

ULUSLARARASI TAHKİMDE SÖZLEŞME SERBESTİSİ

Dr. Turgay ÖZDEMİR*

Arş. Gör. Ramazan DURGUT**

GİRİŞ

Akdî ilişkinin tarafları, belirli bir hukuksal ilişkiye girerken kendilerine içinde buldukları hukuk sisteminin tanıdığı sözleşme serbestisi içinde kalarak hareket etmektedirler. Böylece, sözleşmeler tâbi oldukları o hukuk sisteminin korumasından yararlanabilmektedir. Uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelerde ise sözleşme serbestisi, her âkit tarafın hukuk sisteminden daha geniş ele alınmalı ve yapılan sözleşmelerin geçerliliğini devam ettirici bir yaklaşım sergilenmelidir. Sözleşmeler kurulurken yararlanılan sözleşme serbestisi prensibi, taraflarına o sözleşmeden asgari ölçüde sorun çıkmasını ya da sözleşmenin çoğu kez hiç sorun çıkmadan uygulanmasını sağlayacak en temel sözleşmeler hukuku ilkesidir¹. Herhangi bir iç hukuk açısından, tarafların hukukun emredici kuralları çerçevesinde gerekli özeni göstererek hazırladığı ve uyguladığı sözleşme; sınırları yasal düzenlemelerle belirlenmiş sözleşme serbestisi prensibinden hareketle oluşturulmuş Yasadan müteşekkildir. Burada sözleşme serbestisinin sınırlılığı da açıktır.

Bu çerçevede, özellikle ticari konularda ve genel sözleşmeler hukuku sahasında taraflara tanınmış en önemli serbestilerden biri de tarafların kendi aralarında çıkan veya çıkabilecek uyuşmazlığı özel mahkeme nitelikli tahkim heyeti veya hakeme götürebilmeleridir. Ancak, tahkim yolunu serbestçe seçenlerin bu yola girdikten sonra veya daha başlangıçta bu yola ilişkin ne gibi sözleşme serbestisinden yararlanabilecekleri de büyük önem arz etmektedir. Zira tahkim yolunu seçen tarafla-

* Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

¹ Sözleşme hazırlanırken ileride çıkabilecek sorunların önlenmesi bakımından taraflarca uyulması gereken Yasa ve hazırlanacak sözleşmenin içeriğinin nelerden teşekkül edeceği hususunda ayrıntılı açıklama için bkz.: (ŞANLI, C.: *Uluslararası Ticari Aktinlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2005, s. 9 vd.); ŞANLI, C.:diğer bir eseri olan *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1986, s. 107 ve devamında da milletlerarası özel hukukta uluslararası ticari tahkimler açısından sözleşme serbestisinin önemini ele almakta ve ayrıntılı olarak incelemektedir. GOODE de eserinde, tarafların üzerinde anlaşıldığı, devletin otoritesinden kaynaklanmayan yargı yolu olarak değerlendirilen ticari tahkimin ticari hayat açısından başvuru kolaylığı ve yoğunluğuna vurgu yapmaktadır (GOODE, R.: *Commercial Law*, New Edition, Oxford 1995, s. 1176). Ayrıca BALCI, Türkiye ve Türk Hukuk Tarihi açısından Mecelle'de dahi tahkimin sözleşme serbestisi ile gidilebilecek bir yol olarak tanıdığı vurgulanmaktadır (BALCI, M.: *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, İstanbul 1999, s. 85).

rın burada emredici bir yığın hukuk usulü kuralı ile karşılaşmaları kendi kendilerini sınırlama olacak ve bu yolun seçilmesindeki hukuki menfaatleri zarar görebilecektir. Ancak sözleşme serbestisinin sınırlarının tayini, sınırlamaların değil serbestinin sınırlarının ne şekilde belirlendiği hususları üzerinde özellikle durmak gerekmektedir. Bu sorunlar her hukuk sistemi ve özellikle her uluslararası tahkim açısından farklı farklı değerlendirilebilecektir.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu², Model Yasa normlarını koyarken sunuş kısmında amacını, “*uygulanacak söz konusu normların taraf irade serbestilerine azamî özeni göstermesi suretiyle uluslararası ticari tahkimin tarafların beklentilerine uygun bir şekilde uygulanabilirliğini sağlamak*” olarak beyan etmiştir³.

Buradan anlaşılacağı üzere, tarafların uluslararası ticari tahkim prosedürünü sorunların giderilmesi için seçmelerindeki beklentileri, onlara gereken sözleşme serbestisinin tanınması ile mümkün kılınabilecektir. Tarafların sözleşme serbestisine, gerek MTO (Milletlerarası Ticaret Odası)⁴, gerekse milli kanunlar tarafından yapılan uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelerde⁵ özellikle dikkat edilmiştir. Sonuç olarak, hemen her düzenlemenin her maddesinde özenle *aksine taraf iradeleri olmadıkça* ön koşulu ile yasa metinleri oluşturulmaya çalışılmıştır. Yasal düzenlemelerde genellikle her hükümde mümkün oldukça taraf iradelerinin ön planda olduğu da böylece vurgulanmaktadır.

Model Yasa, direkt olarak herhangi bir ülkede uygulanan veya uygulanmak üzere konmuş Yasa değil, Birleşmiş Milletler teşkilatına üye olan devletlerin kendi hukuk sistemlerine katmaları – iktibas etmeleri için bir *tasarı-taslak* metinden ibarettir. UNCITRAL Model Yasa’dan hareket noktaları bulması gereken ve bulan, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu da âkit tarafların sözleşme serbestisine gereken özeni göstermesini ve adından da anlaşılacağı üzere Türkiye açısından bütün uluslararası tahkimleri düzenlemeyi hedeflemektedir. Oysa 1985 tarihli UNCITRAL Model Yasası, üye devletlerin kendi iç hukuk düzenlemelerinde, bu modeli esas almaları ve böylece uluslararası alanda yeknesaklığın sağlanmasını hedeflemektedir⁶. Ancak adından da anlaşılacağı üzere⁷ burada yeknesaklık hedeflenen tahkim sahası tamamen ticari tahkim sahasıdır.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun⁸ ise bundan ayrılarak tüm uluslararası tahkim sahasına ilişkin düzenleme yapıyor olmasının sebebi, kamu hizmetleri ile

² UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law).

³ UNCITRAL Model Yasa’sının açıklaması ile İngilizce ve Türkçe metni için bkz.: **DAYINLARLI, K.**: *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Ankara 2000, s. 89 – 121, 165 – 189.

⁴ ICC (International Chamber of Commerce).

⁵ ICC uygulaması ve hakem yargılamasının hukuki dayanağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **BERBER, L. K.**: *Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması*, Ankara 1999, s. 3 vd.

⁶ **DAYINLARLI**, s. 89; **KAPLAN**, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, s. 75, 203.

⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Yasası).

⁸ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (Kabul Tarihi: 21.06.2001, Resmi Gazete Tarih 05.07.2001 / Sayı 24453).

imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların⁹ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin 5. fıkrasında özel olarak kanunun kapsamına alınmasıdır. Ancak özellikle ticari tahkimde temel teşkil eden sözleşme serbestisi ilkesi, milletlerarası ticari tahkim yerine *Milletlerarası Tahkim Kanunu* adı altında tüm uluslararası tahkim sahasına yaygınlaştırılmıştır¹⁰. Fakat, içerik incelemesi yapıldığında getirilen düzenlemelerin, kamu hizmetlerinin yürütülmesi dışında, tamamen uluslararası ticari tahkime yönelik olduğu görülmektedir.

Açık olan tarafların “sözleşme serbestisi”ne gereken özenin bu kanunda da yeterince gözetildiği olup; hemen başlangıç maddesi ve de kanunun uygulama alanını tespit eden 1. madde, tahkim yerinin Türkiye olması koşulunu getirirken, Türkiye'nin tahkim yeri olmadığı durumlarda dahi sözleşme taraflarının kanunun uygulanmasını seçme özgürlüğüne sahip olduğunu belirtmiştir. Yabancılık unsurunun varlığı araştırılırken 2. maddede de açıkça tarafların sözleşme serbestisi ile sözleşmeye yabancılık unsuru katabileceği ihtimalini gözetmeyi ihmal etmemiştir. Zira taraflardan birinin ikâmeti, mutat meskeni veya maddi hukuk ilişkili olduğu yer Türkiye’de değilse, ancak tarafların sarih arzuları tahkim yerini Türkiye yapabilecektir. Ancak, kanun kapsamı genişleterek yabancı yatırımcıları korumak, Türkiye’ye teşvikli gelen yatırımcıları gözetmek ve yine kamu ile iş ilişkisine giren yabancılara özel düzenlemeler getirmiştir. Burada güdülen gaye, yabancılara taleplerine göre imkânlar sunmak gibi gözükmektedir¹¹.

Tarafların irade serbestisi çerçevesinde, ulusal yargıdan bağımsız hareket etmek amacıyla doğmuş olan tahkim müessesesinin¹², kaynaklandığı bu ana ve beynelmil borçlar hukuku prensibine, gereken özeni göstermesini olağan karşılamak gerekir. Ancak, burada sözü edilen tam bir serbesti olmamakta ve getirilen belirli

⁹ Bu konuda öncelikle 4051 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun (RG. 22.01.2000 / 23941) çıkarılmıştır. Daha sonra kabul edilen Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 1/5 ile yabancılık unsurunun bulunması kaydıyla 4051 sayılı Kanun’dan doğan uyuşmazlıklarda kanun kapsamına alınmıştır. 4051 sayılı Kanun hakkında ayrıntılı açıklama için bkz.: **DOST, S.**: *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Ankara 2006, s. 59 vd.

¹⁰ Milletlerarası tahkim yerine, ‘milletlerarası ticari tahkim’ kavramını kullanmanın bazı sakıncalarının olacağı, zira her devletin iç hukukunda ticari tahkim kavramından anlaşılının ticari iş kavramına verilecek anlama göre farklılık göstereceği ileri sürülmüştür (**KALPSÜZ, T.**: *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Taslak – Tartışmalar – Öneriler*, Ankara 1999, s. 17; **AYDOĞAN, A.**: *Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü*, İstanbul 2003, s. 14). Buna karşılık milletlerarası tahkim kavramının özel hukuk dışı olan ve devletlerarasındaki uyuşmazlıkların çözümünü de kapsayan ve bu yönüyle devletler umumi hukukunun konusunu oluşturan tahkimi de ifade ettiğini, bu sebeple ticari kelimesinin kullanılmasının özel hukuk alanındaki tahkimi belirteceğinden milletlerarası ticari tahkim kavramının kullanılması gerektiği de belirtilmektedir (**NOMER, E. / EKŞİ, N. / GELGEL, G.**: *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2000, s. 3 vd.). Uluslararası kamu hukuku alanındaki tahkim ile devletlerin ekonomik ve ticari konulardaki ilgisi nedeniyle oluşan karma tahkimler konusunda ayrıca bkz.: **ERDOĞAN, F.**: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Ankara 2004, s. 19 – 87, 165 – 192.

¹¹ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1.maddesinin 5. fıkrası ve özellikle 2. maddesinin 3. ile 4. bentleri bu nitelikte hükümler olarak gözükmektedir.

¹² **SCHMITTHOFF, C.**: *Schmitthoff's Export Trade-The Law and Practice of International Trade*, London 1993, s. 647. Yazar, söz konusu eserinde ulusal yargı ile tahkim karşılaştırmasını yapmakta ve tahkim yönünde olumlu kanaatlere ulaşırken; uluslararası ticari hayattaki büyük önemini özellikle vurgulamaktadır.

sınırlamalar her düzenlemenin ana temasını oluşturduğu gerçeği ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Zira, her düzenleme belirli sınırlamalar manzumesidir. Fakat aynı zamanda da kaynağı olduğu uluslararası kabul gören temel sözleşme serbestisi ilkesini koruyucu olması gereken tahkim kanun ve düzenlemeleri bu yönleri ile incelenme konusu yapılmıştır. Öncelikle sözleşme serbestisinin anlamı ortaya konulduktan sonra üye devletlere hukuk sistemlerinde kanunlaştırmak üzere konulmuş UNCITRAL Model Yasası'nda ve Türkiye'nin yürürlüğe koyduğu Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda¹³ sözleşme serbestisinin ne olduğu ve çıkabilecek sorunları ele alınmış ve nasıl olmalı sorusuna cevap verilmeyle çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK SÖZLEŞME SERBESTİSİ

Asıl olan gerek ticari hayatta, gerekse diğer alanlarda kişilerin özgürce sözleşme yapabilmeleri olup, bu sözleşme tipi seçiminden içerik seçimine kadar her aşamada kendini göstermektedir¹⁴. Hiçbir hukuk sistemi kural olarak kişileri belli işlem ve eylemlerde bulunmak üzere irade açıklamaya zorlamamaktadır. Ancak kendi sistemi açısından belirli sınırlamaları da belli mülahazalarla öngörmektedir ki; her kanun düzenlemesi serbestiler sistemi kadar sınırlamalar sistemi de getirmektedir. Tahkim de gerek ulusal, gerekse uluslararası boyutu ile bu sözleşme serbestisi çerçevesinde doğmuş ve gelişmiş bir müessesedir¹⁵. UNCITRAL'de gerek kendi Tahkim Yönetmeliği ve gerekse Model Yasası'nda sözleşme serbestisini azami ölçüde kabul eder bir görüntü sergilemektedir¹⁶. Tahkim açısından bakıldığında her devlet kendi hukuk sistemi açısından sözleşme tarafları arasında çıkan uyuşmazlıklar için bir yargı yeri tespit etmekle beraber tahkime de müsaade etmektedir. Yani taraflar özgür iradeleri ile tam bir uyuşma halinde pekala devletin yargı yetkisini bertaraf edebilmektedir¹⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların başkaca bir üçüncü kuvvet ve de devlet otoritesi olmaksızın kendi iradeleri ile çıkacak karara uymaları gereği yine sözleşme serbestisi (freedom of contract) ve taahhütler ile bağlılık (ahde vefa - pacta sunt servanda) ilkelerinden kaynaklanmaktadır.

