayrıca bkz. Poudret/Besson, s. 73 vd; Lecuyer-Thieffry C., First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Rules, 20(6) J. Int’l Arb. 2003, 509 vd).

¹⁸³ Delvolvé/Rouche/Pointon, s. 20, 23.

¹⁸⁴ Paulsson, *Referee*, s. 215-216. Karş. Yeşilirmak, s. 145 146

¹⁸⁵ Bensaude D., *S. A. Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle (Luxembourg) Holdings* 1: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration, 22 (4) J. Int’l Arb. 2005, s. 357, 360. Ayrıca bkz. Pluyette, s. 88; Poudret/Besson, s. 541. Karş. İsviçre hukukunda, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin hakemlerce verilen bir karar, her nasıl adlandırılırsa adlandırılırsın hiçbir şekilde, PIL Art. 190’de düzenlenen iptal denetimine tabi değildir (von Segesser G/Kurth C., Interim Measures, Chapter 5, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler& Blaise Stucki, 2004, s. 80). Ayrıca bkz. Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 355, 356; Poudret/Besson, s. 546-548.

maktaydı.¹⁸⁶ Oysa mahkeme, yukarıdaki kararıyla bu tip bir hakem kararının, taraflar arasındaki ve *geçici hukuki koruma tedbirine esas olan uyuşmazlık* hakkında, nihai olduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu kararın, *uyuşmazlığın esasını teşkil eden mesele* yönünden nihai olmaması; bu tip bir kararı, *çözümüne kavuşturduğu* mesele bakımından daha az bağlayıcı ve kesin bir hâle getirmemektedir.¹⁸⁷

Gündeme gelebilecek sorular bakımından ve özellikle *referee*'nin kararına yargısal kimi özellikler yüklememiz nedeniyle örneğin *referee* de hakemler gibi tarafsız ve bağımsız olmak zorunda mıdır? *Referee* tarafından takip edilen usul, tıpkı bir yargılama gibi adil yargılanma hakkına uygun bir biçimde mi şekillenir? *Referee*'nin kararının ülke içinde icrası, nasıl olmalıdır? *Lex loci arbitri*'nin hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin cebren icrası konusunda özel bir hukuki çare öngörmesi halinde (MTK m. 6), *referee* emrinin de aynı çareden istifadesi mümkün olacak mıdır? 1958 New York Sözleşmesi'nin, geçici hukuki koruma tedbirleriyle ilgili tartışma bir yana *referee*'nin emirlerine de uygulanması mümkündür?¹⁸⁸

Cevabı hayli güç, bütün bu sorular, öğretilerde *referee* usulünün özellikle tahkim dışında başkaca metotlarla mukayese edilmesi; onlara benzetilerek vasıflandırılması sonucunu doğurmuştur. Şöyle ki, tarafların uyuşmazlıklarıyla ilgili karar vermesini istedikleri üçüncü kişinin her halükârda bir hakem olması gerekmez. Yine devlet yargısı dışındaki her usul de tahkim değildir. Örneğin, *pre-arbitral referee*'nin şayet benzetilecekse Alman hukukundaki *Schiedsgutachter*'la (*hakem-bilirkişilik*) mukayese edilmesi pekâlâ mümkün görülmektedir.¹⁸⁹ Her ikisi için de sözleşmesel bir temel vardır. Aksi yöndeki ilmi içtihatlar bir yana, kazai içtihatlar, bu metodu, usul hukukuyla temellendirmemişler; sözleşmesel niteliğini üstün tutarak, hakem-bilirkişinin yargısal hiçbir yol izlemek zorunda olmadığına hükmetmişlerdir.¹⁹⁰ Gerçi, hemen belirt-

¹⁸⁶ Lew J. D. M., Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases, 11 (1) ICC Bulletin 2000, s. 30 vd.

¹⁸⁷ Poudret/Besson, s. 541, 542. Ayrıca bkz. Herrmann G., Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? The 1998 Freshfields Lecture, 15 (3) Arb Int 1999, s. 230.

¹⁸⁸ Berger, *Referee*, s. 80. Ayrıca bkz. Sanders, *Quo Vadis Arbitration*, s. 275 vd.

¹⁸⁹ Berger, *Referee*, s. 81. *Hakem-bilirkişilik* için bkz. Taşpınar S., Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 142 vd.

¹⁹⁰ BGHZ 6, 335, 339 vd; BGHZ 9, 138, 145; BGHZ 17, 366, 368; BGH, NJW 1991, 2761. Ayrıca bkz. Sessler A/Leimert C., The Role of Expert Determination in Mergers and

mekte fayda vardır; hakem-bilirkişinin vermiş olduğu karar, tarafları yanında mahkemeleri ve gerekiyorsa hakemleri de bağlayacak olup¹⁹¹ bu özellik, *referee*'nin emri için geçerli değildir. Ancak özellikle *Berger*, hakem-bilirkişiliğe yaptığı gönderme ile (özellikle *kazai içtihatları* arkasına alarak) karar veren her kişinin, bir yargılama yapmasının ve sonuçta verdiği kararın yargısal özellikleri haiz olmasının gerekmediğini vurgulamaktadır. *Referee* emrinin tarafları bağlaması için yargısal kimi özelliklerle donatılması gerekmez; sözleşmesel nitelik de (tıpkı hakem-bilirkişi kararında olduğu gibi) ona bu vasfı kazandıracaktır. Özetle *Berger*, *referee* kararının bağlayıcılık özelliğinin *res judicata* kesin hüküm etkisinden değil; taraflar arasında geçerli bu yöndeki sözleşmeden kaynaklandığını belirtmektedir.¹⁹²

Kararını vermekle *referee*'nin görevi sona erer; karar, bir defalıktır ve tarafları bağlar (*karş.* Rules Art. 6.3). Oysa yapılan mukayeseye göre hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirleri, bir başlangıçtır; onu, yine aynı hakemlerce hükmedilecek başka geçici hukuki koruma tedbirleri veya her halükârda uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai karar takip eder. Hakemler, hükmetmiş oldukları geçici hukuki koruma tedbirini, kaldırabilirler, değiştirebilirler. *Referee*'nin geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda adeta özel bir hakem (ikinci bir hakem) olarak görülmesi de çok yanıltıcı bulunmuştur; öyle olsaydı, uyuşmazlığın esası hakkındaki yargılamada, hakem olarak görev alması pekâlâ mümkün olurdu. Çünkü geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermiş olmak, sonradan hakem olmaya mani değildir. Oysa en azından ICC ölçeğinde, *referee* taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece çözüme kavuşturduğu sorunla ilgili olarak hakem olamaz (Rules Art. 2.3).¹⁹³ Hemen belirtelim, çalışmanın başından bu yana, dikkat edileceği üzere “*hakem*” tabirinden farklı olarak *referee*'yi olduğu şekilde ifade etmeye özen gösteriyoruz. Anılan usule göre karar veren üçüncü kişiye, *arbitrator* (hakem) denmemesi, yine ICC bağlamında, son derece bilinçli bir tercihin ürünüdür. Oysa en azından Türkçede, hem *referee* ve hem de *arbitrator*, *hakem* şeklinde tercüme edilebilmektedir. Tahkimde kul-

Acquisitions under German Law, 20(2) Arb Int 2004, s. 151 vd. *Karş.* Poudret/Besson, s. 14.

¹⁹¹ Sessler/Leimert, s. 153, 154; Berger, *Referee*, s. 82. Ayrıca bkz. Taşpınar, s. 146, 147; Pekcanitz/Atalay/Özekes, s. 423.

¹⁹² Paulsson, *Referee*, s. 215. Ayrıca bkz. Poudret/Besson, s. 21.

¹⁹³ Berger, *Referee*, s. 82, 83.

lanılan *arbitrator*-hakem'den farklı olarak *referee*'ye yine hakem demek, özellikle ICC temelinde, arzu edilen bir durum değildir.¹⁹⁴

Özellikle *Berger*'in şekillendirmeye çalıştığı bu yapıda, şu hususlara sonuç olarak varılabilir:¹⁹⁵

a. *Referee*'nin atanması, hakemlerin atanması usulüne tabi değildir.

b. *Referee*, hakemler için geçerli tarafsızlık ve bağımsızlık kıstaslarıyla bağlı değildir.

c. *Referee*'nin karar verirken yargısal özellikleri haiz bir usul takip etmesi gerekmez.

d. Verilen karar, hakemlerce verilen kararlardan değildir. Bu nedenle

i. *Referee*'nin hakem kararları için geçerli şekli şartlarına uygun karar vermesi gerekmez.

ii. *Lex loci arbitri* bağlamında, iptali istenemez.

iii. 1958 New York Sözleşmesi'ne göre tanınması/tenfizi olanaklı değildir.

e. *Referee*'nin emrine uyulmaması halinde gündeme gelecek sonuçlar, *sözleşmeler hukuku bağlamında*, içinde bulunduğu ana sözleşmenin tabi olduğu hukuka uygun olarak uyuşmazlığın esası hakkında karar verecek olan örneğin hakemlerce çözüme kavuşturulacaktır (Rules Art. 6.8.1).¹⁹⁶

Varılan bu sonuçları değerlendirmeye geçmeden önce, *referee* usulüyle devlet mahkemeleri arasındaki ilişkiyi *de* yine yukarıda sözü edilen görüşler bağlamında değerlendirmek gerekir. Zira dikkat edileceği gibi, özellikle *Berger*'in karşı geldiği vasıflandırma, bu metodun geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek konusunda erken dönemde, yaratılmış özel bir (tahkim) usulü olduğudur.¹⁹⁷ Kaldı ki, ZPO §1041

¹⁹⁴ Berger, *Referee*, s. 83.

¹⁹⁵ Berger, *Referee*, s. 84, 85.

¹⁹⁶ Paulsson, *Referee*, s. 216; Berger, *Referee*, s. 85.

¹⁹⁷ Berger, *Referee*, s. 85. Karş. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 719; Hanotiau, s. 76. Fransız hukukundaki içtihatlar, tarafların anlaşmaları durumunda, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda da herhangi bir yargı yetkilerinin kalamayabileceği yönündedir. Bu yöndeki anlaşmalar, geçerli kabul edilmektedir (Plu-

emredici karakteri haizdir.¹⁹⁸ Yani tarafların özellikle geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, erken dönemde, *referee* usulü üzerinde anlaşarak mahkemeye başvuru haklarından feragat *edemeyecekleri* düşünülmektedir. Kaldı ki, bu durumun tarafların niyetiyle de örtüşmediği sonucuna varılmaktadır: Taraflar, *referee* usulünü, ilave, yeni, bir başka *çare* olarak düşünmektedirler; mahkemenin yerini alan, münhasır bir usul olarak tercih etmemektedirler. Tahkimin bizatihi kendisinin, mahkemelere ait olan geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek yönündeki yargı yetkisini, başlı başına kaldırmadığı dikkate alındığında;¹⁹⁹ *referee* usulüne böyle bir imtiyazı tanımak tutarlı gözükmemektedir. Hakemlere de geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verebilmek konusunda gerekli yargı yetkisini tanımak (Model Kanun m. 17; ZPO §1041/I; MTK m. 6/II), tahkimle devlet yargısı arasındaki usulî denklik ve işlevsel eşitlik dikkate alındığında son derece doğaldır. Ancak, *referee*'nin de özellikle amacı ve sözleşmesel karakteri dikkate alındığında aynı imtiyazdan istifade etmesi güçtür.²⁰⁰

Görünen o ki, temelde *Berger*, tahkim yargısı haricinde ve ondan önce, mahkemelerin de dışında tarafların, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek konusunda zaten anlaşılmayacaklarını kabul etmekte ve bir ölçüde, Alman hukukundaki *hakem-bilirkişilikle ilgili* içtihatları esas alarak, *referee* usulüne yargısal kimi sonuçlar bağlamak eğilimindedir. Oysa rahatlıkla kabul edileceği gibi özellikle ICC temelinde, ancak bundan da önce pek çok *lex loci arbitri* yönünden geçerli normatif yapının konuyla ilgili her soruya, sağlıklı ve tatminkâr bir cevap kazandırdığını söylemek mümkün değildir. *Yine de özellikle*

vette, s. 75, 76; Delvolvé /Rouche/Pointon, s. 119, 120; Buchman, s. 269). Böyle bir sonuç, şaşırtıcı değildir. Tarafların ICC Rules üzerinde anlaşmaları hâlinde, tahkim yargılaması süresince geçerli olan, örneğin ICC Rules Art. 23/II vb kuralların, tahkim yargılaması başlamadan önce *de* geçerli olmamasını düşünmek, yerinde değildir. Ancak *Pluyette*'e göre bu tip bir anlaşmanın etkin hukuki korumaya ve adaletin tecellisine mâni olması durumunda, koşulsuz bir hâlde, aynı anlaşmaya geçerlilik tanınmaz. Şu hâlde, tahkim öncesinde, geçici hukuki koruma tedbirleri yönünden *de* devlet yargısının *aksinin* kararlaştırılabilmesi için anılan boşluğu doldurabilecek bir başka makamın (örneğin *référé pré-arbitral*) yaratılmış olması gerekir. Aynı yönde bkz. von Segesser/Kurth, s. 85. Ayrıca bkz. Yeşilirmak, s. 104.

