

## MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE HAKEMİN VEYA HAKEM KURULUNUN *EX AEQUO ET BONO* KARAR VERME YETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Zeynep ÖZGENÇ\*

### Öz

4868 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) madde 12/C/III ile hakemin veya hakem kurulunun, tarafların açıkça yetkilendirmiş olmaları kaydıyla, hakkaniyet ve nesafet kuralları (*ex aequo et bono*) veya dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak karar verme yetkisine sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Pozitif düzenlemelerde, *ex aequo et bono* karar verme yetkisine ilişkin herhangi bir tanıma ise yer verilmemiştir. Ancak, uygulamada özellikle hakemin ya da hakem kurulunun yetkilerinin tespiti ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından bu kavramın ne olduğunun, kapsamının ve diğer kavramlarla ilişkilerinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Milletlerarası Tahkim Kanunu, *ex aequo et bono*, *amiable compositeur*, *lex mercatoria*, hakkaniyet ilkesi.

## AUTHORITY OF ARBITRATOR OR ARBITRATION TRIBUNAL TO DECIDE ACCORDING TO *EX AEQUO ET BONO* IN INTERNATIONAL ARBITRATION

### Abstract

In accordance with Article of 12/C/III of The Code of International Arbitration, arbitrator or the arbitration tribunal shall decide as *amiable compositeur* or *ex aequo et bono* only if the parties have expressly authorized the arbitrator or the arbitration tribunal to do so. There isn't any provision about identification of *ex aequo et bono* in this Code. However, it has been considered identification, scope and relationship with other judiciary concept of *ex aequo et bono* as significant, particularly at the determination of the arbitrators' authority and the recognition and enforcement of foreign arbitral awards in practice.

**Keywords:** The Code of International Arbitration, *ex aequo et bono*, *amiable compositeur*, *lex mercatoria*, principle of equity.

\* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye, zeynepm@uludag.edu.tr

## Giriş

MTK madde 12/C/III uyarınca hakemin veya hakem kurulunun, taraflarca açıkça yetkili kılınmış olmaları şartıyla, hakkaniyet ve nesafet kurallarına; diğer bir ifadeyle *ex aequo et bono* veya *amiable compositeur* (dostane aracı) olarak karar verebileceği kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Dolayısıyla, genel ve soyut olarak denilebilir ki, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu (MÖHUK) madde 24'ten farklı olarak, MTK'nın uygulama alanına giren hallerde<sup>2</sup>, taraflarca açıkça kararlaştırıldığı takdirde, hakeme ya da hakem kuruluna *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisi verilmektedir. Bu husus, tahkim yargısında taraflara belirli bir hukuk düzeninin (system of law) yanı sıra anasyonel hukuk kurallarının (rules of law) da uygulanacak hukuk olarak seçme imkânının tanınmasının bir uzantısı olarak görülebilir.

Ayrıca, MTK'ya kaynaklık eden UNCITRAL Model Kanunu<sup>3</sup> madde 28/III ile UNCITRAL Tahkim Kuralları<sup>4</sup> madde 35/III uyarınca da hakem heyetinin, ancak taraflarca açıkça yetkilendirilmiş olması koşuluyla, *ex aequo et bono* ya da *amiable compositeur* olarak karar verebileceği düzenlemektedir. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Sözleşme (ICSID Sözleşmesi)<sup>5</sup> madde 42/III uyarınca da birinci ve ikinci paragraf hükümlerinin, tarafların anlaşması kaydıyla, hakem heyetinin uyuşmazlığı *ex aequo*

<sup>1</sup> Türk Hukuku'nda *ex aequo et bono* terimi, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri ile eşanlamlı kabul edilmektedir. Çalışmamız kapsamında, milletlerarası tahkimde yerleşmiş bir terim olması ve ulusal hukuklarda yer alan hakkaniyet kurallarından ayırmak amacıyla, hakkaniyet ve nesafet kuralları yerine, *ex aequo et bono* terimi özellikle kullanılmıştır. Çalışmamızda aynı sebeplerden ötürü, dostane aracı yerine *amiable compositeur* terimine yer verilmiştir.

<sup>2</sup> MTK'nın uygulama alanı madde 1'de hükme bağlanmaktadır. Bu konu hakkında bkz. Ergin NOMER/Nuray EKŞİ/Günseli GELGEL ÖZTEKİN, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt 1, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 36-40; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 55-91; Turgut KALPSÜZ, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 13-36; Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme*, Prof. Dr. Gülören TEKİNALP'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s. 295-338, s. 303-306.

<sup>3</sup> UNCITRAL Model Kanunu İngilizce tam metin için bkz. [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf) (e.t.: 08.05.2014).

<sup>4</sup> UNCITRAL Tahkim Kuralları İngilizce tam metni için bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (e.t.: 08.05.2014).

<sup>5</sup> İlgili Sözleşmenin İngilizce tam metni için bkz. [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf) (e.t.: 10.05.2014).

*et bono* çerçevesinde çözebilmesine hanel getirmeyeceği belirtilmektedir. Keza, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Kuralları<sup>6</sup> madde 21/II'de de hakem mahkemesinin, tarafların bu konuda yetki vermesi halinde, *amiable compositeur* yetkisine sahip olabileceği veya *ex aequo et bono* karar verebileceği düzenlenmektedir.

Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa-Cenevre Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi)<sup>7</sup> madde VII ile de uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespitinde taraf iradesine öncelik tanınmaktadır. Tarafların uyuşmazlığın çözümüne ilişkin uygulanacak hukuku kararlaştırılmaları halinde, hakemlerin uygun görecekları kanunlar ihtilafı kurallarını tatbik ederek yetkili hukuku tespit edebilecekleri düzenlenmektedir<sup>8</sup>. İlgili hükmün lafzı göz önünde bulundurulduğunda, hakemlere *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisinin tanınmadığı görülmektedir. Ancak, Cenevre Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren hallerde<sup>9</sup> Cenevre Sözleşmesi madde VII'de hakemlere verilen takdir yetkisi kapsamında uygulanacak hukukun tespitine ilişkin Türk kanunlar ihtilafı kurallarına gidilmesi halinde, MTK madde 12/C/III uyarınca hakemin ya da hakem kurulunun tarafların açıkça yetki vermesi halinde, *ex aequo et bono* karar verebilme imkânının bulunduğu ifade edilebilir.

İlgili milletlerarası sözleşmeler ile MTK'da bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesi hukuk mantığı açısından da sağlam temellere dayanmaktadır. Zira tahkim, kaynağını doğrudan taraf iradesinden almaktadır<sup>10</sup>. Tarafların iradelerini tamamlayacak *lex fori*'nin yokluğu, hukuk seçimi konusunda daha

<sup>6</sup> İlgili Kuralların İngilizce tam metni için bkz. <http://www.MTOwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-MTO-Rules-of-Arbitration/MTO-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> (e.t.:27.12.2014).

<sup>7</sup> Türkiye işbu Sözleşme'yi 91/2138 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile iç hukukunda onaylamıştır. 23/09/1991 tarihli 21000 sayılı Resmi Gazete.

<sup>8</sup> Hakemin ya da hakem kurulunun "*uygun görecekları*" kanunlar ihtilafı kurallarından ne anlaşılması gerektiği maddenin lafzından anlaşılammaktadır. Nitekim, bu kavram oldukça belirsiz olduğu gerekçesiyle doktrinde de eleştirilmektedir. Bu eleştiri ve ilgili hükmün yorumlanmasına ilişkin bkz. ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986, s. 254-259 (*Tahkim*).

<sup>9</sup> Cenevre Sözleşmesi'nin uygulama alanı madde 1'de hükme bağlanmaktadır. Bu konu hakkında bkz. NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, s. 42-44; AKINCI, s. 57-91.

<sup>10</sup> NOMER/EKŞİ/GELGEL ÖZTEKİN, s. 1.

esnek davranılması sonucunu doğurmaktadır<sup>11</sup>. Ancak, *ex aequo et bono* tanımına ilişkin pozitif hukukta herhangi bir hükme rastlanılmamaktadır. Bu durum hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* ile özellikle *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi arasındaki farkın doktrinde ve uygulamada net bir şekilde ortaya konulamamasına neden olabilmektedir. Ayrıca her iki kavramın tanımı ve kapsamı, somut olayın şartlarına göre de değişiklik göstermektedir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, söz konusu kuralların mahiyetinin belirlenmesindeki zorluklar ve hakemin veya hakem kurulunun bu yönde karar verme yetkisinin sınırlı oluşu nedeniyle, uyumsuzluğun *ex aequo et bono* çözümü istisnai durumlarda ortaya çıkmaktadır<sup>12</sup>.

Dolayısıyla, çalışmamız kapsamında *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin kapsamının belirlenmesi amacıyla öncelikle bu konuda ileri sürülen görüşlere genel ve soyut olarak yer vermeye çalışacağız. Daha sonra, *ex aequo et bono* ile ulusal hukuklarda yer alan hakkaniyet kuralları, anasyonel hukuk kuralları ve *amiable compositeur* arasındaki farkın ne olabileceğini irdedeceğiz. Son olarak da hakemin veya hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin şartlarına da değineceğiz.

### **I. *Ex Aequo Et Bono* Karar Verme Yetkisinin Kapsamının ve Sınırlarının Belirlenmesi**

#### **B. *Ex Aequo Et Bono* Karar Verme Yetkisinin Kapsamının ve Sınırlarının Belirlenmesine İlişkin Görüşler**

Hakemin veya hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verebilmesinin kapsamının ve sınırlarının belirlenmesine ilişkin temel olarak üç görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşler, günümüzde ulusal ve uluslararası hukuklarda yer alan pozitif düzenlemeleri büyük ölçüde etkilemiştir.

- i. Latin grubu olarak ortaya çıkan ilk görüş taraftarlarına göre, hakeme ya da hakem kuruluna *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin tanınması, onların uyumsuzluğun esasına ilişkin uygulanacak milli hukuk kuralları

<sup>11</sup> Cemal ŞANLI, *Tahkim*, s. 124.

<sup>12</sup> Maud PIERS/Johan ERAUW, *Application of UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Arbitration*, *Journal of Private International Law*, Vol. 8, No 3, 2012, s. 441-472, s. 443.

ile anasyonel hukuk kurallarının aksine davranabilmeleri anlamına gelmemektedir<sup>13</sup>. Bu gruptakiler, hakemin ya da hakem kurulunun bu şekilde hukuk dışına çıkması halinde, ilgili hakem kararının iptal edilmesi gerektiğini ifade edilmekte ve *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisini ise milli hukuk kuralları ile anasyonel hukuk kuralları dışında karar verebilme yetkisi olarak gördüklerinden dolayı, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi ile donatılmış hakemleri *hukuki hakemler (de iure arbitrators)*, *amiable compositeur* yetkisi ile donatılmış hakemleri ise *fili hakemler (de iure arbitrators)* olarak nitelendirmektedirler<sup>14</sup>.

- ii. İkinci gruptaki yazarlara göre, hakem ya da hakem kurulu uyuşmazlığın esasına ilişkin karar tesis ederken tahkim yeri hukuku ile bağlı olmayıp, zaten birçok hukuk sisteminde hakemi ya da hakem kurulunu bağlı kılan açık pozitif düzenlemeler bulunmamaktadır<sup>15</sup>. Diğer yandan bu görüş taraftarları, *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin uyuşmazlığın esasına ilişkin sınırsız davranma serbestesi tanımayacağını ifade etmektedirler. Şöyle ki; hakemin ya da hakem kurulunun kamu düzenine aykırı karar tesis etmesi ya da görevini kötüye kullanması, yetki aşımında bulunması ve benzeri durumlarda hakem kararı iptal edilebilmektedir<sup>16</sup>. Dolayısıyla Latin grubu yazarları, *ex aequo et bono* karar verme yetkisini, hakemin ya da hakem kurulunun uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukuk normları ve anasyonel hukuk kuralları ile sınırlandırmaktayken; ikinci gruptaki yazarlar ise bu yetkiyi sadece tahkim yeri hukukunun kamu düzeni ve müdahaleci normları ile sınırlandırmaktadır. Bu anlamda, ikinci gruptaki yazarlara göre, Latin grubu yazarlarının kabul ettiği *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi ile ikinci gruptaki yazarların benimsediği *ex aequo et bono* karar verme yetkisi paralellik arz etmektedir<sup>17</sup>.

