

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİME MİLLİ HUKUK DIŞI KURALLARIN UYGULANMASI

*Yavuz KAPLAN**

I. GİRİŐ

Milletlerarası ticari nitelikli bir uyuşmazlıkta, tarafların tahkime uygulanacak olan hukuk konusunda anlaşmış olmaları halinde, hakemler bu seçilmiş olan kanunlar ihtilafı kurallarını olaya uygulayacaklardır. Taraflarca herhangi bir hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde ise, hakemler uyuşmazlığın çözümlüyle ilgili olarak, kendilerini bir hukuki boşluk içerisinde bulacaklardır. Doğal olarak böyle bir durumda, hakemlerin en kolay ve emin bir şekilde uygulayabilecekleri hukuk, kendi mensubu oldukları veya ikamet ettikleri yerin kanunlar ihtilafı kuralları olacaktır. Ancak, milletlerarası bir ticari uyuşmazlıkta, tarafların açık bir seçimlerinin olmamasına rağmen, hakemlerin esasa uygulanacak hukuk konusunda, belirli bir milli kanunlar ihtilafı sisteminden hareket etmelerinin doğru olup olmayacağı tartışmalıdır.

Hâkimler, uyuŐmazlık konusu ilişkinin mahiyeti ne olursa olsun, gerek şekli, gerekse maddi hukuk planında *lex fori*'nin tayin ettiği çerçeveyi aşamazlar. Milletlerarası ticaret hakemleri ise, tarafların iradi bir seçim yapmamış olmaları halinde, kendilerine rehberlik edecek bir *lex fori*'ye sahip değildirler. Bu nedenle, tarafların uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak kurallar konusunda bir seçim yapmamış olmaları halinde, hakemler, bu kuralların nasıl belirleneceğini gösteren bir metodu seçmekte serbesttirler.

Onların bu tercihlerini milli bir kanunlar ihtilafı sistemi yönünde mi, yoksa milli hukuklardan bağımsız bir kanunlar ihtilafı sistemi veya kuralı yönünde mi kullanmaları gerektiği yönünde değişik görüşler beyan edilmektedir.

Bu görüşlerden ilki, milletlerarası ticari tahkimin hukuki rejiminin, sonuçta milli hukuk düzenleri içerisinde aranması gerekeceğini beyan eden klasik anlayışı ifade eder. Teorik anlamda, ticari tahkime ilişkin bir

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Arş. Gör..

uyuşmazlıkta, tarafların hakemlerce uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını seçmemiş olmaları halinde, hakemlerin milli olmayan bir kanunlar ihtilafı kuralını seçmeleri gerektiği yolunda görüşler beyan edilmektedir. Ancak, milli olmayan kanunlar ihtilafı kurallarının nasıl ve nereden bulunacağı ve hangi kriterlere göre uygulanacağı konusu buradaki başlıca sorunu oluşturmaktadır. Milletlerarası ticari tahkimde, davanın, dünyanın herhangi bir yerinde görülmesi, hakemlerin değişik ülke ve hukuk sistemlerinden gelmesi, tarafların farklı ülke vatandaşı olmaları veya farklı ülkelerde ikamet etmekte olmaları doğaldır. Hakem mahkemelerinin bu durumu, onların belirli bir bağlama noktasını esas alarak, belirli bir zaman ve mekana göre, milli olmayan kanunlar ihtilafı kurallarını seçmelerini güçleştirmektedir. Milletlerarası alanda, yeknesak bir milli olmayan kanunlar ihtilafı kuralları oluşumu da söz konusu olmadığı için, bu kavramın teorik bir söylemden öteye geçebildiğini söylemek zordur. Zaten, bu konudaki liberal yaklaşım, milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması konusunda, tarafların kendi serbest iradeleriyle belirli bir kanunlar ihtilafı sistemini veya kuralını seçmemiş olmaları halinde, mutlaka herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralının içinden geçerek maddi hukuk normuna ulaşma metodunu değil, doğrudan doğruya maddi hukuk normunun tahkime uygulanması anlayışını benimsemektedir.

İkinci olarak, biz, tarafların milletlerarası ticari tahkime uygulanmasını istedikleri maddi hukuk veya kanunlar ihtilafı kurallarını seçmemiş olmaları halinde, hakemlerce milli olmayan kuralların uygulanmasından; uyuşmazlığa öncelikle, *lex mercatoria* denilen milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak ortaya çıkmış bulunan maddi hukuk kurallarının uygulanmasını anlamaktayız. Tarafların *ad hoc* tahkim usulünü benimsemelerine rağmen, bazı konularda hukuki boşluk bırakmış olmaları halinde de, hakemler bu kuralları uygulamak suretiyle boşluğu doldurma yoluna gideceklerdir.

Üçüncü olarak, tarafların MTO tahkimi gibi, kurumsal tahkim usullerinden birinin uyuşmazlığa uygulanmasını seçmiş olmaları halinde de, ortaya çıkabilecek boşluklar, tarafların anlaşamamaları halinde, bizzat hakemler tarafından, kurumsal tahkimden tarafların elde etmeyi amaçladıkları hukuki menfaatlere paralel olarak serbestçe doldurulabilecektir.

Milletlerarası ticari tahkimin özünde, esas olarak tarafların iradesi yatmaktadır. Bunun için, tarafların tahkime ilişkin herhangi bir konuda irade beyanında bulunmamış olmaları halinde, hakemlerin, onların tahkim usulüne başvurularındaki temel tercih sebeplerini ve bu konudaki iradelerini

yorumlayarak, bu boşluğu doldurmaları gerekecektir. Bu usul, tarafların, hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan kanunlar ihtilafı kurallarını veya doğrudan uygulanacak maddi hukuk kurallarını seçmemiş olmaları halinde de izlenmelidir.

Gerçekten, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı herhangi bir devlet mahkemesine değil de, bir milletlerarası ticari hakemlik merkezine veya değişik ülkelere mensup hakemlere çözdürmek istemeleri, onların milli hukuka dayalı çözüm şekillerini dışlayarak, uyuşmazlığı milletlerarası bir platforma oturtmak istediklerinin açık bir göstergesidir.

Milletlerarası ticari tahkimde, milli olmayan hukuk kurallarının seçimi, tahkimin amacına ve tarafların menfaatlerine daha uygun düşmektedir. Özellikle devlet veya devlet kuruluşları ile özel şahıslar arasındaki sözleşmelerde ve farklı ekonomik ve politik sistemlerden gelen taraflar arasındaki sözleşmelerde, milli olmayan hukuk kurallarının uygulanması, milletlerarası ticaret hayatının ihtiyaçlarına daha uygundur. Böylece taraflar, belirli bir hukuk düzenini seçtikten sonra, o hukuk düzeninde sonradan söz konusu olabilecek keyfi ve tek tarafı koruyan muhtemel değişikliklerden dolayı, zarara uğramaktan da kurtulmuş olacaklardır. Zira, bu tür değişiklikler sözleşmenin tarafları arasında ciddi boyutlarda tehlike ve güvensizlik ortamı oluşturabilecektir. Bu tehlike ve güvensizlik ortamı, ancak, milletlerarası ticari tahkimin, milli hukuk sistemlerinin dışına çıkılarak, milletlerarası ticaret hukukunun genel ilkelerine veya hemen hemen tüm milli hukuk sistemlerinde ortak olarak yer alan hukuk kurallarına tabi kılınması suretiyle bertaraf edilebilir.

Milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması kavramından neleri anlamamız gerektiğini böylece belirttikten sonra, bizim seminer çalışmamızın konusunun da, milletlerarası ticari tahkime, bu milli hukuklar dışı maddi hukuk kurallarının uygulanması olduğunu ifade edelim. Çalışmanın kapsamı maddi hukuka ilişkin kurallarla sınırlı olacak ve usul hukukuna ilişkin olarak belirtme zarureti hissettiğimiz bazı konularda ise, bu husus özellikle belirtilecektir. Konu ile ilgili olarak, önce milli olmayan kuralların hukuki niteliği ve bu kurallara tabi olmanın gerekliliği ile, hukuki sonuçları ve tenfiz edilebilirliği üzerinde durulacak; daha sonra ise, milletlerarası ticari tahkim alanında milli olmayan kuralların uygulanması ile ilgili düzenlemelerle, milletlerarası sözleşme hükümlerine yer verilecektir.

II. GENEL OLARAK MİLLİ HUKUK DIŞI KURALLAR VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Günümüzün çağdaş akımlarına göre, milletlerarası ticari tahkimin tabi olacağı hukuki rejim, genel olarak milli hukuk düzenleri içerisinde yer almamaktadır. Oysa, klasik anlayışa göre, milletlerarası ticari tahkimin tabi olacağı hukuki rejim, milli hukuk düzenleri içerisinde aranmaktadır. Zira, nihai olarak milletlerarası olarak nitelendirilen tahkimde, somut olaydaki maddi ve hukuki vakıalardan hareket edilerek belirlenecek bir devletin kanunlar ihtilafı kurallarının tahkime uygulanacağı görüşü beyan edilmektedir¹.

Ancak, milletlerarası ticari tahkimin hukuki rejiminin belirlenmesi konusundaki bu klasik anlayışın, bazı durumlarda uygulamaya elverişli olmadığı ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak, milletlerarası ticari tahkimin tek bir hukuk sistemi içinde sonuçlar doğurmadığı, milletlerarası ticari alanda sonuçlar doğurduğu yolunda görüşler beyan edilmiştir².

Gerçekten, münferit devletlere ait mevzuattan arındırılmış bir milletlerarası hakem kararı fikri, ticari ve ekonomik bakımdan uygundur. Zira, taraflar arasında yapılan milletlerarası ticari sözleşmeler, herhangi bir devletin milli kanunu hükmüne tabi olsalar bile, söz konusu sözleşmeye dayanılarak verilecek hakem kararları, birden fazla devlet ülkesinde sonuçlarını doğuracaktır. Bu nedenle, milletlerarası ticari tahkimle ilgili doğacak uyumsuzluklarda bu gerçek dikkate alınarak, verilen kararın milletlerarası alanda tenfiz edilebilme özelliğini taşımasına da dikkat edilmelidir³.