¹⁹⁸ Schütze R., *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, BB 1998, s. 1650; Berger, *Referee*, s. 86. Karş. Schwab/Walter/Baumbach, Kap. 17a, Rn. 24.

¹⁹⁹ Berger, s. 348; Berger, *Referee*, s. 86; Schütze, s. 1650. Karş. Calavros, s. 58.

²⁰⁰ Berger, *Referee*, s. 87. Aynı yönde bkz. Poudret/Besson, s. 530.

yukarıda sözü edilen görüşlere karşı şu argümanları ileri sürmek ve meseleyi tartışmaya açmak mümkündür:

a. *Referee* usulünün bir *hakem-bilirkişilik* olarak vasıflandırılması, en azından şu erken aşamada dahi iki nedenle mümkün değildir. Hakem-bilirkişinin kararı, tarafları yanında yargılama makamlarını da bağlar. Ancak aynı sonuç, *referee* usulü için geçerli değildir. Öte yandan, *referee*'nin çözüme kavuşturduğu meseleyle hakem-bilirkişilik faaliyetinin konusu birbirinden çok farklıdır. Hakem-bilirkişiliğin belli hukuki çıkarımlar-altlamalar yapmadan hadiseleri yahut olguları olduğu gibi alıp bunları teknik yönleriyle değerlendirdiği ve tespit ettiği bilinmektedir.²⁰¹ Oysa *referee*, düzenleyici ve hatta ifa amaçlı tedbirlere hükmetmekte; geçici de olsa tarafların hak ve borçlarını şekillendirmekte; sözleşmesel ilişkiyi *sanki* nihai hüküm veriyormuşçasına yeniden yapılandırmakta; taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm getirmektedir. *Referee*'nin verebileceği kararların yine ICC özelinde, geçici hukuki koruma tedbirleriyle örtüştüğü de bir başka olgudur.²⁰² Gerek yapısal gerekse işlevsel bu farklılık, *referee* usulünü, sadece hakem bilirkişilikten değil; ama aynı zamanda uzlaştırıcı yahut arabulucu gibi diğer ADR metotlarından da ciddi bir biçimde ayırmaktadır.²⁰³

b. Yukarıda, taraflarca üzerinde anlaşılan kimi tahkim kurallarına uygun olarak tahkim kurumlarının tahkim öncesi dönemde, acil olarak karara bağlanması gereken hususlarda "*hakem*" tayini yapılabileceği, belirtilmiştir. Nihai hükme kadar acil olarak verilmesi gereken kararların içeriklerinin çoğu zaman düzenleyici veya hatta ifa amaçlı geçici hukuki koruma tedbirleriyle örtüştüğü dikkate alındığında, artık tarafların salt geçici hukuki koruma tedbirleriyle ilgili *ad hoc* şeklinde üçüncü bir kimsenin de karar vermesi konusunda anlaşılabileceklerini söylemek, ne yanlış ne de yadırgatıcıdır.²⁰⁴

c. Tarafların uyuşmazlıklarının esası hakkında ve devlet yargısı dışında, hakemlerce karar verilmesini kararlaştırabilmeleri mümkün-

²⁰¹ Lâkin bugün hakem-bilirkişilik faaliyetinin BGB §317'ye kıyasen *olgular* yanında, hukuki tespit ve teşhislere de kaydı bilinmektedir (Sessler/Leimrt, s. 152).

²⁰² Uyuşmazlığın hakemler önünde görüldüğü bir sırada mahkemelerce (*juge des référés*) özellikle ifa amaçlı ve düzenleyici geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmemesi gerektiği; bu yetkinin artık hakemlerin elinde olduğu yönündeki anlayış için bkz. Pluyette, 88; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 731, 732.

²⁰³ Örneğin bkz. İldr, s. 95; Özbek, s. 210.

²⁰⁴ Ayrıca bkz. Pluyette, s. 75.

ken; geçici olarak, nihai karar verilinceye kadar başka konularda, yine devlet yargısı dışında üçüncü kişilerce karar verilmesi konusunda anlaşamamalarını kabul etmek, ilk bakışta güçtür (örneğin bkz. 1996 AA §44/I). *Referee'*nin vereceği kararın hukuki niteliğiyle tahkim yeri ülkesinde veya bir başka ülkede nasıl icra yahut tenfiz edileceği sorunu, bugün hakemlerce tahkim yargılaması içinde verilen geçici hukuki koruma tedbirleri hakkında da geçerlidir. Normatif olarak özellikle de milli hukuklar bağlamında, daha hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin meseleler çözümlenmemişken bu kez *de* tahkim öncesi dönemde yine üçüncü kişilerce hükmedilen bu türden kararların hukuki kaderinin ne olacağı, elbette ki bir sorundur ve çözümü de hayli güçtür. Ancak kanımızca salt bu meselelerin birer sorun olarak karşımızda durması, anılan türden kararların birer geçici hukuki koruma tedbiri olarak algılanmasına engel teşkil etmemelidir. Böyle bir kararın cebren icrası sırasında yaşanacak sorunlar bakımından örneğin ICC, kendi kuralları içinde ayrıca düzenlemeler getirmiş ve hakemlerin *referee'*nin emrine uyulmaması nedeniyle tarafın ayrıca uğramış olduğu zararları karara bağlayabileceğini düzenlemiştir (Rules Art. 6.8.1).

d. Konunun hiç şüphesiz ki, yargısal temel haklarla ilgili boyutu da bulunmaktadır. Tahkim öncesi dönemde, tarafların tahkim anlaşmasına rağmen mahkemelere geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilmesi amacıyla başvurusu mümkündür. En azından Model Kanun özelinde ve bu konuda taraflara izin verildiği; bir imkân hazırlandığı, şayet başvurulursa bu durumun tahkim anlaşmasıyla çelişmediği düzenlenmiştir (Model Kanun m. 9). Mevcut hükmün taraflarca aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı konusu, Model Kanun hazırlayıcıları tarafından bilinçli olarak ülke hukuklarına bırakılmış ve hüküm içinde suskun geçilmiştir.²⁰⁵ Bu şartlar altında çok detayına girmeksizin, sadece şu yorumu aktarmak yeterli ve faydalı olacaktır. Tarafı, tahkim öncesi dönemde, özellikle geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, herhangi bir yargılama makamına başvuramaz, ulaşamaz bırakmak mümkün değildir; bu yönde yapılan anlaşmaların geçerli bir yönü yoktur.²⁰⁶ Lâkin bu husus, mahkemelerce hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbirlerinin taraflarca kararlaştırılan özel usuller

²⁰⁵ Holtzmann/Neuhaus, s. 333, 346.

²⁰⁶ Pluyette, s. 75.

dairesinde hükmedilebilecek olanlarla ikame edilemeyeceği anlamına da gelmemelidir. En azından yargısal temel haklar düzeyinde, bu son duruma karşı gelinemeyeceği ileri sürülmektedir.²⁰⁷

Bugün milletlerarası ticari ilişkilerde kullanılmakta olan ve tahkim dışındaki diğer metotların birbirlerinden olan farkları ile hukuki niteliklerinin tespiti, yakın bir gelecekte bizleri hayli zorlayacaktır. Bu noktada, yukarıda yer verdiğimiz görüş ve değerlendirmelere bir başka açıdan bakabilmek adına, şu örneğe kısaca yer vermek gerekir: İnşaat sözleşmelerinde, bugün milletlerarası alanda sıkça kullanılan diğer bir standart düzenleme örneği de FIDIC Conditions 1999 (Red Book)'dur. Anılan standart hükümlerin 20.4. maddesinde, Dispute Adjudication Board (DAB)'tan bahsedilir.²⁰⁸ Ayrıntılardan özenle kaçınmakla birlikte kısaca bu kurul, sözleşmenin devamı sırasında, taraflar arasındaki hukuki ihtilafların çözümünde tahkimden önce başvurulması zorunlu bir makamdır. Kurul, kendisine başvurulmasından itibaren 84 gün içinde gerekçeli kararını verir. Karar, tarafları için bağlayıcıdır ve derhal yerine getirilmelidir. Kararın kendilerine ulaşmasından itibaren 28 gün içinde taraflar, tahkim yoluna başvuracağını, diğer tarafa bildirebilirler. Bu yol, DAB'ın öngörülen sürede kararını verememiş olması durumunda da geçerlidir. Lâkin yine de derhal tahkim usulü işletilememektedir. Tahkime gidileceğinin diğer tarafa tebliğinden sonra geçecek 56 günlük bir süre içinde tarafların uzlaşmaları beklenir. Ancak bu sürenin de sonuçsuz kalmasının ardından artık tahkim usulü işletilebilir (Red Book Art. 20.5). Tahkim yolu, sadece DAB'ın verdiği ve tarafın karşı koyduğu karara konu uyuşmazlık için açıktır. Yani söz konusu tahkim yargılaması, aynı sözleşmeden kaynaklanan bir başka uyuşmazlık için değil; *önceden çok katlı uyuşmazlık tekniklerine konu edilmiş* mesele hakkında olmalıdır.²⁰⁹

²⁰⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 721, 722; Yeşilirmak, *Provisional Measures*, s. 104, 105. Ayrıca bkz. Wirth M., Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, 18 (1) ASA Bulletin 2000, s. 38, 40, 41; Segesser/Kurth, s. 85. 104; Poudret/Besson, s. 529, 530; Bandel S., Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, München, Zulässigkeit und Wirkungen schiedsrichterlicher und gerichtlicher einstweiliger Maßnahmen gemäß den Bestimmungen des SchiedsVfG, München 2000, 333, 334.

²⁰⁸ Düzenlemenin önceki hâlinde geçerli olan hükümler ve ayrıntısı için bkz. Akıncı Z., Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, s. 143-148.

²⁰⁹ Ayrıntısı için bkz. Seppala C. R., The New Fidic Provision For a Disputre Adjudication Board, 8 RDAI/IBLJ 1997, s. 967-987; De Boisseson M., Thoughts on the Future of ADR in Europe: A Critical Approach, 15 (4) Arb Int, 1999, s. 355; Ayrıca bkz.