- iii. Anglo-Sakson Hukuku'nun hâkimiyetindeki üçüncü görüş taraftarları, ikinci grup yazarların benimsediğine benzer bir şekilde, hakemin

<sup>13</sup> A.J. COHN, "Commercial Arbitration and The Rules of Law- A Comparative Study", The University of Toronto Law Journal, Vol. 4, No, 1941, s. 3.

<sup>14</sup> COHN, s. 4.

<sup>15</sup> COHN, s. 4.

<sup>16</sup> COHN, s. 5.

<sup>17</sup> COHN, s. 5.

ya da hakemlerin hukuka uygun karar verme yükümlülüğünün bir sonucu olarak *ex aequo et bono* karar tesis etmeleri gerektiğini iddia etmekteyken, diğer iki gruptan farklı olarak, *ex aequo et bono* yetkisi ile donatılan hakemin veya hakem kurulunun uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ve tahkim yeri hukuku ile bağlı olduğunu savunmakta olduklarından uyuşmazlığın tarafları yetkili hukuku belirleyerek hakeme ya da hakemlere kolaylık sağlayabilirler<sup>18</sup>.

Bu görüşlerden hiçbiri, tahkimde taraf iradesinin mutlaklığını kabul etmemektedir. Ayrıca, söz konusu üç temel görüş; *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin kapsamını, *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi ile birlikte açıklamaya çalışmaktadır. Bunu yaparken her ulusal hukukun kendi dinamiği göz önünde bulundurulmaktadır.

Modern hukuk sistemlerinde ise tahkim hukukuna ilişkin en önemli sorun, taraflarca açıkça kararlaştırılarak hakeme ya da hakem kuruluna *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin tanınmasının ardından, bu yetkinin kullanımına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Zira böyle bir yetkiye rağmen soyut kalan bu kavramın içeriğinin belirlenememesi halinde, yetki aşımı söz konusu olabilir. Bu durumda da hakem kararı MTK itibarıyla iptal davasına konu edilebilir. Zira, MTK madde 15/A/I-e bendi uyarınca, hakemin ya da hakem heyetinin tahkim anlaşması dışında kalan bir konu hakkında karar verdiği veya istemin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı gerekçesiyle taraflardan biri yetkili asliye ticaret mahkemesinde<sup>19</sup> iptal davası açabilmektedir<sup>20</sup>. Ayrıca, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi)<sup>21</sup> madde V/1-c uyarınca, ilgili kararın tanınması ve tenfizi red-

<sup>18</sup> COHN, s. 7.

<sup>19</sup> 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (07/10/2004 tarihli 25606 sayılı Resmi Gazete) madde 5'te 6545 sayılı ve 18.06.2014 tarihli Kanun (28/06/2014 tarihli 29044 sayılı Resmi Gazete) ile yapılan değişiklik uyarınca hakem kararlarının iptali davalarında asliye ticaret mahkemeleri görevli kılınmıştır.

<sup>20</sup> Bu konuda bkz. NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, s. 30-31; AKINCI, s. 283-290; KALPSÜZ, s. 124-158.

<sup>21</sup> Türkiye işbu Sözleşme'yi 91/2125 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile iç hukukunda onaylamıştır. 25/09/1991 tarihli 21002 sayılı Resmi Gazete.

dedilebilmektedir<sup>22</sup>. Keza, bu konuda MÖHUK madde 62-g bendi uyarınca da aynı sonucun hâsıl olması muhtemeldir<sup>23</sup>. Dolayısıyla, *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin kapsamına ve sınırlarına ilişkin genel esasların ortaya konulması önem arz etmektedir.

### B. *Ex Aequo Et Bono* Karar Verme Yetkisinin Kapsamı ve Sınırlarına İlişkin Genel Esaslar

“*Ex aequo et bono*” kavramı Türkçe’de “*hakkaniyet ve nesafet kuralları*” olarak ifade edilmektedir. “*Hakkaniyet*” ile “*nesafet*” kelimeleri ise aynı anlamda kullanılmaktadır. Kelime manası ile hakkaniyet ya da nesafet, somut olay adaleti; hukukun katılığının giderilmesi; bireylerin yasa karşısında eşitliği ve onların haklarına uyulmasının zorunlu bulunduğu esaslarından doğal olarak çıkartılan adalet ilkesi; somut olayın özelliklerine uyan çözüm biçimlerinin en yüksek temeli şeklinde çıkartılan adalet ilkesi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>24</sup>. Terim olarak ise, hakemin veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar vermesi, yürürlükteki hukukta uyuşmazlığa uygulanacak kuralların varlığına rağmen, uyuşmazlığı kendi adalet ve nesafet ölçülerine göre çözmesi anlamına geldiği ifade edilmektedir<sup>25</sup>. Söz konusu tanımdan yola çıkarak bu kurallar, adalet ve nesafet kurallarının genel prensipleri şeklinde formüleştirmeye çalışılmaktadır<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> New York Sözleşmesi’nin uygulama alanı madde I’de hükme bağlanmaktadır. Bu konu hakkında bkz. NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, s. 87-92; AKINCI, s. 321-329; KALPSÜZ, s. 197-211.

<sup>23</sup> MÖHUK uyarınca, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, s. 59-86; AKINCI, s. 393-406; KALPSÜZ, 185-197; Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 530-538; Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 694-700; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/ İnci ATAMAN FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 470-520; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 133-137.

<sup>24</sup> Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 336.

<sup>25</sup> AKINCI, s. 227.

<sup>26</sup> Simon GREENBERG/Christopher KEE/Romesh J. WEERAMANTRY, *International Commercial Arbitration: An Asia-Pasific Perspective*, Cambridge University Press, Australia, 2011, s. 138.

Ancak, bu kavramı içeren genel ve kesin bir tanım yapabilmek mümkün değildir. Buna karşılık, *ex aequo et bono* yetkisi ile donatılmış hakemin ya da hakem kurulunun nasıl bir yöntem izleyebileceği kısmen de olsa somutlaştırılabilir. Zira *ex aequo et bono*, insan doğasından kaynaklanan ve aklın bir sonucu olarak benimsenmesi gereken temel hukuk prensipleri olarak ortaya çıkmakta ve doğrudan uyumsuzluğun esasını çözme fonksiyonu görmektedir<sup>27</sup>. Söz konusu işlevi yerine getirmek amacıyla *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin kapsamının somut olayın özelliklerine göre belirlenebileceği ve aynı zamanda hakemlerin kendi hukuk anlayışlarına ve zamana göre de farklı şekillerde tanımlayabilecekleri kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

*Ex aequo et bono* karar verme yetkisinin, ucu açık ve soyut normlar bütünü olarak kabul edilmesindeki en temel gaye ise tahkim yargılamasında somut olay adaletini en etkin bir şekilde sağlamaktır. Hakeme ya da hakem kuruluna ulusal veya uluslararası hukuk düzeninin katı kurallarından sıyrılma olanağı tanınmaktadır. Böylelikle hukukun durağan yapısının, yeni durumlara ve olaylara uyum sağlayabilmesi amaçlanmaktadır<sup>29</sup>. Ancak, asgari düzeyde de olsa hukuki öngörülebilirliğin ve kesinliğin sağlanabilmesi amacıyla, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi ile donatılmış olan hakemin veya hakem

<sup>27</sup> ŞANLI, *Tahkim*, s. 164.

<sup>28</sup> Aslında *ex aequo et bono* kaynağını uluslararası kamu hukukundan almaktadır. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü [[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj\\_statute\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf) (e.t.: 22.12.2014)] madde 38’de uluslararası hukukun kaynakları sayıldıktan sonra, tarafların görüş birliğine varmaları halinde *ex aequo et bono* Divan’ın karar verebileceği ifade edilmektedir. Ancak, kuruluşundan günümüze kadar UAD’nin *ex aequo et bono* hükme bağladığı bir uyumsuzluğa rastlanmamıştır. Bu duruma, devletlerin *ex aequo et bono* karar verme yetkisini Divan’a tanımaktan özellikle kaçınmaları sebep olarak gösterilebilir. Zira, *ex aequo et bono*’nun ne olduğu tam olarak belirlenememektedir. Bu konuda UAD’ın Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği (North Sea Continental Shelf) Kararı’ndaki tespitler önem arz etmektedir. (*Continental Shelf Boundaries; Relationship with Multilateral Treaties, Custom and International Law*, International Legal Materials, Vol. 8, No. 2, March 1969, s. 340-433.) Divan ilgili kararında, kanımızca da son derece yerinde bir tespitte bulunarak, hukukun genel ilkelerinden kabul edilen hakça eşitlik ilkesi ile *ex aequo et bono*’nun farklı kavramlar olduğuna dikkat çekmiştir. Bu anlamda UAD, anasoyel hukuk kuralları niteliğindeki hakça ilkelere (equitable principles) göre karar verebileceğini belirtmiştir. Ancak, Divan *ex aequo et bono* karar verebilmesi için UAD Statüsü madde 38/II uyarınca taraflarca yetkilendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu hususun Divan’ın hakkaniyete aykırı karar vermesine engel teşkil etmediği de vurgulanmıştır.

<sup>29</sup> Sibel ÖZEL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meselesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 158.



kurulunun aşağıda belirtilen hususları göz önünde bulundurması gerektiği kabul edilmektedir<sup>30</sup>:

- i. Hakeme ya da hakem kuruluna somut olayın şartları uyarınca, kendi hukuk anlayışlarına göre karar verebilme yetkisi tanınmaktadır.
- ii. Keza, hakem veya hakem kurulu uyuşmazlığın esasına ilişkin karar verirken ticari örf-âdet kuralları ile bağlı değildir.
- iii. Hakem ya da hakem kurulu hukuk normları dışındaki kurallara göre karar verebilir.
- iv. Taraflarca kararlaştırılan ulusal maddi hukuk hükmünün somut olaya tatbikinin adalete aykırı sonuçlar meydana getirmesi halinde, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi ile donatılan hakem veya hakem kurulu ilgili normu tatbik etmek zorunda değildir.
- v. Hukuk seçiminin yokluğunda, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi ile donatılan hakem ya da hakem kurulu, esasa uygulanacak hukuku tespit etmeyebilir.
- vi. Hakem ya da hakemler, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun sınırları ile bağlı değildir<sup>31</sup>.
- vii. *Ex aequo et bono* karar verme yetkisi ile donatılan hakem ya da hakem kurulu, hukukun genel ilkeleri ile *lex mercatoria*'yı dikkate almayabilir.
- viii. Milletlerarası kamu düzeninin dikkate alınmaması, New York Sözleşmesi'nin göz ardı edilmesi anlamına gelebilmektedir. Dolayısıyla, hakem ya da hakem kurulu *ex aequo et bono* tesis ederken bu hususu göz önünde bulundurmalıdır.
- ix. *Ex aequo et bono* karar verme, tahkim usulüne uygulanacak hukuku göz ardı etmek anlamına gelmemektedir.

<sup>30</sup> Mark HILGARD/Ana Elisa BRUDER, *Unauthorised Amiable Compositeur?*, Dispute Resolution International, Vol. 8, No 1, May 2014, s. 51-62; s. 52; Julian LEW/Loukas MISTELIS/Stefan KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003, s. 472.

<sup>31</sup> Kanımızca, *ex aequo et bono* yetkisi ile donatılmış hakem ya da hakemler uygulanacak hukukun maddi hükümleri ile bağlı olmamasına karşılık, *lex contractus*'un müdahaleci normlarını dikkate almak zorundadır. Bu konuda bkz. aşa. III. başlık.