¹³ **GOODE**, Ticaret Hukuku adı altında yazdığı söz konusu eserinde uyuşmazlıkların çözüm yolları başlığı altında önce yargıyı sonra da tahkimi ele almış ve Ticari Tahkim adını kullanmıştır (**GOODE**, s. 1176 vd.). Türk kanun koyucusu ise, 21.06.2001 tarihinde kabul edilen ve 05.07.2001 tarih ve 4686 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda '*ticari*' terimini dışlayarak diğer ticari olmayan tahkimlere de uygulanması hedeflemiştir. Oysa gerçek anlamda sözleşme serbestisi olan saha ticari sadır ve ticari olmayan alanlarda uluslararası tahkim ancak iki yabancı kamu erki arasında, bir özel hukuk kişisi ile kamu erki arasında veya devletler arasında söz konusu olabilecek ve de bunların bulunduğu temel hukuk sahası da Devletler Umumi Hukuku veya sözleşme serbestisinin sınırlı kaldığı kamusal yatırımlar sahası olacaktır.

¹⁴ Tahkimin doğası sözleşme serbestisi tarafından belirlenmektedir (**GOODE**, s. 1176).

¹⁵ UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği, ICC Tahkim Yönetmeliği ve benzeri düzenlemelerde '*taraf iradelerine öncelik veren*' bir yaklaşım izlenmiş ve bu yerinde bir yaklaşımdır (**NOMER / EKŞİ / GELGEL**, s. 44). **KAPLAN**, tahkim usulündeki taraf iradesi ile ilgili olarak, buradaki taraf iradesi kavramının birçok iç hukuk sistemindeki sözleşme serbestisi olarak gözlemlenen düzenlemelerden, daha geniş kapsamlı ve liberal bir anlam ifade ettiğini belirtmektedir (**KAPLAN**, *Usule Aykırılık*, s. 25).

¹⁶ UNCITRAL Yasasının hareket noktalarının ayrıntılı açıklaması için bkz.: **YILMAZ, E.**: *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?* II, *Sempozyum – Bildiriler - Tartışmalar*, Ankara 1999, s. 9 vd. Ayrıca UNCITRAL Tahkim Tüzüğü'nün metni için bkz: **DAYINLARLI**, s. 65 – 85.

¹⁷ **MUSTILL, M.**: "*Arbitration; History and Background* (1989)", 6. JIA, s. 43; **MUSTILL, M. / BOYD, S. C.**: *Commercial Arbitration* (1989), Second Edition, London 1989, s. 33 vd.

Tahkim açısından sözleşme serbestisi, tarafların aralarında mevcut veya muhtemel uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözecekleri yönünde bir müstakil ya da maddi hukuka dair sözleşmeye eklenmiş bir tahkim kaydı ile kendini göstermeye başlar ve tahkim otoritesi seçimi, tahkim sürecinin nasıl gerçekleşeceği, kararın nasıl uygulanacağı ve uygulanacak hukuklarda tam olarak kendini gösterir¹⁸. Kısacası tahkim yolunun seçilmesi taraflar için tam bir serbesti dâhilinde ihtilafın giderilip taraflarca buna rızaen uyulması ile sonuçlanması gereken bir süreçte kendini gösterir. Özellikle farklı hukuk sistemlerine tâbi olan (gerçek ve/veya tüzel kişi) tarafların birbirleri ile girdikleri ticari ilişkilerde duydukları güven ihtiyacı ve sistemler arasındaki farklılıkların törpülenmesi olanağı tarafları uluslararası tahkimi seçip uygulanmasını sağlamak açısından zorunluluk gibi görülebilmektedir. Zira uluslararası ticari hayat artık uluslararası olmaktan da öte sanki global ticari ilişkiler olarak gözlenmeye başlamıştır. İşte bu boyutlu bir ticari ilişkiler düzenini temin için her devlet ve hukuk sisteminde genel geçerli ilkelerden hareketle çözüm tarzlarının üretilmesi bir zorunluluk olmakta ve her devlette en geniş sözleşme serbestileri çerçevesinde ticari ilişkinin taraflarını tahkimi uygulamaya ve bunda da başarılı olmaya yöneltmektedir. Aksi takdirde bu serbestiyi tanımayan devletlerin kaybının göz ardı edilemeyeceği aşikardır.

UNCITRAL, bu gereklilikten yola çıkarak 1976 yılında kendi Tahkim Yönetmeliğini ve daha sonra, Birleşmiş Milletler üyesi devletler için global bir birliği temin amacı ile tavsiye niteliği taşıyan 1985 tarihli UNCITRAL *Model Law- Model Yasası* hazırlayıp kabul etmiş ve akabinde de birçok devlet bu Yasayı gerek aynen ve gerekse uyarlayarak kendi hukuk sistemlerine katmışlardır¹⁹. Bu devletler açısından, her devletin kabul ettiği sözleşme serbestisi ve sınırları hemen hemen aynılık teşkil etmekte iken, Türk hukuku açısından Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri bu çerçevede daha dar anlam taşımaktadır. Zira, uluslararası anlamda bir ahlaka aykırılıktan söz edilemeyecek ve milletlerarası özel hukuk açısından sözleşme serbestisi sınırları daha zorlanmak gerekecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 1. maddesinde kanunun kapsamını tayin edilirken ve 1. maddenin 2. fıkrasında sözleşme taraflarının kendi iradeleri ile aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde bu Kanunun

¹⁸ REDFERN, A. / HUNTER, M. (*Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, London 1991, 132 vd.), tahkim sürecinde uluslararası standartlardan ve silsileden söz etmekte ve işleyişin temelinde sözleşme serbestisinin varlığını beyan etmektedir.

¹⁹ Almanya, Singapur, Bermuda, Cezayir, Rusya, İskoçya, Bulgaristan ve daha bir çok ülke bu Yasayı kendi sistemlerine kanun metni olarak katmışlardır. Abant Toplantıları'nda Sayın Prof. Dr. Saim Üstündağ'ın fikirlerinin (*Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II –Taslaklar – Tartışmalar - Öneriler*, Ankara 1999, s. 10 - 11) aksine UNCITRAL Model Yasasını, kanun olarak kabul eden devletler zengin fakir ayrımı yapılmaksızın çok değişik yapıdadırlar. Sadece entellektüel turizmi teşvik amacı ile bile tahkim müessesesini ülkesine transfer eden ve güçlü serbestiler tanıyan devletler vardır. Ayrıca devletler Model Yasayı kendi mevzuatlarına aktarıırken, bu Yasadan ayrılarak farklı hükümler de getirebilmektedirler [Model Yasa'yı aynen kabul etmekle birlikte ulusal tahkime ilişkin olarak da uygulanması açısından mehzadan ayrılan Alman örneği için bkz.: Alman Tahkim Kanunu (ÖZBAY, İ.: "1998 Alman Tahkim Hukuku ve Bu Reforma İlişkin Örnekler", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 1063 vd.)].

uygulanmasını seçebilme imkânı tanırken yerinde davranılmış ve milletlerarası özel hukuk ve borç ilişkileri açısından daha baştan sözleşme serbestisini esas alınmıştır.

II. SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN KAPSAMI

1. SÖZLEŞMELERE ULUSLARARASI KARAKTER KAZANDIRMADA

Uluslararası bir sözleşme hazırlanırken irade serbestisi çerçevesinde en önemli hususlardan biri olarak “uluslararası olma” unsuru ile karşılaşılır. Uluslar arası olma unsuru²⁰ tahkimde gerek esasa, gerekse usule uygulanacak hukuk tespiti açısından büyük önem taşımaktadır. Zira bu unsur tahkimin uluslararası normlar çerçevesinde yürütülüp yürütülmeyeceğini belirleyecektir. Bu husus, esas olarak işin yapıldığı yer veya tarafların milliyetine göre tespit edilecek veya tarafların iradesi ile bir ticari ilişki pekala uluslararası tahkim konusu olarak değerlendirilebilecektir. Model Yasa, 1. maddesinde 3. fıkrasında bu hususu düzenlemekte ve esas sözleşme zamanı üzerinden tespitlerde bulunmaktadır. Özellikle tahkim yeri veya usule ilişkin hukuk seçiminin söz konusu olduğu hallerde uluslararası olma unsuru kendiliğinde iradelerle tahkime katılmış olacaktır. Burada tahkim yeri hukuk sistemi, eğer Model Yasa kendi sistemine dâhil etmişse bu Yasa tahkimde usule uygulanacak hukuk olacaktır. Zira bu Yasa, seçimle de uygulanabilme imkânı tanımış ve uygulanacak hukuk seçimi sözleşme serbestisi dâhilinde tutulmuştur. Model Yasanın 1. maddesinin 3. fıkrası c) bendinde, temel sözleşme konusunun birden fazla ülkeyi ilgilendiriyor olması halinde de tarafların anlaşarak bu Yasanın tahkimde uygulanabileceğine imkân vermekle; burada sözleşme serbestisini azami ölçüde tanınmış olduğu görülmektedir. Sonuç olarak denilebilir ki; eğer Model Yasayı kendi hukuk sistemine katmış bir devlet ülkesi tahkim yeri olarak veya tahkim usulüne uygulanacak hukuk olarak seçilmiş ise; taraflar tam bir sözleşme serbestisi dâhilinde ticari ilişkinin uluslararası bir karakter taşıyıp taşıyımamasını seçme özgürlüğü ile karşılaşacaklardır²¹.

Uluslararası olma açısından Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinde de tarafların irade serbestisi ile bunu sağlayabilmesini, taşınmazın aynı ile ilgili ilişkiler dışında aynen tanımıştır. Ancak, yabancılık unsuruna ilişkin 2. maddede taraflardan birinin diğeri ile farklı devlet ülkesinde yerleşik, ikamet sahibi, işyeri sahibi ya da yabancı ortaklı olma gibi şartları aramıştır. Kural olarak, tahkim anlaşmasının akdi sırasında sözleşme taraflarından bir veya her ikisinin tahkim yeri ülkesi (Türkiye) dışında yerleşik veya mesken sahibi olması şartını aramıştır. Burada ticari işin mahiyeti değil, sadece tarafların ikametgâhı veya mutad meskeni prensibi-ne ağırlık verilmiştir. Bunlara ek olarak 2. maddenin 4. bendinde asıl sözleşme veya

²⁰ Tanıma ve tenfiz açısından hakem kararının uluslararası olma değil yabancılık unsuru araştırmasına tabii tutulduğunu belirtilmektedir (NOMER / EKŞİ / GELGEL, s. 96 – 101). Ancak kanaatimizce yabancı karardan ziyade uluslararası karar yani farklı hukuk sistemlerini etkileyen karardan söz edilmesi daha yerinde olur. Zira her koşulda sözü edilen karar verildiği yer veya tarafları açısından ve de tenfiz-icra yeri bakımından farklı hukuk sistemlerinin etkisindedir. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞİT, B.: *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 2005.

²¹ KAPLAN, N. [“The Model Law in Hong Kong”, Arbitration International (1992), 223], bu sözleşme serbestisinin sınırsızlığı üzerinde ayrıca durmakta ve Model Yasa'nın Hong Kong'da kabulünde aynen korunduğuna değinmektedir.

hukuki ilişkinin bir ülkeden diğerine mal veya sermaye geçişlerine ilişkin olması halinde de yabancılık unsuru kabul edilmiştir. Örneğin ikisi de Türk şirketi olan ve Türkiye’de yerleşik şirketlerin bir yabancı ülkeden bir başka yabancı ülkeye mal satımı veya taşınmasına ilişkin sözleşmelerde de yabancılık unsuru varsayılacaktır. Yine hizmet transferleri de geniş anlamda mal transferi olarak kabul edilebilecektir.

Burada sayılanların dışında, Milletlerarası Tahkim Kanunu, ulusal bir işlem ya da sözleşmeye irade serbestisi ile yabancılık unsuru kazandırmaya izin vermemektedir. Yani Türkiye içinde iki şehir arası taşımada taraflar bu ilişkiye Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacak şekilde bir hukuk seçimi ile Kanunun uygulanmasını sağlayamazlar. Zira, 1. maddenin 2. fıkrasında açıkça yabancılık unsuru taşımayı şart koşmuş, yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiğini de sınırlı bir şekilde 2. maddede ortaya koymuştur²².