Tartışmalı husus şudur: Burada konu edilen DAB ile yukarıda sözünü ettiğimiz *referee* arasındaki fark nedir? Cevap için şu ayrıntıyı vermekte fayda vardır. DAB'ın bu erken dönemde vereceği kararlar *referee*'nin vereceği kararın içerik yönünden örtüşmesi, çakışması yüksek bir ihtimaldir. Özellikle de verilecek kararın, düzenleyici yahut ifa amaçlı bir tedbir gibi algılanması son derece mümkündür (*örneğin işveren'in istihkakları ödemesi yahut müteahhidin çekişme konusu işi de yapması veya inşa etmesi vb*). Bu noktada, karşımıza şu soru çıkmaktadır: Tarafların, meselenin kesin hüküm etkisiyle sona ermesi amacıyla başvurabilecekleri *hukuki çareler* saklı kalmak kaydıyla yine aynı meselenin *esas hakkında* ancak bu kez derhal ve acilen bir karara varılabilmesi bakımından anlaşmaları ve gereğinde bununla yetinmeleri mümkün müdür?

Buradaki “yetinme” olgusunu açmak gerekir: Taraflar, DAB'ın vereceği kararı, kendileri için tatminkâr yahut yeterli bulabilir ki, aynı uyuşmazlığın kesin hüküm etkisiyle de sona erdirilmesi için gereken hukuki çareleri *artık* tüketmek istemeyebilirler.²¹⁰ Bütün sorun, aynı konuda yaşanacak bir sonraki uyuşmazlık sırasında, *örneğin söz konusu kurul kararının yaratacağı etki ve içeriğidir*. Bu mesleyi, bizler için somutlaştırmak son derece kolaydır. Çünkü Türk hukukunda, *borçlunun* gerçekten borçlu olmadığına tespiti yahut *alacaklının* alacağının tahsiline karar verilmesi amacıyla başvurabileceği menfi tespit/ alacak davası yolu saklı kalmak kaydıyla (İİK m. 67/IV; 72) alacaklının, genel haciz yoluyla ilâmsız icra takibi içinde, *itirazın kesin kaldırılması* yoluyla (İİK m. 68) alacağını derhal ve süratle tahsil etmesi mümkündür. Oysa Fransa'da, aynı koşullar altında, bu sefer alacaklı, paranın (yahut ifası mümkün diğer alacak ve haklarının) tedbiren kendisine ödenmesi (*ifasını*) isteyebilmektedir (*référé provision*).

Önümüzdeki güçlük, özellikle maddi anlamda kesin hüküm etkisinden yoksun karar türlerinin tahkimle bağlantılı olarak gerçekleşmesi durumunda, nasıl tanımlanacağı ve icra edileceğidir. Zira tahkimde, özellikle Türk hukuku yönünden geçici hukuki koruma tedbirlerinin dışında kalan ve aslında, *-en azından para alacakları bakımından-* itirazın

Nicklisch F., The Role of The Engineer As Contract Administrator and Quasi-Arbitrator in International Construction and Civil Engineering Projects, 3 ICLR 1990, s. s. 325, 333 vd; Bunni N., The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works, 3 ICLR 2005, s. 272 vd.

²¹⁰ Özellikle bkz. Bunni, s. 276.

(kesin) kaldırılması yoluna *benzeyen* (özellikle de kesin hüküm etkisinden yoksun olmak nedeniyle) diğer hukuki çareler sonucunda verilen kararların nasıl icra edileceği, düzenleme boşluğu da dikkate alındığında, hayli güç vasıflandırma sorunlarına neden olmaktadır.

D. Tahkime Elverişlilik

Milletlerarası tahkim alanında, hızla değişime açık bir diğer saha da *tahkime elverişlilik* konusudur.²¹¹ *Tahkime elverişlilik* meselesi, milletlerarası tahkimin gerek sözleşmesel gerekse yargısal niteliğinin kesiştiği bir noktada bulunmaktadır. Aslında *tahkime elverişlilik*, sözleşme özgürlüğünün bittiği; bir yargılamanın kamusal özelliklerinin görülmeye başladığı noktanın adıdır.²¹² Şayet, taraflar arasındaki çekişmenin tahkime elverişli olmadığı düzenlenmişse *hem* tahkim anlaşması sözü edilen uyuşmazlık bağlamında geçersiz sayılacaktır *hem* de böyle bir konuda, hakemlerin yargı yetkisi bulunmayacaktır.

Tahkime elverişlilik ifadesi, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve kapsamına yönelik olabileceği gibi (*contractual arbitrability*); uygulamada ve öğretilde, daha ziyade uyuşmazlığın esasının tahkim yoluyla hallinin mümkün olup olmadığıyla (*substantive inarbitrability*) ilişkilendirilmektedir. Bu son kullanım tarzı, tahkime elverişliliğin klasik kullanımına işaret etmektedir.²¹³

Tahkime elverişlilik ile ilgili meseleler, çoğu zaman, iki ana başlık altında incelenmektedir: Tahkim anlaşmasının taraflarına yönelik çeşitli nedenler yüzünden, tarafın tahkim anlaşmasını akdetmesi, hukuken ya mümkün değildir ya da sınırlandırılmıştır. *Devletlerin* yahut

²¹¹ Fortier L Y., Arbitrability of Disputes, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005, s. 269 vd.

²¹² Berger, s. 190; Carbonneau T/Janson F., Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability, 2 Tul J Int'l & Comp L 1994, s. 194, 195; Madl F., Competence of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration, Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, 1989, s. 95 vd. Ayrıca bkz. Sanders, s. 222 vd; Redfern/Hunter/Blackaby /Partasides, s. 138.

²¹³ Carbonneau/Janson, s. 195; Böckstiegel K. H., Public Policy and Arbitrability, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration ICCA Congress Series, No. 3, 1987, s. 181. Ayrıca bkz. Henn G., Schiedsverfahrensrecht, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 2000, s. 8, 9.

kamu tüzel kişilerinin tahkime taraf olamamaları veya bu konuda özel bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymaları, bu başlık altında yaşanan sorunlardır ve mesele, *subjektif tahkime elverişlilik* olarak adlandırılmaktadır.²¹⁴ Uygulamada ilkinde göre daha sık yaşanan sorun, *hangi türdeki uyuşmazlıkların* tahkim yoluyla çözümünün mümkün olduğuna ilişkin olup *objektif tahkime elverişlilik* alt başlığı altında değerlendirilmektedir.²¹⁵

1958 New York Sözleşmesi'nin II, 1. maddesi, taraflar arasındaki tahkim anlaşması nedeniyle ülke mahkemelerinin uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapamamasını, aynı uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmasına *da* bağlamıştır. Taraf iradesi, tahkime elverişlilik yoluyla sınırlandırılmakta ve kamu düzeni sıklıkla bu sınırın somut görünümü ve gerekçesi olmaktadır.²¹⁶

Tahkime elverişlilikle ilgili olarak sırasıyla çözüm bekleyen sorular şunlardır: Taraflar arasındaki böyle bir çekişme, *a.* nerede, *b.* ne zaman gündeme gelir?²¹⁷ *c.* Sorunun çözümünde uygulanacak hukuk neye göre belirlenir? *d.* Bu son hâlde, mahkemelerle hakemler arasında bir

²¹⁴ Böckstiegel, *Public Policy*, s. 181, 182.

²¹⁵ Böyle bir ayırım, daha ziyade, Fransız hukuku kökenlidir (Carbonneau/Janson, s. 210). Ayrıca bkz. Fouchard/Goldman/Gaillard, s. 312, 313; Kirry A., *Arbitrability: Current Trends in Europe*, 12 (4) *Arb Int*, 1996, s. 373; Hanotiau B., *Objective Arbitrability, Its Limits, Its Problem Areas, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes*, ASA Special Series No. 6, 1994, s. 27; Lew /Mistelis/Kröll, s. 187, 188; Walter G/Bosch W/Brönnimann J., *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991, s. 54.

²¹⁶ Böckstiegel, *Public Policy*, s. 178; Fortier, s. 270, 271.

²¹⁷ *Kompetenz-Kompetenz* tahkimle ilgili diğer pek çok sorun için geçerli olduğu gibi tahkime elverişlilik hakkında da kendisine uygulama alanı bulmaktadır. Kabul edilen *competez-competenz* anlayışı, ne içerikte olursa olsun hakemlerin de bu konuda söz hakkı sahibi oldukları bir gerçektir. Devlet mahkemelerine nazaran hakemlerin bir önceliğinin olup olmadığı, *lex loci arbitri* tarafından kabul gören *competenz-competenz* anlayışına bağlıdır (NCPC Art. 1458/I, II). Ne var ki, yargı yetkisi konusunda (ki tahkime elverişliliğin de hakemlerin yargı yetkisini doğrudan ve olumsuz yönde etkilediğinde bir tereddüt yoktur) son sözün de yine hakemlerde olması, 1998 Reformu öncesi Alman hukuku ve Amerikan hukukunda sınırlı bir etki yaratan *First Options v. Kaplan* (514 US 938, 1995) kararı bir yana bırakılacak olursa kabul görmüş bir olgu değildir. Tam aksine, bu konudaki imtiyazın devlet yargısı dışında icrasına izin verilmemesi gerektiği, kabul edilir (Model Kanun m. 16/III) (Lew/Mistelis/Kröll, s. 339; Walter/Bosch/Brönnimann, s. 93).

fark var mıdır? e. Mahkemeler için dahi tahkime elverişlilik hakkında farklı zamanlarda farklı hukukların uygulanması mümkün müdür?²¹⁸

Tahkime elverişlilik konusunda var olan sınırlamaların önemli bir kısmının, kamu düzeniyle alakalı olduğu düşünülse de; çok az düzenlemede, *doğrudan* kamu düzenine göndermede bulunulmuştur (CC Art. 2060; *karş.* PIL Art. 177/I; ZPO §1030/I, II; ÖZPO Art. 582/I, II; Hollanda CCP Art. 1020/III). Oysa kamu düzeni gibi oldukça muğlak bir kavramın böyle bir konuda gerekli açıklığı sağlayamadığına inanılır.²¹⁹ Kimi uyuşmazlıkların hiçbir şekilde tahkime elverişli olmadığı düşünülürken; emredici hukuk normlarıyla düzenlenmiş her mesele- nin de, tahkime elverişli olmaktan çıkması, beklenmemelidir.²²⁰ Zira bu görüş doğrultusunda, tahkime elverişlilik sorunu, emredici hukuk normlarından yahut bir meselenin salt kamu düzeniyle alakalı olmasından değil; *söz konusu kamu düzeninin doğrudan ve açıkça ihlal edilmiş olmasından* kaynaklanmaktadır.²²¹ Ancak bu dahi son derece tartışmalı bir kıstastır. Zira gerek tahkim yeri gerekse tenfiz yeri mahkemelerinin söz konusu hakem kararını her halükârda denetleyebilecek olmasının

²¹⁸ Ayrıntısı için bkz. Fortier, s. 271 vd. Ayrıca bkz. Hof van Cassatie (Belgium), 15.10.2004, XXXI YBCA 2006, s. 587-594.

²¹⁹ Kirry, s. 374. Ayrıca bkz. Böckstiegel, *Public Policy*, s. 183-184, 194; Samuel, s. 133. Tahkime elverişlilik alanında, kamu düzeninin klasik “*negative*” yönünden ziyade, “*positive*” yönü, yani yabancı unsurlu mesele de olsa “*immediate application*” derhâl uygulanması gereken yönü, karşımıza çıkmaktadır (Lalive P. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, 1987, s. 261-264). Ayrıca bkz. Kocasakal Ö H., *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerinde Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 19-24, 179.

²²⁰ Park, *Public Interest*, s. 634; Carbonneau, s. 160-162; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 332; Delvolvé L. J/Rouche J/Pointon H. G., *French Arbitration Law and Practice*, 2003, s. 44. Ayrıca bkz. Mourre A., *Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator*, 22 (1) Arb Int 2006, s. 100. *Karş.* Alangoya, s. 95, 96, dn. 214.