Hakemliğe milliyet izafe etmek, onu sonuç olarak belli bir milli kanunun kapsamına dahil etmek demektir. Bu durumda her hakem kararı ve hakem sözleşmesi, belirli bir devlet hukukuna tabi olacak ve böylece *lex fori*'nin hükümleri uygulanacak demektir. Halbuki böyle bir durumda, milletlerarası

1 MANN, F.A.: *Lex Facit Arbitrum, International Arbitration, Liber Amicorum* for M.Domke, Ed.P.Sanders, The Hague 1967, sh.160.

2 AKINCI, Z.: *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara 1994, sh.60.

3 KORAL, R.: "Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Çift Anlamı" (*Hakem Kararlarının Milliyeti*), *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler- Tartışmalar, II.Tahkim Haftası*, Ankara 1984, sh.26.

hakemlikten veya milletlerarası hakem kararlarından bahsetme olanağı yoktur⁴.

Ancak günümüzde, milletlerarası ticaret hukukundan doğan uyuşmazlıkları çözüme bağlayacak devletler üstü bir mahkeme bulunmadığı için, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde devletin müdahalesini kabul etme zorunluluğu vardır. Ancak devlet bu yetkisini kullanırken de, haiz olduğu nitelikten dolayı, milletlerarası tahkimi yerel tahkim ile aynı hukuki rejime tabi tutmamalıdır⁵.

Genel olarak, milli olmayan kanunlar ihtilafı kuralları ile milli olmayan maddi hukuk kurallarının kaynağı olarak, milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası ticari tahkim uygulamasında genel kabul görmüş uygulamalar ile hukuki teamüller gösterilmektedir⁶.

Milli olmayan kurallar ile mahalli hukuk kuralları arasındaki en önemli nitelik farkı, bu ikisinin hakim veya hakemler tarafından uygulanmalarındaki ihtiyarilik veya zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Hâkimler bir kanunlar ihtilafı sorunu ile karşılaştıklarında, *lex fori*'nin kurallarını uygulamak zorundadırlar. Aksi halde pozitif hukuka aykırılık söz konusu olacağından, kararın bozulması gerekecektir. Milli olmayan kurallar ise, tarafların iradesine bağlı olarak, milletlerarası ticaret hakemlerince bir tercihin ifadesi olarak uygulanmaktadır. Hakemler, önlerine gelen davanın kapsam ve özelliklerine göre milli olmayan bir kanunlar ihtilafı veya maddi hukuk kuralını uygulamakta ve bu kuralların uygulanmasının olaya uygunluğu ölçüsünde tercihlerini bu kurallar yönünde kullanmaktadırlar⁷.

Nitekim, milletlerarası ticari tahkimin hukuki rejiminin milli hukuk rejimleri dışında aranması gerektiğini savunan görüşe göre, taraflar uyuşmazlığa bir devlet mahkemesi yerine, milletlerarası ticari tahkim kurumu veya değişik milletlere mensup hakemlerin bakmasını isteyebilmelidirler. Bu istek, onların uyuşmazlığın milletlerarası bir

4 KORAL, Hakem Kararlarının Milliyeti, sh.28.

5 ŞANLI, C.: "Milletlerarası Ticari Tahkimde, Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu" (Tahkim Yerinden Ayrılma), Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh.174.

6 ŞANLI, C.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Esasa Uygulanacak Hukuk), Ankara 1986, sh.249-250.

7 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.251.

platformda giderilmesi yolundaki iradelerinden kaynaklanmaktadır. Yani taraflar, mahalli mahkemelerce uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının bertaraf edilmesini sağlayabileceklerdir⁸.

Bu görüşe göre, hakemlerin davanın çözümünü sağlamak üzere, milli hukuk sistemleri dışında maddi kurallar belirlemeleri halinde, bu belirlenen kuralların uygulanması mümkün olmalıdır. Milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak ortaya çıkan bu kurallar "lex mercatoria" olarak adlandırılmaktadır⁹. Tanınmış Fransız hukukçu Rene David, bir memleket hâkiminin milletlerarası ticari uyuşmazlıkları giderebilme konusunda, uyuşmazlığın esasına milli hukuklar dışında ve duruma daha elverişli olan kuralları araştırıp bulması gerektiğini söylemiştir. Onun bu konudaki görüşlerinin yayımlanması ile birlikte, Fransa'nın bir diğer tanınmış hukukçusu olan Berthold Goldman, gelişmeye başlamış bu kurallar için, ilk defa "lex mercatoria" terimini kullanmıştır¹⁰.

Milli hukuklar dışında, milletlerarası ticaret hukuku alanında doğduğu ve gelişmekte olduğu söylenen bu kuralların; tarafların iradelerine bağlı olarak, bu hukuka tâbi şekilde yürütülmüş ve sonuçlandırılmış hakem kararlarını milletlerarası hakem kararları olarak algılayan bir anlayış da mevcuttur. Ancak bu anlayış, milletlerarası ticaret camiasının kendi hukukunu belirleyecek derecede teşkilatlanması ile geçerlilik kazanabilecektir. Günümüz itibarıyla, bu düzeye geldiğini söyleyebilme olanağı yoktur¹¹. Ancak, gün geçtikçe bu konuda daha çok ilerleme kaydedildiğini söyleyebiliriz.

Milli hukuk sistemleri dışında var olan ve milletlerarası ticaretin uygulamaları arasında gelişmiş olan bu kuralların hakemlerce dikkate alınması gerektiği, birçok milletlerarası ticari uyuşmazlıklara ilişkin düzenlemelerde açıkça yer almıştır. Örneğin, 1981 tarihli Fransız Medeni Usul Kanununu değiştiren Kararname, tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olması halinde, hakemlerin davanın çözümünde kendi uygun gördükleri kuralları uygulayacakları ve her halde milletlerarası ticari örf ve

8 LEW, J.D.M.: *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York 1978, sh.287; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, sh.251.

9 AKINCI, sh.61; KORAL, *Hakem Kararlarının Milliyeti*, sh.29.

10 KORAL, *Hakem Kararlarının Milliyeti*, sh.28-29.

11 NOMER, E.: *Devletler Hususi Hukuku*, B.6, İstanbul 1990, sh.487, dn.243.

adet kurallarını göz önünde bulunduracaklarını öngörmektedir¹². Yine bu kuralların dikkate alınması gerektiğine yer veren düzenlemelere örnek olarak, 1961 Avrupa Sözleşmesi VII/1, 1976 UNCITRAL tahkim kuralları 33/3 ve MTO Tahkim Kuralları 13/5. maddelerini verebiliriz.

III. MİLLİ HUKUK DIŞI KURALLARA TABİ OLMA NEDENLERİ

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda milli olmayan kuralların uygulanması düşüncesinin temelinde, milletlerarası tahkim prosedürünün milli hukuk sistemlerinin kısıtlayıcı ve engelleyici kurallarından kurtarılarak, milletlerarası ticaret hayatının dinamizmine uygun, esnek, liberal ve tarafların beklentilerine karşılık veren bir kurum olarak gelişmesini sağlama amacı yatmaktadır¹³.

Milletlerarası ticari tahkim ile yerli tahkim, özellikleri itibariyle birbirinden farklıdır. Bu fark milli mevzuatta ve mahkeme kararlarında vurgulanmıştır¹⁴. Milletlerarası ticari tahkim sadece bir devlet hukuku ile bağlantılı olmayıp birden çok devleti ve birden çok hukuk sistemini ilgilendirmektedir. Bu nedenle milletlerarası ticari tahkimi milli hukuklar içinde yer alan sistemlerden birine yerleştirmeye çalışmak yerine, onun milli hukuklar dışındaki özerk niteliğinin tanınması gerektiği yolunda görüşler beyan edilmektedir¹⁵. Bu görüşün temel düşüncesi, milletlerarası ticari hakemlerin belli bir *lex fori*'ye sahip olmadıklarından kaynaklanmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, ihtilafın esasına uygulanacak hukuk belirlenirken, başvurulabilecek bir *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı sistemi de bulunmamaktadır¹⁶.

Milletlerarası ticari tahkimin milli tahkim sistemlerinden ayrılması gerektiği görüşünü savunanlar, tahkim yeri ülkesi ile milletlerarası ticari tahkim arasındaki ilişkinin genellikle hukuki değil, subjektif gerekçelere dayandığını ileri sürmektedirler. Bu noktadan hareketle, taraflar özellikle seçmedikleri takdirde, tahkim yeri ülkesinin tamamen yerli ilişkiler düşünülerek düzenlenmiş bulunan kurallarının, milletlerarası ticari tahkime

12 AKINCI, sh.61.

13 ŞANLI, Tahkim Yerinden Ayrılma, sh.176.

14 AKINCI, sh.62.

15 LEW, sh.61.

16 AKINCI, sh.62.

uygulanmasının yerinde olmayacağı görüşü beyan edilmektedir. Zira, bu görüşe göre, milletlerarası ticari tahkim ile tahkim yeri arasındaki ilişkinin böylesine zayıflamış olduğu bir durumda, tahkim yeri mahkemelerinin bu tür kararlar üzerindeki muhtemel sınırlayıcı ve engelleyici etkisinin bertaraf edilmesi gerekmektedir. Böylece milli mahkemeler, yerel menfaatleri olmadığı için milletlerarası ticari tahkim alanına müdahalede bulunmayacak ve milletlerarası ticari tahkim prosedürü her türlü yerel olumsuz etkilerden kurtarılmış bir şekilde, tarafsız ve özel bir çözüm yolu olarak işlemeye devam edecektir¹⁷.