2. HAKEM HEYETİNİN OLUŞTURULMASI VE HAKEMLERİN SEÇİMİNDE

Tarafların sözleşme serbestisi dâhilinde en önemli hususlardan birisi de tahkim heyeti veya tek hakemin kim olacağıdır. Yani taraflar hakem seçimi veya seçim süreci açılarından da tam bir sözleşme serbestisinden yararlanacaklardır²³. Ancak hakem heyetinin oluşturulmasında asıl olan sözleşme serbestisinin aynı ölçüde taraflara eşit olarak tanınmasıdır. Hakem heyetinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakemlerin seçimlerinden önce en önemli konulardan birini teşkil etmektedir²⁴. Zira; tahkim sürecinde hakem heyetleri dikkate değer bir gücü kullanmakta ve tarafları bağlayıcı kararlar almaktadırlar. Usule ilişkin verilen serbesti dâhilinde hakemler geniş yetkilerle tahkim sürecini işletir ve yürütürler. Bu aşamada da tarafların irade serbestisi hakemler için en önemli hukuk kaynağını teşkil eder. Bu anlamda hakemler tarafları, kendilerine tanınan serbesti çerçevesinde pekala sıkı prosedürel bir süreçle zorlayabilecekleri gibi, daha serbest bir usul süreci ile de tahkimi yürütebilirler. Ancak hakemlerin seçiminde, tarafsızlık, bağımsızlık ve taraflara eşit davranma ölçütlerinin dikkate alınması sonuçta oluşacak kararın icra edilebilmesi için çok önemlidir²⁵

²² Ayrıntılı açıklama için bkz.: **GELGEL, G.**: “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 1084 vd.

²³ **SCHWARTZ, E. A.**: *Perspectives from the ICC*, International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures (17-18 February 1994), London, s. 34 - 35.

²⁴ Taraflara tanınan serbesti kendilerine eşit muamele yapılmasını engelleyecek şekilde kendi ekonomik veya iş ilişkisi ile bağimli, tarafsız olmayacağı belli kişilerin hakem seçilmesi sonucunu da doğurmamalıdır. Taraflarca seçilmiş olsalar bile hakemlerin bağımsızlığı tahkim sürecine dair en temel usul garantilerindedir (**KAPLAN, Y.**: “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, MHB, Y.21, s.1-2, 2001, İstanbul, s. 43; **NOMER, E.**: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, MHB, Y.1, S.1, 1984, s. 29).

²⁵ Hakemlerden biri veya tamamının tarafsızlığı konusu kararın tenfizi aşamasında kamu düzeni kriteri ile denetlenebilecek ve tenfizin reddi sebebi oluşturabilecek bir husustur. Tüm Kara Avrupası hukuklarında da tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesine uyulmadan seçilmiş hakem kararları kamu düzeni denetimine tâbidir. Taraflar tüm hakemlerin tek bir tarafça seçileceği konusunda anlaşmışlarsa bu durum da taraflar arası eşitlik ve hakemlerin tarafsızlık ilkelerini zedeler ve kamu düzenine aykırılık oluşturur. Ancak kamu düzeni hakem kararlarının tenfizinde zayıf bir müdahale gücüne sahiptir ve çok sınırlı bir denetim aracı olarak kullanılmı-

Açıklanan gerekçelerle ve çizilen sınırlar dâhilinde UNCITRAL Model Yasayı tahkim sürecinin başlaması ve hakemlerin seçimlerinden sonra tarafların sözleşme serbestisini hakemlerin tutum ve davranış serbestisi olarak ele almaktadır. Yani artık tarafların irade serbestisi kendilerine eşit muamele yapılmak kaydı ile hakem heyetine geçmiş olacaktır. Ancak Model Yasa uyuşmazlığın taraflarının tahkim heyeti veya hakemin sayısında anlaşmamaları haline matuf olmak üzere emredici bir kural koymuş ve bu durumda üç hakemden müteşekkil hakem heyetinin tahkim sürecini işleteceği kuralına yer vermiştir. Her ülke açısından bu Kanun, kendi hukuk sistemlerine katılırken farklı sayıda hakemlerin teşekkülüne izin verilmesi mümkün olacaktır²⁶. Hakemlerin seçimlerinde ise taraflara tam bir irade serbestisinin tanındığı görülmektedir. Ancak 6. madde uyarınca, eğer taraflardan biri kendi hakemini seçmekte özellikle gecikiyorsa yetkin ve görevli mahkemenin pekâla taraf yerine hakem seçimini gerçekleştirmesine yer verilmektedir.

Model Yasa, hakemlerle taraflar veya diğer tahkim otoriteleri ile taraflar arasında çıkan veya çıkabilecek uyuşmazlıklarda ne gibi çözümler üretebileceği hususunda her hangi bir düzenleme getirmemiştir. Oysa tarafsızlığından ya da bağımsızlığından şüphe edilen hakemin reddi uygulaması pekala taraflara tanımak gerekir²⁷. Hatta taraflar irade serbestileri çerçevesinde hakemlerin ne gibi durumlarda reddedilebilir görevden el çektirilebilecekleri ve buna ilişkin süreci de düzenleme yetkisini haizdirler²⁸. Ancak tarafların anlaşmamış olmaları halinde Model Yasa ya da bu Yasayı yasalastırılmış hukuk sisteminin bu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Burada da yedek hakemin seçiminde yine tarafların irade serbestisine mi yoksa direkt mahkeme seçimi yoluna mı gidileceği hususları tartışmalı olmakla birlikte; taraf iradelerine üstünlük tanınması gerekir. Ancak taraf iradelerine üstünlük tanınması sürecin suistimali sonucunu doğuracak nitelikte olmamalıdır²⁹. Fakat uygulamada taraflardan birinin başvurusu halinde tarafsızlığını yitiren hakemin yerine yenisinin atanması genellikle mahkemelerce yerine getirilen bir görev gibi değerlendirilmektedir. Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Cenevre’de Yapılan Avrupa Sözleşmesi’nde³⁰ hakem seçimi ve reddi konuları ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup; UNCITRAL Model Yasası ile paralel içeriktedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7. maddesinde de bu konular düzenlenmiştir. Tek sayı olmak koşulu ile taraflara hakem sayısını tespititte tam bir serbesti ve-

lıdır (NOMER, E.:“Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, s. 561-562, 575).

²⁶ İskoçya, Meksika ve Amerika Birleşik Devletlerinde bir çok eyalet üç hakem yerine bir hakemi daha uygun bulmuşlar ve ayrıca Model Yasayı kendi hukuk sistemlerine dâhil ederken farklı hükümler getirmişlerdir. Bu farklı düzenlemeler için bkz.: SANDERS, P.: “Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law”, Arbitration International 1995-1, s. 1-12.

²⁷ LALIVE, P.: *An International Conference on the Reform of the Commercial Arbitration Procedures- Conclusions*, London 1994, s. 119 - 122.

²⁸ BERGER, K. P.: *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993, s. 252.

²⁹ SCHLOSSER, P.: *The Competence of Arbitrators and of Courts*, Arbitration International 1992 - 8, s. 193.

³⁰ RG. 23.9.1991 / 21000 (metin için bkz.: KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 221 - 232).

rilmiştir³¹. Tek sayı prensibini kabul eden Kanun'a rağmen çift sayılı hakem heyetlerinin de oluşturulabileceği ve bunun kabul edildiği hukuk sistemleri mevcuttur³². Yine hakem seçimine ilişkin prosedürü tayin eden kanun, taraflara aksini kararlaştırma serbestisini taraflara vermektedir. Taraflara hakem seçimi kadar, niteliklerinin belirlenmesi³³, hakemin reddi, hakemlere tazminat yükümlülüğü yüklemek gibi birçok konuda tam bir sözleşme serbestisi tanındıktan sonra, tamamlayıcı hukuk kuralları ile kanun maddesi sistematize edilmiştir. Hakemlerin kendilerinin yetkisi konusunda karar verme yetkileri de (competence-competence) kanunda tanınmış ve bu konuda taraflara bir serbesti verilmemiştir. Taraflar yetki konusunda sadece ilk itirazlarını, yetki aşımında ise aşımı takiben itirazlarını sunabilme serbestisine sahiptirler.

3. USULE UYGULANACAK HUKUKUN SEÇİMİNDE³⁴

Genel olarak tahkim kanunlarının çoğunluğunda hakem heyetleri veya hakemlere organizasyon ve prosedür açısından büyük bir serbesti alanı bırakılmaktadır³⁵. Ancak tahkim kanunları az ya da çok uyumsuzluk taraflarına usule uygulanacak hukuk seçimi ve sürecin işleyişinde hakemlere yönelik olarak tam bir özgürlük tanıma yanlısıdır. İşte bu serbestinin kullanılmasında hakem heyeti tam bir serbestiye sahip olacak ve tarafların yerine karar verme özgürlüğünden yararlanacaktır³⁶. Ancak, taraflar usule ilişkin bir hukuk seçmemekle birlikte tahkim yerini seçmişlerse, o tahkim yeri hukukunun usule uygulanacak hukuk olarak değerlendirilmesi gerekir³⁷.

Model Yasanın 19. maddesinde tarafların irade serbestisini tahkim heyetinin takip edeceği belirtilmiştir. Sadece bir kaç emredici kuralın sınırlaması tanınmakla

³¹ Bununla birlikte uygulamada her hangi bir zorunluluk da olmamasına rağmen üçlü hakem mahkemesinin klasik bir uygulama haline geldiği söylenmektedir (**KAPLAN, Y.**: “*Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları*”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB, Y.19-20, 2000, s. 478 dn.18).

³² **KAPLAN**, Hakemlerin Seçilmesi, s. 478 dn.19.

³³ Doktrinde hakemlerin niteliklerinin uyumsuzluğun çözümü için yeterli bilgi ve birikime sahip olmasının tahkim sürecine katkı sağlayacağı da özellikle belirtilmektedir (**KAPLAN**, Hakemlerin Seçilmesi, s. 480).

³⁴ Milletlerarası tahkimde uygulanacak tahkim usulü ve bu usule aykırılık konusunda bkz.: **KAPLAN**, Usule Aykırılık, s. 23 vd.

³⁵ **REYMONDE, C.**: “*The Main Features of Civil Procedure and How They Apply the Cases in Arbitration*”, An International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures (17-18 Şubat 1994), London, s. 22.

³⁶ Usule uygulanacak Yasanın taraflarca ayrıntılı olarak belirlenmemesi halinde hakemler yargılamaya başlamadan önce bir görev belgesi hazırlaması gerekir. Böyle bir belgenin hazırlanması ile ilgili ICC Tahkim Kurallarının 18. maddesi ile Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/E hükmü benzer düzenlemeler içermektedir. Görev belgesi hazırlanırken, usule uygulanacak hukuk, tahkim lisansı ve yeri ile süre ve zaman çizelgesi hakemlerle taraflar arasında görülecek ve ortak çözüm bulunmasına yarayacaktır. Görev belgesinin yararları, içeriği, hukuki niteliği ve bu belgeye bağlanan hukuki sonuçlar için ayrıca bkz.: **AKINCI, Z.**: “*Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi*”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 966 vd.

³⁷ Milletlerarası tahkimde usule uygulanacak hukuk ile ilgili ayrıca bkz.: **BİRSEL, M. T.**: “*Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları – ‘Uygulanacak Usul Hukuku’ Belirsizlikleri*”, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 85 – 131.

yetinilmiştir³⁸. Bunlardan en önemlisi ise her iki tarafında sav ve savunmalarını tahkim heyeti önünde sunmaları hakkı ve taraflara süreç boyunca eşit davranma yükümlülüğüdür. Eğer sözlü delillerin sunulması ve de duruşma yapılması hususlarında taraflarca bir anlaşma yapılmamış ise ancak heyet bu hususlarda olayın niteliklerini de gözeterek karar verebilecektir. Yine eğer heyet bir bilirkişi incelemesi öngörürse bilirkişi önünde de tarafların iddialarını ispatlama imkânı tanınmak gerekir. Ayrıca, tahkim sürecinde kullanılacak dilin seçiminde de taraflar tam bir irade serbestisine sahiptir. Ancak bunu seçtikleri hakemler ve tahkim yeri ile bağdaşır bir tarzda kullanmaları kendi menfaatleri icabı görülmektedir. Yine, Model Yasa, 24. maddesi 4. fıkrasında taraflardan birine ulaşan bir belge, yazı, delil bilginin diğerine de tebliğ edilmesi gereğini emredici kural olarak düzenlemiştir. Bu tarafların irade serbestileri ile kendilerine eşit davranma yükümü ile açıklanabilir ve yerindedir. Taraflar heyetçe seçilen bilirkişinin de tarafsızlığı ve eşit davranma yükümlülüğü açısından itirazda bulunup, raporunun geçersiz olması gerektiğini iddia edebilirler.