Diğer yandan, hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verebilmesinin, hukuk kurallarına bağlı kalmadan sadece kendi değerleri doğrultusunda takdir hakkını kullanarak somut olayı çözüme kavuşturması şeklinde görülmesi de mümkün değildir<sup>32</sup>. Bu yetkinin verilmesi halinde, hakemin ya da hakem kurulunun soyut kuralı somut olaya uygularken taraflar açısından ortaya çıkan sonucun etkilerini de göz önünde bulundurabileceği söylenebilir.

Nitekim, Arjantinli ve Şilili şirketler arasında ortaya çıkan uyuşmazlık ile ilgili 10.12.1997 tarihli *ad hoc* tahkim yargılamasının sonunda tesis edilen karar bu konuda örnek gösterilebilir<sup>33</sup>. Karara konu olan olayda, satıcı konumundaki Arjantinli şirketin hissedarlarının %85'inin onayı ile alıcı Şilili şirket arasında satım sözleşmesi akdedilmiştir. Daha sonra alıcı şirket, satıcı şirketin gizli hesapları olduğunu belirlemiş ve satım bedelini ödemekten kaçınmıştır. Bunun üzerine, taraflar arasındaki uyuşmazlık *ad hoc* tahkime götürülmüştür. Taraflarca uygulanacak hukuk tespit edilmemiş; ancak hakemlere *ex aequo et bono* karar verme yetkisi verilmiştir. Bu kapsamda, hakemler *UNIDROIT* prensipleri bölüm 4.6'ya göndermede bulunarak, sözleşmenin alıcı tarafından hazırlandığına dikkat çekmiş ve hükümlerinin satıcı lehine yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşmışlardır.

Bu konuya ilişkin bir diğer husus ise *ex aequo et bono* karar verme yetkisi ile donatılmış hakemin ya da hakem kurulunun taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile bağlı olup olmayacağıdır. *Ex aequo et bono* karar verme yetkisi kaynağını taraf iradesinden aldığından, bu yetkiyi taraflarca belirlenmiş esas sözleşme hükümleri ile sınırlandırmak olağan kabul edilebilir<sup>34</sup>. Ancak her hâlükârda, hakemi ya da hakem kurulunu sözleşme hükümleri ile bağlı kılmak hukuken yerinde midir? Daha net bir ifadeyle, hakeme veya hakem kuruluna tanınan *ex aequo et bono* karar tesis etme yetkisi, taraf menfaati ile çatışan sözleşme hükümlerinin göz ardı edilmesi imkânını tanır mı? Bu soruya iki şekilde cevap verilmektedir<sup>35</sup>. İlk olarak, taraf iradesinin önceliği esas alınarak, hakemin veya hakem kurulunun sözleşme hükümlerini göz

<sup>32</sup> HILGARD/BRUDER, s. 54.

<sup>33</sup> İlgili Karar için bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=646> (e.t.: 22.12.2014).

<sup>34</sup> Benzer yöndeki görüşler için bkz. ÖZEL, s. 158; LEW/MISTELIS/KRÖLL; aksi görüş için bkz. HILGARD/BRUDER, s. 52.

<sup>35</sup> Bu görüşler için bkz. HILGARD/BRUDER, s. 59-60.

ardı edemeyeceği; zira bu konuda yetkilendirilmediği iddia edilmektedir. İkinci olarak ise, kamu düzeni<sup>36</sup> ve müdahaleci kurallara<sup>37</sup> aykırı olmadığı müddetçe, sözleşme hükümlerinin dikkate alınamayabileceği ifade edilmektedir. Kanımızca da ikinci değerlendirme daha makul gözükmektedir. Zira, tahkim yargılamasında esas olan taraf iradesidir. Ancak, bu husus taraf iradesinin mutlak olduğu anlamına gelmemektedir. Ayrıca, taraf menfaatine aykırı sonuçlar doğuran sözleşme hükümlerinin uygulanmamasına ilişkin

<sup>36</sup> Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni anlayışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 157-184, 458; ÇELİKEL/ERDEM, s. 148-163, 636-645; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 72-90, 501-511; DOĞAN, s. 113-117, 209-220; ŞANLI, s. 379-391; Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Genişletilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 52-53; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Taşınır Mallar İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Aktilerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996, s. 76-78; Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 279-287 (*Tanımaya ve Tenfiz*); Pelin GÜVEN, *Tanımaya-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 131-157; Cemile DEMİR GÖKYAYLA, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 23-38 (Kamu Düzeni); Berk DEMİRKOL, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 29-31; Ahmet Cemal RUHİ/Yavuz KAPLAN, *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 643-662, s. 643-657.

<sup>37</sup> Milletlerarası özel hukukta müdahaleci kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 180-184, 325-329; ÇELİKEL/ERDEM, s. 153-156, 391-394; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 58-61, 377-382; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 7-11, 285-288; DOĞAN, s. 228-234; TİRYAKİOĞLU, s. 78-82; DEMİRKOL, s. 15-29; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 1 vd. (*Doğrudan Uygulanan Kurallar*); Cemile DEMİR GÖKYAYLA, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, 6098 sayılı TBK, 6100 sayılı HMK, 6102 sayılı TK'ya Göre Güncellenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 399-413 (*Tek Satıcılık*); Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 30, Sayı 1-2, 2010, s. 27-88, s. 70-88 (*Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*); Mustafa ERKAN, *MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı 2, 2011, s. 81-121; Mehmet KÖSOĞLU, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, s. 147-172.

tarafının örtülü iradesinin olduğu da kabul edilebilir. Buradaki sınır ise kamu düzeni ve müdahaleci normlardır<sup>38</sup>.

## II. *Ex Aequo Et Bono* Karar Verme Yetkisinin Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

Yukarıda genel ve soyut olarak belirttiğimiz hususlar, hakeme ya da hakem kuruluna *ex aequo et bono* karar verirken nasıl bir metot izleyebileceğine ilişkin önerilerden ibarettir. Ancak, uygulamada bu kavramın sınırlarının net bir şekilde ortaya konulamaması, benzer hukuki kavramlarla karıştırılması sonucunu doğurabilmektedir. Zira ilgili kavram, somut olayın şartlarına göre farklı anlamlar ifade etmektedir. Bu nedenle, *ex aequo et bono* ulusal hukuklardaki hakkaniyet kavramı, anasyonel hukuk kuralları ve hakemin veya hakem kurulunun *amiabile compositeur* olarak karar verme yetkisi ile aynı anlamda kullanılabilir. Dolayısıyla, *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin kapsamının ve sınırlarının ortaya konulması amacıyla, benzer kavramlar ile arasındaki farklılıklardan bahsetmenin daha uygun olacağı görüşündeyiz.

### A. Ulusal Hukuklarda Yer Alan Hakkaniyet Kuralları ile *Ex Aequo Et Bono* Arasındaki Fark

*Ex aequo et bono* karar verilmesi, hakemin ya da hakem kurulunun önlerine gelen uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukta yer alan hakkaniyet ilkesini uygulaması anlamına gelmemektedir. Zira bu durumda, esasa uygulanacak hukukun tatbiki söz konusudur. Yetkili hukukta öngörülen hakkaniyet ilkelerinin uygulanması için tarafların ayrıca hakemi ya da hakem kurulunu yetkilendirmesine gerek yoktur.

Bu bağlamda, ulusal hukuklarda hâkimin hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar vermesi, hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* hüküm tesis etmesinden tamamen farklı bir anlama gelmektedir. Tahkime nazaran, devlet yargısında hâkimlerin hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre

<sup>38</sup> *Ex aequo et bono* karar tesis ederken müdahaleci normların ve kamu düzeninin işlevi için bkz. aşa. III. başlık.

hüküm vermesi sınırlı durumlar için öngörülmektedir. Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 4'te de hukuk ve hakkaniyet ifadesi yer almaktadır. İlgili hüküm uyarınca, takdir yetkisinin tanındığı veya durumun gerekleri ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda, hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar verebileceği düzenlenmektedir. Bu durumda, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin kanunda bir hüküm vardır; ancak bu hükmün içinde boşluk bulunmaktadır<sup>39</sup>.

TMK madde 1'de ise uygulanacak herhangi bir hükmün bulunmaması halinde hâkimin hukuk yaratma yetkisi olduğu ifade edilmektedir. Hâkimin hukuk yaratma yetkisini kullanabilmesi için somut olaya uygulanacak ne kanun hükmünün ne de örf-âdet kuralının bulunması gerekmektedir<sup>40</sup>. Diğer bir ifadeyle, hâkimler somut olaya ilişkin gerçek bir hukuki boşluk bulunmadığı takdirde, hukuk yaratma yetkilerini kullanamazlar. Böylelikle, hâkimin hukukta boşluk olduğu gerekçesiyle sessiz kalmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır<sup>41</sup>.

Keza tahkim yargılamasında, taraflarca *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin tanınması ile uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hakemin veya hakem kurulunun sessiz kalması önlenmektedir. Ancak hâkimlerin söz konusu yetkisinden farklı olarak, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hükümlerin bulunmasına rağmen, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi tanınan hakeme ya da hakem kuruluna yetkili hukukun maddi hükümlerini göz ardı etme olanağı sunulmaktadır. Bu konuda kendilerini sınırlayacak *lex fori*'nin yokluğu da hakeme ya da hakem kuruluna, hâkimlere nazaran daha geniş takdir yetkisi vermektedir. Ayrıca, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi, hakeme ya da hakem kuruluna hukuk yaratma yetkisi bahşetmemekte; sadece somut uyuşmazlığı çözme maksadıyla kural yaratma yetkisi vermektedir.

Ulusal hukuklarda benimsenen hakkaniyet ve nesafet kuralları ise yetkili hukukun sınırları dâhilinde somut olaya tatbik edilebilmektedir. Şanlı'nın da açık bir şekilde belirttiği üzere, bu kuralların ulusal hukuk sistemlerindeki fonksiyonu, hukuki düzenlemelerde bir temel noktası teşkil etmekten başka; somut olaylarda kanun hukuku ile ulaşılan sonuçların insan aklı, vicdanı ve

<sup>39</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, *Medeni Hukuk*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 90-95.

<sup>40</sup> OĞUZMAN/BARLAS, s. 113.

<sup>41</sup> OĞUZMAN/BARLAS, s. 111.

eşyanın doğası doğrultusunda değiştirilmesini, yumuşatılmasını veya bertaraf edilmesini temin etmektir<sup>42</sup>. Ancak, tahkim yargılamasında *ex aequo et bono* gibi kuralların fonksiyonu ise uyuşmazlığı doğrudan çözmektir<sup>43</sup>. Her iki durumda da bu türden kuralların fonksiyonu, hukukun durağan yapısı nedeniyle, somut olay adaletinin sağlanması sırasında karşılaşılabilecek engellerin aşılmasıdır.

Common Law geleneğine bağlı olan ülkelerde ise durum biraz daha farklıdır. Bu sistemde, hâkimler, Common Law'a dayanmayan Hakkaniyet Hukuku'na (Equity Law)<sup>44</sup> göre kararlar tesis etme yetkisine sahiptirler<sup>45</sup>. Temel olarak Hakkaniyet Hukuku, katı ve biçimsel hukuk kurallarının neden olabileceği adaletsiz sonuçları bertaraf etmek amacıyla geliştirilmiş; ahlaka ve vicdana uygun temel ilkelere dayanarak yazılı olmayan kuralların bütünü olarak tarif edilmektedir<sup>46</sup>.

Her ne kadar bu ülkelerde kanunlaştırma hareketleri hız kazanmış olsa da örf-âdet kurallarına dayanan Common Law ile Hakkaniyet Hukuku ayrımı varlığını sürdürmektedir<sup>47</sup>. Ancak, Common Law geleneğinden gelen ülke-

<sup>42</sup> ŞANLI, s. 164.

<sup>43</sup> ŞANLI, s. 164.

<sup>44</sup> Anglo-Sakson Sistemi'nde Hakkaniyet Hukuku ve hâkimin buna göre karar tesis etmesine ilişkin ayrıntılı bilgi hakkında bkz. Ralph A. NEWMAN, *Equity in Comparative Law*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 17, No 4, October, 1968, s. 807-848.