IV. III. MİLLETLERARASI TİCARİ HAKEM KARARLARINA MİLLİ HUKUK DIŞI KURALLARIN UYGULANMASININ SONUÇLARI VE BUNUN AMACA UYGUNLUĞU

Öncelikle belirtelim ki, milletlerarası ticari tahkimin milli hukuka tabi olmaması konusu ile milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması konusu, birbiriyle bağlantılı olmakla beraber, iki ayrı konudur. Bizim burada özellikle belirtmek istediğimiz husus, tahkime taraf olan kişilerin, milli hukuklarca düzenlenmiş bulunan tahkim usullerini dışlayarak, tahkim konusu olan uyuşmazlığa milli olmayan kuralların uygulanmasını istemelerinin doğuracağı sonuçlardır. Ayrıca, milli olmayan kuralların uygulanmasının, tarafların tahkimden bekledikleri amaca ulaşabilmeleri konusunda, ne gibi etkilerinin olabileceği üzerinde de duracağız.

Milletlerarası ticaret hayatında, tarafların tahkim usulünü seçmelerindeki sebepler muhtelifdir. Örneğin tahkimdeki çabukluk, ucuzluk, gizlilik veya ihtilafi uzman olan bir kimseye çözdürme arzusu bu sebeplerden bazılarıdır. Ancak milletlerarası ticaret hayatında tahkim usulünün seçilmesinin genel sebebi, tacirlerin ihtilaflarını milli yargı düzenlerinin dışında, tarafsız kurum ve kurallar çerçevesinde çözdürme arzusudur. Bu arzunun, yerel kanunlar ihtilafi sistemlerinin sıkı sıkıya uygulanması ile ortaya çıkacak çözümleri dışladığı da açıktır¹⁸.

Tarafların aralarındaki ihtilafi belli bir devlet mahkemesine değil de, bir milletlerarası ticari hakemlik müessesesine veya başka ülke kökenli hakemlere sunmaları, onların ihtilaflarını milletlerarası bir düzeyde

17 AKINCI, sh.63: ŞANLI, Tahkim Yerinden Ayrılma, sh.176-177.

18 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.248.

halletmek istediklerini göstermektedir. Böylece taraflar, ihtilafın çözümünde hakemler tarafından yerel olarak tatbik edilen kanunlar ihtilafı tekniklerinin kullanılmasını da, zımnen dışlamış olmaktadır. Bu nedenle, bir milletlerarası ticari tahkim olayında, tarafların hakemlerce tatbik edilecek olan kanunlar ihtilafı kuralını veya bir maddi hukuk seçimini yapmamış olmaları halinde; onların genel iradelerinin, hakemlerin, milli olmayan veya milletlerarası nitelikte sayılan bir kanunlar ihtilafı kuralını veya maddi hukuk kuralını uygulamaları yönünde olduğunu kabul etmek gerekir¹⁹.

Bu bağlamda milletlerarası ticari tahkim kurumunun milli hukuk sistemleri dışında ele alınmasının en önemli sonucu, tahkim usulüne ve ihtilafın esasına milli hukuk dışı kuralların uygulanması ile, milletlerarası ticari tahkimin bağlayıcı gücünü tahkim yerinden aldığı görüşünün terkedilerek, tahkim yeri mahkemelerinin bu tür hakem kararları üzerindeki denetim yetkilerini tekrar gözden geçirmeleri olacaktır²⁰. Nitekim, milletlerarası ticari ilişkilerin yoğun olarak yaşandığı birçok gelişmiş ülkede bu yönde ilerlemeler vardır. Bu düşünce yapısının hukuki dayanağı ise, milletlerarası ticaret hayatının tahkime bağlayıcı niteliğini verecek nitelikte gelişmiş, milli hukuklar dışı bir özerk hukuk sistemine sahip olduğu düşüncesidir²¹.

Örneğin, Belçika Hukuku'nda, 1985 yılında Medeni Usul Kanunu'nda yapılan bir değişikliğe göre, Belçika'da, Belçika vatandaşı olmayan kişiler arasındaki bir ihtilaf hakkında verilen hakem kararlarının, tahkim yeri ülkesi olan Belçika Hukuku'ndan tamamen soyutlanması mümkündür. Kanun, taraflara milletlerarası ticari tahkimin milli hukuk dışı kurallara tabi tutulmasına izin vermekte ve bu nitelikteki hakem kararlarını, tahkim yeri hukukunun denetiminden ayırmak gerektiğini beyan etmektedir. Belçika Medeni Usul Kanunu'nun konuyla ilgili 1717. maddesi şöyledir:

"Belçika Mahkemeleri, ancak, hakem kararına konu olan ihtilafın taraflarından birinin Belçika vatandaşlığına haiz veya Belçika'da mukim veya Belçika'da kurulmuş bir teşebbüs veya Belçika'da şubesi bulunan bir gerçek veya tüzel kişi olması durumunda, hakem kararının iptaline ilişkin davaya bakabilir".

19 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.249.

20 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.249.

21 AKINCI, sh.64.

Kanunun emredici niteliğinden dolayı, Belçika'da yabancılar arasında söz konusu olacak tahkimde, taraflar, ilgili hakem kararının iptali konusunda, Belçika mahkemelerinin yetkili olmasını iradi olarak dahi kararlaştıramayacaklardır²².

Yine Fransız Hukuku'nda, Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 1496. maddesi uyarınca, ihtilafın esasına tarafların seçmiş oldukları hukuk uygulanacaktır. Böyle bir seçim yapılmamış olması halinde ise, ihtilafın esasına uygulanacak olan hukuku hakemler belirleyecektir. Her halde milletlerarası ticaretin örf ve adetleri göz önüne alınacaktır. Fransız Hukuku'nda milli hukuklar dışı kuralların seçilmesi mümkün olduğu gibi, *lex mercatoria*'nın kurallarına milli hukukların üstünde (*supranational*) bir nitelik tanınmaktadır.

Fransız Hukuku'nda, 1981 tarihli bir kararname ile, tahkim yeri ülkesi mahkemesinin milletlerarası ticari hakem kararları üzerindeki klasik etkisi, yeniden ele alınmış ve klasik görüş uyarınca, hakem kararlarının bağlayıcı gücünü tahkim yeri ülkesinden aldığı görüşü ve tahkim yeri ülkesinin iptal ettiği bir hakem kararının, diğer ülkelerde tenfizinin mümkün olmayacağı görüşü reddedilmiştir. Fransa'da verilen bir milletlerarası ticari hakem kararı üzerinde, ancak söz konusu kanunda belirtilen hususlar bakımından Fransız mahkemelerinin denetim yetkisi vardır. Bu haller özetle, geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunmayışı, hakem mahkemesinin oluşumundaki düzensizlik, hakemin yetkisini aşan hususlarda karar vermiş bulunması, tahkim usulünün tabi tutulduğu kurallara riayet edilmemiş bulunması, hakem kararının tanınma ve tenfizinin kamu düzenine aykırı bulunması halleridir. Fransız Hukuku'nda bu sayılan iptal sebepleri dışındaki bir sebeple iptal edilmiş bulunan bir hakem kararının tenfizinin mümkün olabileceği belirtilmiştir²³.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun, milletlerarası ticari hakem kararlarının iptali ile ilgili 190 (2). maddesi de, iptal sebeplerini yukarıda Fransız Medeni Usul Kanunu'nda da belirtilen nedenlerle sınırlı saymıştır. Hatta daha da önemlisi, Kanun'un 192. maddesi gereği, tarafların yapacağı bir sözleşme ile, 190. maddede liberalleştirilmiş olan bu iptal sebeplerinin, bütününe bertaraf edilmesini de mümkün kılmıştır²⁴.

22 AKINCI, sh.87.

23 AKINCI, sh.88-89.

24 AKINCI, sh.90-91.

Çalışmamız açısından, 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nu incelediğimizde, Kanun'un İsviçre'de verilmiş olan, milletlerarası nitelikli ticari tahkimi, yerel tahkimden farklı kurallara tabi tuttuğunu, tahkim usulüne ve ihtilafın esasına uygulanmak üzere, milli hukuklar dışı kurallar seçme hususunda taraflara serbesti tanımakta ve tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin hakem kararı üzerindeki denetleyici ve engelleyici yetkisinin ortadan kaldırılmasına izin vermekte olduğunu görüyoruz²⁵.

V. IV.MİLLİ HUKUK DIŞI KURALLARA GÖRE VERİLEN BİR HAKEM KARARININ TENFİZİ SORUNU

Tahkime milli olmayan kuralların uygulanmasının, yukarıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı, kazanan taraf için oldukça cazip olduğunu belirtmiştik. Ancak, kaybeden tarafın hakem kararının geçerliliğine karşı başvurabileceği yolların ortadan kaldırılması da, tahkim kurumuna olan güveni ortadan kaldıracaktır²⁶.

Günümüzde, Avrupa'nın önemli tahkim merkezi konumundaki ülkelerinin, daha fazla tahkime gidilmesi amacıyla, mahkemelerinin tahkim üzerindeki denetimini azaltma veya kaldırma eğilimi içinde oldukları görülmektedir. Ancak milletlerarası ticari hakem kararlarının herhangi bir milli hukuka tabi olmaması düşüncesinin milli hukuklar tarafından desteklenmesinin, bu düşüncenin hukuki temellerine olan inançtan çok, tahkim piyasasından daha fazla pay alabilme kaygısına dayandığı ileri sürülmektedir. Ayrıca, herhangi bir milli hukuk sistemine tabi olmaksızın verilen bu tür hakem kararlarının, belli bir hukuki statüye sahip olmaması nedeniyle temelsiz olduğu ve uygulamada birçok hukuki sorunlar doğuracağı şeklinde görüşler de mevcuttur²⁷.