Ancak bir ülkede üçüncü kişileri delil sunmak üzere ihzaren celp etme ve dinleme yetkisi, yemin teklif yetkisi ve benzeri yetkiler o ülkenin devlet otoritelerine tanınmış olmakla bu hususlarda tarafların irade serbestisi yerini devletin egemenliği ilkesine bırakacak ve hakem heyeti bu hususlarda ya tahkim yeri mahkemesinden ya da usule uyguladıkları hukukun gösterdiği merci vasıtası ile bu işlemleri gerçekleştirecektir³⁹. Burada getirilen tahkim yeri hukukuna atf ve uygulanması sistemi genel kabul gören sistem olup Model Yasa da aynı sistemi benimsemiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, daha 3. maddede tahkimde yetkili ve görevli mahkemeden söz etmektedir. Böylece mahkeme yargısını dışlamayı hedefleyen tarafların, bir mahkeme ile de muhatap olacakları başlangıçta açıkça belirtilmektedir. Kanun, bu düzenlemesiyle mahkeme müdahalesinin aşırı olduğu gibi kendinden soğutucu bir izlenim vermektedir. Bunun sebebi de söz konusu Kanunu uygulayacak veya uygulamayı gözetecek bir tahkim kurumunun eksikliği olarak görmek gerekir. Mehz teşkil eden Model Yasa, uygulaması olan veya direkt uygulamaya elverişli olmadığından her devlet kendi hukuk sistemine bunu taşıırken uygulamayı sağlayıcı kurumu da kendi ihdas etmek gerekmektedir. Bu noktada Milletlerarası Tahkim Kanunu otorite olarak bir mahkemeyi tayin etmiş durumdadır. Usule ilişkin birçok husus mahkemelere gidilmeden bu kurumca önlenmek ve hukuk çerçevesinde tutulabilmek durumundadır. Zira taraflar irade serbestileri tahkime yönelmiş kişiler olarak fazladan mahkemelerle muhatap bırakılmayı istememektedirler. Ancak Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki bu yetkili ve görevli mahkemenin görevi tamamen usule yardımcı olmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, 10. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlediği davranın açılması ve usul ile ilgili hüküm içeriğinde taraflara tam bir sözleşme serbesti-

³⁸ HERRMAN, G.: "The UNCITRAL Model Law; Its background, Salient Features and Purposes", Arbitration International 1985-1, s. 6 - 19.

³⁹ Son yıllarda yapılan tahkimle ilgili düzenlemelerde hakemlere tedbir kararı alma yetkisi verilmeye başlanmıştır; ancak hakem heyetine verilen bu tedbir kararlarının mahalli hukuklarla tanınması veya uluslararası anlaşmalarla kabul edilmesi henüz söz konusu değildir; bu konuda ayrıca bkz.: ŞANLI, s. 363 vd.

si verir gözükmektedir. Tabii burada emredici ve sınırlayıcı kamu düzeni kuralları da vardır. Örneğin önceden mahkeme aracılığı ile ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınmış ise otuz gün içinde tahkim davasının açılması zorunlu olacaktır. Yine tahkimin dilinin Türkçe veya Türkiye'nin tanıdığı devletlerden birinin resmi dili olması gereği de taraflara yeterince serbesti verir niteliktedir. Ayrıca Kanunda; taraflara görev belgesi, davada delil toplanması gibi birçok hususta tam bir serbesti tanınmıştır.

4. ESASA UYGULANACAK HUKUK SEÇİMİNDE

Uluslararası ticari tahkim temelini sözleşme serbestisinde bulduğu gibi; uluslararası özel hukuk, gerek Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 24. maddesi ve gerekse diğer hukuk sistemleri açısından sözleşmesel ilişkilerde uygulanacak hukuku belirlerken kanunlar ihtilafı kurallarında tarafların irade serbestisi ile seçtikleri hukuka birincil uygulama imkânını tanımıştır⁴⁰. Eğer açık bir hukuk seçimi varsa buna bakılmakla uyumsuzluğun esasını teşkil eden sözleşme hukuku irdelenecek ve hükümde esas alınacaktır⁴¹. Birçok hukuk sistemi, kanunlar çatışması ile ulaşılabilecek esasa uygulanacak hukuktan önce uygulama alanı bulacak olan tarafların iradeleri ile seçtikleri maddi hukuku kabul etmektedir. UNCITRAL Model Yasası, kendi sistemlerine dâhil eden ülkeler ve de birçok diğer ülke Türkiye'de dâhil olmak üzere bu serbestiye yer vermektedir. Bu seçim imkânı taraflara sadece bir hukuk sistemini değil o sistem içindeki bir kanun veya özel düzenlemeyi de seçme imkânını kapsar niteliktedir⁴². Hatta taraflar ilişkilerinde esasa uygulanacak hukuk olarak birden çok hukuk sisteminin farklı kanun veya kanun maddelerini uygulama yönünde hukuk seçimi yaparak uygulanacak hukuka da uluslararası nitelik katabilirler⁴³. Dahası tarafların esasa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*, hukukun temel ilkeleri, ticari örf adet, uluslararası ticari hukukta uygulama alanı bulan belirli Yasa dahi esasa uygulanacak hukuk olarak seçilebilir⁴⁴. Model Yasa, 28. maddenin 4. fıkrası açıkça hakem heyetinin sözleşme kuralları çerçevesinde karar vereceğini belirten ifadesi bu denli geniş yorumlanmak gerekir. Ancak burada da sınırlamaların varlığı göz ardı edilemez, aşağıda ele alacağımız gibi, kamu düzeni, iyiniyet ilkeleri ve benzer yargısal yaklaşımlar burada da irade

⁴⁰ ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, adli eserinin 105. sayfasından ve özellikle 123. sayfa itibarı ile sözleşme serbestisi ve tahkimi ele alırken tahkim heyetlerinin bir *lex fori*'sinin olmaması nedeni ile esasa uygulanacak hukukun seçilmiş olmasının büyük önem taşıdığını ayrıntılı olarak ele almıştır. Ayrıca bkz.: TEKİNALP, G.: "Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK m. 24 ve Zimni Hukuk Seçimi", MHB, 1985/1, s. 28 – 29; TİRYAKIOĞLU, B.: *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996.

⁴¹ MUSTILL / BOYD, s. 62 vd.

⁴² CHUKWUMERİJE, O.: *Cohice of Law in International Commercial Arbitration*, London 1994, s. 107 vd.

⁴³ HERRMAN, s. 22.

⁴⁴ KAPLAN, bu türden milli hukuk dışındaki hukuk kurallarının seçilmesine izin veren düzenlemelere örnek olarak MTO Tahkim Kuralları, 1958 Tarihli New York Sözleşmesi, 1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi, 1965 tarihli Washington (Dünya Bankası) Sözleşmesi, UNCITRAL Model Yasasını vermektedir (KAPLAN, K.: "Milletlerarası Ticari Tahkime Milli Hukuk Dışı Kuralların Uygulanması", AÜEHFD, C.III, S.1, s. 328 -334).

serbestisinin sınırlarını çizecektir⁴⁵. Milletlerarası Tahkim Kanunu m.12/C’de aynı doğrultuda esasa uygulanacak hukuk bakımından tarafların sözleşme serbestisini tanımadır. Özellikle bir devlet hukuku seçimi halinde seçimin maddi hukuka yöneldiği yönlü düzeleme yerindedir ve taraf iradelerinin de bu yönde olduğu varsayımına dayanmaktadır.

Model Yasanın 28. maddesinin 3 fıkrasında esasa uygulanacak hukuk açısından dahi hakem heyetini hukuk ihdas etmekle (*amiable compositeurs*) ve buna göre çözüm üretmekle yetkilendirebilir. Bu durumda hakem heyeti sadece belirtilen ülke kamu düzeni ile sınırlı ve bir o kadar serbest bir heyet ve süreçten söz edilecektir. Burada uygun düşen bir hukuk sistemi kuralı esasa uygulanabileceği gibi, sadece hakkaniyet ve nısfet ölçülerinde de karar ihdası yoluna gidilebilir⁴⁶. Bu denli geniş irade serbestisi tarafları Model Yasa hükümlerini kendi sistemlerine taşımış hukuk sistemlerinin bulunduğu yerleri tahkim yeri olarak tarafların seçmesi sonucunu doğurmaya yeter gerekçe olarak dahi gösterilebilir. Ancak bu yetki kullanılıp bir esasa uygulanacak hukuk gerek sistem gerek norm ya da prensip olarak seçilmemiş ise tahkim heyetinin Kanunlar Çatışması kuralarını kullanmaktan başkaca bir imkânı kalmayacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu da yerinde olarak tarafların irade serbestisine azami önemi esasa uygulanacak hukuk açısından m.12/C ile tanımış gözükmektedir. Özellikle C bendi son paragrafında hakem heyetine hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisinin taraflarca açıkça tanımlanabileceğini düzenlerken sözleşme serbestisinin sınırlarını oldukça geniş tutmaktadır. Bu hali ile Model Yasadan ayrılmadığı söylenebilir.

5. TAHKİME YARDIMCI MAHKEMENİN SEÇİMİNDE

Model Yasanın 5. ve 6. maddelerinde tahkim sürecine yerel mahkeme katkıları ve mahkemenin tahkim sürecine müdahalesine ilişkin düzenlemeler getirmektedir. 5. madde açıkça kanunda yer verilmedikçe mahkemelerin müdahalesinin söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Bu tahkim yeri mahkemesinin yetkisinin ancak istisnai durumlara özgü olabileceğini açıkça tespit eden bir maddedir. Ancak maddeler tek tek irdelendiğinde yeterince mahkeme müdahalesine yer verildiği görülmektedir⁴⁷. 6. madde ise, uluslararası ticari tahkimlerle ilgili olarak her devletin bir mahkemeyi görevlendirmesi gereğine değinmektedir. Ancak burada görevlendirilen mahkeme ya da yargısal otorite dışında da bazı mahkeme ve yargısal otoritelerin görevlendirildiği maddeler ayrıca vardır⁴⁸.

⁴⁵ CHUKWUMERİJE, s. 109 vd.

⁴⁶ BAKER, S. A. / DAVIS, M. D.: *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice*, Kluwer 1992, s. 178 vd. Her ne kadar yazarlar UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği’ni incelemekte ise de bu husus açısından büyük bir farklılık olmayacağını paralel uygulama bulacağını düşünmekteyiz.

⁴⁷ HERRMAN, s. 15. Yazar, Model Yasada yer verilen mahkeme müdahalelerini fazla bulmaktadır.

⁴⁸ Model Yasanın 9. maddesi tahkim süreci öncesi veya süreçte interim measures-tedbir kararları alınmasında ve delil toplama yardım için 27. maddesinde ve de tanıma ve tenfize ilişkin 35 - 36. maddelerinde, 6. maddede belirtilen mahkeme dışında mahkeme yetkilendirmesine yer vermektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu da bu doğrultuda olarak, 3. maddede yetkili ve görevli mahkeme tespitinde bulunmaktadır. Burada davalının yerleşim yeri esas alınmış; eğer davalının yerleşim yeri yoksa da İstanbul Asliye Hukuk Mahkemeleri yetkili ve görevli tayin edilmiştir. Burada emredicilik söz konusudur ve taraflar tahkime müdahale edecek yargı yerini irade serbestileri ile değiştiremezler. Ancak son fıkrada mahkemelerin yetkilerinin sınırları açıkça kanun kapsamındaki yetkilerle sınırlandırılmıştır.

Her ne kadar mahkeme müdahalesini düzenleyen bu hükümler Model Yasa'da yer alıyor ise de bazı hususlarda tam bir açıklık yoktur. Örneğin uyuşmazlığın esasının tahkime elverişli olup olmadığı meselesi, tarafların tahkim sözleşmesi yapmaya yetkin olup olmadığı, ulusal egemenlik ilkesinin tahkim üzerine etkisi, tahkim heyetlerince verilen ara karar niteliğindeki kararların uygulaması-uygulanabilirliği meseleleri, hakem heyeti-hakem ile uyuşmazlık tarafları arasındaki akdi ilişkinin varlığı, hakemlerin profesyonel sorumluluğu, hakem masraf ve ücretleri ve tenfiz için bir süre sınırlamasının var olup olmadığı meseleleri tamamen Model Yasa düzenlemesi dışındadır. Bunu Model Yasanın noksanlıkları olarak değerlendirmemek gerekir. Zira her devlet kendi hukuk sistemine Model Yasayı katarken bu hususları ayrıca değerlendirip düzenlemelerde bulunacaktır. Zaten bu Yasa uygulanmak değil tavsiye edilmek üzere konulmuş ve ancak uygulamayı sağlayacak bir otorite-tahkim kurumu ile birlikte işletilebilecektir. Böylece de mahkeme müdahaleleri ancak asgariye indirilebilecektir. Yoksa mahkemenin tahkim otoritesi olarak görev yapması sonucu doğmaktadır ki bu da tahkim yolunu seçen tarafların hiç beklemediği ve de istemediğidir. İşte bu çerçevede Milletlerarası Tahkim Kanunu 3. maddede tahkimde görevli ve yetkili mahkemeyi ve müdahalesinin sınırlarını açıkça ortaya koymuştur. Bu düzenleme Model Yasadan ayrılma olarak değerlendirilemez⁴⁹.