²²¹ Abdulla Z., *The Arbitration Agreement, Chapter 2, International Arbitration in Switzerland*, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004, s. 22; Fouchard/Gaillard /Goldman, s. 334; Delvolvé/Rouche/Pointon, s. 50; Kirry, s. 375. Devletin ekonomik yaşamdaki etkin rolü, bugün pek çok meseleyi kamu düzeniyle sosyal yaşamla toplumun bizzat kendisiyle ilgili hâle getirmektedir. İçtihatlarda da artık ağırlık ve önem, Fransız Medeni Kanunu’nun 2060. maddesinden, 2059. maddesine kaymıştır. Örneğin, *emredici normlarla düzenlenmesinde toplumun genel menfaati bulunduğuna inanılan bir mesele, artık, her hâlükârda, tahkime elverişli olmaktan da çıkmamaktadır* (Carbonneau /Janson, s. 213-214).

(*second-look doctrine*²²²) verdiği rahatlık, öğretide ifade edildiği şekliyle bir başka ölçütün doğmasına neden olmuştur. Bu kıstas, özellikle milletlerarası tahkim uygulamasında, hakemlerce büyük bir ilgi görmüş ve hakemlerin kamu düzeniyle alâkalı da olsa kimi uyuşmazlıkları neden çözemeyecekleri konusundaki güven sorununun tartışılmasını sağlamıştır.²²³

Genel olarak kamu düzenine bağlanan iki etkiden söz edilir. Bunlardan ilki, *kamu düzeninin koruyucu etkisidir (ordre public de protection)* ve daha ziyade, hukuki ilişkinin *sadece* tarafları için geçerlidir. Bunun yanında, kamu düzeninin *ordre public de direction* etkisi de vardır ki, burada temel kaygı, salt hukuki ilişkinin tarafları olmayıp ilişkiye yabancı ve fakat sonuçlarından etkilenmesi muhtemel üçüncü kişilerin de haklarının korunabilmesi; temel borç ilişkisinin tarafları dışındakilerin de içinde bulunduğu hukukî yapının düzenlenebilmesidir.²²⁴ Bu son hâlde, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının tarafı da olmadığı dikkate alındığında, onların ihlale açık hak ve çıkarlarının, *kamu düzeni adı altından korunacağı bir gerçek olmakla birlikte*, özellikle milletlerarası meselelerde, *ancak kimin tarafından korunabileceği*, sorunun özünü teşkil etmektedir. Artık egemen kılınmaya çalışılan anlayış, kanunun çoğu kez kamu menfaatlerini yansıtan hükümlerinin, pekâlâ hakemlerce de gözetilebileceği, uygulanabileceği şeklindedir.²²⁵

Tahkime elverişlilik, hukukun iradeye getirmiş olduğu sınırlardan biri olmakla birlikte böyle bir sınırlamanın ne gerekçeyle ve hangi ölçütler dikkate alınarak öngörüldüğü, özellikle millî hukuklar bağlamındaki farklılaşmanın özünde yatan konudur. Örneğin millette-

²²² *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S 614, 638 (1985).

²²³ Ayrıca bkz. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 336, 337.

²²⁴ Delvolvé/Rouche/Pointon, s. 39, 45.

²²⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 336; Carbonneau/Janson, s. 217; Kirry, s. 375; Park, *Public Interest*, s. 640-642. Benetton kararında, (ECJ, Case 126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, XXIV YBCA 1999, s. 637), çok açık bir biçimde, hakemlerce, *ex officio* Avrupa Birliği kamu düzeninin bir parçası olarak görülen, rekabetin korunmasıyla ilgili EC Treaty Art. 81 vd. hükümlerinin uygulanmasının gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca bkz. Riegler/Petsche /Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher, s. 116 vd; Alangoya, s. 172; Alangoya/Yıldırım /Yıldırım, s. 609. "...İş Kanunu'nun iş sözleşmesinin ihbar önellerine ait ücretin peşin ödenerek sona erdirilmesi ve sonuçlarına ilişkin yasal esaslar açısından kamu düzenine aykırı düştüğünden, kararın sadece bu kısmının bozulması gerekir..." 15 HD. 19.11.1979, 10099/13883 (Kostakoğlu C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 256).

rarası alanda, tahkime elverişlilik meselesiyle ilgili olarak yaygınlık kazanmaya başlayan bir diğer kıstasa göre, mahkemelerin taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili münhasır yargı yetkilerinin düzenlendiği durumlarda (*kesin yetkisinin değil*) anılan meselenin tahkime elverişli olmadığı kabul edilir.²²⁶ *Üçüncü kişilerin ve özellikle kamunun, genel ve haklı menfaatlerini yakından etkileyen, alakadar eden öyle konular vardır ki, devlet, söz konusu meseleleri, sadece düzenlemekle kalmaz; ama aynı zamanda münhasıran kendisince, mahkemelerince görülmesini, çözümlenmesini ister; bunu da ayrıca düzenler. Tahkime elverişli olmayan konular, ancak ve sadece bu kapsamda olanlardır.*²²⁷ Zira ülkelerin kendi iç mevzuatlarında, kimi zaman, bazı meselelerin kesin yetki kurallarıyla veya özel görevli mahkemelerce çözümleneceği düzenlenebilmektedir. Tartışma, büyük ölçüde, böyle bir düzenleme ile tahkimin de devre dışı bırakılıp bırakılmadığının tespitinde yaşanmaktadır. Genel kabul, bu son hâldeki düzenlemelerin öncelikle ve yalnızca devletin kendi mahkemeler teşkilatı için geçerli olduğu ve onu bağladığı; *ayrıca ve açıkça, bir yargı tekelinin yaratılmak istendiği anlaşılmadığı* sürece, tahkime elverişliliği mâni olmadığı yönündedir.²²⁸

Bugün artık, özellikle Mayıs 2004'ten sonra, 1/2003 Regulation'u gereği (Art. 6),²²⁹ mahkemeler yanında, *hakemlerin de* EC Treaty Art. 81/III gereği, bireysel muafiyet tanımlarının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Anılan Regulation'un 6. maddesi mahkemelerden bahsetmekle birlikte, hakemler hakkında bir açıklık getirmiş değildir. Tartışmalı olmakla birlikte, bir görüşe göre, daha önce *Komisyon* tekelinde olan böyle bir insiyatifin, artık mahkemelere *de* tanındığı gerçeği dikkate alınarak lâfzen var olan eksikliğe karşın, hakemlerin de anılan türde bir sonuca varabilmeleri mümkündür.²³⁰

²²⁶ Böckstiegel, *Public Policy*, s. 193.

²²⁷ Park, *Public Interest*, s. 640; Böckstiegel, *Public Policy*, s. 193; Nakamura T., *Arbitrability and The Lex Arbitri*, 17(3) Mealey's IAR, 2002, s. 33; Abdulla, s. 23. Ayrıca bkz. Berger, s. 191.

²²⁸ Berger, s. 192; Schütze A. R., *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 1999, s. 49.

²²⁹ Council Regulation EC No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ 2003 L1/1, Art. 6

²³⁰ van Houtte H., *Arbitration and Arts 81 and 82 EC Treaty- A State of Affairs*, 23(3) ASA Bulletin 2005, s. 435, 436; Lew, *Arbitration*, s. 193. Ayrıca bkz. Lew J. D.M., *Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction*, *Contemporary problems in international arbitration*, ed Julian D. M. Lew,

Avrupa Birliği rekabet hukukuyla ilgili özellikle vurgulanması gereken bir diğer mesele de söz konusu kuralların hakemlerce kendiliğinden uygulanmasının gerekip gerekmediğidir. Eğilim, hakemlerce söz konusu kuralların *kendiliğinden* dikkate alınmasının gerektiği yönündedir. Bu, aslında anılan kuralların (üçüncü kişilerin de menfaatlerini yakından ilgilendirir biçimde) kamu düzenine ait olmalarının tabii bir sonucudur.²³¹ Gerçi, özellikle tahkim yeri Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden birinde olan tahkim yargılamaları sonucunda verilen hakem kararlarının mahkemelerce denetimi sırasında, söz konusu ülke mahkemeleri *de zaten aynı içerikte* bir denetimi gerçekleştirecektir.²³² Lâkin bu yorumun ve mahkemelerce yapılacak denetimin, asla kamu düzeninin korunması adına, uyuşmazlığın bir kez daha ve bu sefer mahkemeler önünde görülmesi anlamına gelmemesi gerektiği, öğretilerde savunulmuştur. Kamu düzenine aykırılık, "*flagrante, effective et concrète*" olmak zorundadır. Taraflarca iddia ve talep edilmeyen; hakemlerce *resen* de olsa farkına varılmayan, ancak Avrupa Birliği rekabet hukukunu (kamu düzenini) yakından ilgilendiren bir meselenin, hakem kararının iptalinin istendiği bir aşamada, hakemlerin *ex officio* ödevlerini ihlal ettiği gerekçesiyle ileri sürülmesi olası değildir. Ancak açık, bariz, sonuca etkili ve somut kamu düzeni ihlalleri, mahkemelerce bir

1986, s. 81; Hanotiau, *Arbitrability*, s. 41.

²³¹ Raeschke-Kessler H. Some Developments on Arbitrability and Related Issues, International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series No. 10, 2001, s. 51. Karş. van Houtte, s. 440; Blanke G., Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law, *A Réplique to Denis Bensuade's "Thalès Air Defence Bv v. GIE Euromissile"* 23 (3) Arb Int 2006, s. 252; Abdulla, s. 23. *Eco Swiss* kararının değinilmesi gereken bir başka özelliği daha bulunmaktadır (ECJ, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, XXIVa YBCA 1999, s. 629, 630). Davada, Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin ve dolayısıyla ECJ'nin çözmekle yükümlü olduğu bir *usulî* mesele daha vardır. Hakemlerce verilen ve aslında EC Treaty Art. 81'nin gözetilmesini gerekli kılan bir *kısmi karar* (MTK m. 14/A/II), tarafa iptali istenmediğinden kesinleşmiş (Hollanda CCP Art. 1064/III); ancak nihai hakem kararının iptali esnasında, hükmün anılan düzenlemeye ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olduğu savunulmuştur. Şu hâlde, artık cevap bekleyen soru, tahkim yargılaması içinde, kesin hüküm etkisini haiz kısmi hakem kararıyla çözülmüş bir meselenin nihai hakem kararının iptali istendiğinde, *kamu düzeni gerekçesiyle de olsa* aşılması, yok sayılması yahut görmezden gelinmesi mümkün müdür? ECJ, bununla da ilgili olarak, her ne kadar anılan düzenlemelerde kamu düzeni karakteri görmüşse de kesin hükmün aşılmasına olanak tanımamış; buna cevaz vermemiştir (Lew/Mistelis/Kröll, s. 483 vd; Senkovic P/Lastenouse P., *Eco Swiss China Time Ltd. And Benetton International NV Judgement: Why Arbitrators Should Not Ignore European Competition Law*, 14(9) Mealey's 1999, s. 49).