<sup>45</sup> Tarihsel süreçte, Common Law ile Equity Law arasındaki farkın ortadan kaldırılarak hukuk sisteminde birliğin sağlanması gerektiği doğrultusunda görüşler ileri sürülmüştür. 1861 yılında İngiltere'de Yargı Komisyonu, her iki hukuki kurum arasında radikal bir değişikliğin kabul edilmesi gerektiğini ayrıntılı bir raporla belirtmiştir. Bu süreçten sonra uzun soluklu ve kararlı çalışmalar başlatılmıştır. Günümüzde ise İngiltere'de kanunlaştırma hareketlerinin ağırlık kazanması ile Common Law ile Hakkaniyet Hukuku arasında uygulamadan kaynaklanan sorunlar ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Stephen WADDAMS, *Equity in English Contract Law: The Impact of the Judicature Acts (1873-75)*, Journal of Legal History, Vol. 33, No. 2, August 2012, s. 185-208, s. 185-192.

<sup>46</sup> Arzu OĞUZ, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 265.

<sup>47</sup> Amerika Hukuku'nda da 2011 tarihli Haksız Zenginleşmede Geri Verme Yükümlülüğüne ilişkin düzenleme ile (Restatement (Third) of Restitution Unjust Enrichment) soyut ve kapsamı belli olmayan Hakkaniyet Hukuku prensiplerinin somutlaştırılması amaçlanmıştır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Leonel SMITH, *Common Law and Equity in R3RUE*, Washington and Lee Law Review, Vol. 68, 2011, s. 1193-1201, s. 1185-1202.

lerde *ex aequo et bono* ile Hakkaniyet Hukuku'nda yer alan temel ilkelerin ne olduğunun tam olarak belirlenememesi, bu iki kavramın uygulamada birbirine karıştırılmasına neden olabilmektedir. Hakkaniyet Hukuku, Anglo-Sakson Hukuku'nun bir parçasıdır. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun Anglo-Sakson karakterli olması halinde, hakem veya hakem kurulu evleviyetle Hakkaniyet Hukuku'nda yer alan ilkeleri tatbik edecektir. Buna rağmen, açıkça yetkilendirilmeleri şartıyla, *ex aequo et bono* hakemin veya hakem kurulunun hüküm tesis etmesi mümkün gözükmemektedir.

### **B. Ex Aequo Et Bono ile Anasyonel Hukuk Kuralları Arasındaki Fark**

Genel olarak, tahkim yargılamasında ulusal hukuk sistemlerinin yanı sıra, anasyonel hukuk kuralları da yetkili hukuk olarak taraflarca kararlaştırılabilmektedir. Bu kurallar en genel ifadeyle, *lex mercatoria* şeklinde terimleştirilmektedir. Ancak, *lex mercatoria*'nın ne olduğunun ortaya konulması, hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verme yetkilerinin tespiti açısından önem arz etmektedir.

*Lex mercatoria*, milletlerarası ticari ilişkileri düzenlemek için geliştirilmiş ve milletlerarası ticarete yaygın olarak uygulanmakta olan ticari örf-âdet ve teamülleri içermektedir<sup>48</sup>. *Lex mercatoria*'nın kapsamını belirleme hususunda tahdidi bir sıralama yapmak mümkün değildir. Buna karşılık, milletlerarası hukukun, genel hukuk prensiplerinin, Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) ve BIMCO gibi uluslararası kuruluşların meydana getirdiği genel-geçer ve soyut kuralların, örf-âdet ve teamül kurallarının, yayınlan-

<sup>48</sup> *Lex mercatoria* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 143-154; Vahit DOĞAN, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurallarının ve Sınırlarının Tespiti*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 37-39 (*İş Akdi*); Vahit DOĞAN, *Banka Teminat Mektupları*, Genişletilmiş 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 281 (*Teminat*); Ziya AKINCI, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1996, s. 13-20 (*İnşaat*); Tolga AYOĞLU, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet-Teamül Olarak Lex Mercatoria*, 1. Basıdan 2. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 122-173; Sülün GÜÇER, *Lex Mercatoria in International Arbitration*, Ankara Bar Review, Vol. 2, Issue 1, 2009, s. 30-39, s. 34.

miş hakem kararlarının temel olarak *lex mercatoria* 'yı oluşturduğu kabul edilmektedir<sup>49</sup>. İrade serbestliğinin geniş ölçüde egemen olduğu bu kurallar, milletlerarası ticarete ekonomik ve siyasi sınırları çizmek amacıyla da kullanılmaktadır<sup>50</sup>.

İçeriğinin tespitinde irade serbestliğinin olması açısından *lex mercatoria* ile *ex aequo et bono* arasında benzerlik olduğu söylenebilir. Zira, her ikisi açısından da sistematik kurallar bütününden bahsetmek mümkün değildir. Genel ve soyut olmaları nedeniyle, söz konusu iki kavram arasındaki farkın açık bir şekilde ortaya konulması zor olsa da *lex mercatoria* ile *ex aequo et bono*'nun ortaya çıkma biçimlerine ve işlevlerine ilişkin unsurların, bu konuda belirleyici olduğu söylenebilir.

Uyuşmazlığın esasına uygulanması kararlaştırılan *lex mercatoria* türünden kurallar, taraflarca varlığı kabul edilen ve uygulanması konusunda belirli bir düzeyde inancın bulunduğu normlar bütünüdür. Örneğin, *lex mercatoria* kapsamında kabul gören genel hukuk prensiplerinin ya da örf-âdet kurallarının uygulanabilmesi için taraflarca makul bir süre zarfında tekrar edilmeleri gerekmektedir. Lando'ya göre, genel hukuk prensiplerinin uyuşmazlığın esasına uygulanabilmeleri için hukuk düzenlerinde ortak ve aynı sonucu öngörmeleri yeterli kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Örf-âdet kuralları açısından ise durum biraz farklıdır. Bu kuralların uygulanma kabiliyetine

<sup>49</sup> Tolga AYOĞLU, *Some Reflections on the Source of Lex Mercatoria*, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni *Lex Mercatoria*, ed.: Ahmet Cemil YILDIRIM/Serhat ESKİYÖRÜK, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 28-36. (*Source of Lex Mercatoria*)

<sup>50</sup> Bu nedenle, uluslararası ticaret topluluğunun hukuku (the law of international business community) şeklinde de adlandırılmaktadır. Zira, uluslararası ticaretle ilgilenen herkesin oybirliği ile uymak zorunda olduğu kurallar bütünü olarak görülmektedir. Fabrizio MARALLE, *Choice of Law in Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, 2003, s. 1138-1188, s. 1140-1141; Nikitas E. HATZIMIHALI, *The Many Lives—And Faces—of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law*, Law and Contemporary Problems, Vol. 71, 2008, s. 169-190; s. 170-171. Kanımızca, bu nitelendirmeye katılmak mümkün değildir. Herhangi bir kurallar bütününi hukuk olarak tarif edebilmek için üstün otorite tarafından koruma altına alınmış olması; yani ihlali halinde yaptırım uygulanması gerekmektedir. *Lex mercatoria* açısından bunu söylemek mümkün değildir.

<sup>51</sup> Ole LANDO, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 34, No 4, 1985, s. 747-768, s. 750. Aynı zamanda bu konu hakkında bkz. ÖZEL, s. 146.



sahip olabilmeleri için sürekli tekrarlanan bir davranış biçiminin yanı sıra, hukuken bağlayıcı bir yükümlülük inancıyla tatbiki gerekmektedir<sup>52</sup>. Diğer yandan, *ex aequo et bono* için böyle bir durumdan bahsedilemez.

Ayrıca, devlet yargısından farklı olarak, tahkim yargılamasında anas-yonel hukuk kuralları hukuk seçiminin konusunu oluşturmaktadırlar<sup>53</sup>. Hukuk seçiminin yokluğunda ise MTK madde 12/C/I uyarınca, hakem ya da hakem kurulu uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar vermektedir. Keza, UNCITRAL Model Kanunu madde 28/I ile UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 35/I ikinci cümle itibarıyla da tarafların uygulanacak hukuk kural-larını belirlememeleri halinde, hakemlerin uygun olduğuna karar verdikleri hukuku uygulayacakları hükme bağlanmaktadır. MTO Tahkim Kuralları madde 21 uyarınca ise tarafların sadece ulusal maddi hukuk hükümlerini seçebilecekleri ifade edilmektedir. Ancak, hakemlere açıkça *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisi verilmişse, hukuk seçiminin yokluğunda dahi, *lex mercatoria*'nın uygulaması mümkün olabilecektir<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> ÖZEL, s. 148.

<sup>53</sup> MÖHUK madde 24/I uyarınca, devlet yargısında hukuk seçiminin konusunun sadece ulusal hukuk düzenleri ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir. *Lex Mercatoria* da dahil olmak üzere, anas-yonel hukuk kurallarının seçimi halinde, uyuşmazlığa uygulanacak devlet hukukunun cevaz verdiği ölçüde bu kuralların uygulanacağı öngörülmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 307; ÇELİKEL/ERDEM, s. 339; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 356; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 254; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 352; DOĞAN, *Teminat*, s. 284; ÖZEL, s. 128; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 37; DEMİR GÖKYAYLA, *Tek Satıcılık*, s. 316; DEMİRKOL, s. 142-159; Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beşinci Bası, Beta Yayı-nevi, İstanbul, 2013, s. 43 (*Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*); Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Incorporation Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaş-maları*, Tıpkı 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 24 (*Deniz Ticareti*); Nuray EKŞİ, *Kanunlar İhtilafında Incorporation*, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 19, Sayı 1-2, 1999-2000, s. 263-261 s. 266 (*Incorporation*); Zeynep Derya TARMAN, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, BATİDER, 2010, Cilt XXVI, Sayı 1, s. 143-168, s. 153. Aksi görüş için bkz. Fügen SARGIN, *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 194.

<sup>54</sup> ÖZEL, s. 153; Bahadır ERDEM, *Türk Milletlerarası Tahkim Hukuku'nda 'Lex Mercatoria'*, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni *Lex Mercatoria*, ed.: Ahmet Cemil YILDIRIM

*Lex mercatoria* kısmen de olsa *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin içeriğine ilişkin kurallar kataloğu olarak kabul edilmektedir<sup>55</sup>. Bu bağlamda, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi, pozitif hukukun katılığından sıyrılma olanağını tanıırken, hukuk seçiminin yokluğunda hakeme ya da hakem kuruluna gerekli gördükleri takdirde *lex mercatoria*'yı da uygulama imkânını sağlamaktadır. Zira, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi hakeme ya da hakem kuruluna hakkaniyete, adalete ve hukuk kurallarına (law of rules) göre uyuşmazlığı çözme yetkisi bahşetmektedir<sup>56</sup>. Dolayısıyla, hukuk seçiminin yokluğunda dahi, eğer hakeme ya da hakem kuruluna *ex aequo et bono* karar verme yetkisi açıkça verilmişse, bu durumda *lex mercatoria*'nın esasa uygulanacak hukuk olarak tatbik edilebileceği ifade edilmektedir<sup>57</sup>.

### C. *Ex Aequo Et Bono* ile *Amiable Compositeur* (Dostane Aracı) Olarak Uyuşmazlığın Çözümü Arasındaki Fark

Doktrinde en fazla tartışılan konulardan biri hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* ve *amiable compositeur* olarak karar verebilme yetkileri arasındaki farktır. Bazı hukuk sistemlerinde (Fransız Hukuku gibi) hakeme ya da hakem kuruluna sadece *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi tanınırken, bazılarında ise (Türk Hukuku'nda olduğu gibi) hem *ex aequo et bono* hem de *amiable compositeur* olarak karar tesis etme yetkisi tanınmaktadır. *Ex aequo et bono* ile *amiable compositeur* terimleri teoride birbirinden farklı anlamlar ifade etse de uygulamada bunları birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Ancak her iki hukuki kurum arasındaki farktan ziyade, aralarındaki ilişkinin ortaya konulması, hakeme ya da hakem kuruluna yol göstermesi açısından önem arz etmektedir.