Ancak uluslararası ticari tahkim, mahkeme müdahalesine karşı olduğu kadar mahkemelerin yardımını dışlayan bir müessese de değildir⁵⁰. Sadece tarafların irade serbestisini sınırlamamalı ve tahkim heyetine ihtiyaç duyulandan fazlasını zorlamamalıdır. Bu çerçevede, Model Yasa tamamen tarafların irade serbestisi temelinden hareket eden bir düzenleme olup, mahkemeler sadece bu serbestinin tam ve eşit kullanımına katkı yapmaktadırlar. Eğer bir uyuşmazlık mahkeme huzuruna önce gelmiş ise mahkeme ortada bir uyuşmazlığın ve tahkim anlaşmasının varlığını görüyorsa hemen davadan el çekip tarafların irade serbestileri ile anlaştıkları gibi tahkim yoluna gitmelerini sağlamalıdır⁵¹. Mahkeme müdahalesi sadece delil toplamada ve ara kararlarında⁵² kendini gösterecek ve mahkemede taraf iradeleri ile belirlenen tahkim yerine göre tayin edilmiş olacaktır⁵³.

⁴⁹ Kaldı ki; "kamu düzenine aykırılık" ve "tahkime elverişlilik" gibi kıstaslar 1958 tarihli New York Konvansiyonu'nda m. V'de tenfiz reddi ve 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu IX. maddede hakem kararının iptali sebepleri arasındadır. Bu nedenle verilecek kararın icra edilebilmesi için hakem heyeti ve taraflar söz konusu düzenlemeleri de dikkate almak durumundadır (KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 69 ve 74 - 75).

⁵⁰ REYMONDE, C.: "The Report of Mustill Committee; A Foreign Overview", LQR 1990 - 106, s. 438.

⁵¹ KAPLAN, N., s. 226.

⁵² ŞANLI, s. 241 - 242.

⁵³ SCHLOSSER, s. 196.

6. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN KONUSUNDA

Model Yasa, ikinci bölümünde tahkim sözleşmesini ele almakta ve geçerliliğini değerlendirmektedir⁵⁴. 7. maddenin 1. fıkrasında tarafların mevcut veya ileride doğabilecek uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözme yönündeki anlaşmalarından söz etmektedir. Burada yine tahkim sözleşmesi yerine uygulamada yaygın olduğu gibi tahkim şartını havi esas sözleşme de yeterli olacaktır⁵⁵. Ancak, 7. maddenin 2. fıkrası yazılılık-*written form of contract* prensibini koymuştur ki; taraflar serbest iradele-ri ile dahi sözlü tahkim anlaşması yapamayacaklardır. Bunun nedeni de yazılılığın güven telkin etmesi olabilir. Burada sadece ispat vasıtası olarak yazılılık aransaydı da olurdu ve yazılı delil başlangıcı nitelikli bir belge bile tahkime gidilmesini ve buna göre heyetin yetkin olup olmadığının tespitinde yeterli kabul edilmeliydi.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, ikinci bölüm altında madde 4 ve devamında, tahkim anlaşması ele alınmakta olup yazılılık burada da bir şart olarak aranmaktadır. Yazılı şekilden kasıt ise, adi yazılı şekildir⁵⁶. Ancak telgraf, fax, telex ve benzeri tüm iletişim vasıtaları ile yazılılığın sağlanabileceğini belirten kanunun ikinci bölümünde 4. maddesi, yazılılık ilkesini Model Yasa'dan daha kapsamlı ele almıştır. Aslında yazılılık prensibinin bu kadar geniş tutulması tartışmalı sonuçlara da gebe-dir. Zira yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeleri de anlaşmadaki yazılılık için yeterli saymıştır.

Model Yasa, 8. maddesi uluslararası kabul edilebilirliği nedeni ile tahkim sözleşmesine büyük etki sağlamaktadır. Ancak 9. madde de öngörülen tarafların tedbir nitelikli kararlar alınması için mahkemeye başvurularına olanak tanımakta ve bunun tahkime müdahale olmadığını belirtmektedir ki; burada tahkime gidilmeksizin sonuçlar doğuran kararların alınmasında mahkemeler özel yetkiler kazanmaktadır. Bunun tarafların irade serbestisine sınırlama olarak değerlendirilmesinden ziyade, irade serbestisine destek olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira tahkime gidilecektir; ancak bir an önce⁵⁷ bir şeyler yapılması ihtiyacı bu türden yargısal yollara başvuruyu zorunlu kıldığı için tanınmaktadır. Yoksa uyuşmazlığın esasını tahkim süreci değerlendirip çözecektir⁵⁸.

⁵⁴ Tahkim anlaşmasının şekli, niteliği ve geçerliliği hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz.: **KALPSÜZ, T.:** “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 1027 vd.; **TAŞKIN, A.;** *Hakem Sözleşmesi*, Ankara, 2005.

⁵⁵ Buna karşılık taraflarca hazırlanan sözleşmede tahkim şartına açıkça yer verilmemiş veya ayrıca bir tahkim anlaşması yapılmamış olmasına rağmen tahkim kaydının yer aldığı bir sözleşmeye atf yapılmışsa; yazılı şartının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Zira taraflar aralarında yaptıkları esas sözleşmeye böyle bir atf yaparak, atf yapılan sözleşmeyi asıl sözleşmelerinin bir eki durumuna getirmiş olmaktadır (**ŞANLI**, s. 244 – 245). Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi bu hususu açıkça düzenlemiş ve yazılılık şartının bu şekilde gerçekleştirilebileceğine izin vermiş durumdadır.

⁵⁶ **ŞANLI**, s. 243.

⁵⁷ New York Konvansiyonu, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin düzenlemelerde de bu nevi yazışmalar sonucu varılan sözleşmeleri yeterli görmektedir. Ayrıntıları için bkz. **NOMER / EKŞİ / GELGEL**, s. 125 vd.

⁵⁸ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesi, mahkemelerin hakem yargılamasına belirli yardımcılarıyla sınırlandırılmıştır. Mahkemeler, genel usul hukuku ilke ve doktrinlerine sığınarak veya onları gerekçe göstererek, kanunda sınırlı olarak sayılan hallerin dışına çıkarak tahkime mü-

7. HAKEM HEYETİ VE HAKEMLERİN YETKİLERİNİ BELİRLEMEDE

Model Yasa, 16. maddesinin 1. fıkrasında hakem heyetinin kendi yetkisini tayin etmesini yani *competence-competence* kuralını getirmektedir. Burada açıkça *seperability-autonomy* prensibi kabul edilmekte ve esasa ilişkin inceleme yapılmadan önce ilk iş olarak tahkim şartı veya sözleşmesinin geçerliliği ve tahkime elverişlilik araştırması yapılması gereği düzenlenmektedir⁵⁹. Ancak unutulmaması gereken bir şey vardır ki, hakemlerin kendi yetkileri üzerine verdikleri yetki kararı, en azından süreç sonunda verilen kararlarla birlikte tenfiz konusu edildiğinde mahkeme kontrolüne tâbi tutulacaktır. Zira taraflardan biri kendi iradesinin tahkime yönelmediği iddiasında ise tahkim süreci sonundaki karar ile bağlı olmamak için tenfiz yoluna gidecektir. Fakat taraflar iradeleri ile gittikleri tahkim süreci sonundaki kararın tenfize gerek duyulmaksızın uygulanmasını sağlamak iradesini başta göstermişlerdir.

Tahkim heyeti tarafların iradelerine bağlı olarak, ancak ihtiyati tedbir kararı veya icrai nitelikte ara kararları verebilirler. Bu kararlar sadece taraflara yönelik olduğu sürece irade serbestisi ile varılmış sonuçları doğuracağı için geçerlidir. Bunu tanıyan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası yanında; birinci fıkrada ayrıca taraflara mahkemedен de bu nitelikte kararlar almak için başvuru ve karar alma hakkı tanınmıştır. Hakem heyetinin verdiği kararların iradi olarak yerine getirilmemesi halinde dahi yetkili ve görevli mahkemenin yardımından yararlanılabilecektir. Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı da veremez (MTK m. 6/2, son cümle)⁶⁰.

Tahkim konusu uyuşmazlığın da tahkime elverişli olup olmadığı ancak esasa ilişkin incelemeler esnasında uygulanan hukuk ile kontrol edilebilecek ve bu hususta da tahkim heyeti karar verecektir⁶¹. Heyetin bu hususlarda vereceği kararlar irade serbestisi sınırları dışında, nihai aşamada mahkeme kontrolüne tabi tutulabilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu da 7. maddesinin son fıkrası da aynı şekilde yetki prensibine yer vermiş ve yetkisine itiraz söz konusu olan hakemlerin kendilerinin yetkili olup olmadıklarına verebileceğini kabul etmiştir. Yetkililiğine karar verme

dahale edemezler; yerindelik denetimi yapamazlar (ŞANLI, s. 242). Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yerel mahkemelerin -istisnai olarak - tahkime müdahale edebilecekleri haller şu maddelerde sayılmıştır: Hakem seçimi ve reddi ile ilgili m. 7/B f.1/ 2-3, 7/B f.2 3, 7/D; tahkim süresiyle alakalı m. 10/B; delil toplanmasıyla ilgili 12/B; hakem kararının saklanması ile ilgili 14/A f. son ve iptal davasıyla ilgili 15/A maddesi.

⁵⁹ DAVIDSON, F. P.: "International Commercial Arbitration in Scotland", LMCLQ - 1992, s. 376 vd. ile 382 - 383. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz.: TAŞKIN, Â.: "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan), C. II, Sayı 1 - 2, s. 115 - 125.

⁶⁰ Ancak GELGEL, 6. maddeye göre hakem kurulunun resmi makamları veya üçüncü kişileri bağlayıcı ihtiyati tedbir veya haciz kararı verebileceklerini belirtmektedir (GELGEL, s. 1088).

⁶¹ Hakemlerin yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: BERGER, s. 352 - 358.

yetkisinin tahkim heyetine tanınmış olması hususu ayrı bir çalışma konusu edilebilecek ölçüde önemlidir.

8. HAKEM HEYETİNİN KARAR VERMESİ VE KARAR SONRASI AŞAMADA

Tahkim yargılaması sonucunda ortaya çıkacak hakem heyeti kararı veya ilamı, oybirliği ile alınmasa da çoğunlukla alınmalı ve en azından çoğunluk tarafından imzalanmalıdır⁶². Karar yazılı olmak zorunda olup, gerekçelendirilmesi lazımdır. Sadece tarafların irade serbestileri ile anlaşmaları halinde ancak gerekçelilik kuralına riayet edilmeyebilir⁶³. En önemlisi taraflar serbest iradeleri ile yine karar vermeden ve süreç sona ermeden de tahkim sürecinin son bulması hususlarında anlaşabilirler. Taraflar yazım hatalarının düzeltilmesi ya da yazılanların tavzih edilmesi için başvuru haklarını da kullanabilirler. Hatta kararın eksik kaldığı hususlara ilişkin olarak ek karar dahi istenebilir. Ayrıca kararda bir hukuksuzluk olduğu kanaatini taşıyan tarafın yetkili ve görevli mahkeme huzurunda iptal davası açma imkânına da yer verilmektedir. Ancak bu hak, kararın tebliğinden itibaren en fazla üç ay içinde kullanılmak gerekir; aksi halde karara karşı tenfiz dışında yargı yolu kalmaz. Bu üç aylık sürenin kısa olduğu düşünülebilir, ancak uluslararası ticari tahkimde belirsiz uzun bir süredense belirlilik ve sonuçlandırma daha büyük faydalar taşımaktadır. Buna karşın aşırı kısa belirlenmiş sürelerin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi de göz ardı edilmemelidir⁶⁴.

Milletlerarası Tahkim Kanunu hakem kararlarına karşı iptal davası açma imkânını getirmektedir. Kanunun 15. maddesi iptal davasına yer verirken, hakem kararlarına karşı yalnızca bu davanın açılabilmesini amirdir. Taraflar irade serbestileri çerçevesinde iptal davası dışında başkaca davaların da açılabilmesi sonucunu doğuracak anlaşmalar yapamazlar. İki yabancı arasındaki bir uyuşmazlığı Türkiye’de çözümlenmek istemelerinden dolayı Türk kamu düzeni kontrolüne ve belki daha sonra ikinci kez icra-tenfiz yeri kamu düzeni denetimine tabi tutmak, tarafların iradesinin yöneldiği sonuçlar olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, Model Yasa m. 34’de aynı şekilde tahkim yeri mahkemelerinde iptal davası açılmasına ve 2. paragrafın b) bendinde kamu düzeni ve tahkime elverişlilik denetimine izin vermektedir. Otuz (30) gün içinde iptal davası açılması zorunluluğu, Türk hukukuna göre tahkime elverişlilik denetimi ve sadece dosya üzerinden inceleme kuralı da taraf iradelerinin sonucu olamaz. Yani sadece tahkim yeri olan Türkiye’de esasla hiçbir ilişkisi olmayan sorunlarda iptal davası imkânı gerek Milletlerarası Tahkim Kanunu, gerek-

⁶² KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 280 dn. 153.

⁶³ Her ne kadar taraflar irade serbestileri ile kararın gerekçeli olmayabileceği konusunda anlaşabilirlerse de; kararın gerekçesiz olması tenfiz sürecinde kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilebilir. Gerekçe Kara Avrupası hukuk sistemlerinde kamu düzeninden kabul edilmektedir. Anglo-Amerikan sistemde ise bu husus kamu düzeninden kabul edilmemektedir. Örneğin Türkiye açısından verilen kararın gerekçesiz olması halinde karar Türkiye’de icra edilmek istenirse tenfiz sürecinden kamu düzenine aykırılık engeli ile karşılaşacaktır (KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 158 - 164).