Şimdi milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması ile ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz itirazların neler olduğunu inceleyelim.

25 AKINCI, sh.91.

26 AKINCI, sh.64.

27 AKINCI, sh.64-65.

A. Uyuşmazlığın Çözümünde Tahkim Yeri Ülkesinin Emredici Usul Kurallarına Aykırı Karar Verilmesinin Tenfize Engel Olacağı İtirazı

Bu konuda klasik görüş, milletlerarası ticari tahkimin milli hukuklardan ayrılması düşüncesinin temelinde, milletlerarası ticari tahkime ev sahipliği yapabilme kaygısının yattığını ve bu görüşün milli hukuklarca benimsenmesinin nedeninin, ekonomik düşüncelere dayandığını ileri sürmektedir²⁸.

Klasik görüş, ayrıca, milletlerarası ticari tahkim ile kararın verildiği yer ülkesi hukuku arasında sıkı bir bağlantı olduğunu savunmakta ve bu kararların bağlayıcı gücünün tahkim yeri ülkesi hukukuna dayanması nedeniyle, söz konusu hukukun emredici usul kurallarına aykırı hareket edilemeyeceğini beyan etmektedir. Oysa, milletlerarası ticari tahkime milli olmayan kuralların uygulanması ile ilgili olarak, hem usul hukuku, hem de maddi hukuk kuralları bakımından, hem devletlerin milli hukuk sistemlerinde, hem de milletlerarası düzenlemelerde birçok değişiklikler yapıldığı da bir gerçektir²⁹.

Yukarıda bahsettiğimiz gelişmeler doğrultusunda, milletlerarası ticari hakem kararlarının tenfizi ile ilgili en önemli düzenleme, 1958 tarihli New York Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme'nin V.maddesine göre, tahkim usulüne uygulanacak kurallar taraflarca serbest olarak belirlenecektir. Tarafların bu konuda herhangi bir irade beyanında bulunmamış olmaları halinde, tahkim yeri ülkesinin hukukunun dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu nedenle tahkim usulünün, tahkim yeri ülkesi hukukuna tabi olması zorunluluğu yoktur³⁰.

1958 tarihli New York Sözleşmesi, milletlerarası ticari hakem kararlarının tenfizinin kolaylaştırılması konusunda, çok önemli liberal hükümler içermektedir³¹. Bu hükümlerden biri, çifte tenfiz (double exequatur) olarak adlandırılan, hakem kararlarının kesinleşmesinde, verildiği

28 AKINCI, sh.65.

29 AKINCI, sh.64-65.

30 AKINCI, sh.66.

31 KORAL, R.: "Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansı ve 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi" (Yabancı Hakem Kararlarının İcrası), İÜHFİM, C.24, 1-4' den Ayrı Bası, İstanbul 1961, sh.6-7.

ülke mahkemeleri tarafından tasdik edilmesi gerekliliğinden vazgeçilmiş olmasıdır³².

Milletlerarası ticari hakem kararının, tahkim yeri ülkesinin usul hukukunun emredici kurallarına aykırı olması nedeni ile, tahkim yeri ülkesi mahkemelerince iptal edilmesi durumunda; milletlerarası ticari tahkimin milli tahkimden ayrılmasına karşı çıkan görüş, bu tür kararların uygulamada tenfiz edilemeyeceğini ve başarısızlığa mahkûm olduğunu iddia etmektedir. Bu konuda özellikle de New York Sözleşmesi'nin V(1)(e) maddesindeki, aleyhine hakem kararı verilmiş bulunan tarafın, kararın verildiği ülke kanunu veya tabi olunan kanun yönünden yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmün icrasının geri bırakıldığına ilişkin iddialarını ispat etmesi halinde, hakem kararının tanınması ve icrasına engel olabileceği yolundaki hüküm mesned kabul edilmektedir³³.

B. Uyuşmazlığın Çözümünde Esasa Milli Hukuklar Dışı Kuralların Uygulanmasının Tenfize Engel Olacağı İtirazı

Uyuşmazlığın esasına milli hukuklar dışı kuralların uygulanmasının tenfize engel olabileceği yolundaki itirazlar bakımından konuyu ele alırsak; daha önce milletlerarası ticari tahkime onun özerk niteliğinden dolayı, milli olmayan kuralların uygulanmasının daha uygun olacağına bir kısım yazarlar tarafından savunulduğunu belirtmiştik. Bu konuda uygulanacak hükümler bakımından ticaretin genel hükümleri ile milletlerarası mahkeme kararları ve ticari teamüller gibi kaynaklardan yararlanılabileceği beyan edilmektedir³⁴.

Buna karşılık olarak, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların milli hukuklar içerisinde yer alan kurallar tarafından çözülmesi gerektiği, zira, milletlerarası hukukun milli hukuklardan bağımsız, kendi kurallarını oluşturabilecek bir sisteme sahip olmadığı yolunda görüşler ileri sürülmüştür. Hatta

32 AKINCI, sh.66.

33 New York Sözleşmesinin ilgili hükümleri konusunda bilgi için bkz., Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu (Sempozyum), Ankara 1991, sh.117 vd.: KORAL, Yabancı Hakem Kararlarının İcrası, sh.45 vd.

34 BİRSEL, (Tartışmalar) Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi , II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh.260.

milletlerarası anlaşmaların dahi, daima, temellerini bir milli hukuktan alarak düzenlendikleri ifade edilmiştir³⁵.

Konuyla ilgili olarak, tahkim yeri ülkesinin etkisiyle, milletlerarası ticaretle ilgili kararların tenfizinde, çok taraflı milletlerarası sözleşmelerden yararlanmanın mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, milletlerarası ticari nitelikli hakem kararlarının bağlayıcı niteliği, milli hukuklardan kaynaklanmaktadır. Zira, bu çok taraflı sözleşmelerden yararlanılması olanağını doğuran, tahkimi kontrol eden devletin, o sözleşmeye katılmış olmasıdır³⁶. İlgili eleştirilerin değerlendirilmesi sırasında bu konuyu irdeleneceğiz.

C. Tahkim Yeri Ülkesinin Yetkilerinin Kısıtlanmasının Olumsuz Sonuçlar Doğuracağı İtirazı

Milletlerarası ticari tahkime uygulanacak kuralların milli hukuk sistemleri dışında tutulmasına karşı olan yazarlar, milletlerarası ticari tahkimin daima bir devletin yargı organlarının desteğine ihtiyacı olduğunu belirtmektedirler. Özellikle, hakemlerin atanması, görevden alınması ve değiştirilmesi konularında devlet mahkemelerine duyulan ihtiyaç kendisini göstermektedir. Tahkim yeri ülkesinin bu yardımı, tahkim sözleşmesi ve şartının uygulamaya konmasından, koruyucu tedbirlerin alınmasına kadar olan geniş bir yelpazede kendisini göstermektedir. Ayrıca uygulamada, yargılama için gerekli olan delillerin ve belgelerin toplanarak hakemlere tevdi edilmesi konusunda da mahkemelerin büyük katkıları vardır³⁷.

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği *lex loci arbitri*, yani tahkim yeri hukukuna bağlıdır. Bu nedenle hakemlerin, tahkim yeri ülkesinin emredici usul kurallarına uymaları gerekecektir. Ancak bu çerçevede, taraflar ihtilafın esasına uygulanacak hukuku seçebileceklerdir. İşte, hem tahkim yeri ülkesinin korumak istediği menfaatler bakımından, hem de devlet mahkemelerinin milletlerarası ticari tahkime olan yardımları bakımından,

35 ÜSTÜNDAĞ, S.: "Yabancı Hakem Kararı Kavramı", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh.3, dn.1.

36 MANN, sh.157.

37 AKINCI, sh.69.

tahkim yeri ülkesinde cereyan eden tahkimi, bu ülkenin hukuk düzeninin denetlemeye yetkili olduğu iddia edilmektedir³⁸.

D. Milli Hukuk Dışı Hakem Kararlarının Milletlerarası Anlaşmaların Sağladığı Tenfiz Kolaylıklarından Yararlanılamamasına Neden Olacağı İtirazı

Bazı yazarlar, milletlerarası ticari tahkimde, tahkim yeri ülkesi gözardı edilerek verilen kararların, uygulamada başarısızlığa mahkûm olduğunu beyan etmektedirler. Bu görüşe göre, bu tür hakem kararları, hakem kararlarının tenfizinde kullanılan milletlerarası sözleşmelerin kapsamına girmeyeceği için, tenfiz edilebilmeleri bakımından sorun doğuracaklardır³⁹.

Bu görüşe göre, milletlerarası nitelikli de olsa, milletlerarası ticari tahkimin yargı denetimi dışında bırakılması yanlış olacaktır. Örneğin, New York Sözleşmesine taraf olan devletlerden birinin hukukuna göre verilmiş milletlerarası ticari tahkim kararı, bu Sözleşmeye taraf olan diğer bir devlet ülkesinde kolaylıkla tenfiz edilebilecektir. Taraf devletler bunun için, karara taraf devletlerden birinin bağlayıcılık vermiş olması koşulunu aramaktadırlar⁴⁰.

VI. V. MİLLİ HUKUK DIŞI KURALLARA GÖRE VERİLMİŞ HAKEM KARARLARININ HUKUKİ TEMELLERİNE YAPILAN ELEŞTİRİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Milli olmayan kurallara göre verilmiş hakem kararlarının hukuki temellerine yapılan eleştirilere ilişkin sorunu, ikili bir ayırım çerçevesinde yapabiliriz:

Eğer, milletlerarası bir tahkim kurumunun tahkim kurallarına tabi olarak yapılan bir tahkim söz konusu ise, zaten bu tür tahkimde milli tahkim yeri yoktur. Buradaki denetleme ya kurum tarafından, ya da tenfiz ülkesinin yetkili makamları tarafından yapılacaktır.