UNCITRAL Model Kanunu madde 28/III ile UNCITRAL Tahkim Ku-

---

/Serhat ESKİYÖRÜK, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 131.

<sup>55</sup> A. F. M. MANIRUZZAMAN, *The Arbitrator's Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and Ex aequo et bono in Decision Making*, Mealey's International Arbitration Report, Vol. 18, 2003, s. 1-8, s. 2.

<sup>56</sup> MANIRUZZAMAN, s. 2.

<sup>57</sup> Bu konudaki görüşler için bkz. MANIRUZZAMAN, s. 4; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s. 105; GÜÇER, s. 37, Didem ÖZDEMİR, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, 2003, s. 91-131, s. 112.

ralları madde 35/II’te de düzenlendiği gibi, MTK madde 12/C/III uyarınca hakem ya da hakem kurulu, açıkça yetkili kılınmış olmaları şartıyla “*hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre ya da dostane aracı olarak*” karar verebilme yetkisine sahip kılınmaktadır. İlgili hükümlerin lafzına bakıldığında, *ex aequo et bono* ile *amiable compositeur* terimlerine yer verilmesi sebebiyle, bu iki hukuki kurumun ayrı kavramlar olduğu izlenimi edinilmektedir. Ancak bu konuda, Türk Hukuku’nda ve yabancı hukuklarda farklı eğilimlerin olduğu görülmektedir.

Hakemin ya da hakem kurulunun *amiable compositeur* olarak karar verebilme yetkisi Fransız Hukuku’na dayanmaktadır<sup>58</sup>. Fransız Hukuku’nda baskın görüş, *ex aequo et bono* ile *amiable compositeur* kavramlarının aynı anlama geldiğidir<sup>59</sup>. Ancak, bu iki kavramın farklı olduğunu iddia eden görüşler de göz ardı edilemeyecek şekilde ortaya konulmaktadır. Kural olarak, *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisi ile donatılan hakemin ya da hakemlerin emredici hükümler dâhil tüm hukuk kurallarından ayrılabilceği; *amiable compositeur* yetkisi kapsamında ise uyumsuzluğun esasına uygulanacak milli hukuk sisteminin emredici kurallarının uygulanmasından kaçınılamayacağı ifade edilmektedir<sup>60</sup>.

*Ex aequo et bono* ile *amiable compositeur* arasındaki farkın daha ziyade, dilsel tercihlerden (language preference) kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>61</sup>. Türkiye’de de olduğu gibi, pek çok ülkede UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak ulusal tahkim kanunları tesis edilmektedir. İlgili hükümlerde ise bu iki kavrama ayrı ayrı yer verilmektedir. Buna karşılık, Türk Hukuku’nda *ex*

<sup>58</sup> Bu konuda bkz. R.E. CHRISTIE, *Amiable Composition in French and English Law*, The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators, Vol. 58, No. 4, 1992, s. 259-266, s. 259-260; Jana HERBOCZKOVA, *Amiable Composition in the International Commercial Arbitration*, [https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkoval\\_jana.pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkoval_jana.pdf) (e.t.: 14.11.2014), s. 1-8, s. 1-2.

<sup>59</sup> ÖZEL, s. 159; Mauro SAMMARTONA-RUBINO, *International Arbitration Law and Practice*, Second Edition, Kluwer Law International, Netherlands, 2001, s. 471.

<sup>60</sup> Bu konu hakkında Fransız Hukuku’ndaki görüşler için bkz. AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s. 99- 100, dn. 295-296-297’deki yazarlar.

<sup>61</sup> A. DUMISIC, *Advantages of Amiable International Arbitration: Characteristics and Scope of Arbitrators Power*, <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22183/91117.pdf?sequence=1> (e.t.: 11.11.2014), s. s. 5; Alexander J. BĚLOHLAVEK, *Application of Law in Arbitration, Ex Aequo Et Bono and Amiable Compositeur*, Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Vol. 3, March 2013, s. 25-51, s. 30.

*aequo et bono* ile *amiable compositeur* arasında fonksiyon açısından farklılık olmadığı ifade edilmektedir<sup>62</sup>. Zira, hakemin ya da hakem kurulunun her iki durumda da açıkça yetkilendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, hakeme veya hakem kuruluna taraflar arasındaki menfaat dengesini temelden sarsan, onlar arasında adaletsiz sonuçlara neden olan sözleşme hükümlerini uygulamama imkânı da tanınmaktadır. Bu konuda tarafların örtülü iradelerinin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Bunun yanı sıra, *ex aequo et bono* ya da *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi ile donatılan hakeme ya da hakemlere, pozitif hukukun neden olduğu uygun olmayan sonuçları bertaraf ederek somut olay adaletini sağlama imkânı tanınmaktadır.

Diğer yandan, bu iki kavramın niteliklerinin farklı olduğu kanısındayız. Hakeme ya da hakem kuruluna, *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisinin tanındığı hallerde, taraflarca hakkaniyete göre hüküm tesis etme imkânı sağlandığının ifade edilemeyeceği görüşünderiz<sup>64</sup>. Bu husus, hakemin ya da hakem kurulunun yetkisinin kapsamının belirlenmesinde önemlidir. Zira, hakemin ya da hakem kurulunun yetkisini aştığı gerekçesiyle hakem kararı, iptal davasına konu olabilir ya da bu konudaki tanıma veya tenfiz talebi reddedilebilir.

Bu bağlamda, *ex aequo et bono* karar tesis etme yetkisinin açıkça verildiği durumlarda, hakem ya da hakem kurulu taraflar arasındaki sözleşmeyi yeniden yorumlama yetkisine sahiptir. Dolayısıyla, uyuşmazlığın esasını çözerken tarafların menfaatine aykırı olan sözleşme hükümlerini göz ardı edebilirler<sup>65</sup>. Hatta bu konuda tarafların örtülü iradelerinin olduğu kabul edilebilir. Ancak, aynı hususun *amiable compositeur* yetkisinin kapsamında ifade edilemeyeceği söylenebilir. *Ex aequo et bono* karar verme yetkisinden farklı olarak; *amiable compositeur* yetkisinde hakem ya da hakem kurulu soyut hukuk kuralları; yani uluslararası hukukun genel olarak kabul ettiği normlar ile bağlıdır. Bu anlamda, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi, hakeme veya hakemlere uyuşmazlığın çözümüne ilişkin daha geniş yetkiler

<sup>62</sup> ÖZEL, s. 163; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s. 100; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, BATİDER, Cilt 18, Sayı 4, 1996, s. 93-109, s. 105 dn. 36 (*Çözüm Yolları*).

<sup>63</sup> ÖZEL, s. 161.

<sup>64</sup> Bu konuda aksi görüş için bkz. AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s. 100-101; HERBOCZKOVA, s. 3.

<sup>65</sup> DUMISIC, s. 7.

bahşetmektedir<sup>66</sup>.

Buna karşılık, her iki durumda da hakemin veya hakem kurulunun sözleşmeyi geçersiz hale getiren hukuk normları ile bağlı olmadığını kabul etmek gerekmektedir<sup>67</sup>. Zira burada asıl olan taraf iradesidir ve tarafların gerçek iradelerinin sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesine yönelik olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda da tarafların örtülü iradelerinin varlığını kabul etmek makul görülmektedir.

*Amiable compositeur* yetkisi, uyuşmazlığın taraflarının hakem ya da hakemler tarafından sanki bir arabulucu gibi uzlaştırılması anlamına da geldiği iddia edilmektedir<sup>68</sup>. Ancak, şu husus göz ardı edilmemelidir ki, hakeme ya da hakem kuruluna uyuşmazlığı *amiable compositeur* olarak çözme yetkisinin tanınması, uyuşmazlığın alternatif çözüm yolları ile sonuçlandırılması anlamına gelmemektedir. Zira tahkim, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarından<sup>69</sup> biri olarak kabul edilmemektedir<sup>70</sup>. Tahkim yargılaması, hakları ihlal edilen kişilerin devlet yargısına başvurma kuralı-

<sup>66</sup> ŞANLI, hakeme ya da hakem kuruluna *ex aequo et bono* ya da *amiable compositeur* olarak uyuşmazlığı çözme yetkisi verildiği takdirde, sadece milli pozitif hukuk sistemlerini uygulamaktan kaçınma yetkisi verildiğini ifade etmektedir. Bu durumda, hakem ya da hakem kurulu hukuk ile bağlıdırlar ve kişisel kanaatlerine göre karar veremezler. Ancak, yazara göre bu hukuk menşe ve mahiyeti itibarıyla farklı bir hukuktur. Bu doğrultuda bkz. ŞANLI, *Tahkim*, s. 174-175.

<sup>67</sup> ÖZEL, s. 158; ÖZDEMİR, s. 111; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s. 101.

<sup>68</sup> Hakemlere *ex aequo et bono* verme yetkisinin açıkça verildiği hallerde de hakemin ya da hakem kurulunun arabulucu gibi davranabileceğine ilişkin görüşler hakkında bkz. BĖLOHLAVEK, s. 28.

<sup>69</sup> Genel çerçevede, alternatif uyuşmazlık çözümü tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamasını yahut onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle, uyuşmazlığın halli bağlamında destek vermesini öngören ve Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yolları bütünü olarak tarif edilmektedir. İlgili tanım ve benzerleri için bkz. Süha TANRIVER, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 64, 2006, s. 151-177, s. 151, benzer tanımlar için bkz. dn. 1'deki yazarlar.

<sup>70</sup> AKINCI, *Çözüm Yolları*, s. 100, dn. 30; Alper BULUR, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, Sayı 4, Güz 2007, s. 30-46, s. 32.

nın istisnasını teşkil etmektedir ve uyuşmazlıkların yargısal yollarla çözüm yöntemlerinden<sup>71</sup> biridir<sup>72</sup>. Hakeme ya da hakem kuruluna uyuşmazlığı *amiable compositeur* olarak çözüme yetkisinin verilmesi, tahkim yargılamasının söz konusu niteliğini değiştirmez. Bu durum, sadece esasa uygulanacak hukukun tespitine ilişkindir. *Amiable compositeur* yetkisinin kullanıldığı tahkim sürecinde de devlet yargısında olduğu gibi, uyuşmazlığın hukuki yollarla çözümü asıl gayedir.

*Amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi, hakeme ya da hakem kuruluna yargılama esnasında taraflar arasında menfaat dengesini sağlarken uzlaştırmacı bir yöntem izleyebilir. Dolayısıyla, *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi ile donatılan hakem ya da hakem kurulu arabulucu ile yakınlaşmaktadır. Ancak, arabulucunun<sup>73</sup> görevi dostane bir çözüme ulaşmak için taraflara, müzakereler sonucunda bir anlaşmaya varabilmek için yardım etmektir<sup>74</sup>. Tahkim sürecinden farklı olarak, tarafsız üçüncü kişi olarak adlandırılan arabulucuların verdiği kararların bağlayıcılığı yoktur ve verilen karara karşı daima mahkemelere ya da tahkime gitme imkânı bulunmaktadır<sup>75</sup>. Dolayısıyla, arabulucu bir karar merci değildir; sadece taraflara iletişim ve müzakerelerde aracılık etmektedir<sup>76</sup>. Buna karşılık, hakem ya da hakem kurulu tahkim yargılamasını sonlandıran ve taraflar açısından bağlayıcı bir karar tesis etmek zorundadırlar. Hakeme ya da hakem kuruluna *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisinin verilmesi, kendisinin bağlayıcı ve nihai kararlar verebilme yetkisine hanel getirmemektedir.

<sup>71</sup> Bu konuda bkz. NOMER, s. 520; Yavuz KAPLAN, *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 24; Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 2, 2001, s. 137-146, s. 141.

<sup>72</sup> Tahkim kavramı ve unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 522-525; ÇELİKEL/ERDEM, s. 670; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 548-552; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 127-128; NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, s. 1-3; ŞANLI, *Tahkim*, s. 19-21; ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözümü*, s. 225-237; AKINCI, *Tahkim*, s. 3-9; ÖZEL, s. 15-19; Burak HUYSAL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 7-11.