⁶⁴ Özellikle hakem yargılaması sırasında taraflara tanınan kısa sürelerin savunma hakkının ihlaline sebep olacağı konusunda bkz.: KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 152 - 153.

se Model Yasanın tanıdığı bir imkân olmasına rağmen, bu düzenleme tarafların irade serbestisini yansıtmamaktadır. Ancak, tarafların baştan kısmen ya da tamamen iptal davası açma hakkından feragat etme konusunda irade serbestilerinin söz konusu Kanun ve Yasada tanınmış olması da mevcut düzenlemeyi tarafların irade serbestisi çerçevesinde göstermeye yetmemektedir. Bu nedenle, taraflara iptal davası açma hakkını tanımak bir imkân olarak sunmak, fakat kural olarak kanuna koymamak daha yerinde olurdu. Böylece taraflar iptal davası hakkının tanınması konusunda etkin irade beyan ederse, iptal davası imkânı tanınabilir; yoksa prensip olarak tahkim yerinde iptal davası açılması imkânı tanınmamış olurdu⁶⁵.

Yine iptal davasında verilen kararlara karşı kanun yolları açısından da Milletlerarası Tahkim Kanunu emredici nitelikte düzenlemeler getirmiştir. Temyiz yolu açık tutulurken karar düzeltme imkânı tanınmamış ve bir an önce sonuç alınması hedeflenmiştir. Bu hususlarda da tarafların irade serbestisi yoktur. Yani taraflar yeni kanun yolları ihdası şeklinde anlaşma yapamazlar.

III. SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI

1. GENEL OLARAK

Bir kaç emredici kural haricinde UNCITRAL Model Yasası, hemen bütün hükümlerinde tarafların anlaşması koşulunu aramış veya anlaşmamış olmaları haline binaen tamamlayıcı Yasa getirmiş ise de, belirli sınırlamaları da irade serbestisi üzerinde muhafaza etmiştir⁶⁶. Bunlar, özellikle 11. maddede hakem atanması işleminde, 15. maddede yedek hakem atanmasında, 13. maddede hakemlerin reddi sebeplerini takdirde, 14. maddede hakemlerin beklenmeyen gecikmeleri ve imkânsızlıkla karşılaşmaları halinde tahkim yeri mahkemesine tanınan yetkilerde açıkça gözlenmektedir. Zira bu hükümler tarafların iradelerinin beklenmez, çekilmez ve katlanılmaz şekilde dikkate alınmasını engelleyici ve sınırlayıcı karakter taşımaktadır. Önemli nokta bu yargısal yetkilerin mahkemeye geçişinin temelinde tahkim sürecinin aksamasını ve gecikmesini engellemektir. Model Yasa, 4. maddesinde usule ilişkin bazı eksikliklerin tamamlanmadığı itirazının belirli süre dışında yapılamayacağını belirtmekle belirgin bir sınırlama yapmıştır.

Taraflar, tahkim sürecinde delil teşkil edecek belge ve bilgileri tahkim heyetine sunmak ve tahkimin etkin bir şekilde sonuçlandırılmasına katkıda bulunmak zorundadır⁶⁷. Burada açık veya zımni olarak taraflar emredici yasalarla karşı karşıyadır denilebilir. Ayrıca delillerin değerlendirilmesi, karşı delil araştırması, bilirkişi yardımı ile delil toplama, tanık-üçüncü kişilerden delil toplama ve de delillerin toplanmasından mahkeme yardımına başvurulması hep tarafların irade serbestisi ile tayin edebileceği hususların dışında kalmaktadır⁶⁸.

⁶⁵ Bu şekilde iptal davası açılmaması konusunda sözleşme serbestisi 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi m. IX'da tanınmaktadır.

⁶⁶ **DAVIDSON, F. P.:** *International Commercial Arbitration, Scotland and the UNCITRAL Model Law*, First Edition, Edinburgh 1991, s. 12 vd.

⁶⁷ **MORRIOT, A. L.:** *Evidence in International Arbitration*, Arbitration International 1989-5, s. 281.

⁶⁸ **MORRIOT**, (dn. 47), s. 285 – 286; **KAPLAN**, Usule Aykırılık, s. 145 – 152; **AYDOĞAN**, s. 80 vd..

2. TAHKİME ELVERİŞLİLİK VE ULUSAL EMREDİCİ HUKUK KURALLARI

Model Yasa, tahkim sürecinin işletildiği tahkim yeri emredici hukuk kurallarını etkilemez. Bazı meseleler vardır ki tahkim yolu ile uyumsuzlukların çözümüne gidilemez ve ancak belli yargı yerlerinde sonuçlandırılması gerekir⁶⁹. Türkiye açısından taşınmaz aynına ilişkin uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözümlenemeyeceği kuralı bu türden olup ticari emtia olma özelliği de taşıyan taşınmazlar ile ilgili sorunlarda tahkim yolunun uygulanabilmesi gereğine inanıyoruz. Zira gayrimenkul bir ticari mal olarak alınıp satılabilmekte ve ekonomik değer ifade etmekte olup tarafların irade serbestisinden bu denli uzaklaştırılmamak gerekirdi. Türkiye bakımından gayrimenkullere ilişkin davaların kamu düzeninden kabul edilmesi ve bu çerçevede devlet yargı sisteminin dışında çözüme yer vermemesi de doğru gözükmemektedir. Zira bu noktada HUMK doğrudan uygulanan kanunlar arasında kendini göstermekte ve kamu düzeninden olarak uygulanmaktadır.

Model Yasa'da tahkime elverişsizlik veya elverişlilik sınırlarını belirten genel bir çerçeve çizilmiş değildir. Tahkime elverişli olup olmama devletlerin kamu hukuk kuralları ile tespit edilmektedir. Ancak taraflar tahkime elverişliymiş gibi anlaşarak tahkim yoluna gittikleri bir meselede pekala kendilerine uygulanmasını bertaraf edemeyecekleri emredici hukuk normları ile karşılaşabileceklerdir⁷⁰. Bu gibi emredici hukuk normları tarafların irade serbestisine getirilen sınırlamalar olmakla sonradan anlaşıldığında tarafların beklentilerinde büyük hayal kırıklıkları yaratabilecektir. 36. maddede tanıma ve tenfiz için başvuru yer mahkemesinin tahkime elverişsiz bir konuda verilen kararı tenfizden kaçınması yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle tahkime elverişlilik araştırması yapılırken muhtemel tenfiz yeri hukuku ve de tahkim yeri hukuku birlikte değerlendirilmelidir. Ancak tarafların pekala tenfize gidilmeksizin kararın icrasını gerçekleştirmeleri de mümkün ve bu problemten kurtarıcı rol oynar. Bu noktada icra için her hangi bir devlet otoritesine başvurulmamış olmakta ve verilen karar tarafların kendi iradeleri ile icra edilmiş olmaktadır. Yoksa uygulamada bu şekilde tenfiz süreci işletilmeden ve kamu otoriteleri sürece katılmadan kararın gereğinin yapılması olasılığı öyle yüksek bir olasılık da değildir.

Devletlerin emredici kurallarının etkisi hakemlerin kendi yetkileri hususunda karar verme yetkilerinde, hakemlerin tayini prosedüründe ve özellikle tahkim sürecine yargısal müdahale ve bu müdahalenin kapsamında kendini göstermektedir. Ancak bu emredici Yasa çoğu zaman prosedürel eksiklik ve gecikmelerin önlenmesi veya tamiri amacına hizmet etmektedir. Tahkime destek veren ve yardımcı olan bir emredici hukuk kurallarının sürece katkısı yadsınamaz sonuçlar doğuracak ve belki de tarafların irade serbestisinin sınırlandırılması kendi menfaatlerine olacaktır. Yani getirilen irade serbestisi sınırlamaları sınırlananların menfaatine hizmet etmektedir. Özellikle karar sonrası mahkemede iptal davası süreci, tanıma ve tenfiz süreci ve bu sürece ilişkin ulusal yargı sürecinin rolü tamamen tahkim sürecine destek amaçlı

⁶⁹ DAVIDSON, UNCITRAL Model Law, s. 24.

⁷⁰ HERRMAN, s. 6 - 7.

olup safi bir irade sınırlaması amaçlı değildir. Ancak irade serbestisini dolaylı olarak sınırlayan düzenlemelerdir. İşbu aşamada artık tarafların ve hakem heyetinin rolü tükenmiş ve taraflar taleplerini nihai karar altına almak için ulusal yargı sürecine girebilirler.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi özellikle iptal davası ve tahkim kararlarının icra edilebilirliğini düzenlemektedir. İptal davası açılabilmesi başlı başına bir sözleşme serbestisi sınırlaması olarak nitelenemez. Zira yasada kısmen veya tamamen tarafların iptal davası açmaktan feragat konusunda sözleşme serbestisi olduğu hususu da düzenlenmiştir. İptal davasından feragatin söz konusu olmadığı varsayıldığında dahi, iptal davasının iptalle sonuçlanabilmesi için tespit edilen kriterler tarafların sözleşme serbestisine göre tespit ettikleri hükümlere aykırı sonuçlara bağlanmış olmakla; aslında iptal davasının varlık gerekçesi dahi tarafların sözleşme serbestisine hakem heyeti ve tahkim sürecinin sadık kalmasını sağlamaktır. Yani, iptal davası imkânı dahi tarafların sözleşme serbestisini korur niteliktedir. Burada sadece kamu düzeni ve tahkime elverişsizlik kıstasları irade serbestisini sınırlar niteliktedir. Kanaatimizce bu hususların iptal sebebi olabilmesi için davanın esasının da Türkiye'ye ilişkin olması şartı aranmalıydı. Yoksa tamamen yabancı unsurlu ve sadece tahkim yeri Türkiye olan bir tahkim de iptal davasının Türkiye'de görülmesi ve Türk kamu düzeni ve tahkime elverişlilik testinden geçirilmesi tarafların iradesi ile pek de uyumlu olmayacaktır. Esası hiçbir şekilde Türkiye'yi ilgilendirmeyen sadece hakem heyeti veya taraflarca tahkim yeri olarak Türkiye seçilmiş tahkimlerde Türkiye'de iptal davası açılması halinde Türkiye kamu düzeni kriterleri dikkate alınmayabilir. Yani kararın Türkiye'yi ilgilendirmesi halinde kamu düzeni testinden geçirilmek yerinde olur.

3. BEKLENMEYEN SONUÇLAR DOĞURAN İRADE SERBESTİSİ KULLANIMI

Bazı durumlarda emredici olmayan hukuk kuralları da tarafların irade serbestisine sınırlama teşkil edebilirler. Taraflar farklı şekillerde anlaşma imkânına sahip oldukları halde getirdikleri düzenlemeler ile beklemedikleri sonuçlar ortaya çıkabilir ve serbestçe belirledikleri sözleşme hükümleri farklı yorumlanabilir. Burada öncelikle uygulanması gereken karşılıklı olarak anlaşılmış bir sözleşme bulunmaması halinde uygulama alanı bulacak hukuk normlarının da getirdiği düzenlemeler tarafların iradelerine sınırlama teşkil edebilirler. Taraflar tahkim yeri veya usule uygulanacak hukuk seçimini yaparken bu türden tamamlayıcı hukuk kurallarının da kendi ilişkilerinde uygulama bulacağını bilmeleri gerekir. Yani iradelerinin sonucunda sınırlamaların da olabileceğinin farkında olmaları taraflardan beklenir. Hatta, Model Yasa tahkim yerinde uygulanmaktan başkaca sebeple de tarafların tahkim yeri seçimini o devlet hukuk sistemi dolaysı ile seçmeleri olasıdır.

UNCITRAL Model Yasası hükümlerinin temel hareket noktasını teşkil eden tarafların irade serbestisi-*party autonomy* prensibi taraflara beklenmeyen sonuçlarla karşılaşmalarını engellemeye matuf imkânlar sunmaktadır. Yani, Model Yasa ve

uygulanması uluslararası ticari tahkimin mevcudiyetini ve yürürlüğünü tarafların beklentilerine uygun realize etmeyi hedefleyen bir sistem getirmektedir.

4. KAMU DÜZENİ

Kamu düzeni kriteri, Model Yasa'da iki farkı noktadan hareketle düzenlenmektedir. Birincisi, Model Yasa 6. maddede kamu düzeni kıstasını kararın alındığı yer hukuku çerçevesinde ve ikincisi de 34. maddenin 2. fıkrası b. bendinde ii. paragrafında da kararın iptaline gerekçe teşkil etmek üzere ele almaktadır. Ayrıca bu kriter tenfiz ve icrası hedeflenen ülke hukuku açısından da büyük önemi haizdir. Bu da kendine 36. maddenin 1. fıkrası b. bendi ii. paragrafında yer bulmuş bir düzenlemedir⁷¹. İşte bu maddeler doğrultusunda kararın kendisi tahkim yeri kamu düzenine aykırı ise iptal sebebi, tenfiz ve icra yeri kamu düzenine aykırı ise de bu taleplerin reddi sebebi olarak değerlendirilecektir. Bu da tarafların irade serbestisine getirilen en büyük sınırlama ve müdahale olarak görülmek gereken Model Yasa düzenlemesi olup; sadece uluslararası kabul gören bir kamu düzeni kriterine ulaşılmak ve ona aykırılık şartını yeterli saymak daha yerinde olurdu kanaatindeyiz. Buna karşın uluslararası kamu düzeni ya da uluslararası genel kabul görmüş bir kamu düzeni kıstasının tam olarak sınırlarının tespit edilemediği de bir vakiadır. Ancak uygulama ile bu sınırlar tespit edilecek ve uluslar arası bir kamu düzeni kavramı oluşacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu da iptal davasını düzenlediği 15. maddesinde Türk hukukuna göre tahkime elverişsizlik ve kararın kamu düzenine aykırı olması aynı şekilde iptal sebepleri arasında 2. bent altında sayılmıştır. Buradaki kamu düzeni de aynı şekilde tahkime elverişlilik testindeki gibi Türk kamu düzeni olacaktır.