²³² van Houtte, s. 447, 447. Ayrıca bkz. ICC Case no. 5480, 2 ICC Bulletin 1993, s. 72.

denetime tabi tutulur. Bu dahi uyuşmazlığın esasının bir kez de mahkemelerce görülmesi anlamına gelemez. Mevcut vakıa, iddia, talep ve savunmalarla yetinilmelidir.²³³

Tahkime elverişlilikle ilgili olarak kamu düzenini hiçe sayan, görmezden gelen bir hakem kararının özellikle söz konusu *hakem kararının icrası yahut tanınması/tenfizi* aşamasında, denetlenmesi gerekir ve yetisir. Zaten *second-look* öğretisi ile hedeflenen de budur.²³⁴

E. Tahkim Yeri Mahkemelerince İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi Sorunu

Tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmiş hakem kararlarının başka ülkelerde tenfiz edilip edilemeyeceği sorunu, konuyla ilgili, istisnai nitelikteki düzenlemeler ve uygulamalar bir yana bırakıldığında, güncelliğini hâla muhafaza etmektedir.²³⁵ Tartışmaların özünde,

²³³ Blanke, s. 252-257. Kamu düzeni denetimlerinin hiçbir şekilde, iptal davalarında, uyuşmazlığın esasının bir kez daha görülmesi anlamına gelmediği; Federal Mahkeme'nin, EU yahut başka millî rekabet hukuku kurallarının bekçisi olmadığı; *kaldı ki*, mahkemenin iptal davalarına ilişkin yargı yetkisinin taraflarca bertaraf edilebileceği dikkate alındığında, kamu düzenine yönelik tartışmaların önce hakemlerin, sonra da tenfiz yeri hukuklarının meselesi olduğu, başta EU olmak üzere hiçbir millî rekabet hukuku normunun PIL Art. 190/II, e anlamında İsviçre (milletlerarası) kamu düzeninin bir unsuru olmadığına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ASA Bulletin 2/2006, s. 363; Scherer M., Introduction to the Case Law Section, 24 (2) ASA Bulletin 2006, s. 270, 271.

²³⁴ İlk aşama, *tahkim anlaşmasının geçerliliğinin denetlenmesidir* ki, bu dönemde, tahkime elverişlilik yönünden tahkim anlaşmasını daha baştan geçersiz saymak, milletlerarası ticaretin gereklerinin ve ihtiyaçlarının hiçe sayılması anlamına gelir. Nasıl olsa, kamu düzeni ihlal edilen ülkenin söz konusu hakem kararının icrası yahut tanınması/tenfizi aşamasında, denetim ve gözetim yetkisi olacaktır. Kaldı ki, hakemlerin de, emredici normlarla desteklenmiş ve kamu düzeninden sayılan meselelerde, *her hâlde*, kamu düzeniyle çelişen kararlar vereceklerini öngörmek yahut kabul etmek mümkün olmasa gerek (Park, *Public Interest*, s. 641 vd). Ayrıca bkz. Blessing M., Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, ASA Special Series No. 6, 1994, s. 19. Ne var ki, sözü edilen denetimin gerçekleşebilmesi de ancak hakem kararlarının gerekçeli olması şartıyla mümkündür (von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 623, 628).

²³⁵ Sampliner G. H., Enforcement of Foreign Arbitral Awards After Annulment In Their Country of Origin, 11(9) Mealey's IAR 1996, s. 22 vd; van den Berg A.J., Enforcement of Annulled Awards?, 9(2) ICC Bulletin 1998, s. 15 vd.; Petrochilos, s. 300 vd; Ayrıca bkz. Akıncı, s. 148 vd.

çoğu kez iki popüler karar bulunmaktadır: *Hilmarton*²³⁶ ve *Chromalloy*²³⁷ davaları.²³⁸ Sorun, tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmekle birlikte geriye hâlâ tenfizî mümkün, hukuken geçerli bir hakem kararının kalıp kalmadığıdır (karş. ZPO §1061/III).²³⁹ Tahkimin milletlerarası niteliğini ön plana çıkan görüş yönünden, iptal kararı, sadece tahkim yeri ülkesi için geçerli olup bu hâlde milletlerarası nitelikteki hakem kararının tenfiz yeri hukukları için de geçersiz, manasız, işlevsiz kalacağı sonucuna varılamaz.²⁴⁰

Hilmarton davasında, İsviçre Federal Mahkemesi'nce iptal edilen hakem kararının Fransa'da tenfizî istendiğinde, *Cour de cassation*, "... son olarak, İsviçre'de verilen hakem kararı, bir milletlerarası hakem kararı olup o ülkenin hukukunun ve yargı sisteminin bir parçası değildir. Bu hâlde, hakem kararı, iptal edilse dahi hukuki varlığını sürdürmektedir ki, bu durum, Fransız milletlerarası kamu düzeniyle de çatışmamaktadır..." sonucuna varmıştır.²⁴¹ Mahkeme kararlarının aksine, hakem kararlarının belli bir hukuk düzeniyle ilişkilendirilmesi, ancak bu ilişkilendirmeyi yapan hukuk için geçerli

²³⁶ ICC Award No. 5622, XIX YBCA 1994, s. 105.

²³⁷ Karar için bkz. 11 Mealey's IAR. 1996, s. C-1, C-4.

²³⁸ Son olarak *Cour d'Appel*, Paris, *Department of Civil Aviation of the Government of Dubai v. International Bechtel Co.* kararı ve değerlendirmesi için bkz. XXXI YBCA 2006, s. 629 vd; Lew, *Arbitration*, s. 198. Söz konusu hakem kararı, Amerikan hukukunda da aynı sonuçları doğuramamıştır (300 F. Supp 2d 102 (2004)). Ayrıca bkz. *Legal Department of the Ministry of Justice of the Republic of Iraq v. Fincantieri-Cantieri Navali Italiani, Oto Melara SpA, Armamenti e Aerospazio*, XXXI YBCA 2006, s. 635 vd. Çok daha önceki dönemlere ait bir karar için bkz. *Pabalk Ticaret Şirketi Limited v. Norsolor S.A.*, XI YBCA 1986, s. 484 vd, Akıncı, s. 155, 156.

²³⁹ Karrer A. P., *Judicial Review of International Arbitral Awards up to a point Local and Transnational standards*, FS für Rolf A. Schütze, München, 1999, s. 339, 340. Ayrıca bkz. Zöller/Geimer, §1061, Rn. 59; Albers, §1061, Rn. 5. Tahkim yeri (Rusya) mahkemelerince iptal edilen hakem kararının tenfizî talebini reddeden Alman mahkemesi kararı için bkz. OLG Rostock, BB 55 (Special Supp. 8, 200), s. 20 vd; XXV YBCA 2000, s. 717 vd. Ayrıca bkz. Hulbert W. R., *Further Observations on Chromalloy: A Contract Misconstrued, a Law Misapplied, and an Opportunity Foregone*, 13(1) ICSID Rev-FILJ 1998, s. 125 vd.; Weinacht F., *Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany*, 19(4) J. Int'l Arb 2002, s. 313 vd.

²⁴⁰ Goode, s. 27; Karrer, s. 342. Ayrıca bkz. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 913-916; Akıncı, s. 15-153. Karş. Sandrock O., *To Continue Nationalizing or To De-nationalize? That is now the Question in International Arbitration?*, 12 Am Rev. Int Arb 2001, s. 324 vd.

²⁴¹ Sorulması gereken, Fransız mahkemelerinin, *hangi yetkiyle* neyin İsviçre hukukunun yahut yargı düzeninin bir parçası olup olmadığına karar verebildiğidir (Goode, s. 27). Ayrıca bkz. Schwartz E. A., *A Comment on Chromalloy, Hilmarton, à l'américaine*, 14 (2) J. Int'l Arb 1997, s. 126 vd.

ve bağlayıcıdır; Fransız hukuku için tüm hakem kararları, eşit düzeyde geçerli olup varlık ve geçerlilikleri, sadece, Fransız hukukuna ve onun da kabul ettiği anlayışa göre, milletlerarası değerlere uygun olarak belirlenecektir.²⁴²

Cour d'appel Paris, Hilmarton içtihadını izlemiş, 1997 yılında, bu sefer *Chromalloy* davasında, "...Mısır'da verilen hakem kararı, bir milletlerarası hakem kararı olduğundan, tanımı gereği, sözü edilen devletin yargı düzeninin bir parçası değildir; öylese hükmün iptali, aynı hükmün varlığı üzerinde etkin ve belirleyici olmayıp Fransa'da tenfizi de milletlerarası kamu düzeniyle çelişmemektedir..." sonucuna ulaşmıştır.²⁴³ Söz konusu hakem kararı, Mısır'da iptal edilmiş olmasına rağmen Fransa yanında, Amerika'da da tenfiz edilebilmiştir.²⁴⁴ Bu durum, Fransız hukukunun aksine, Amerikan hukuku için henüz istikrar kazanmamıştır. Zira *Chromalloy* kararının hemen ertesinde, *Baker Marine*²⁴⁵ ve *Spier*²⁴⁶ davalarında, *Chromalloy* kararında savunulan görüşler bazı şartlara tabi tutularak Nijerya ve İtalyan mahkemelerince iptal edilen hakem kararlarının tenfizine olanak tanınmamıştır.²⁴⁷

Yeri gelmişken, özellikle de aşağıda aktarılacak görüşlere esas olmak üzere şu açıklamanın yapılmasında yarar vardır: Kahire İstinaf Mahkemesi, söz konusu hakem kararını, Mısır Tahkim Kanunu'nun 53/I, d maddesine dayanarak iptal etmiştir. Düzenleme, bir iptal nedeni olarak hakem heyetinin taraflarca kararlaştırılan (maddi) hukuku, uyuşmazlığın esasına uygulamaması; bu konuda hataya düşmesi hakkındadır. Somut olayda, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye *Mısır*

²⁴² Eleştirisi için bkz. Sandrock, s. 326. Ayrıca bkz. Craig, s. 32; Gaillard E., Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 505 vd. Ayrıca bkz. Akıncı, s. 148-160.

²⁴³ *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, XXII YBCA 1997, s. 1001. Ayrıca bkz. Hulbert, s. 131-134; Rivkin W. D., The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 528 vd; Lew, *Arbitration*, s. 198, 199.

²⁴⁴ 939 F. Supp 907 vd (D.D. C 1996), 11 Mealey's IAR 1996, s. 4; Sampliner, s. 25 vd. Ayrıca bkz. Carboneau E. T., Debating the Proper Role of National Law under the New York Arbitration Convention, 6 Tul. J. Int'l & Comp. L 1998, s. 279.

²⁴⁵ *Baker Marine Ltd v. Chevron Ltd*. 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999), 14 Mealey's IAR, 1999, s. 3.

²⁴⁶ *Spier v. Calzaturificio Tecnica S.p. A*, 14 Mealey's IAR 1999, s. 12.

²⁴⁷ King B., Enforcing Annulled Awards, U.S Courts Chart Their Own Course, 15 (1) Mealey's IAR 2000, s. 17 vd. Ayrıca bkz. Hulbert, s. 126, 127.

hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmış olmakla birlikte davaya konu sözleşmenin mahkemece idare hukukuna tabi bir imtiyaz sözleşmesi olarak görülmesi nedeniyle söz konusu hukuk seçiminin hakemlerce Mısır özel hukuku olarak değil; Mısır idare hukuku olarak yorumlanması ve idare hukukuna ait prensip, ilke ve mevzuatın uygulanması gerekirken sadece Mısır özel hukukuyla yetinilmesi, bu madde kapsamında değerlendirilmiştir.²⁴⁸

İçtihatlarda, sözü edilen hakem kararlarının tahkim yeri millî hukuklarından koparılması; onlarla hiçbir bağlantılarının olmadığı tespit edilmesi, bir hayli ilgi çekici ve o kadar da tartışmalıdır.²⁴⁹ Hiç şüphesiz ki, bu anlayış, *tıpkı, iptal kararının ardından ilgili hakem kararının tahkim yeri ülkesi ve hukuku için artık bir anlam ifade etmemesi gibi*, sadece Fransız hukuku için geçerlidir ve bağlayıcıdır. Aslında, yaratılan, *multi-localization* anlayışından başka bir şey değildir.²⁵⁰ Tahkim yerinin, hükmün tahkim yerinde de infaz edilecek olması ihtimali dışında, pratik ve hukuki, hiçbir anlamı ve değeri yoktur. Ancak bu noktada, hükmün geçersizliğini, bir tek tahkim yeri hukukunda ileri sürmekle tenfiz aşamasında da önemli kazanımlar elde edecek olan tarafın, artık bundan sonra, her bir tenfiz yerinde ayrı ayrı, hükmün geçersizliğini savunmak durumunda kalacak olması da gözden uzak tutulmamalıdır (*karş.* New York Sözleşmesi m. V, 1, e; özellikle bkz. ZPO §1061/III; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX; ZPO §1061/III).²⁵¹

Meselenin öncelikle 1958 New York Sözleşmesi'nin V, 1 maddesinin lafzen yorumlanması yoluyla çözümlenmeye çalışıldığı bir gerçektir. Öyle ki hüküm, "Recognition and enforcement of the award *may* be refused... *only if*..." şeklinde ve ilk bakışta, tenfiz yeri mahkemelerine, öngörülen sınırlı sayıdaki tenfiz engeli gerçekleşmiş olsa dahi söz konusu yabancı hakem kararının tenfizine müsaade edilebileceği yönünde, bir takdir hakkı tanımaktadır.²⁵² Bu, sözleşmenin İngilizce metninin bir sonucudur. Oysa aynı hükmün özellikle Fransızca metninin mahke-

²⁴⁸ Ayrıntısı için bkz. Hulbert, s. 126; Sampliner, s. 26, 27; Paulsson, *Annulment*, s. 15, 16; van den Berg, s. 17-19.