<sup>73</sup> Türk Hukuku'nda hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla 07.06. 2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yürürlüğe konulmuştur. İlgili Kanun için bkz. 18/12/2010 tarihli 27789 sayılı Resmi Gazete.

<sup>74</sup> AKINCI, *Tahkim*, s. 9

<sup>75</sup> ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 437.

<sup>76</sup> AKINCI, *Tahkim*, s. 10.

Uygulamada *ex aequo et bono* ile *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi arasında herhangi bir problem ortaya çıkmamakla birlikte, tartışmalar daha çok teorik alanda bir anlam ifade etmektedir. Nitekim, MTO Tahkim Kuralları'nın 1998 yılındaki revizyonu sırasında metni hazırlayan çalışma grubu bu iki kavramın aynı anlam geldiği sonucuna ulaşmıştır<sup>77</sup>. Bu kavramlar arasındaki herhangi bir fark olup olmadığının tespiti açısından ise taraf iradelerinin ve tahkim yeri hukukunun (*lex arbitri*) esas alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>78</sup>.

### III. Hakemlerin *Ex Aequo Et Bono* Karar Verebilme Yetkisinin Şartları

*Kompetenz-kompetenz* (yargılama yetkisi üzerinde yetki) prensibini düzenleyen MTK madde 7/H uyarınca, hakem ya da hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut ya da geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilmektedir. Bu ilke gereğince, *ex aequo et bono* karar verilemeyeceği meselesi, bizatihi hakem ya da hakem kurulu tarafından karara bağlanacaktır. Zira söz konusu prensibe göre, hakem ya da hakem kurulu kendi yetkilerine ilişkin yapılan her türlü itirazı mahkemeye gitmeksizin kendileri karara bağlayabilmektedir<sup>79</sup>.

Bu bağlamda, hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisinin sınırlarının ve kapsamının tespit edilmesi önem arz etmektedir. Ancak, bu yetkinin özüne zarar verecek ölçüde bir sınırlamanın kabul edilemeyeceği söylenebilir. Zira *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisi, esasa uygulanacak hukukun esnekleştirilerek, pozitif hukukun katılığından kurtulabilme olanağının taraflarca hakeme ya da hakem kuruluna tanınmasını sağlamaktadır.

Dolayısıyla *kompetenz-kompetenz* ilkesi kapsamında, hakemin ya da hakemlerin *ex aequo et bono* karar verebilmesi için aşağıda belirtilen şartların varlığının tespit edilmesi gerekmektedir:

<sup>77</sup> ÖZEL, s.160; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s. 100.

<sup>78</sup> ÖZEL, s.160; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s. 100.

<sup>79</sup> Bu konuda bkz. ÖZEL, s. 102-109.

**i. Hakeme/hakemlere uyuşmazlığın taraflarınca *ex aequo et bono* karar verme konusunda “açıkça” yetki verilmesi gerekmektedir.** UNCITRAL Model Kanunu madde 28/III ile UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 35/II’de de düzenlendiği üzere, MTK madde 12/C/III uyarınca, hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verebilmesi için tarafların bu yöndeki iradelerini açıkça beyan etmeleri gerekmektedir. Açık irade beyanı ile kastedilen, tarafların hakeme ya da hakem kuruluna *ex aequo et bono* uyuşmazlığı çözme konusunda yetki verdiklerinin yorumu gerektirmeyecek bir şekilde ve anlaşılır bir biçimde açıklamış olmalarıdır. Dolayısıyla hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verebilmesi için tarafların bu konudaki örtülü iradelerinin varlığı yeterli değildir. Diğer bir ifadeyle, hakem veya hakem kurulu sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından, taraflarca bu yönde bir yetki verilip verilmediğini araştırmayacaktır. Ayrıca, bu konuda farazi iradenin araştırılması da mümkün değildir<sup>80</sup>. Zira hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin varlığı için tarafların sadece gerçek iradeleri aranmaktadır.

MTO Tahkim Kuralları madde 21/son uyarınca da hakem kurulunun sadece taraflarca yetkilendirildiği takdirde *ex aequo et bono* karar verebileceği hükme bağlanmaktadır. İlgili hükmün lafzı dikkate alındığında, taraflarca bu konuda açıkça ya da örtülü bir şekilde yetkilendirme söz konusu olabilmektedir. Ancak MTO Tahkim Kuralları madde 21/son ile burada farazi iradenin varlığı aranmamaktadır. Zira, bu konuda tarafların gerçek iradelerinin esas alınması gerekmektedir. Aksi bir yorum, *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin özü ile çelişebilir.

Kanımızca, tarafların hakeme ya da hakem kuruluna, *ex aequo et bono* karar verme yetkisini yazılı bir şekilde vermelerinin şart olmadığı ifade edilebilir. Zira MTK madde 12/C/III’te hakem veya hakem kurulunun yetkilendirilmesine ilişkin taraf iradesinin şeklinin nasıl olması gerektiği konusunda herhangi bir düzenlenmenin bulunmaması bu konuda bir serbestliğin olduğu şeklinde yorumlanabilir. Bu nedenle, sözlü olarak da bu yetki verilebilmektedir<sup>81</sup>. Önemli olan

<sup>80</sup> AKINCI, *Tahkim*, s. 227.

<sup>81</sup> David CARON/Lee CAPLAN, *The Uncitral Arbitration Rules*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, s. 120.



hakemin veya hakem kurulunun, sözlü olarak verilen *ex aequo et bono* yetkisinin açıkça ve tarafların anlaşması sonucu verildiğini doğru bir şekilde belirleyebilmesidir. Keza MTK madde 12/C/III’te herhangi bir düzenleme bulunmadığı için, karar aşaması hariç olmak üzere, tahkim yargılamasının her safhasında bu konuda tarafların yetki verebilecekleri kabul edilebilir.

**ii. Tahkimin usulüne uygulanan hukukun da bu konuda yetki vermesi gerekmektedir<sup>82</sup>.** Tahkim usulüne uygulanan hukukta imkân tanınmamasına rağmen, taraflarca hakeme ya da hakemlere *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisinin verilmesi halinde; tesis edilen hakem kararının geçersiz (invalid) ya da uygulanamaz (enforceable) olduğu kabul edilmektedir<sup>83</sup>. Ancak Şanlı, esasa uygulanacak hukuku seçmede taraflara tam bir serbesti tanındıktan sonra, bu serbestinin tahkimi yöneten hukuk normları ile sınırlandırılmasının tezat teşkil edeceğini ifade etmektedir<sup>84</sup>.

**iii. Hakem veya hakem kurulu *ex aequo et bono* karar tesis ederken kamu düzeni ve müdahaleci normları göz önünde bulundurmak zorundadır.** Bu iki husus aynı zamanda, hakemin veya hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin sınırlarını da oluşturmaktadır<sup>85</sup>. Burada, kamu düzeni ve müdahaleci normların iki işlevi bulunmaktadır.

İlk olarak, hakeme ya da hakem kuruluna verilen *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin, bizatihi kendisinin kamu düzeni ve müdahaleci

<sup>82</sup> ŞANLI, *Tahkim*, s. 165; Taida BEJIC, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, Netherlands, 2005, s. 238.

<sup>83</sup> DUMISIC, s. 34.

<sup>84</sup> ŞANLI, tahkim usulüne uygulanan hukukun da hakemlere bu yetkiyi tanıması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak, bu durumu milletlerarası tahkimin akdi mahiyetine uygun düşmediği gerekçesiyle eleştirmektedir. ŞANLI, *Tahkim*, s. 165.

*Lex arbitri* kavramı, tahkim usulüne uygulanan hukuktan farklılık arz etmektedir. Zira, milli hukuk sistemlerinin uygulandığı tahkimin tabi olduğu hukuk ile hakemlerin usule uyguladıkları hukuk farklı olabilmektedir. Bu farklılık kendini, irade serbestesi açısından göstermektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 59-61; Musa AYGÜL; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 26-41.

<sup>85</sup> HERBOCZKOVA, s. 3; BĚLOHLAVEK s. 47-48.

normlara aykırı bir durum yaratmaması gerekmektedir. Burada ise tahkim usulüne uygulanacak hukukun müdahaleci normları ve kamu düzeni anlayışı devreye girmektedir<sup>86</sup>.

İkinci işlevi ise *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin kapsamına ilişkindir. Bu yetki ile donatılan hakemin veya hakem kurulunun sadece ulusal hukuk sistemlerini değil, aynı zamanda uluslararası hukukun genel prensipleri ile anasyonel hukuk kurallarını da uygulama zorunlulukları olmadığı kabul edilmektedir. Ancak hakemin ya da hakem kurulunun, bu yetkinin kapsamını kamu düzeni anlayışı ve müdahaleci normlar çerçevesinde belirlemek zorunda olduğu kabul edilebilir<sup>87</sup>. Kanımızca burada, uyuşmazlıkla bağlantılı hukukunun müdahaleci normları ile kararın icra edilebileceği devlet hukuklarının kamu düzeni anlayışının dikkate alınması gerekmektedir<sup>88</sup>. Ancak, söz konusu müdahaleci normlar ile kamu düzeni anlayışının belirlenmesi konusunda tahkim yargılamasının kendine has özelliklerinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Uyuşmazlık ile bağlantılı müdahaleci normlar ya *lex contractus* 'un müdahaleci kuralları ya da *lex contractus* dışındaki bir hukuk sisteminin müdahaleci kuralları şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>89</sup>. Bu durumda da şöyle bir soru akıllara gelebilmektedir. *Ex aequo et bono* yetkisi ile donatılmış hakeme veya hakem kuruluna ulusal ve anasyonel hukuk kurallarına bağlı kalmaksızın karar verme yetkisi tanındığı için *lex contractus* 'un müdahaleci kurallarının uygulanmasına karşı çıkılabilir mi? Kanımızca buradaki asıl sorun, taraf iradesi ile müdahaleci kuralların bertaraf edilip edilemeyeceğine ilişkindir<sup>90</sup>. *Lex contractus* 'un müdahaleci kurallarının hakem ya da hakem

<sup>86</sup> CARON/CAPLAN, s. 120.

<sup>87</sup> ÖZEL, s. 161; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 472; Jonathan HILL/Adeline CHONG, *International Commercial Disputes*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, s. 828.

<sup>88</sup> ÖZEL, *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisine sahip hakemin veya hakem kurulunun uyuşmazlık ile bağlantılı müdahaleci normlar ve kamu düzeni anlayışı ile sınırlandırabileceğini ifade etmektedir (ÖZEL, s. 161). Biz de bu konudaki tespitin *ex aequo et bono* karar verme yetkisi hakkında da yapılabileceği görüşündeyiz.

<sup>89</sup> Genel olarak, tahkim yargılamasında uyuşmazlığın esasına uygulanacak kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 193-212.

<sup>90</sup> Tahkim yargılamasında taraf iradesi ile müdahaleci kuralların bertaraf edilip edileme-

kurulu tarafından dikkate alınması gerektiği söylenebilir. Zira müdahaleci normların en önemli işlevi, uyuşmazlığın niteliğine bakılmaksızın uygulanmasıdır. Ayrıca, hakemin ya da hakem kurulunun taraflardan aldığı yetkiyle onların iradelerine uygun olarak uyuşmazlığı çözümlenmeleri, müdahaleci norm niteliğindeki kuralların, tahkim yargılamasında bertaraf edileceği<sup>91</sup> anlamına gelmediği ifade edilmektedir<sup>92</sup>. Örneğin, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması amacıyla ihracat ve ithalat kotalarına ilişkin *lex contractus* 'ta düzenlenen müdahaleci kuralların, taraflarca açıkça *ex aequo et bono* yetkisi verilmesine rağmen hakem veya hakem kurulu tarafından uygulanması gerektiği ifade edilebilir. Ancak, *lex contractus* 'ta yer alan bazı müdahaleci normlar tümüyle iç hukuk meselelerini düzenlemek amacıyla getirilmiş olabilir. Söz konusu kurallar, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi ile donatılmış hakem veya hakem kurulu tarafından da göz ardı edilebilir<sup>93</sup>. Zira bu tür kuralların uygulanması milletlerarası kamu düzeni anlayışı ile bertaraf edilebilir<sup>94</sup>.