Kamu düzeni kriteri hakem kararlarının tenfizinde özellikle yargı makamlarının kullandığı ve kullanabileceği bir kaçış yolu olmakla tarafların irade uyumlarının aksi sonuçlar doğuracak bir vasıta⁷². Bu kriter yabancı hakem kararının etkinliğini de sınırlayıcı rol oynamaktadır. Bu nedenle taraflar tahkim yoluna giderken öncelikle bu kriteri aykırı sonuçlar doğurmayı engelleyici tedbirleri almak durumunda dırlar. Özellikle Model Yasa 18. madde ile hakem heyetinin taraflara eşit davranma yükümlülüğünü yüklerken, tarafların kendi sav ve savunmalarını sunmada tam bir iktidar sunarken kamu düzeni kriterinin burada dikkate alınması gereğini de ortaya koymaktadır. Yine 19. madde de tarafların tahkim usulüne ilişkin anlaşma imkânlarını tanıırken pekala Model Yasa hükümlerinin belli ölçüde dışlanabileceğini kabul etmektedir. Ancak taraflar hiç bir şekilde 18. maddede öngörülen eşitlik ve serbestiye aykırı anlaşma yapamaz, yapılsa da dikkate alınmamak gerekir. İşte serbest iradeler burada da sınırlanmış ve eşitlik kuralı özgürlüğe tercih edilmiştir ki kamu düzeni kriterinden etkilenilerek kaleme alınmış bir maddedir. Ancak bu husus dahi sınırlı ele alınmalı, kendi hakemini seçmekte direngen davranan taraf yerine diğer

⁷¹ Aynı şekilde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 45, New York Konvansiyonu m.V, Cenevre Konvansiyonu m. IX ve Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15 kamu düzeni kıstasına ilişkin düzenleme getirmektedir.

⁷² CARTER, P. B.: "The Role of Public Policy in English Private International Law", ICLQ - 1993, s. 1.

tarafın hakem seçmesine izin veren sözleşme hükümleri kamu düzenine aykırı sayılmamalıdır⁷³.

Ayrıca hakemlerin taraflı davranışı yönünde irade açıklamaları da Model Yasa tarafından korunacak düzenlemeler olmayacaktır⁷⁴. Tarafların irade serbestisi kullanımları hakkaniyete, objektif iyiniyet kurallarına ve de doğal adalet anlayışına uygun olmadıkça korunmamak gerekir⁷⁵. Bu hususlar da kamu düzeni kriteri ile kontrol edilmekte ve hukukilik testine tâbi tutulmaktadır.

5. TAHKİM YERİ VE TAHKİM YERİ HUKUKUNUN GETİRDİĞİ SINIRLAMALAR

Taraflar için en az tahkim anlaşması yapmak kadar önemi haiz bir mesele de tarafların tahkim yeri seçimidir. Çünkü hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar ve belirli devletlerde sadece sınırlı bir takım uyumsuzluklarda tanınan tahkim uygulaması ve de tarafların anlaşmalarının soyutluğu karşısında tahkimde usule uygulanan hukuk ve sistem tarafların beklentilerinin aksi veya beklentileri zedeleyici sonuçlar doğurabilir. Örneğin, bazı sistemler mahkeme müdahalesini kapsamlı tanırken; bazı sistemler de tahkime elverişliliği sınırlı sayıda tutabilirler. İşte bunların önceden bilinmesi ve beklentilere en uygun tahkim yerinin seçilmesi tarafların menfaati icabıdır⁷⁶. Zira belirli koşulların da birlikte tecellisi halinde tahkim sürecinin uzaması, tarafların beklentisine ters sonuçlar çıkması hep tahkim yeri seçimi ile ilgili olacaktır. Ne zaman ki; Model Yasa kendi hukuk sistemine aktarmış bir ülke tahkim yeri olarak seçilir, o yer mahkemesinin kanunda sayılı hususlar dışında müdahalesi söz konusu olamaz⁷⁷. Kısacası, 8-9 ve 35-36 maddeleri hariç; Model Yasa hükümleri ancak tahkim yeri hukuk sistemine katılmış veya aynen alınmış ise uygulama alanı bulacaktır. Zira söz konusu maddeler dışındaki maddelerde tahkim usulü esasında tahkim yeri hükümlerine tâbi tutulmaktadır. Ancak Model Yasa kabul etmiş tahkim yerinde vuku bulacak tahkimlere dahi söz konusu hükümlerin uygulanmasını engelleme imkânı taraflara tanınmıştır. Model Yasanın 1. maddesinin 2. fıkrası bu hususu açıkça düzenlemektedir. Eğer tahkim yerinde Model Yasa uygulama alanı bulmakta ise; bu Yasa seçili kanun olarak tahkimde uygulanamaz. Zira fıkranın yazımında *sadece-only if* ifadesi Model Yasanın kabul edilmediği tahkim yerinde uygulanamayacağı sonucunu doğurmaktadır. Yani bu hükümlerin uygulanabilmesi için Model Yasanın kanunlaştırıldığı ülkelerin tahkim yeri olarak seçilmesi şarttır. Ancak bu hali ile de UNCITRAL Model Yasası tarafların irade serbestisine yeterince özen göstermiş olduğu kabul edilmektedir⁷⁸.

⁷³ NOMER, Kamu Düzeni, s. 575.

⁷⁴ DAVIDSON, UNCITRAL Model Law, s. 98 - 99.

⁷⁵ CARTER, s. 3.

⁷⁶ REYMONDE, Conference, s. 16.

⁷⁷ MURRAY, J.: "The position in Scotland", An International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures, (17-18 Şubat 1994), London, s. 4.

⁷⁸ CHUKWUMERİJE, s. 79.

Sonuç olarak, Model Yasanın 1. maddesi, 2. fıkrası açık ifadesi göstermektedir ki tahkim yeri seçimi ve bu seçimde Model Yasa'nın kabul edildiği bir hukuk sisteminin uygulama alanı bulduğu bir yerin tayini tahkimin ve taraf iradelerinin beklenen sonuçlarla tecellisinin temelini teşkil edecektir. 20. madde buna imkân tanımakta ve tarafların iradeleri ile Model Yasa hükümlerini uygulatma şansını tahkim yeri seçimi ile sağlamaktadır. Yoksa tahkim yeri Model Yasa'nın kabul edildiği ülke haricinde seçildikten sonra orada Model Yasa uygulanmasına 1. madde, 2. fıkrası dolaysı ile cevaz vermemektedir. Model Yasanın uygulandığı yer mahkemesinden tahkim yeri ayrı olarak tespit edilmiş ise bu durumda mahkemeden yardım imkânı söz konusu olamayacaktır. İptal davası konusu edilmesi ve de tenfiz ve icra açısından da kararın menşeyini tayinde tahkim yeri ve uygulanan hukuk usulü temel hareket noktası olacaktır⁷⁹.

Genellikle taraflar tahkim yerini tayin ederken kendilerine en çok serbestiyi tanıyan hukuk sistemi ve en kısa zamanda gecikme olmaksızın beklenen süreç sonunda karara ulaşmayı sağlama kriterlerini gözeterek tahkim yeri hususunda anlaşma yaparlar. Ayrıca varılan karar da tahkim yerini 31. madde, 3. fıkraya uyarınca göstermelidir. Burada karara dercedilen karar yerinin araştırılması veya gerçeği yansıtmayı yansıtmaması bir iptal davası ile gündeme gelebilirse de bunun taraf iradeleri ile mümkün kılınmış olması da mümkündür⁸⁰. Bütün tahkim sürecinin belirlenen yerde ve Model Yasa çerçevesinde yürütümü zorunluluğu da zaten yoktur. Hakem heyeti tahkim sürecinde aynı hukuk sistemi devleti içinde farklı oturum yerlerine gidebileceği gibi başka bir ülkede de toplanabilir. Ancak bunu sınırlamak tamamen tarafların irade serbestileri dâhilindedir.

Bazen, kararın bağlayıcı kuvveti zorunlu olarak tahkim yeri hukukundan kaynaklanmayabilir. Tahkim, tahkim yeri hukukundan bağımsız başkaca bir hukuk sistemi veya kanun çerçevesinde de yürütülerek bağlayıcı bir karar ile sonuçlanabilir⁸¹. Prensip olarak hakem kararları kesinleşme şartı aranmaksızın taraflar açısından verilmeleri anından itibaren bağlayıcı olmaktadır⁸². Ancak bu prensip dahi sözleşme serbestisi kapsamında değiştirilebilir. Unutulmamalıdır ki; UNCITRAL Model Yasa hükümlerine göre, tahkim yeri hukuk sisteminde Model Yasa kabul edilmiş ve uygulanıyor olmalıdır, yoksa verilen karar Model Yasa çerçevesinde değerlendirilemez. Bu tahkim yerinin muayyen bir yer olmamasını savunan *delocalisation theory* kabul edildiğinde tahkim yeri mahkemelerinin yardım ve destekleyici rolünün üs-

⁷⁹ HERRMAN, s. 20.

⁸⁰ REYMONDE, s. 438 vd.

⁸¹ PAULSSON, J.: "Delocalisation of International Commercial Arbitration; When and Why It Matters", ICLQ 1983-32, s. 57.

⁸² NOMER / EKŞİ / GELGEL, s. 154; AKINCI, A.: *Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2003, s. 280 – 281; KAPLAN, Y.: "Yeni MÖHUK Tasarısının Tahkime İlişkin Hükümleri Hakkında Eleştirel Bir Yaklaşım ve Düzenleme Önerileri", AÜEHFD, C.VII, S.1-2, Haziran-2003, s. 412, 417. KAPLAN, tahkim yoluna giden tarafların yaptıkları tahkim sözleşmesinde, hakem kararının nihai nitelikte olmasını kararlaştırabileceklerini; böyle bir anlaşmanın yapılması halinde bunun hakem kararının bağlayıcılığına da etki edeceğini ve bu durumda tarafların kendi aralarında anlaşarak kararın verildiği anda bağlayıcı ve kesin olacağını kararlaştırabileceklerini ifade etmektedir (s. 417).

tünlüğünden ise tarafların irade serbestilerinin üstünlüğüne öncelik verilmiş olacaktır. Burada sadece taraf irade serbestileri üzerindeki kontrol kamu düzeni-*public policy concern* ile sınırlı kalacak ve en geniş bir şekilde tanınmış olacaktır⁸³. Buna karşın, UNCITRAL Model Yasa hükümleri tahkim yeri ve bu yer mahkemelerinin otoritesi ve desteğini tanımakta ve yukarıda açıklandığı üzere tahkim yeri seçimini tahkim usulü açısından temel almaktadır. Zira Model Yasa tam ve mükellef bir sistem getirememekte ve tahkim yeri mahkemelerine taraf iradelerini tamamlayıcı da kabul edilse belli bir otorite alanı bırakmaktadır.

*“Model Yasa, mevcut hukuk sistemlerinin çoğunluğunda olduğu üzere özellikle belirtmiş olduğu gibi eğer tahkim yeri hukuku sistemi içinde yasalastırma yoluyla benimsenmiş ise ancak uygulama alanı bulacaktır. Sadece dört istisnai maddede belirtilen durumlar haricinde UNCITRAL Model Yasa tahkim yerinde uygulamaya yöneliktir. Sadece bu dört madde ile Model Yasa tahkim yeri veya başkaca yer hukuk sistemlerinin mahkemelerinin yardım ve yetkisine yer vermektedir. Burada mahkemeler bu yetkilerini kullanırlarken kendi kamu düzenleri gereği uyarılma, eklem veya değişiklikler yapma yetkileri ile de donatılmışlardır”*⁸⁴. Model Yasanın kabul edilmiş olduğu hukuk sistemlerinde kabul sırasında ne gibi değişiklikler yaptıkları da taraflarca bilinmeli ve gerek tahkim yeri gerekse nihai tenfiz ve icra yeri kamu düzeni kıstası da iyi değerlendirilmelidir.

Bu açıklamalar tahkim yeri hukuku olarak Türkiye'nin söz konusu olduğu durumlarda Milletlerarası Tahkim Kanunu açısından aynı ölçüde geçerlidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu nihayetinde UNCITRAL Model Yasası'ndan çokta ayrılmamış ulusal olarak düzenlenmesi gereken mahkeme müdahalesi ve iptal sebeplerinde tanınan imkânları kullanma yolunu seçerek düzenlemeler getirmeyi tercih etmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun varlığı ve Model Yasa ile bu şekilde uyumlu olması yabancıların Türkiye'yi tahkim yeri olarak seçmesi olasılığını artırıcı niteliktedir. İptal davası imkânı ve yetkili görevli mahkeme, tahkime elverişlilik ve kamu düzeni kıstasları gözetilerek bu seçim yapılırsa Model Yasa ile diğer hususlarda hemen hemen aynı sonuçlara varılabilecektir.