²⁴⁹ Goode, s. 28; Karrer, s. 344.

²⁵⁰ Ayrıca bkz. Mayer, s. 46.

²⁵¹ Sandrock, s. 328, 329; Park, s. 234.

²⁵² Paulsson, *Annulment*, s. 14, 15. Ayrıca bkz. Patocchi P. M., *The 1958 New York Convention, The Swiss Practice, The New York Convention of 1958, Asa Special Series No. 9, 1996*, s. 165.

melere bu yönde hiçbir takdir hakkı tanımadığı bilinmektedir.²⁵³ Her iki dilin de sözleşmenin yorumunda esas alınması mümkün resmi dili olduğu dikkate alındığında (1958 New York Sözleşmesi m. XVI, 1), konunun sadece “...may...” şeklindeki bir kullanım tarzıyla açıklanmaya çalışılması eksik kalacaktır.²⁵⁴

Hakem kararlarının iptaline ilişkin tahkim yeri mahkemelerine ait yetkinin kullanımı sırasında, milletlerarası tahkim uygulamasının genel ve ortak değerleriyle örtüşmeyen kimi sonuçlar ortaya çıkabilir ve bunun tenfiz yeri hukuklarını *da* etkileyerek bağlaması, düşünülebilir. Acaba, 1958 New York Sözleşmesi, böyle *extra-territorial* bir sonuca mı hizmet etmektedir?²⁵⁵ Meselenin özü, budur.²⁵⁶ Bu noktada, şöyle bir sorunun da sorulması mümkündür: Acaba tahkim yeri mahkemeleri, hakem kararlarının iptali yönünden bir denetim gerçekleştirmek zorunda mıdır? Tarafların böyle bir hukuki çareden feragat etmeleri mümkün ve caiz midir (örneğin bkz. PIL Art. 192/I, Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1717; MTK m. 15/A/V)?²⁵⁷ Hiç şüphesiz ki, özellikle Fransız uygulamasında genellikle kabul edildiği ve yorumlandığı şekliyle aynı sözleşmenin VII. maddesi, sözleşmeden daha ileride ve tenfiz isteyeninin lehine hükümler içeren örneğin iç hukuk hükümlerinin tenfiz yargılamasında uygulanmasını mümkün kılmaktadır.²⁵⁸ Ancak sorun, böyle bir iç hukuk hükmünün *de* olmadığı hâlde ve özellikle sözleşmenin V, 1, e. maddesiyle geneli dikkate alındığında, tahkim yeri mahkemeleriyle tenfiz yeri hukuku arasında, zorunlu bir bağ kurulup kurulmadığıdır.²⁵⁹

Öğretide, yerel iptal nedenleri (Local Standard Annulments) şeklinde ifade edilen gerekçelerle hakem kararının iptal edilmesi durumunda dahi geçerli ve hâlâ hukuken ayakta olan bir hakem kararının varlığı esas alınarak böyle bir hakem kararının tenfizi mümkün görülmektedir.²⁶⁰ Bu sonuç, *hem* tahkimin hukuki niteliğiyle pekiştirilmektedir *hem de* aksi fikrin 1958 New York Sözleşmesi’nin amacı ve

²⁵³ Hulbert, s. 143, 144; Paulsson, *Annulment*, s. 15; Patocchi, s. 166; Gaillard, s. 517, 518. Karş. Petrochilos, s. 301.

²⁵⁴ Petrochilos, s. 301-303. Ayrıca bkz. Paulsson, *Annulment*, s. 15.

²⁵⁵ Bu soruya verilen olumlu yanıt için bkz. Asouzu, s. 94.

²⁵⁶ Carbonneau, *National Law*, s. 286.

²⁵⁷ Ayrıntısı için bkz. Asouzu, s. 84, 85.

²⁵⁸ van den Berg, s. 16, 17; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 978, 979.

²⁵⁹ Gaillard, s. 518, 522. Ayrıca bkz. Hulbert, s. 142; Schwartz, s. 133.

²⁶⁰ Paulsson, *Annulment*, s. 17 vd.

felsefesiyle örtüşmediği iddia edilmektedir: sözleşme, 1923 Cenevre Protokolü'nün ve 1927 Cenevre Konvansiyonu'nun yerine; onların getirdiği ilke ve prensiplerden farklı olarak, o dönemin hâkim anlayışını ortadan kaldırmak amacıyla hazırlanmıştır. Kısaca 1958 New York Sözleşmesi'nin III ve IV. maddeleri bakımından hakem kararlarının “binding” (*Verbindlichkeit*) etkisini haiz olması yeterlidir; “final” de olmaları aranmaz;²⁶¹ dahası hakem heyetinin nasıl teşekkül edeceği başta olmak üzere tahkim usulünün taraflarca serbestçe kararlaştırılması mümkündür; *ancak bu yapılmamışsa* tahkim yeri hukukuyla uyum içinde olunmalıdır (1958 New York Sözleşmesi m. V, 1, d).²⁶² İddia edildiği şekliyle tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen hakem kararının hiçbir yerde ve hiçbir şekilde en azından sözleşme bağlamında, tenfiz edilemeyeceğini kabul etmek, bütün bu kazanımların inkârı anlamındadır (karş. 1958 New York Sözleşmesi m. VI).²⁶³

Türkiye'nin de taraf olduğu 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin IX, 1. maddesi, tenfiz yeri ülkesini de bağlayacak iptal nedenlerini sınır-

²⁶¹ Söz konusu terimlerin ayrıntısı için bkz. van den Berg A. J, The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Arbitration, 1981, s. 337 vd; Patocchi, s. 183, 184; Akıncı, 138 vd.

²⁶² van den Berg, *Convention*, s. 325, 326. Karş. Asouzu, s. 82, 83; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 991.

²⁶³ Paulsson, *Annulment*, s. 18, 19. Ayrıca bkz. Carbonneau, *National Law*, s. 281; Fouchard /Gaillard/Goldman, s. 972, 973. Karş. van den Berg, s. 20; van den Berg, *Convention*, s. 355, 356. Tahkim yeri hukuklarının tahkim yargılamaları üzerinde ve örneğin hakem heyetinin oluşumuyla ilgili etkin, baskın kimi düzenlemeler içermesi mümkündür. Buna benzer bir başka düzenleme örneği, 1966 AA § 17'dir (XI YBCA 1986, s. 527; IX YBCA 1984, s. 462). Bütün bu hükümlerin tahkim yeri hukukunun emredici normlarından sayılması hâlinde yahut aksi kararlaştırılabilmekle birlikte, somut olayda taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa söz konusu hükümlerin uygulanması durumunda, artık taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı davranıldığından bahsetmek mümkün değildir (Samuel, s. 113-116; İsviçre Federal Mahkemesi, *Joseph Muller v. Sigval Bergesen*, IX YBCA 1984, s. 437-440). Bir başka açıdan, tahkim yeri hukukunun normları, artık taraflar arasındaki anlaşmanın bir parçasıdır. Aksi yöndeki bir anlaşmanın mümkün olup olmaması, sadece anılan normun emredici nitelikte olup olmamasıyla ilgilidir. 1958 New York Sözleşmesi'nin V, 1, d maddesi de bu yönde yorumlanmalıdır. Anılan hüküm, tarafların ortak iradesine, tahkim yeri hukuku üzerinde, mutlak bir hükümranlık tanımamaktadır. Zaten, aksi de aynı sözleşmenin V, 1, e maddesinde düzenlenmiştir. (Luzzatto, s. 58). Aynı yönde bkz. Varady T., Arbitration Despite The Parties, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, ed. Sumampouw M/Barnhoorn L.A.N.M/Freedberg-Schwartzbur J. AG/Tromm J.J.M/Wade J.A, 1992, s. 365, 367; Mann F. A., Zur Nationalität des Schiedsspruchs, FS für Walter Oppenhoff, München, 1985, s. 223.

layarak bu noktada, 1958 New York Sözleşmesi'ni desteklemekte ve sözü edilen görüşlere normatif bir temel kazandırmaktadır.²⁶⁴ Gerçi, aynı normatif temeli yine 1958 New York Sözleşmesi'nin VII. maddesinde bulmak da mümkündür.²⁶⁵ Yukarıda değinilen her iki kararda da gerek Fransız gerekse Amerikan mahkemelerince sözleşmenin VII. maddesine sığınılmıştır.²⁶⁶ NCPC Art. 1502 yönünden hakem kararının tahkim yeri mahkemesince iptal edilmiş olması, bir tenfiz engeli olarak düzenlenmemiştir.²⁶⁷

Konu, karmaşıktır. Aksi yönde düşünceler de mevcuttur.²⁶⁸ Hatta öğretime, aktarıldığı şekliyle tahkim yeri mahkemesince iptal edilmiş de olsa tarafların hakem kararının tenfizi konusundaki *şanslarını* bir kez de Fransa'da denemelerinin mümkün olduğu belirtilmektedir.²⁶⁹ Buna karşın, meselenin dikkate değer bir diğer güçlüğü, ülke mahkemesinin ilgili hakem kararını iptal etmiş olduğu gerçeğidir. Söz konusu mahkeme kararına rağmen diğer bir ülke mahkemesinin anılan hakem kararını tenfiz etmesi, tahkim yeri mahkemelerince verilen kararın hiçe sayılması anlamına gelmektedir.²⁷⁰ Gerçi hemen belirtelim, *Chromalloy* olayında, Amerikan mahkemesi, hakem kararını iptal eden Kahire İstinaf Mahkemesi'nin kararının tanınması yönündeki isteği, kamu düzenine aykırı bularak reddetmiş; ağırlığın, önceliğin ve önemin hakem kararının tenfizinde olduğunu içtihat etmiştir.²⁷¹ Tartışmaya değer iki sorunu, şu şekilde ortaya koymak mümkündür:

a. *Chromalloy* davasında, karara konu olan iptal nedeninden başka bir nedenle söz konusu hakem kararı iptal edilseydi de aynı sonuca ulaşılabilecekti mi?

b. *Hilmarton* davasında olduğu gibi Fransa'da iptal edilmiş hakem kararı tenfiz edildikten sonra, tahkim yeri olan İsviçre'de yapılan yeni bir tahkim yargılamasının ardından verilen ikinci hakem kararının da

²⁶⁴ Paulsson, *Annulment*, s. 19; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 1000; Gaillard, s. 519, 520.