*Lex contractus* dışındaki müdahaleci normlar konusunda ise özellikle bir hakem kararının icra edilebilir olmasının ya da tanınmasının veya tenfizinin isteneceği devlet hukukunun dikkate alınması gerekmektedir. Aksi halde,

---

yeceğine ilişkin görüşler için bkz. Mohammed Reza BANNIASSADI, *Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Arbitration*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 10, Issue 1, 1992, s. 59-84, s. 71-78.

<sup>91</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, tahkim yargılamasında taraf iradesi ile devletler açısından üstün nitelik taşıyan değerler arasında ikincisi lehine bir hiyerarşi olduğunu ifade etmektedir. Uyuşmazlık ile belirli bağlantılara sahip olan devletlerin müdahaleci kuralları ile ifade edilen bu değerlere, taraflar iradelerine rağmen, üstünlük tanınması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim, uygulamada, genel olarak, *Lex Contractus* 'un müdahaleci kurallarını bertaraf eden taraf iradesinin dikkate alınmadığına dikkat çekilmektedir. ÖZDEMİR KOCASAKAL, bu hususta MTO'nun 1978 tarihli kararına atıf yapmaktadır. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 198 ile dn. 499'daki yazar. Karşı görüş için bkz. BANNIASSADI, s. 69.

<sup>92</sup> ÖZEL, s. 165.

<sup>93</sup> *Ex aequo et bono* yetkisi ile donatılmış hakem veya hakem kurulunun her halükarda *lex contractus* 'u uygulaması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz. Clayde CROFT/Christopher KEE/Jeff WAINCYMER, *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, s. 401-402.

<sup>94</sup> ÖZEL, *ex aequo et bono* yetkisi verilsin ya da verilmesin, *lex contractus* 'a ait bu türden kuralların uygulanmasının milletlerarası kamu düzeni anlayışı ile bertaraf edilebileceğini belirtmektedir. ÖZEL, s. 166.

hakem kararı icra kabiliyetinden yoksun hale gelebilmektedir. Dolayısıyla, bir hakem kararının icra edilebilir olmasının ya da tanınmasının veya tenfizinin isteneceği devlet hukuku, bu hususları kendi müdahaleci kurallarına uygunluk şartına bağlamışsa, *ex aequo et bono* yetkisi ile donatılmış hakemin ya da hakem kurulunun bu şartı göz ardı etmemesi gerekmektedir<sup>95</sup>.

Aynı zamanda, tarafların açıkça yetkilendirmesine rağmen *ex aequo et bono* karar verme yetkisi ile donatılmış hakemin veya hakem kurulunun, kamu düzeni anlayışını göz ardı etmemesi gerekmektedir. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı, yetkili yabancı hukukun ilişkiye uygulanmasını bertaraf etmekte<sup>96</sup> veya bir hakem kararının icra edilmesine engel olan bir durum olarak ortaya çıkmaktadır<sup>97</sup>.

Tahkim yargılamasında kabul edilen kamu düzeni anlayışı ise kanunlar ihtilafı hukukundaki veya yabancı mahkeme kararlarının hüküm ve sonuç doğurması için aranan kamu düzeni anlayışından farklılık arz etmektedir. Buna rağmen, milli kamu düzeni anlayışının ulusal mahkemelerdeki rolü ile hakem veya hakem kurulu önüne gelen bir uyuşmazlıkta milletlerarası kamu düzeninin rolü paralellik göstermektedir. Milletlerarası kamu düzeni anlayışı ise ülkeden ülkeye farklılık göstermekle<sup>98</sup> birlikte başlıca hukuk

<sup>95</sup> Bu görüşe, hakem kararlarının tanınması ve tenfiz edilmesine ilişkin hususların tespit edilemeyeceği gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Diğer yandan, ÖZDEMİR KOCASAKAL kararın icra edilebileceği ülkeleri kabul edilebilir düzeye çekmenin mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Bu konuda bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 198.

<sup>96</sup> Bu konuda bkz. yuk. dn. 39'daki yazarlar.

<sup>97</sup> Hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzeni anlayışı için bkz. NOMER, s. 533- 535; ÇELİKEL/ERDEM, s. 695-696; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 628-632; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 113-117; NOMER/EKŞİ/GELGEL ÖZTEKİN, s. 98-103; ŞANLI, *Tahkim*, s. 392-413; AKINCI, *Tahkim*, s. 382-388; KALPSÜZ, s. 190-192; KAPLAN, s. 57-61; RUHİ/KAPLAN, s. 657-662; Kemal DAYINLARLI, *Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları*, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 2. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2011, s. 110-128; Ergin NOMER, *Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 10, Sayı 1-2, 1990, s. 129-131 ("*Tahkim*").

<sup>98</sup> Milletlerarası kamu düzeni, ulusal hukukların üzerinde uyuşma sağladığı temel değerler ve prensipler bütünü olarak tanımlanmaktadır. Terimdeki "*milletlerarası*" ifadesi ise yanıltıcı olabilmektedir. Zira, milli kamu düzeni ile milletlerarası kamu düzeni arasındaki farkın menşe değil, kapsam bakımından ortaya konulabileceği; dolayısıyla ülkeden ülkeye

sistemlerinde kabul edilen temel ve ortak değerler olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>99</sup>. İçeriği ve kapsamı konusunda tam bir uyuşma sağlanamamakla birlikte, genel olarak devletlerin anayasalarında yer alan temel prensiplerin, kuralların ve uluslararası hukukta kabul edilen genel ilkelerin milletlerarası kamu düzeninden sayılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>100</sup> (İyiniyet kuralı, *pacta sunt servanda*, özel hukuk cezası ve rekabet hukuku ihlalleri vs.).

Milletlerarası kamu düzeni ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, sadece ulusal yargı organı önüne gelen hakem kararlarının denetiminde değil, tahkim yargılamasında bizzat hakemin ya da hakem kurulunun göz önüne alması gereken bir anlayış olarak kabul edilmektedir<sup>101</sup>. Dolayısıyla, *ex aequo et bono* yetkisi ile donatılmış hakemin ya da hakem kurulunun milletlerarası kamu düzeninin sonuç ve etkilerini göz önünde bulundurması gerekmektedir<sup>102</sup>.

#### IV. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

İngiliz Hukuku'nda 1996 tarihli Tahkim Kanunu (Arbitration Act of 1996)<sup>103</sup> yürürlüğe girene kadar, hakemin ya da hakemlerin *ex aequo et bono* ya da *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisine sıcak bakılmamaktaydı. Ancak söz konusu durum eleştirilmekteydi. Bu anlamda, 1996 tarihinden önce İngiliz Hukuku'nda şu kararlar ön plana çıkmaktaydı:

1922 tarihli *Czarnikow v. Roth Schmidth & Co. Kararı*'nda<sup>104</sup> mahkemeye, Rafine Şeker Birliği Kuralları madde 19 uyarınca başvurulmuştur. İlgili hüküm itibarıyla, uyuşmazlık çıktığı takdirde tahkim yargısına başvuru-

---

farklılık göstereceği belirtilmektedir. Bu bakımdan milletlerarası kamu düzeni de aslında milli olarak kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. ŞANLI, *Tahkim*, 389; Martin HUNTER/Gui CONDE E SILVA, *Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitration*, Offprints of the Journal of World Investment, Vol. 4, No 3, 2003, s. 367-378, s. 367.

<sup>99</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 207; ÖZEL, s. 173-191; ŞANLI, s. 388-391; DAYINLARLI, s. 88-94.

<sup>100</sup> ÖZEL, s. 176; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 723.

<sup>101</sup> ŞANLI, *Tahkim*, s. 404; ÖZEL, s. 177.

<sup>102</sup> HILGARD/BRUDER, s. 54.

<sup>103</sup> İlgili Kanun için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf> (e.t.: 16.01.2015)

<sup>104</sup> İlgili Karar için bkz. <http://www.uniset.ca/other/cs3/19222KB478.html> (e.t.: 19.01.2015)

rulması kararlaştırılsa dahi, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin taraflara mahkemeye başvurarak görüş alma yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda ulusal mahkemeye getirilen uyuşmazlık kapsamında Yargıç Bankes<sup>105</sup>, ulusal hukuk düzenlerinin maddi hükümlerinin uyuşmazlığın esasına uygulanması gerektiğini; hakemler tarafından oluşturulan hukuk kurallarına başvurulamayacağını ifade etmiştir. Aksi takdirde, hukuki kesinliğin sağlanamayacağını belirtmiştir. Buna karşılık, Yargıç Scrutton<sup>106</sup> ise tacirler arasındaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hukuk kurallarının (law of rules) tatbikine cevaz verilmemesinin büyük bir hata olacağına dikkat çekmiştir. Ancak, meselenin çözümüne ilişkin hukuk kurallarının yokluğu halinde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun, somut olayın şartlarına ve hakemlerin takdirine göre tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yargıç Atkins<sup>107</sup>, ilgili sorunun kamu düzenine ilişkin olduğundan öncelikle çözüme kavuşturulması gerektiğini vurgulamıştır. Eğer tahkim anlaşmasında hakemlerin pozitif hukuk dışındaki kurallara göre karar verebileceklerine cevaz veriliyorsa, hakemlere uygun gördükleri hukuk kurallarını uygulamaları hususunda serbesti tanınması gerektiğini iddia etmiştir.

1962 tarihli *Orion Cia Española de Seguros v. Belfort Mij Kararı*'nda<sup>108</sup> Yargıç Megaw<sup>109</sup> ise hukuk normları (pozitif kurallar) dışındaki kuralların uygulanmasına cevaz verilip verilmeyeceği sorusunun, ulusal hukuk politikasının dikkate alınarak cevaplandırılabilceğini ifade etmiştir. Bu anlamda, İngiliz Hukuku'nda hakemlerin, öncelikli ve normal olarak İngiltere'nin uyarladığı ya da benimsediği yasaları uygulamaları gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, hakemlerin hakkaniyete göre karar verebilme yetkilerinin olmadığı (hakkaniyet hukukunun uygulandığı durumlar dışında) sonucuna varmıştır.

1978 tarihli *Eagle Star Insurance Co. Ltd. v. Yuval Insurance Co. Ltd. Kararı*'nda<sup>110</sup> Lord Denning, tahkim anlaşmasının yorumlanmasında hukuk kuralları ile sıkı sıkıya bağlı kalınmasının gerekli olmadığını ve hakkaniyete

<sup>105</sup> *Ibid.*, s. 484.

<sup>106</sup> *Ibid.*, s. 489.

<sup>107</sup> *Ibid.*, s. 491.

<sup>108</sup> 2 *Lloyd's Report* [1962], 257-269.

<sup>109</sup> *Ibid.*, s. 264.

<sup>110</sup> 1 *Lloyd's Report* [1978], 357-379.

uygun yorum yapılabileceğini savunmuştur<sup>111</sup>. Böylelikle sözleşme hükümlerinin, kamu düzenine aykırı bir durum olmadığı müddetçe, geçerli olduğu yönünde yorum yapılabilme imkânının sağlanabildiğini ifade etmiştir<sup>112</sup>.

1988 tarihli *Overseas Union Insurance Ltd. v. AA Mutual Insurance Co. Ltd. Kararı*'nda<sup>113</sup> Yargıç Evans<sup>114</sup>, sözleşmede yer alan hakkaniyet kayıtlarının (equity clause), uygulanacak hukukun tespitinde hâkimlere nazaran hakemlere daha esnek davranma imkânı tanıdığını vurgulamıştır. Ancak yargıç somut olayda, hakemlerin uygulayacakları maddi hükümlerde yer alan terimlere farklı anlamlar yükleyip yükleyemeyeceği meselesine şüpheli yaklaşmak gerektiğini ifade etmiştir. Buna karşılık, sözleşmede yer alan hakkaniyet kaydının hakemlere kendi hayat tecrübelerine (own experience) ve ticari konulardaki bilgilerine (knowledge of commercial matters) göre karar verme yetkisi verdiğine de dikkat çekmiştir.