38 AKINCI, sh.70-71.

39 KURU, B.:(Tartışmalar) Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler- Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh.217.

40 AKINCI, sh.71-72.

Eğer tahkim, tahkim yeri olarak belirli bir ülkenin hukuk düzenine tabi kılınmış ise, hakem kararının denetimi hem tahkim yeri ülkesi, hem de tenfiz yeri ülkesi tarafından, belirli ölçüler içerisinde ve özellikle bu konudaki milletlerarası düzenlemelere uygun olarak yapılabilecektir.

Milletlerarası ticari hakem kararlarının tenfizi bakımından en önemli düzenleme, 1958 tarihli New York Sözleşmesidir. New York Sözleşmesi'nin V.maddesi, hangi hallerde hakem kararlarının tenfizi talebinin reddedilebileceğini, sınırlı olarak saymıştır. Bu madde, tenfiz yeri ülkesi mahkemesine, hakem kararının reddi konusunda bir zorunluluk yüklemeyip, ancak V. maddede sayılan nedenlerden dolayı hakem kararlarını reddedebilme konusunda hakime bir inisiyatif tanımaktadır. Yani, hakimin ilgili sebepler doğrultusunda mutlak olarak tenfiz talebini reddetmesi zorunluluğu yoktur⁴¹. Bu çerçevede, hakem kararı iptal edilmiş olsa dahi, söz konusu kararın tenfizi New York Sözleşmesi'nin ilgili maddesi hükmüne aykırı olmayacaktır⁴².

Milletlerarası ticari tahkimin hukuki rejiminin, milli hukuklar dışı kaynaklara tâbi tutulması görüşünün kabulü halinde; aleyhine karar verilmiş olan tarafın, ilgili kararın tenfizini engellemek veya geciktirmek için, New York Sözleşmesi'nin V.maddesindeki, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin hakem kararı üzerindeki denetim yetkisini istismar edebilmesi olasılığının da önüne geçilmiş olunacaktır⁴³.

Milli hukuklar dışı verilmiş hakem kararlarının, tahkim yeri ülkesi mahkemelerince denetlenmesi tartışılırken, bu tür kararların tenfiz yeri ülkesinin mahkemelerince denetiminin yapılması kaçınılmazdır. Kaldı ki, kurumsal tahkim söz konusu ise, bu kurum tarafından da bir şekilde denetim yapılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla, milli hukuklar dışı kuralların uygulanması ile verilmiş olan milletlerarası ticari hakem kararlarının, tamamen mahkeme denetimi dışında kaldığı yolundaki anlayışlar doğru değildir. Ayrıca, hakem kararına itiraz etmek isteyen tarafın karara bu aşamada itiraz etmesi de mümkündür⁴⁴.

Bundan başka, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin ve tenfiz istenen ülke mahkemelerinin, milletlerarası ticari hakem kararlarını, milletlerarası kamu

41 AKINCI, sh.72

42 Ayrıntılı bilgi için bkz., AKINCI, sh.73, dn.245.

43 AKINCI, sh.73.

44 ŞANLI, Tahkim Yerinden Ayrılma, sh.178.

düzenine uygunluk açısından denetleyebileceklerinin kabul edilmesi, bu konudaki muhtemel istismaların önüne geçilmesini sağlayacaktır. New York Sözleşmesi'nin V.maddesinin 2(b) bendinde, kamu düzenine aykırılık tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Bu noktada hakem kararı ikili kontrolden geçecektir. Tahkim yeri ülkesi hukukuna göre kamu düzeninden dolayı iptal edilmeyen hakem kararı, tenfiz ülkesine göre kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, bu defa tenfiz edilmeyecektir⁴⁵.

Kararı vermiş bulunan hakem veya hakemlerin bağımsızlığına ilişkin şüpheler, hakem kararının hakemlerin bağımlılıklarının etki ve belirtilerini taşıması halinde, kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca, hakemlerin milletlerarası ticari tahkime uygulayacakları milli olmayan kurallar konusunda keyfi davranmaları hali de, kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşacaktır⁴⁶.

Milletlerarası kamu düzenine aykırılık mefhumu, bazı milli hukuklarda da tenfiz engeli olarak ayrıca düzenlenmiştir. Örneğin, Fransız Hukukunda 1981 tarihinde çıkarılan bir yasa ile, milletlerarası kamu düzenine aykırılık kavramının tenfiz engeli olarak düzenlendiğini görüyoruz. Zaten, milletlerarası kamu düzeni kavramı, milletlerarası ticari tahkimin gelişimi ve bu tip tahkim türünün niteliği icabı, ona bağlı olarak geliştirilmiş bir kavramdır ve temel hukuk kurallarıyla, adalet ölçülerine aykırılığı ifade eder⁴⁷.

B. Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının Denetimi

Milli olmayan kurallara göre verilmiş olan hakem kararlarında, önemli itirazlardan biri de, hakemlerin yetkilerini kötüye kullanmaları durumunda, bunun ne şekilde denetleneceği yolundadır. Bu tür tahkimde hakem kararının denetlenmesi görevi, tenfiz yeri ülkesinin mahkemesine bırakılmalıdır. Zira, pratik olarak, mahkemelerin hakem kararını denetlemeleri gereği, daha çok tenfiz aşamasında ortaya çıkmaktadır⁴⁸. Nitekim, gerek bu alandaki milletlerarası sözleşmeler, gerekse milli hukuklardaki düzenlemeler, tenfiz

45 ÖZTEKİN, G.: 1958 Tarihli New York Sözleşmesinde Hakem Kararları - V(1)E Maddesi, Basılmamış Tez, İstanbul 1993, sh.166 vd.

46 NOMER, E.: "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı", MHB, Y.4, S.1, 1984.

47 ÖZTEKİN, sh.168.

48 AKINCI, sh.75-76.

yeri ülkesi mahkemelerinin, hakem kararlarının haiz olması gereken asgari hakkaniyet standardını denetlemesine izin veren hükümler içermektedir. Örneğin, New York Sözleşmesinin V(1) ve (2)(a) maddeleri, tenfiz yeri ülkesi mahkemelerine, ilgili hakem kararını denetleme olanağını tanımaktadırlar⁴⁹.

Bu konudaki bir diğer itiraz, New York Sözleşmesinin V(1)(e) maddesine göre⁵⁰, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin hakem kararı üzerindeki denetim yetkisinin daima var olduğu yolundadır. Öncelikle, bu maddenin tenfiz yeri ülkesi mahkemesine, tahkim yeri ülkesi mahkemesinin iptal etmiş olduğu kararı reddetme konusunda bir zorunluluk getirmediğini belirtmek gerekmektedir. Özellikle, coğrafi olarak tahkim yeri olmanın dışında, hakem kararı ile tahkim yeri ülkesi hukuku arasında bir bağlantının olmadığı durumlarda, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin hakem kararını iptal etme yetkilerinin de olmaması gerekir. Herhangi bir şekilde böyle bir iptal kararı verilmiş dahi olsa, böyle bir karar, tenfiz istenen ülke mahkemesinin tenfize ilişkin yetkisini kısıtlamamalıdır⁵¹.

Tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin tahkim üzerindeki denetimlerinden vazgeçilmesi olgusu, klasik görüşe taraf olan bazı yazarların iddia ettiği gibi, bu tür hakem kararlarını başıboş hale getirmeyecektir. Özellikle devletin taraflardan birini oluşturduğu uyuşmazlıklarda, devletin kendi aleyhine verilmiş olan bir hakem kararını, kendi ülkesinin mahkemesine iptal ettirmesi mümkündür. Oysa, milletlerarası ticari tahkimin milli hukuklar dışı kurallara göre yapılmasını savunan görüşe göre, tahkim yeri ülkesi tarafından iptal edilmiş bulunan bu kararın, örneğin ilgili devletin malvarlığının bulunduğu bir diğer devlette tenfiz edilebilmesi mümkün olacaktır⁵². Zaten, söz konusu hakem kararı tenfiz yeri ülkesi mahkemelerinin de denetimi ile tenfiz edilecektir ki, bu durum muhakemede tarafların eşitliği ile adalet anlayışına da uygundur.

49 New York Sözleşmesinin bu maddeleri için bkz., Sempozyum, sh.121; KORAL, Yabancı Hakem Kararlarının İcrası, sh.44 vd.

50 New York Sözleşmesinin V(1)(e) maddesi, hakem kararlarının tahkim yeri ülkesi tarafından iptal edilmesi durumunda, tenfiz yeri ülkesinin, söz konusu kararın tenfizi talebini reddedebileceği hükmünü içermektedir.

51 AKINCI, sh.76.

52 AKINCI, sh.77.

Konuyla ilgili bir başka itiraz da, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin kararı denetleme yetkilerinin kısıtlanması halinde, kaybeden tarafın, tenfiz istenen her ülkede kararın geçerliliğine itiraz etmek zorunda kalacağı hususundadır. Oysa, tenfiz yeri ülkesinin hakem kararları üzerindeki denetim yetkisi, hakem kararlarının milli olmayan kurallara tabi tutulması olgusuyla ortaya çıkmış bir durum değildir. Hemen her ülke kendi iç mevzuatında ve milletlerarası sözleşmeler gereği, hakem kararlarını tenfiz yeri ülkesi mahkemelerinin denetimine tabi tutmaktadır⁵³.

Örneğin, MÖHUK.45.madde, saydığı nedenlerden birinin varlığı halinde, tenfiz yeri mahkemesinin hakem kararının tenfizini reddedebileceğini hükme bağlamıştır. New York Sözleşmesinin V(1) ve (2).maddelerinde de benzeri hükümler yer almaktadır.