²⁶⁵ Rivkin, s. 532. Bu sonuç, Amerikan hukukunda özellikle son *Baker Marine* ve *Spier* kararlarından sonra kimi şartlara bağlanmıştır (King, s. 17, 18).

²⁶⁶ Amerikan hukuku yönünden karşı. King, s. 18.

²⁶⁷ Petrochilos, s. 325-327.

²⁶⁸ Ayrıntısı için bkz. van den Berg, s. 19-21; Berger, s. 652, 712; Henn, s. 231; Schwab/Walter /Baumbach, Kap. 30, III, Rn. 14.

²⁶⁹ Schwartz, s. 125.

²⁷⁰ Ayrıca bkz. Sampliner, s. 27; Weinacht, s. 328.

²⁷¹ Carbonneau, *National Law*, s. 279; Rivkin, s. 534-536.

Fransa'da tenfizi istendiğinde, söz konusu tenfiz talebi nasıl sonuçlandırılmalıdır?²⁷² Salt bu durum, özellikle tahkim yeri hukukuyla mukayese edildiğinde, tarafları ve konusu aynı olan uyuşmazlıkla ilgili iki farklı ülkede, iki farklı kesin hükmün geçerli olması nedeniyle başlı başına bir hukuki istikrarsızlık kaynağı değil midir?

IV. Sonuç

Çalışmamız, iki ana kısımdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki, tahkimin ama özellikle milletlerarası tahkimin hukuki niteliğiyle ilgilidir. Gerçi, bu konu, özellikle Türk hukuku yönünden bilinmedik, yani henüz incelenmemiş de değildir. Lakin özellikle çalışmanın ikinci kısmında ve milletlerarası tahkimin güncel sorunları başlığı altında değinilmeye çalışılan meseler açısından bu konunun bir kez daha ele alınması kaçınılmaz olmuştur. Milletlerarası tahkimin güncel sorunlarının kaynağı ve çıkış noktası, yine milletlerarası tahkimin hukuki niteliğiyle ilgili olunca, nisbeten farklı bir açıyla ve içerikle meselenin bir kez daha sunumu, zorunluluk arz etmiştir. Konunun tarihi gelişimi ise bugün özellikle milletlerarası tahkimle ülke hukukları arasındaki bağın nasıl kurulacağı sorusunun cevabı yönünden hayli ilginç ipuçları içermektedir.

Milletlerarası tahkimin güncel sorunları başlığı altında incelenen meseleler, elbetteki bunlarla sınırlı değildir. Esasen incelenen her bir meselenin dahi başlı başına bir makale konusu olması, rahatlıkla düşünülebilir. Ancak amaç, burada, sadece meseleleri tanıtmak, olabildiğince geniş ve yeni kaynaklar temelinde, Türk hukukuna doğru bir biçimde takdim etmektir. Konuların pek çoğu hakkında, henüz sağlıklı bir tercihte bulunmak güçtür.

Meseleler, uygulamada yaşananlara bağlı olarak hızla kabuk değiştirmektedir. Esasen, bu noktada mukayeseli hukukun derin bir etkisi olmakla birlikte bu etkinin de bir sınırının olduğunu kabul etmek gerekir. Zira *lex loci arbitri* temelinde, henüz tatminkâr bir yeknesaklaşma, sağlanmış değildir. Milletlerarası sözleşmelerin dahi her bir ülke hukukunda aynı şekilde ve içerikte uygulandığını söylemek zordur.

²⁷² Fransa özelinde, *ikinci hakem kararına*, tenfiz edilen *ilk hakem* kararı nedeniyle geçerlilik tanınmamış ve tenfiz talebi, ilk hakem kararının yarattığı kesin hüküm etkisi nedeniyle reddedilmiştir. Ayrıntısı için bkz. Gaillard, s. 510; Petrochilos, s. 315.

Dikkat edileceği üzere incelenmeye çalışılan sorunlar bakımından *lex loci arbitri* yani tahkim yeri milli hukuku ve mevzuatı, hayli belirleyici olmaktadır. İlgili ülke hukukunun yapmış olduğu tercihten memnun olunmaması halinde, bundan sıyrılmanın mümkün olup olmadığı sorusu, her halükârda tahkimin teorik temellerine ilişkin tartışmaları tekrar tekrar canlandırmaktadır. Zira *lex loci arbitri*'nin yapmış olduğu tercihlerin örneğin tenfiz yeri hukuku için de aynen geçerli olması gerekemeyebilir ve bu hâlde yaşanan tartışma, çok temelde, *lex loci arbitri*'nin yalnız başına, tüm ülke hukukuları için de *lex arbitri*'yi oluşturup oluşturmadığıdır. Örneğin bu soruya verilen yanıt olumsuz olduğu içindir ki, tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen hakem kararları, beraberinde getirdiği başkaca sorunların gölgesinde, örneğin Fransa'da tenfiz edilebilmektedir.

KAYNAKLAR

- Abdulla Z., The Arbitration Agreement, Chapter 2, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004.
- Akıncı Z., Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir 1994.
- Akıncı Z., Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, (Tek Atf).
- Alangoya Y., Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- Alangoya Y./Yıldırım K./Yıldırım D. N., Medenî Usul Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul 2004.
- Asouzu A. A., The National Arbitration Law and International Commercial Arbitration: The Indispensability of the National Court and the Setting Aside Procedure, 7 RADIC 1995.
- Bachand F., Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction, 22 (3) Arb Int 2006.
- Baker R. W/de Fontbressin P., The French Référé Procedure - A legal Miracle?, II U. Miami Y. B Int'l L, 1992-1993.
- Bandel S., Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, München, Zulässigkeit und Wirkungen schiedsrichterlicher und gerichtlicher einstweiliger Maßnahmen gemäß den Bestimmungen des SchiedsVfG, München 2000.
- Baumbach A/Lauterbach W/Albers J/Hartmann P., Zivilprozessordnung, Band 1, 62., neubearbeitete Aufl., München 2004, (Albers).

- Bensaude D., S. A. Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle (Luxembourg) Holdings 1: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration, 22(4) J. Int'l Arb. 2005.
- Beraudo J. P., Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals, A Comparision with the Republic of Congo Pre-Arbitral Referee Case, 22(3) J. Int'l Arb. 2005.
- Berger K. P., International Economic Arbitration, Deventer, Boston 1993.
- Berger K. P., Pre-Arbitral Referees: Arbitrators, Quasi-Arbitrators, Hybrids or Creatures of Contract Law, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell 2005, (Berger, *Referee*).
- Birsel M. T., Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçiminin Önemi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara 10 Mart 2003.
- Birsel M. T/Budak A. C., Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği? Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997 Ankara.
- Birsel M. T., Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, 1 EÜHFD 1980/1.
- Blanke G., Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law, A Réplique to Denis Bensuade's "Thalès Air Defenece Bv v. GIE Euromissile" 23 (3) Arb Int 2006.
- Blessing M., Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, ASA Special Series No. 6, 1994.
- Böckstiegel K. H., The Role of National Courts in the Development of an Arbitration Culture, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series No 8, 1998, (Tek Atf).
- Böckstiegel K. H., An Introduction to the New German Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law, 14 (1) Arb Int 1998.
- Böckstiegel K. H., Public Policy and Arbitrability, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration ICCA Congress Series, No. 3, 1987, (Böckstiegel, *Public Policy*).
- Böckstiegel K. H., The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995, (Böckstiegel, *Looking Ahead*).
- Bucher A., Court Intervention in Arbitration, International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity, Twelfth Sokol Colloquium, eds. Richard B. Lillich, Charles N. Brower, 1994.

- Buchman B. L., *France*, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, ed. Alex Bösch, Berlin 1994.
- Bunni N., The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works, 3 ICLR 2005.
- Calavros C., Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld 1988.
- Capucci L., An Important Decision of Italian “Corte Costituzionale” regarding the Powers of Arbitral Tribunals to Apply to the Court to Test Constitutionality of a Law: Note-Corte Costituzionale, 22 November 2001, 20 (1) ASA Bulletin 2002.
- Carbonneau E. T., The French *Jurisprudence* on International Commercial Arbitration, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984.
- Carbonneau E. T., Debating the Proper Role of National Law under the New York Arbitration Convention, 6 Tul. J. Int’l & Comp. L 1998, (Carbonneau, *National Law*).
- Carbonneau T./Janson F., Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability, 2 Tul J Int’l & Comp L 1994.
- Cohen J., Commercial Arbitration and The Law, 1918.
- Collins L., The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England, *Contemporary problems in international arbitration*, ed. Julian D. M. Lew, 1986.
- Craig W. L., Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 30 Tex Int’l L. J. 1995.
- Danilowicz V., The Choice of Applicable Law in International Arbitration, 9 Hastings Int’l & Comp L Rev, 1985- 1986.
- David R., Arbitration in International Trade, Deventer, Boston, London, Frankfurt/M., 1985.
- De Vries P. H., International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, 57 Tul L. Rev. 1982-1983.
- Delaume G. R., What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma, 28 ICLQ 1979.
- Delvolvé L. J./Rouche J./Pointon H. G., French Arbitration Law and Practice, 2003.
- Deren-Yıldırım N., *UNCITRAL* Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004.
- Derains Y., Technical expertise and “*reféré arbitral*”, New Trends In The Development of International Commercial Arbitration and The Role of Arbitral and Other Institutions, ICCA Congress Series No. 1, 1983.

- Dimolitsa A., Separability and Kompetenz-Kompetenz, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.
- Donovan F., The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: A Survey of Jurisdictions, the Work of *UNCITRAL* and Proposals for Moving Forward, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series No. 11, 2003.
- Ehrat R. F., Art. 176, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, *ed.* Stephen V. Berti, 2000.
- Freedberg-Swartzburg J. A., Court Assistance in The Appointment of Arbitrators, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, *ed.* Sumampouw M/Barnhoorn L.A.N.M/Freedberg-Schwartzbur J. AG/Tromm J.J.M/Wade J.A, 1992.
- Fouchard P/Gaillard E/Goldman B., on International Commercial Arbitration, Part I-II, *ed.* Emmanuel Gaillard and John Savage, The Hague, Boston, London, 1999.
- Fortier L Y., Arbitrability of Disputes, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, *eds.* Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005.
- Gaillard E/Pinsolle P., The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences, 20 Arb Int 2004.
- Gaillard E., Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.
- Goode R., The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration, 17 (1) Arb Int, 2001.
- Granzow H. J., Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985, München, 1988.
- Harbst R., Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, Ein Rechtsvergleich zwischen dem englischen Arbitration Act 1996 und deutschem Schiedsverfahrensrecht, Heidelberg, 2002.
- Hanotiau B., Objective Arbitrability, Its Limits, Its Problem Areas, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, ASA Special Series No. 6, 1994.
- Hanotiau B., The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure, Int ALR 2003, (Hanotiau, *Referee*).
- Hausmaniger C., The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step

- Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration? 7 (1) ICSID Review-FILJ, 1992.
- Henn G., Schiedsverfahrensrecht, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2000.
- Herrmann G., Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? The 1998 Freshfields Lecture, 15 (3) Arb Int 1999.
- Holtzmann H. M./Neuhaus E. J., A Guide To the *UNCITRAL* Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History, Part I-II, 1994.
- Hulbert W. R., Further Observations on Chromalloy: A Contract Misconstrued, a Law Misapplied, and an Opportunity Foregone, 13 (1) ICSID Rev-FILJ 1998.
- Husslein-Stich G., Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, Köln 1990.
- Ildır G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003.
- Iwasaki K., Selection of Situs: Criteria and Priorities, 2 (1) Arb Int, 1986.
- Jakubowski J., Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum* Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg 1982.
- Kalpsüz T., Hakem Kararlarının Milliyeti, IX Batider 1978/3.
- Kaplan Y., Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi, MHB 2001/1-2.
- Kaplan Y., Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, (Kaplan, *Usul*).
- Karan H., Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Bırsel'e Armağan, İzmir 2001.
- Karrer A. P., Judicial Review of International Arbitral Awards up to a point Local and Transnational standards, FS für Rolf A. Schütze, München 1999.
- Kerr M., Arbitration and the Courts: The *UNCITRAL* Model Law, 34 ICLQ 1985.
- Kirry A., Arbitrability: Current Trends in Europe, 12 (4) Arb Int, 1996.
- King B., Enforcing Annulled Awards, U.S Courts Chart Their Own Course, 15 (1) Mealey's IAR 2000.
- Kocasakal Ö H., Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerinde Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.
- Kocasakal Ö H., Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, (Kocasakal, *Uygulama Alanı*).