SONUÇ

- Uluslararası ticari tahkimde liberalizasyon ve bütün devletler için kabul edilebilir bir orta yol bulma ve kanun olarak hukuk sistemlerine aktarma ihtiyacına cevap vermek için, UNCITRAL tavsiye nitelikli *Model Law*-Model Yasa çıkarmış ve bütün ülkelere bu türden bir kanun hazırlaması gereğini vurgulamıştır. Her devletin kendi hukuk sistemindeki farklılıklar nedeniyle de tarafların irade serbestisine azami ölçüde yer vermeye çalışılmıştır. Türkiye de bu bağlamda olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu yürürlüğe koymuştur. Ancak ticari ilişkilerde tam olarak tanınan sözleşme

⁸³ PAULSSON, s. 57; CHUKWUMERİJE, s. 88 - 89.

⁸⁴ HOLTZMAN, H. M. / NEUHAUSE, Z. E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Boston 1989, s. 35.

serbestisi çerçeveli tahkimin uluslararası ticari tahkim olması nedeniyle, kanunun da sadece ticari ilişkilere ilişkin düzenlemeler getirmesi dolayısı ile kanunun ticari tahkimlere ilişkin değerlendirilmesi gereği vardır⁸⁵. Buna karşın Milletlerarası Tahkim Kanunu kendi adı ve tespit ettiği yabacılık kriterleri bakımından sadece ticari tahkimlere ilişkin değilmiş gibi gözükse de; gerek mehaızı, gerekse içeriği itibarı ile istisnalar dışında ticari tahkime ilişkindir. Burada sadece kamu hizmetinin yabancılara gördürülmesi, teşvikli yatırımlar ve yabancı ortaklı şirketlerle ilgili özel düzenleme kanuna ticari tahkimden öte genel bir tahkim kanunu niteliği vermemektedir. Burada içerik itibarı ile hangi hükümlerin istisnai olduğu gözetildiğinde ticari olmayanların istisnai nitelikte olduğu göz ardı edilemez.

- Ulusal hukuklar arasındaki ve uluslararası tahkime ulusal mahkeme müdahalesindeki farklılıklar dolayısı ile UNCITRAL Model Yasa da tahkim süreci sonundaki geçersizlik iddiaları ve iptali için tahkim yeri mahkemelerine yetkiler tanımıştır. Bu da icra ve tenfiz öncesi mahkemelerin tahkime etkin katılması sonucunu doğurmuştur ve tarafların irade serbestilerine büyük bir müdahale olarak değerlendirilmek gerekir⁸⁶. Bu husus aynen Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da kendine yer bulmuş olup tahkim yeri mahkemesine bu türden bir iptal yetkisi verilmesi ve verilen kararın hem tahkim yeri hem tenfiz ve icra yeri kamu düzeni olmak üzere çifte kontrole tâbi tutulması tarafların irade serbestisini sınırlandırır durumdadır. Bu nedenle, tenfiz yeri dışında icrai karar oluşturmazdan önce, ayrıca iptal davası imkânının tanınmaması kanunun amaçlarını gerçekleştirmede daha etkin olurdu.
- En önemlisi, Model Yasa gibi Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun da açıkça tarafların irade serbestisini temel hareket noktası almasıdır. Bu serbestiden yararlanma da tarafların aralarındaki uyuşmazlığı UNCITRAL Model Yasa hükümlerini kendi sistemine katmış bir hukuk sistemini uygulayan tahkim yeri seçimi ile sağlanacaktır. Bu denli irade serbestisine tarafların kavuşması sadece tahkim yeri seçimi ile sağlanabilmektedir. Yani yer esaslı getirilmiş, eğer tahkim yerinde bu Yasa yürürlükte değil ise, Model Yasa hükümlerinin başkaca bir yerde uygulanmasına cevaz verilmemiştir. Böylece Milletlerarası Tahkim Kanunu da yeterince sözleşme serbestisine yer veren bir kanun olarak tahkim yeri Türkiye olarak seçilen tahkim anlaşmalarının çoğalmasına yol açacaktır.

⁸⁵ Örneğin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda geçen mahkeme terimi Asliye Ticaret Mahkemesi olarak değerlendirilir ve sözleşme serbestisi temelinden hareket edilir ise; bu kanun uluslararası tahkimi değil, uluslararası ticari tahkimi düzenlemiş olacaktır.

⁸⁶ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; Explanatory Documentation Prepared for the Commonwealth Jurisdiction, London Commonwealth Secretariat* (Sekreterlik Özel Basısı) isimli raporun 1.04 - 1.05 sayılı paragraflarında bu görüşlere yer verilmekte ve bu sınırlamaların da asgari kılınması teklif edilmektedir.

- Model Yasanın bir konvansiyon ya da antlaşma olmadığı da unutulmamalı ve her devletin kendi hukuk sistemine katılması sırasında ne gibi değişiklik, eklenme ve uyarlamalar ile Model Yasa benimsediğine özel dikkat edilmelidir. Zira, UNCITRAL bu kuralları kabul eden devletlere gerekli ve belki de gerekenden fazla bir esneklik tanımaktadır. Bu esnekliği suiistimal eden bir ülke hukuk sisteminin uygulandığı yerin tahkim yeri olarak seçilmemesi tarafların menfaati icabı gözükmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu da sağlanan bu imkânı kullanmakta ve Model Yasayı aynen kanunlaştırmak yerine kendine özgü bazı değişiklikler öngörerek *sui generis* bir düzenleme getiriyor gözükmektedir. Yine de tahkime elverişlilik konusunda taşınmazlara ilişkin istisna ve kamu düzeni kontrolü altında tutulan tarafların irade serbestisine diğer açılardan azami yer verilmiş olması uyumsuzluk taraflarının Türkiye’yi tahkim yeri olarak seçmelerini teşvik edecek niteliktedir.
- Gerek emredici hukuk normlarının rolü, gerekse kamu düzeni kriterindeki muğlaklıklar göz önünde tutulduğunda tahkim yeri yargı makamları nezdinde iptal davası açma imkânı tanınması tarafların irade serbestisi açısından büyük bir sınırlılık teşkil etmektedir. Taraflara iptal davası hakkından feragat imkânı tanınacak yerde, taraflara iptal davası açma hakkı konusunda açık irade beyan etme imkânı tanınmalıydı. Sadece icra-tenfiz yeri kamu düzeni, tahkime elverişlilik ve emredici hukuk hükümlerinin dikkate alınması bakımından yeterli görülmelidir. Örneğin, İngiltere’deki gayrimenkul, ticari malvarlığı olarak, pekala Türkiye’de tarafları İngiliz ve Fransız olan uyumsuzlukta tahkim konusu edilebilmeli ve bunu Türk emredici hukuk hükümleri ve kamu düzeni kontrolünden ayrı tutulabilmeliydi. Burada hakem heyetinin dikkate alması gereken, kararın sadece tenfiz ve icra konusu edilmesi muhtemel İngiliz ve Fransız kamu düzeni ölçütleridir. Yoksa Türk kamu düzeni ölçütünün esasa her hangi bir etkisi olmayacaktır. Kanunda, Türkiye ile maddi bağlantısı olmayan, sadece tahkim yeri olarak Türkiye seçilen ticari tahkimler için sözleşme serbestisinin uygulamada daha geniş yorumlanması ve kapsamlı tutulması, iptal sebebi olmasının dar tutulması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II Sempozyum – Bildiriler – Tartışmalar*, Ankara 1999.
- *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; Explanatory Documentation Prepared for the Commonwealth Jurisdiction*, London Commonwealth Secretariat (Sekreterlik Özel Basısı).
- AKINCI, A.:** *Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2003.
- AKINCI, Z.:** “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 966 vd.
- AYDOĞAN, A.:** *Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü*, İstanbul 2003
- BAKER, S. A. / DAVIS, M. D.:** *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice*, Kluwer 1992.
- BALCI, M.:** *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, İstanbul 1999.
- BERBER, L. K.:** *Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması*, Ankara 1999.
- BERGER, K. P.:** *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993.
- BİRSEL, M. T.:** “Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları – ‘Uygulanacak Usul Hukuku’ Belirsizlikleri”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, 85 – 131.
- CARTER, P. B.:** “*The Role of Public Policy in English Private International Law*”, ICLQ - 1993, s. 1 vd.
- CHUKWUMERİJE, O.:** *Cohice of Law in International Commercial Arbitration*, London 1994.
- DAVIDSON, F. P.:** “*International Commercial Arbitration in Scotland*”, 1992 - LMCLQ, s. 376 vd.
- DAVIDSON, F. P.:** *International Commercial Arbitration, Scotland and the UNCITRAL Model Law*, First Edition, Edinburgh 1991.
- DAYINLARLI, K.:** *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Ankara 2000.
- DOST, S.:** *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Ankara 2006.
- ERDOĞAN, F.:** *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Ankara 2004
- GELGEL, G.:** “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 1084 vd.
- GOODE, R.:** *Commercial Law*, New Edition, Oxford 1995.

- HERRMAN, G.:** “*The UNCITRAL Model Law; Its background, Salient Features and Purposes*”, Arbitration International 1985-1, s. 6-19.
- HOLTZMAN, H. M. / NEUHAUSE, Z. E.:** A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Boston 1989.
- KALPSÜZ, T.:** “*Tahkim Anlaşması*”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 1027 vd.
- KAPLAN, N.:** “*The Model Law in Hong Kong*”, Arbitration International (1992), s. 223 vd.
- KAPLAN, Y.:** “*Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları*”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB, Y.19-20, 2000, s. 473 - 504.
- KAPLAN, Y.:** “*Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizinin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi*” MHB, Y.21, S.1-2, 2001 s. 43-73.
- KAPLAN, Y.:** *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- KAPLAN, Y.:** “*Milletlerarası Tahkime Milli Hukuk Dışı Kuralların Uygulanması*”, AÜEHFD, C.III, S.1, 1999, s. 307 – 337.
- KAPLAN, Y.:** “*Yeni MÖHUK Tasarısının Tahkime İlişkin Hükümleri Hakkında Eleştirel Bir Yaklaşım ve Düzenleme Önerileri*”, AÜEHFD, C.VII, S.1-2, Haziran 2003, s. 407 – 22.
- LALIVE, P.:** *An International Conference on the Reform of the Commercial Arbitration Procedures-Conclusions*, London 1994, s. 119 -122.
- MORRIOT, A. L.:** “*Evidence in International Arbitration*”, Arbitration International 1989 - 5, s. 281 vd.
- MURRAY, J.:** “*The position in Scotland*”, An International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures, (17-18 Şubat 1994), London, s. 4 vd.
- MUSTILL, M.:** “*Arbitration; History and Background (1989)*”, 6. JIA, s. 43 vd.
- MUSTILL, M. / BOYD, S.C.:** Commercial Arbitration, Second Edition, London 1989.
- NOMER, E.:** “*Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı*”, MHB, Y.1, S.1, 1984, s.
- NOMER, E.:** “*Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi*”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, s.
- NOMER, E. / EKŞİ, N. / GELGEL, G.:** Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2000.
- ÖZBEY, İ.:** “*1998 Alman Tahkim Hukuku ve Bu Reforma İlişkin Örnekler*”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 1063 vd.

- PAULSSON, J.:** *“Delocalisation of International Commercial Arbitration; When and Why It Matters”*, 1983-32 ICLQ, s. 57 vd.
- REDFERN, A. / HUNTER, M.:** *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, London 1991.
- REYMONDE, C.:** *“The Main Features of Civil Procedure and How They Apply the Cases in Arbitration”*, An International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures (17-18 Şubat 1994), London, s. 22.
- REYMONDE, C.:** *“The Report of Mustill Committee; A Foreign Overview”*, 1990-106, LQR, s. 438 vd.
- SANDERS, P.:** *“Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law”*, *Arbitration International* 1995 - 1, s. 1 – 12.
- SCHLOSSER, P.:** *“The Competence of Arbitrators and of Courts”*, *Arbitration International* 1992 - 8, s. 193 vd.
- SCHMITTHOFF, C.:** *Schmitthoff’s Export Trade-The Law and Practice of International Trade*, London 1993.
- SCHWARTZ, E. A.:** *“Perspectives from the ICC”*, International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures (17-18 February 1994), London, s. 34 – 35.
- ŞANLI, C.:** *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986.
- ŞANLI, C.:** *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2005.
- ŞİT, B.:** *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 2005
- TAŞKIN, A.:** *Hakem Sözleşmesi*, Ankara, 2005.
- TAŞKIN, A.:** *“Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hükiüm Vermesi”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İhsan Tarakçioğlu’na Armağan), C. II, Sayı 1-2, s. 115 – 125.
- TEKİNALP, G.:** *“Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi”*, MHB, 1985/1, s. 28 vd.
- TİRYAKİOĞLU, B.:** *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996.