C. Milletlerarası Ticari Tahkimde Tanınacak Serbestinin Sınırı

Tahkim yeri mahkemelerinin milletlerarası ticari tahkim kararları ile ilgili denetim yetkilerinin tamamen kaldırılması halinde, geçersiz bir hakem kararı sonucu kaybeden tarafın, ilgili hakem kararının geçersizliğini her ülkede ispat etmek zorunda kalacağı beyan edilerek, bu serbestinin sınırlandırılması gerektiği yolunda görüşler beyan edilmiştir. Bu yaklaşım, milletlerarası ticaret hukuku açısından, temel hakkaniyet kurallarına aykırılık teşkil eden sebeplere dayandığında haklılık kazanmaktadır. Bu nedenle, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin milletlerarası hakem kararlarını kendi iç hukuklarına uygunlukları bakımından değil, milletlerarası ticaretin kamu düzeni olarak adlandırılan ve milletlerarası ticaret hayatında benimsenmiş temel hakkaniyet kurallarına ve evrensel adalet ölçülerine uygunluk açısından denetlemesi uygun olacaktır⁵⁴. Pratik anlamda milletlerarası kamu düzeni, yine de her ülkenin temel milli değerlerine göre anlam ve içerik kazanan bir kavramdır. Burada önemli olan, hakem kararının, tahkim veya tenfiz yeri ülkesinin temel değerleriyle çatışmamasına dikkat edilmesidir.

Milli mahkemelerin böyle bir denetimi yapması, çifte tenfiz dediğimiz, hakem kararının verildiği ülke mahkemesi tarafından, hakem kararının tasdik edildiği sistemlerde söz konusu olabileceği gibi, tahkimin sonuçlarını

53 AKINCI, sh.77.

54 BERGER, K.P.: Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Berlin 1992, sh.252; LEW, sh.59; ÖZTEKİN, sh.168; ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.49, 404 vd.

doğuracağı tenfiz yeri ülkesi mahkemelerinin bu denetimi yapması şeklinde de olabilir. Buradaki önemli olan nokta, birinci halde, hakem kararının reddi söz konusu olabilecek iken, ikinci halde, yalnızca hakem kararının tenfizi talebinin reddedilebilecek olmasıdır.

Bu şekilde, milletlerarası ticari tahkim, milli hukukların milletlerarası ticaret ile bağdaşmayan gereksiz kısıtlamalarından kurtarılacağı gibi, milli hukuklar dışı kuralların uygulanmasının kaybeden tarafı zor duruma düşürmesi de önlenmiş olacaktır. Böylece, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin milletlerarası ticari nitelikli bir hakem kararını iptal etmeleri halinde, bu iptalin milletlerarası ticaretin gerekleri ile bağdaşıp bağdaşmadığına bakılacak ve bağdaşmadığının belirlenmesi halinde, tenfiz yeri ülkesi mahkemeleri, milletlerarası ticaretin kamu düzenine aykırı olmayan bu hakem kararını tenfiz edebilecektir⁵⁵.

Nitekim, 1961 tarihli Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin IX.maddesinde, tenfiz yeri ülkesinin her iptal kararını dikkate almak zorunda olmayacağı öngörülmüş ve tahkim yeri ülkesinin hakem kararını iptal edebileceği durumlar, sınırlayıcı olarak belirtilmiştir⁵⁶.

Türkiye, 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesini onaylayarak, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin milletlerarası ticari hakem kararları üzerindeki etkisini sınırlayan bu düşünce tarzını benimsediğini göstermiştir. Bunun da ötesinde bazı milli hukuk sistemleri, tahkim yeri mahkemelerinin milletlerarası ticari tahkime müdahalesini engelleyen yeni yasal düzenlemeler kabul etmişlerdir. Belçika 1985 yılında yaptığı bir yasal düzenleme ile taraflardan hiçbirinin kendi vatandaşı olmaması halinde, mahkemelerinin hakem kararını iptal etme yetkisini kaldırmıştır. İsviçre ise, aynı konuda ve aynı şartlarla, taraflara iptal yetkisini bertaraf eden bir sözleşme yapabilme izni vermiştir⁵⁷.

Bu gelişmeler çerçevesinde, milletlerarası ticari hakem kararlarının milli hukuk sistemlerinin etkisinden kurtarılmasının, bu tür hakem kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması anlamına gelmediğini tekrar vurgulamak istiyorum. Buna bağlı olarak, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin milletlerarası ticari hakem kararları üzerindeki denetim yetkisi, bu kararların milletlerarası kamu düzenine aykırılığının denetimi ile sınırlı olmalıdır.

55 BERGER, sh.253 vd.

56 AKINCI, sh.79.

57 AKINCI, sh.79.

Herhangi bir milli hukuk sistemine bağımlı olmaksızın verilmiş olan hakem kararlarını, milletlerarası hukukun bir parçası olarak kabul etmek ve bu kurum ile milli hukuklar ve milletlerarası sözleşmeler arasında gerekli uyumu sağlamaya çalışmak, zaten bu konuda giderek gelişmekte olan liberal eğilimlere de uygun olacaktır⁵⁸.

VII. MİLLİ HUKUK DIŞI KURALLARIN UYGULANMASINA DAYANAK OLABİLECEK DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Milletlerarası ticari tahkimin kapsam ve amacı, hakemler tarafından milli hukuklar dışı, yani milletlerarası karakterli kuralların tercih edilmesini haklı kılmaktadır. Zira doğal olarak, milletlerarası ticarete taraflar, daima karşı tarafın hukuk sisteminin kendi aleyhine hükümler taşıdığı kanısını taşımaktadırlar. Bu durumda uyuşmazlığı inceleyen hakemlerin, taraflardan birinin mensup olduğu ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaları halinde, diğer taraf, hakemlerin objektif davranmadıkları şüphesini ister istemez zihninde taşıyacaktır. Bu nedenle, milletlerarası ticari uyuşmazlıklara bakan hakemlerin, milletlerarası karakterli bir kanunlar ihtilafı kural veya sisteminden hareket ederek, uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuku belirlemeleri isabetli olacaktır⁵⁹.

Günümüze gelinceye kadar, birçok değişik sistemleri benimsemiş devletlerin biraraya geldiği, milletlerarası karakterli ticari ilişkileri düzenlemek amacıyla, sayısız sözleşmeler, yeknesak kanun ve tasarılar geliştirilmeye çalışılmıştır. Kuşkusuz bu sözleşmelerin kapsamında yer alan düzenlemeler, sosyal, hukuki ve ekonomik düzenleri bakımından birbirinden farklılık gösteren ülkelerin, konuya ilişkin ortak çözüm iradesini yansıtmaktadır. Yani, bu düzenlemelerde yer alan çözüm şekilleri, hakemlerin milletlerarası ticari tahkime ilişkin bir uyuşmazlığın esasını çözüme bağlarken kullanacakları çözüm biçimleridir. Milletlerarası ticari tahkim konusundaki uyuşmazlıklara, hakemlerce, taraf devletlerin milli

58 AKINCI, sh.80.

59 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk. sh.252.

hukuklardan bağımsız olarak belirlemiş oldukları kuralları uygulamaları, amaca uygun olacaktır⁶⁰.

B. Milli Hukuk Sistemlerine Tabi Olmaksızın Verilen Kararlara İlişkin Düzenlemeler ve Milletlerarası Sözleşmeler

Mal ve hizmetlerin uluslararası akışı, taraflar arasındaki anlaşmalara dayanmaktadır. Bu tür anlaşmalar da tarafların bu anlaşma şartlarının icra olunacağına ilişkin birbirlerine olan güvenine dayanır. Milletlerarası ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, adli yargı makamlarına başvuruda söz konusu olabilecek güçlükler karşılık, tahkim sözleşmesi, taraflarca üzerinde mutabık kalınan özel bir usule göre ihtilafın çözülmesini mümkün kılan bir vasıta olmaktadır⁶¹.

Milletlerarası ihtilafların çeşitliliği gözönüne alındığında, tahkim müessesesinin bu ihtilaflara uygun olma özelliğini fazlasıyla taşıdığını görmekteyiz. Tahkim, ihtilafların herbirinde tarafların tâbiyetlerini, ihtilafın konusunu, tahkim yerinin tayinini, hukuk kurallarını ve kullanılacak dili değerlendirmeye zemin hazırlar. Her ihtilafa uygun bir hakem mahkemesi teşkil edilebilir. Onun teşekkül tarzı, tecrübe ve bilgileri ile çalışma kolaylığı, ihtilafların çeşitliliğine uyum sağlayamayan daimi bir yargı müessesesi olan adli mahkemelere karşılık, hakem mahkemelerinin bariz üstünlükleridir. Bu özelliklerinden dolayı tahkim müessesesini, milletlerarası ticari uyuşmazlıkları çözenin en elverişli yolu olarak görebiliriz⁶².

Bütün bu nedenlerden dolayı, milletlerarası ticari tahkim uygulamasında, bu kurumun milli hukuklardan soyutlanması ve bu alanda milletlerarası ticari teamüllere ve sözleşmelere uygun olarak, milli hukuk sistemleri dışındaki kuralların geçerlilik kazanması konusunda gelişmeler mevcuttur. Uygulamada ortaya çıkan bu gelişmeler karşısında, çeşitli milletlerarası ticari tahkim kurumları, uyguladıkları kurallarda değişiklik yaparak, söz konusu gelişmelere uyum sağlamaya çalışmaktadırlar⁶³.

60 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk. sh.252.

61 ELVERDİ, İ.: TOBB Tahkim Rehberi, Ankara 1990, sh.3-4.

62 ELVERDİ, sh.4.

63 AKINCI, sh.81; ELVERDİ, sh.4.

1. MTO Tahkim Kurallarıyla Yapılan Düzenlemeler

Milletlerarası ticari ihtilafların çözülmesi konusunda önemli bir role sahip olan ve merkezi Fransa'nın Paris şehrinde bulunan Milletlerarası Ticaret Odası, 1988 Ocak ayında, MTO Tahkim Kurallarında yaptığı bir değişiklik, milli hukuk kurallarının milletlerarası ticari tahkim üzerindeki bağlayıcılığını en aza indirmeye çalışmıştır. Değişiklikten sonraki MTO Tahkim Kuralları'nın 11.maddesi şöyle bir ifadeye kavuşmuştur⁶⁴:

"Tahkim usulüne uygulanacak kurallar, bu Tüzükte gösterilmiştir. Bu tüzükte hüküm bulunmayan hallerde; taraflar anlaşamadıkları takdirde, hakem, tahkime uygulanabilecek bir iç hukuk usul hükmünü kaynak göstererek veya göstermeyerek, uygulanacak usul kurallarını karara bağlar".