- Kojovic T., Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional relief-*How Final is Provisional?* 18 (5) J Int'l Arb, 2001.
- Koral R., Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı, II. Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983.
- Koral R., Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler, XLVIII-XLIX İÜHFM 1982-1983/1-4, (Koral, *Hukuki Mahiyet*).
- Kostakoğlu C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul 2005.
- Küçükgüngör E., Roma Hukukunda Tahkim, (*Compromissum*), C. XIX, Batider 1998/3.
- Laliv P. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, 1987.
- Lauterpacht H., The Function of Law in International Community, Oxford 1933.
- Lecuyer-Thieffry C., First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Rules, 20 (6) J. Int'l Arb. 2003.
- Lew J. D. M., The place of arbitration and the applicable procedural law in the English common law, The place of arbitration, eds. M. Storme, F. De Ly, 1992.
- Lew J. D. M., Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, 22 (2) Arb Int. 2006, (Lew, *Arbitration*).
- Lew J. D. M., Applicable Law in International Commercial Arbitration, 1978, (Lew, *Applicable Law*).
- Lew J. D. M., Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases, 11 (1) ICC Bulletin 2000, (*Tek Atf*).
- Lew J. D.M., Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction, *Contemporary problems in international arbitration*, ed Julian D. M. Lew, 1986, (*Tek Atf*).
- Lew J. D. M/Mistelis A. L/Kröll M S., Comparative International Arbitration, 2003.
- Liebscher C., Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration, 6 Croat Arbit Yearb 1999.
- Lionnet K., Should the Procedural Law Applicable to International Arbitration be Denationalised or Unified? *The Answer of the UNCITRAL Model Law*, 8 (3) J Int'l Arb, 1991.
- Luzzatto R., International Commercial Arbitration and the Municipal Law of the States, 157 *Recueil des Cours*, 1977-IV, 1980.
- Madl F., Competence of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration, Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, 1989.

- Mann F. A., Where is an Award “made”?, 1 (1) Arb Int 1985.
- Mann F. A., *Lex Facit Arbitrum*, International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, (Mann, *Lex Facit Arbitrum*).
- Mann F., Private Arbitration and Public Policy, 4 CJC 1985, (Mann, *Private Arbitration*).
- Mann F. A., Zur Nationalität des Schiedsspruchs, FS für Walter Oppenhoff, München 1985, (Tek Atf).
- Mantakou A., The Concept of International Arbitration: An “Endangered Species”? 50 RHDI 1997.
- Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal bir Düzenleme Gerekir mi? II Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, 6 Haziran 1998, (Sempozyum).
- Mayer P., The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995.
- Mourre A., Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator, 22(1) Arb Int 2006.
- Mustill J. M./Boyd C. S., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, Second Edition, London, Edinburgh, 1989.
- Nakamura T., Arbitrability and The Lex Arbitri, 17 (3) Mealey’s IAR, 2002.
- Narimann F. S., The Spirit of Arbitration. The Tenth Annual Goff Lecture, 16 Arb Int 2000.
- Naón G. A. H., Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Tübingen 1992.
- Nomer E., Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesi’nin Bağımsızlığı, 4 MHB 1984/1.
- Nomer E./Şanlı C. Devletler Hususi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2003.
- Özbay İ., Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004
- Park W. W., Judicial Controls in the Arbitral Process, 5(3) Arb Int 1989.
- Park W. W., Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration, 12 Brooklyn J. Int’l L., 1986, (Park, *Public Interest*).
- Park W. W., The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration, 32 ICLQ 1983, (Park, *The Lex Loci Arbitri*).
- Patocchi P. M., The 1958 New York Convention, The Swiss Practice, The New York Convention of 1958, Asa Special Series No. 9, 1996.
- Paulsson J., Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters, 32 ICLQ 1983.
- Paulsson J., Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA), 9(1) ICC Bulletin 1998, (Paulsson, *Annulment*).

- Paulsson J., A Beter Mousetrap: 1990 ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure, IBL May, 1990, (Paulsson, *Referee*).
- Pekcanitez H/Atalay O/Özekes M., Medeni Usûl Hukuku, 5. Bası, Ankara 2006.
- Pekcanitez H., Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara 10 Mart 2003, s. 132, 133.
- Petrochilos G., Procedural Law in International Arbitration, 2004.
- Pinto M. C. W., Thoughts on the "True Nature" of International Arbitration, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005.
- Pluyette G., A French Perspective, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, ICC Publication No. 519, 1993.
- Poudret J-F/Besson S., Comparative Law of International Arbitration, *Translated by* Stephen V. Bertı, Annette Ponti, 2007.
- Raeschke-Kessler H. Some Developments on Arbitrability and Related Issues, International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series No. 10, 2001.
- Ralston H. J., International Arbitration from Athens to Locarno, Stanford 1929.
- Redfern A/Hunter M/Blackaby N/Partasides C, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, 2004.
- Reymond C., Where is an Arbitral Award Made? 108 LQR 1992.
- Riegler S/Petsche A/Fremuth-Wolf A/Platte M/Liebscher C., Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure, 2007.
- Rivkin W. D., The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.
- Roksin S. K., The Sources and limits of the Arbitrator's Powers in England, Contemporary problems in international arbitration, ed. J. D. M. Lew, 1986.
- Rutherford M/Sims H. M. J., Arbitration Act 1996: A Practical Guide, 1996.
- Samuel A., Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S and West German Law, Zurich 1989.
- Sampliner G. H., Enforcement of Foreign Arbitral Awards After Annulment In Their Country of Origin, 11(9) Mealey's 1996.
- Sanders P., Arbitration, IECL, Vol. XVI, Chapter 12, 1996, (Sanders, *Arbitration*).

- Sanders P., *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, The Hague, 1999, (Sanders, *Quo Vadis Arbitration*).
- Sanders P., Trends in The Field of International Commercial Arbitration, 145 RCADI, 1975-II, 1976.
- Sandrock O., To Continue Nationalizing or To De-nationalize? That is now the Question in International Arbitration?, 12 Am Rev. Int Arb 2001.
- Sayre L. P., Development of Commercial Arbitration Law, 37 Yale L J. 1927-1928.
- Scherer M., Introduction to the Case Law Section, 24 (2) ASA Bulletin 2006.
- Schlosser P., Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 28 RIW 12/1982, (Schlosser, *Das Internationale*).
- Schlosser P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1989
- Schütze R., Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, BB 1998, s. 1650.
- Schmitthoff M. C., The Jurisdiction of the Arbitrator, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum* Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982.
- Schmitthoff M. C., The Supervisory Jurisdiction of the English Courts, International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967.
- Schütze A. R., Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 1999.
- Schwab K. H/Walter G/Baumbach A., Schiedsgerichtsbarkeit, 6., neubearbeitete Auflage, München 2000.
- Schwartz E. A., A Comment on Chromalloy, Hilmarton, à l'américaine, 14 (2) J. Int'l Arb 1997.
- Schwartz E. A., Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, *Liber Amicorum* in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005, (Schwartz, *Lox Loci Arbitri*).
- Senkovic P./Lastenouse P., Eco Swiss China Time Ltd. And Benetton International NV Judgement: Why Arbitrators Should Not Ignore European Competition Law, 14 (9) Mealey's 1999.
- Sessler A/Leimert C., The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law, 20 (2) Arb Int 2004.
- Smit H., A-National Arbitration, 63 Tulan L Rev, 1989.
- Sturges W., Arbitration-What is it?, 35 Nyulr 1960.

- Szaszy I., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 14 Am. J. Comp. L., 1965-1966.
- Şanlı C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983.
- Şanlı C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, (Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*).
- Şanlı C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, 3. Bası, İstanbul 2005. (Şanlı, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları*).
- Tanrıbilir F.B/Şit B., Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, 22 MHB 2002/2.
- Tanrıver S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, MHB Yıl 17-18/1-2, 1997, 1998.
- Tanör B/Yüzbaşıoğlu N., 1982 anayasasına göre türk anayasa hukuku, İstanbul 2004.
- Taşkın A., Hakem Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2005.
- Taşpınar S., Medeni yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Theofrastous C. T., International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-Localization Debate, 31 Case W. Res J. Int’l L, 1999.
- Thompson D., “Detachment” from the National Law in International Commercial Arbitration, 1982 Arbitration.
- Triva S., Arbitration and Public Policy: Constitutional Complaint as Means for Setting Aside Arbitral Award, 7 Croat Arbit. Yearb. 2000.
- Tweeddale A/Tweeddale K., A Practical Approach to Arbitration Law, 1999.
- Özbek M., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.
- Özekes M., İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- Özekes M/Erişir E., Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, 5 Mhder 2006/3.
- Üstündağ S., Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı İstanbul 2000.
- Üstündağ S., Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu 2000 (Üstündağ, *Uluslararası Tahkim*).
- Üstündağ S., İhtiyati Tedbirler, Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri, İstanbul 1981 (Üstündağ, *İhtiyati Tedbirler*).
- van den Berg A. J./van Delden R./Snijders H. J., Netherlands Arbitration Law, 1993.
- van den Berg A.J., Enforcement of Annulled Awards?, 9 (2) ICC Bulletin 1998.

- van den Berg A.J, The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Arbitration, 1981, (van den Berg, *Convention*).
- van den Berg A. J/van Delden R./Snijders H. J., Netherlands Arbitration Law, 1993.
- van Houtte H., Arbitration and Arts 81 and 82 EC Treaty- A State of Affairs, 23 (3) ASA Bulletin 2005.
- von Mehren A. T., International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence, 46 Louisiana L Rev, 1985-1986.
- von Mehren R. B., From *Vynior's* case to *Mitsubishi*: The Future of Arbitration and Public Law, 12 Brook. J. Int'l L. 1986, (von Mehren, *The Future of Arbitration*).
- von Segesser G/Kurth C., Interim Measures, *Chapter 5*, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004.
- Varady T., Arbitration Despite The Parties, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, ed. Sumampouw M/Barnhoorn L.A.N.M/Freedberg-Schwartzbur J. A.G/Tromm J.J.M/Wade J.A, 1992.
- Weinacht F., Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany, 19 (4) J. Int'l Arb 2002.
- Wetter G. J., The International Arbitral Process, Public and Private, IV, New York, 1979.
- Wilner M. G., Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study, 19 Rutgers L Rev 1964-1965.
- Wolaver E., The Historical Background of Commercial Arbitration, 83 U. Pa. L. Rev. 1934.
- Yeşilırmak A., Provisional Measures in International Commercial Arbitration, 2005.
- Yılmaz E., Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001.
- Yılmaz E., Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997 Ankara.
- Yu H., Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime, 15 (2) J Int'l Arb 1998.
- Walter G/Bosch W/Brönnimann J., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991.
- Zöller R., Zöller, Zivilprozessordnung, 24. neubearbeitete Auflage, 2004 (Zöller/Geimer).