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, MTO Tahkim Kuralları, hem milli hukuklar dışı kuralların uygulanmasına izin vermekte, hem de tahkim usulüne uygulanacak hükümlerde ortaya çıkacak boşlukların, mutlaka tahkim yeri ülkesi milli hukukunca değil, bizzat hakemlerin inisiyatifine göre doldurulmasını öngörmektedir.

MTO Tahkim Kuralları'nın 12. maddesinde ise, tarafların yargılamanın cereyan edeceği yer üzerinde anlaşmış olmamaları halinde, bu yerin hakem mahkemesi tarafından belirleneceği hükmüne yer verilmiştir.

Diğer tahkim kurumlarının birçoğunda da, milli hukuklardan soyutlanma konusu açıkça yer almamakla beraber, bu alanda taraflara ve hakemlere çok geniş bir irade serbestisi tanınmaktadır⁶⁵.

Taraflar dilerlerse, irade serbestisi doğrultusunda, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirleyebileceklerdir. Taraflar bu konuda açık veya zımnî iradelerini kullanarak, tahkim sözleşmesini ve tahkime uygulanacak hukuku, milli hukuklar dışı veya başka bir ülke kanununa tabi tutmak istemişlerse, buna uymamak için hiç bir sebep yoktur⁶⁶.

Böylece, milletlerarası ticari tahkimin milli hukuklardan soyutlanmasının, milletlerarası ticaretin bir gereksinimi olarak ortaya

64 Halbuki değişiklikten önceki 1955 MTO kurallarının 11.maddesi, tüzükte hüküm bulunmaması ve tarafların bu konuda anlaşmamış olmaları halinde, tahkim yeri ülkesi hukukunun uygulanacağını öngörmekteydi.

65 Bu konudaki örnek hükümler için bkz.,AKINCI, sh.82 vd.

66 YURTSEVEN, Y.: Milletlerarası Hakemlikte Uyuşmazlığın Esasına Tatbik Edilecek Klasik Hukuk Kaidesi, Basılmamış Tez, İstanbul 1986, sh.40.

çıktığını görmüş bulunuyoruz. Aynı gereksinim, milletlerarası sözleşmeler bakımından da kendisini göstermiş ve bu sözleşmelerde de konu ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

2. 1958 Tarihli New York Sözleşmesindeki Düzenlemeler

Doğrudan milletlerarası ticari tahkimle ilgili, 1923 tarihli Tahkim Şartına İlişkin Protokol ve 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkındaki Cenevre Anlaşması, ihtilafın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmemiştir⁶⁷. 1923 Cenevre Protokolünün 2(1).maddesi, tahkim usulüne, tarafların seçmiş olduğu veya tahkim yeri ülkesi hukukunun uygulanacağını; 1927 Cenevre Sözleşmesi'nin 1(2).maddesi ise, tahkim usulüne, tarafların kararlaştırdığı ve tahkim yeri ülkesi hukuku ile uyum içerisinde olan usul kurallarının uygulanacağını beyan etmektedir⁶⁸.

1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin, Sözleşme'nin uygulama alanını belirleyen I/1.maddesi ise, Sözleşme'nin, tanıma ve tenfiz istenen devletten başka bir devlet ülkesinde verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacağını beyan ettikten sonra; Sözleşme'nin aynı zamanda, tanıma ve tenfiz istenen devlette milli sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanacağını beyan etmiştir. Ayrıca, Sözleşme'nin V(1)(d) ve (e) maddelerinde, tahkim usulüne uygulanacak kuralların taraflarca belirlenebileceği beyan edilmiştir⁶⁹.

Bu durumda, New York Sözleşmesi'nin sistemini şu şekilde özetlemek mümkündür. Sözleşme, yabancı hakem kararının milliyetini düzenlememiştir; fakat, kararın verildiği ülke ile hakem kararı arasında bir bağlantının olup olmadığına dikkat çekmektedir. Bu bağlantının varlığı konusunda, öncelikle taraf iradelerine bakmak gerekecektir. Tahkime uygulanacak hukuka ilişkin böyle bir irade beyanının olmaması halinde,

67 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.252-253.

68 ANSAY,T.: "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Antlaşması ve Yeni Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh.124; TEKİNALP, G., "Yabancı Hakem Kararlarının Milletlerarası Sözleşmelerde Tanınması ve Tenfizi", Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, sh.550 vd.

69 ELVERDİ, sh.5; Sempozyum, sh.117; ANSAY, sh.132.

hakemler kendiliklerinden belli bir ülkenin usul hükümlerini uygulayabilirler⁷⁰.

3. 1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesindeki Düzenlemeler

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların esasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin olarak, ilk defa 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticari Tahkim Sözleşmesi bir hüküm getirmiş ve bu hüküm, bu tarihten sonra çıkarılan pek çok milletlerarası belgeye rehber olmuştur. Modern milletlerarası ticari tahkim uygulamasında, milli olmayan kanunlar ihtilafı kural veya sistemlerinin gelişmesinde, bu Sözleşme'nin VII. maddesinin yorumlanmasının da çok büyük katkısı olmuştur⁷¹.

Gerçekten, 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin VII(1).maddesine göre, uyuşmazlığın tarafları, hakemlerin ihtilafın esasına uygulayacakları hukuku seçmekte serbesttirler. Tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde ise; hakemler, uyuşmazlığın türüne göre uygun görecekları kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukuku uygulayacaklardır. Her iki halde de hakemler, sözleşme hükümlerini ve ticari adetleri dikkate alacaklardır.

Görüldüğü gibi, Sözleşmenin bu hükmü, öncelikle tarafları hukuk seçimi konusunda serbest bırakmıştır. Bu hükmün ikinci cümlesinde öngörölmüş olan, milletlerarası ticaret hakemlerinin, ihtilafın türü bakımından uygun olacak kanunlar ihtilafı kuralını belirlemede, hangi bağlama noktalarını esas alacakları hususu ise, açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu hükümden anlaşılan, hakemlerin uygulanacak hukuk kurallarının seçimini yapmakta serbest oldukları yönündedir. Gerçekten de, herhangi bir devletin yargı düzenine direkt olarak bağlılıkları söz konusu olmayan milletlerarası ticaret hakemlerinin, şu veya bu ülkenin kanunlar ihtilafı sistemini uygulamak zorunda olduklarını söylemek gerçeklere uygun olmayacaktır⁷².

Ancak, hakemlerce şu veya bu bağlama noktasından hareketle tesbit edilen kanunlar ihtilafı kuralı, ihtilafın türüne ne kadar uygun düşerse düşsün; bu, tercih edilen kuralın göstereceği maddi hukukun da, esas ihtilafın türü ve mahiyetine uygun düşeceği anlamına gelmez. Oysa, Sözleşme'nin VII.maddesinin amacı, uyuşmazlığın türü ve mahiyetine en uygun olan kanunlar ihtilafı kural veya sistemine ulaşmak değil, esas

70 SCHWAB: Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, München 1979, sh.387.

71 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.253.

72 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.255; YURTSEVEN, sh.43 vd.

sorunun çözümünde en uygun maddi hukuk normlarının uygulanmasını sağlamaktır. Bu nedenle milletlerarası bir uyumsuzluğun çözümü ile karşı karşıya kalan hakemlerin, milletlerarası veya en azından milli olmayan kanunlar ihtilafı kurallarına bağlanmaları uygun olacaktır. Ancak, dava konusu uyumsuzluğun mahiyetine uygun bir milletlerarası karakterli kanunlar ihtilafı kuralı seçilirken; daima bu kuralın, tarafların tahkime gitmelerindeki temel amaç ve beklentilerini, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini ve milletlerarası ticari adetleri etkin ve geçerli kılan bir kanunlar ihtilafı kuralı olup olmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir. Tarafların tahkime gitmelerindeki amaçlarını ve milletlerarası ticari ilişkiden beklentilerini boşa çıkaracak bir maddi hukukun uygulanmasına yol açan kanunlar ihtilafı kural veya sistemi, uyumsuzluğun mahiyetine uygun telakki edilemez. Nitekim, 1981 tarihli Fransız Milletlerarası Ticari Tahkim Kararnamesi'nin 1496.maddesi, bu bakımdan duyulan bir endişenin sonucu olarak, uyumsuzluğun mahiyetine uygun maddi normların mevcudiyeti halinde, hakemlerin bunları herhangi bir kanunlar ihtilafı kural veya sisteminden geçmeksizin, doğrudan uyumsuzluğun esasına uygulayabilmeleri olanağını tanımıştır⁷³.

Gerçekten, genellikle milletlerarası ticaret hakemleri tecrübeli hukukçulardan oluşmaktadır. Önceden düzenlenmiş sabit kanunlar ihtilafı kuralları, bu hakemlerin, milletlerarası ticari tahkimin konusuna ve mahiyetine uygun düşen milletlerarası ticari teamülleri ve kuralları uygulamalarına engel olur⁷⁴. İşte bütün bu gibi nedenlerden dolayı, Avrupa Sözleşmesi, her olay için geçerli, sabit bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmekten kaçınmıştır. Kuşkusuz Sözleşme'nin bu düzenlemesinde, milletlerarası platformda, dünya hukukçularının üzerinde müşterek olarak anlaşabilecekleri kanunlar ihtilafı kurallarının olmaması da önemli etken olmuştur⁷⁵.

4. 1965 Tarihli *Washington* (Dünya Bankası) Sözleşmesindeki Düzenlemeler

Milletlerarası ticari uyumsuzluklarda, tarafların esasa uygulanacak hukuku belirli bir milli hukuk sistemine tabi tutmak zorunda olmadıkları hususu, 1965 tarihli *Washington* (Dünya Bankası) Sözleşmesi'nin

73 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.256-257.

74 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.258.

75 LEW, sh.298.

42(1).maddesinde ifade edilmiş bulunmaktadır. Bu hüküm gereği, hakemler, uyuşmazlığı, tarafların kararlaştırmış olduğu kurallara göre çözeceklerdir. Bu hükümden anlaşılan, taraflara tanınan bu seçim hakkının, milli hakların, millî hakların seçimini de kapsadığı yolundadır⁷⁶.

Ancak, Washington Sözleşmesi'nde, taraflardan birini devletin oluşturduğu uyuşmazlıklarda, taraf devletin hukukunun uygulanacağı yönündeki klasik anlayış korunmuştur. Bu Sözleşme'nin düzenlemeyi amaçladığı yatırım ihtilaflarına konu teşkil eden milletlerarası akitler, genellikle taraf devletin bağımsızlığı, millî kalkınması, yer altı ve üstü zenginlikleri ile yakından ilgili olduğu için, taraflarca bir hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, kamu menfaatleri mülahazasıyla, taraf devlet hukukunun akde uygulanması öngörülmüştür⁷⁷.

5. *UNCITRAL* Tahkim Kurallarındaki Düzenlemeler

Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (*UNCITRAL*) tarafından hazırlanarak, 15 Aralık 1976 tarih ve 31/98 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilmiş olan *UNCITRAL* Model Kanunu'nun 33.maddesi, ihtilafın esasına uygulanacak yetkili hukuk ile ilgili olarak, öncelikle tarafların irade muhtariyetine yer verdikten sonra, tarafların uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları halinde, tahkim mahkemesince yetkili sayılan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması sonucu belirlenecek hukukun, ihtilafa uygulanacağı hükmüne yer vermiştir⁷⁸.

Aynı Kanun'un 19.maddesi ise, usule uygulanacak kurallara ilişkin olarak, millî hukuk sistemlerine yollamada bulunmadan konuyu düzenlemektedir. Buna göre; taraflar, söz konusu Kanun'un kurallarına uygun olarak, hakemlerin tahkimin idaresinde uygulayacakları usulü seçmekte serbesttirler. Böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde ise, bu Kanun'un kurallarına uygun olarak, tahkim mahkemesinin, tahkimi, uygun gördüğü şekilde idare edebileceği ifade edilmiştir.

UNCITRAL Model Kanunu, ancak belirli durumlarda mahkemelerin milletlerarası ticari tahkime müdahalede bulunabileceğini öngörmektedir. Bu haller; tarafların ehliyetsizliği, tahkim sözleşmesinin geçersiz olması, tbligatın usule uygun olarak yapılmamış bulunması ve hakemlerin tahkim

76 AKINCI, sh.84.

77 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, sh.284.

78 BERGER, sh.V vd.

sözleşmesinde kendilerine verilmiş olan yetkiyi aşarak karar vermiş olmalarıdır⁷⁹.

VIII. SONUÇ

Seminer ödevimizde, milletlerarası ticari tahkim uygulamasında gittikçe kendisine daha fazla uygulama alanı bulan ve uyuşmazlığın taraflarınca daha çok tercih edilen, milli olmayan kuralları; ortaya çıkış nedenleri, hukuki niteliği, milletlerarası ticari tahkime getirmiş olduğu yenilikler, bu tür kararların tenfiz edilebilme olasılığının olup olmadığı, bu konudaki milletlerarası düzenlemeler ve sözleşmelerce getirilmiş bulunan hükümler bakımından incelemiş bulunuyoruz.

Milletlerarası ticari tahkime, milli olmayan veya milli hukuklar dışı kuralların uygulanması ve buna ilişkin olarak getirilmiş bulunan eleştirilerin cevaplandırılması teorik olarak mümkündür. Ancak, milletlerarası ticari tahkim ile milli hukuk sistemleri arasındaki ilişkinin azaltılması ve hatta kaldırılmasının mümkün olmasına rağmen, günümüzde, bu tür hakem kararlarının hukuki temellerine yapılan itirazların tamamen bertaraf edildiğini söyleyebilme olanağı yoktur. Her ne kadar, söz konusu itirazları teorik olarak reddetmek mümkün olsa da, özellikle, tahkim yeri veya tenfiz yeri ülkesi hukukunun, bu tür hakem kararlarına olumsuz yaklaşması durumunda, hakem kararının tenfiz edilememe olasılığı söz konusu olabilecektir.

Bu nedenlerden dolayı, uygulamada, hakem kararının hukuki rejimi belirlenirken, bu durumun dikkate alınması ve ilgili hakem kararının karşılaşılabileceği güçlüklerin, tenfiz yeri ülkesi hukukunun göz önünde bulundurulması suretiyle önlenebileceğini belirtmiştik. Zira, milletlerarası ticari nitelikli bir kararın, tenfizinin reddi istenirken, söz konusu karar ile bağlantısı olan hukuk sistemi, tenfiz yeri ülkesinin hukuk sistemidir. Bundan dolayı, gerek bu alandaki milletlerarası sözleşmeler, gerekse milli hukuklardaki düzenlemeler, tenfiz yeri ülkesi mahkemelerinin hakem kararlarında bulunması gereken asgari hakkaniyet standardını denetlemelerine izin veren hükümler içermektedirler. Buradan da anlaşılacağı üzere, milli olmayan hakem kararlarının tamamen denetimden uzak oldukları yönündeki eleştiriler doğru değildir. Dolayısıyla, tahkim yeri ülkesi hukukunun, milletlerarası ticari tahkim üzerindeki klasik etkisinden vazgeçilmesi, bu tür kararları başıboş duruma getirmeyeceği gibi, milli

79 AKINCI, sh.85.

mahkemelerin milletlerarası ticari tahkim üzerindeki denetim güçlerini kötüye kullanmalarının da önüne geçilmesini sağlayacaktır.

Günümüzde, milletlerarası ticari tahkim alanındaki en önemli bir gelişme de, milli mahkemelerin ve milletlerarası düzenlemelerle milletlerarası sözleşmelerin, hakem kararlarının tanınma ve tenfizinde gösterdikleri liberal yaklaşımlar olmuştur. Milletlerarası ticari hakem kararlarının milli hukuklardan ayrılması görüşü, milletlerarası ticari uyuşmazlığın taraflarını, uyuşmazlığın tam bir objektiflikle, hakkaniyete uygun ve tarafsız olarak çözüme kavuşturulduğuna inandırmak ve bu tür tahkimin milletlerarası ticaret hayatının dinamizmine uygun olarak gelişimini sağlamak amacıyla savunulmaktadır. Bu nedenle, herhangi bir milli hukuk sistemine tabi olmayan hakem kararlarına olumsuz bir bakış açısıyla yaklaşmak yerine, bu tür hakem kararlarının da milletlerarası hukukun bir parçası olduğunu kabul ederek, bu kurumun, milletlerarası sözleşmeler ve milli hukuk sistemleriyle çelişkiye düşmemesini sağlamak, bu alandaki liberal eğilimlere de uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

I.GENEL ESERLER

- BERGER,K.P. :Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Berlin 1992.
- MANN, F.A. :Lex Facit Arbitrum, International Arbitration, Liber Amicorum for M.Domke, Ed. P.Sanders, The Hague-1967.
- NOMER, E. :Devletler Hususi Hukuku, B.6, İstanbul 1990.
- SCHWAB. :Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar, 4.Auflage, München 1979.

II.TEZ VE MONOGRAFİLER

- AKINCI, Z. :Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994.
- LEW, (J.D.M) :Applicable Law in International Commercial Arbitration, New York 1978.
- ÖZTEKİN, G. :1958 Tarihli New York Sözleşmesinde Hakem Kararları V (1) E Maddesi, Basılmamış Tez, İstanbul 1993.
- ŞANLI,C. :Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Esasa Uygulanacak Hukuk), Ankara 1986.
- YURTSEVEN,Y. :Milletlerarası Hakemlikte Uyuşmazlığın Esasına Tatbik Edilecek Klasik Hukuk Kaidesi, Basılmamış Tez, İstanbul 1986.

III.MAKALELER VE TEBLİĞLER

- ANSAY, T. : "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Anlaşması ve Yeni Türk Devleti - Özel Hukuku Kanunu", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1987, 119- 136.
- KORAL,R. : "Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansı ve 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi", (Yabancı Hakem Kararlarının İcrası), İÜHFİM, C.24, 1-4'den Ayrı Bası, İstanbul 1961.

- KORAL,R. : "Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme", İÜHFM, C.30, S.3-4'den Ayrı Bası, 1965.
- KORAL,R. : "Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Çift Anlamı" (Hakem Kararlarının Milliyeti), Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh.17-30.
- NOMER, E. : "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı", MHB, 1984, Y.1, S.1, 1984, sh.29-31.
- ŞANLI,C. : "Milletlerarası Ticari Tahkimde, Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu" (Tahkim Yerinden Ayrılma), Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh.165-185.
- TEKİNALP, G. : "Yabancı Hakem Kararlarının Milletlerarası Anlaşmalarda Tanınması ve Tenfizi", Tahkim IV.Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, sh.535-556.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : "Yabancı Hakem Kararı Kavramı", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh.1-16.

IV. DİĞER BELGE VE METİNLER

- Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu (Sempozyum), Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Yayın No:246, Ankara 1990.
- Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Yayın No:157, Ankara 1984
- ELVERDİ, İ.: TOBB Tahkim Rehberi, Ankara 1990.