Bu bağlamda, İngiliz mahkemeleri 1996 yılına kadar hakeme ya da hakemlere *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisinin verilir verilemeyeceği meselesine mesafeli yaklaşmışlardır. 1996 tarihli Tahkim Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ise ilgili kanun madde 46/I-b uyarınca, tarafların anlaşması üzerine hakemlerin diğer mülahazalara göre de karar verebileceği kabul edilmiştir. Maddede geçen diğer mülahazalar (other considerations) ifadesi, hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* ya da *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi olarak yorumlanmaktadır<sup>115</sup>.

Alman Tahkim Kanunu<sup>116</sup> (ZPO) madde 1051/III, MTK madde 12/C/I ile aynı hükmü ihtiva etmektedir. İlgili hüküm uyarınca, taraflarca açıkça yetki verilmesi şartıyla, hakem ya da hakem kurulu *ex aequo et bono* ya da *amiable compositeur* olarak karar verebilme yetkisini haizdirler. Taraflar, kararına kadar bu konuda hakemi ya da hakem kurulunu yetkilendirebilirler.

<sup>111</sup> *Ibid.*, s. 361.

<sup>112</sup> *Ibid.*, s. 362.

<sup>113</sup> 2 *Lloyd's Report* [1988], 63-73.

<sup>114</sup> *Ibid.*, 72.

<sup>115</sup> ÖZEL, s. 162; R. Steward SHACKLETON, *The Applicable Law in International Arbitration under the English New Arbitration Act 1996*, Arbitration International, Vol. 13, No 4, s. 375-389, s. 378.

<sup>116</sup> İlgili Kanunun İngilizce metni için bkz. [http://www.trans-lex.org/600550/#head\\_34](http://www.trans-lex.org/600550/#head_34) (e.t.: 12.01.2015).

Alman Hukuku'nda *ex aequo et bono* ile *amiable compositeur* kavramları ayrı olarak zikredilmektedir<sup>117</sup>.

Ancak Alman Hukuku'nda taraflarca böyle bir yetkinin verilmesi halinde dahi, hakemin veya hakem kurulunun sözleşme hükümleri ile bağlı oldukları ve ticari teamülü göz önünde bulundurmaları gerektiği kabul edilmektedir<sup>118</sup>. Ayrıca, ahlak kurallarına saygı ve asli usul prensiplerini de içeren kamu düzeni anlayışı da hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisinin sınırlarını oluşturmaktadır.

Fransız Hukuku'nda, milletlerarası tahkim, Fransız Medeni Usul Kanunu'nda düzenlenmektedir. İlgili Kanun madde 1497/II uyarınca, sözleşmede taraflarca yetki verilmesi halinde, hakemlerin *amiable compositeur* olarak karar verebilecekleri hükme bağlanmaktadır. Fransız yargısı bu hükmü, hakemlere *ex aequo et bono* karar verebilme imkânını da tanıdığı şeklinde yorumlamaktadır<sup>119</sup>.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu<sup>120</sup> madde 187/III, hakem heyetinin taraflarca *ex aequo et bono* karar vermesi hususunda yetkilendirilebileceğini hükme bağlamaktadır. Ancak *amiable compositeur* terimine kanunda yer verilmemektedir<sup>121</sup>. Ayrıca, bu konuda açıkça yetkilendirme şartı belirtilmediği için örtülü irade beyanının da yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>122</sup>. Buna karşılık, UNCITRAL Model Kanunu ile UNCITRAL Tahkim Kuralları'na uyumlu bir şekilde, Zürih Ticaret Odası'nın Milletlerarası Tahkim Kuralları<sup>123</sup> madde 33/II'de hakem heyetinin taraflarca açıkça kararlaştırıldığı takdirde, *ex aequo et bono* ya da *amiable compositeur* olarak karar verebilme yetkisinin olduğu hükme bağlanmaktadır. İsviçre Hukuku'nda *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisinin tek sınırının

<sup>117</sup> Bu konuda bkz. ÖZEL, s. 162.

<sup>118</sup> HILGARD/BRUDER, s. 57.

<sup>119</sup> Bu konuda bkz. Alexis MOURRE/ Janice FEIGHTER, *Can the Statutory Grounds for Review of Arbitral Awards Be Changed by The Parties? A French Law Perspective*, American Review of International Arbitration, Vol. 18, 2007, s. 279-288, s. 279.

<sup>120</sup> İlgili Kanunun İngilizce tam metni için bkz. [www.arbitration-ch.org/dl/.../IPRG\\_English\\_translation.pdf](http://www.arbitration-ch.org/dl/.../IPRG_English_translation.pdf) (e.t.: 13.01.2015).

<sup>121</sup> Bu konuda bkz. ÖZEL, s. 162; MANIRUZZAMAN, s. 1-2.

<sup>122</sup> BĚLOHLAVEK, s. 27.

<sup>123</sup> İlgili Kuralların İngilizce tam metni için bkz. [http://www.cedr.com/about\\_us/arbitration\\_commission/Swiss\\_Rules\\_of\\_International\\_Arbitration.pdf](http://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/Swiss_Rules_of_International_Arbitration.pdf) (15.01.2015)



milletlerarası kamu düzeni olduğu kabul edilmektedir<sup>124</sup>. Bu yetki, söz konusu sınır kapsamında taraflara tek düze hukuk kuralları dışında karar verebilme yetkisi bahşetmektedir<sup>125</sup>.

## Sonuç

Milletlerarası tahkim açısından hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisi tartışmalı bir konudur. Zira, *ex aequo et bono* soyut ve nisbi bir kavramdır. Bu kavramın ne olduğu ancak benzer kavramlarla kıyaslanarak ve neleri ihtiva etmediği tespit edilerek belirlenebilmektedir. Dolayısıyla, bu yetkinin sınırlarının ve kapsamının tespiti oldukça zordur.

Hakeme ya da hakem kuruluna *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisinin tanınmasının, taraf iradesine bağlı olan tahkim yargılamasının niteliğine uygun olduğu söylenebilir. Zira böyle bir durumda hakeme ya da hakem kuruluna, esasa ilişkin uyuşmazlığın çözümüne tatbik edilecek olan maddi hukuk hükümlerinin katılığında sıyrılma imkânı tanımaktadır. Bu sayede, milletlerarası ticaretin yapısına uymayan ulusal hukuk sistemleri ile soyut uluslararası hukuk normlarını uygulama zorunluluğundan kaçınma yetkisi verilmektedir.

Ancak hakeme ya da hakem kuruluna uyuşmazlığın esasını çözmede içeriği tam olarak belirlenemeyen kuralları uygulama yetkisinin verilmesi, hukuki kesinliğe ve öngörülebilirliğe aykırı durumlar yaratabileceği gerekçesiyle eleştirilebilir. Ayrıca bu durumda, tahkim sürecinin subjektifleştirildiği de söylenebilir. Zira *ex aequo et bono*, hukuk sistemlerinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Ayrıca böyle bir yetki ile donatılan hakemin ya da hakem kurulunun, kendi kişisel hukuk anlayışlarının tahkim kararında etkili olabileceği söylenebilir. Belirtilen sakıncalar tahkim yargılamasının tarafsızlığına da gölge düşürebilir.

---

<sup>124</sup> ÖZEL, s. 162.

<sup>125</sup> Pierre A. KARRER/Anne-C. IMHOFF, *Party Autonomy in International Arbitration in Switzerland: Scope and Specific Limitations*, International Business Law Journal, Vol. 3, 1997, s. 353-370, s. 357.

Yukarıda genel ve soyut olarak belirtildiği üzere, hakemin ya da hakem kurulunun *ex aequo et bono* karar verme yetkilerinin tahkim sürecinin doğasından kaynaklandığını ifade edebiliriz. Bu türden bir yetkinin taraflarca açıkça hakeme ya da hakemlere bahşedilmesinin, tahkim kararının kişiselleştirilmesine ve hukuka aykırı olmasına neden olabileceği iddia edilse de taraf iradesine olabildiğince geçerlilik tanımak, taraflara daha fazla hareket kabiliyeti sağlamaktadır. Kaldı ki, kişiselleştirilen ve hukuka aykırı tahkim kararlarına karşı kanun yollarına başvurma imkânı her zaman için tanınmaktadır. Dolayısıyla, ortaya çıkabilecek belirsizliklerin ve tahkim kararlarının kişiselleştirilmesi tehlikesinin bertaraf edilmesinin uygulamaya bırakılması daha isabetli olabilir.

### Kaynakça

- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1996 (*İnşaat*).
- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (*Tahkim*).
- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, BATİDER, Cilt 18, Sayı 4, 1996, s. 93-109. (*Çözüm Yolları*)
- AYGÜL, Musa; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- AYOĞLU, Tolga; *Some Reflections on the Source of Lex Mercatoria*, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni *Lex Mercatoria*, ed.: Ahmet Cemil YILDIRIM/Serhat ESKİYÖRÜK, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 27-37 (*Source of Lex Mercatoria*).
- AYOĞLU, Tolga; *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler; Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamül Olarak Lex Mercatoria*, 1. Basıdan 2. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011 (*Lex Mercatoria*).
- BANNIASSADI, Mohammed Reza; *Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Arbitration*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 10, Issue 1, 1992, s. 60-84.
- BEJIC, Taida; *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, Netherlands, 2005.
- BĚLOHLAVEK, Alexander J.; *Application of Law in Arbitration, Ex Aequo Et Bono and Amiable Compositeur*, Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Vol. 3 March 2013, s. 25-51.
- BULUR, Alper; *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, Sayı 4, Güz 2007, s. 30-46.
- CARON, David/Lee CAPLAN; *The UNCITRAL Arbitration Rules*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013.
- CHRISTIE, R.E.; *Amiable Composition in French and English Law*, The Journal of the Chartered Institute of Arbitration, Vol. 58, No. 4, s. 259-266.

- COHN, E. J. *Commercial Arbitration and The Rules of Law- A Comparative Study*, The University of Toronto Law Journal, Vol. 4, No, 1941, s. 1-32.
- CROFT, Clayde/Christopher KEE/Jeff WAINCYMER; *A Guide To The UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- DAYINLARLI, Kemal; *Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları*, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 2. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2011.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile; *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, 6098 sayılı TBK, 6100 sayılı HMK, 6102 sayılı TK'ya Göre Güncellenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (*Tek Satıcılık Sözleşmesi*).
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001. (*Kamu Düzeni*)
- DEMİRKOL, Berk; *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- DOĞAN, Vahit; *Banka Teminat Mektupları*, Genişletilmiş İkinci Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002 (*Teminat*).
- DOĞAN, Vahit; *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurallarının ve Sınırlarının Tespiti*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996 (*İş Akdi*).
- DOĞAN, Vahit; *Milletlerarası Özel Hukuk*, Baskı 2, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013 (*Milletlerarası Özel Hukuk*).
- DUMISIC, A.; *Advantages of Amiable International Arbitration: Characteristics and Scope of Arbitrators Power*, <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22183/91117.pdf?sequence=1>, (e.t.: 11.11.2014).
- EKŞİ, Nuray; *Kanunlar İhtilafında Incorporation*, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 19, Sayı 1-2, 1999-2000, s. 263-291 (*Incorporation*).

- EKŞİ, Nuray; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013 (*Tanım ve Tenfiz*).
- EKŞİ, Nuray; *Milletlerarası Incorporation Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, Tıpkı 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010 (*Deniz Ticareti*).
- EKŞİ, Nuray; *Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme*, Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s. 295-338
- ERDEM, Bahadır; *Türk Milletlerarası Tahkim Hukuku’nda ‘Lex Mercatoria’*, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, ed.: Ahmet Cemil YILDIRIM/Serhat ESKİYÖRÜK, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 125-149.
- ERKAN, Mustafa; *MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı 2, 2011, s. 81-121.
- GREENBERG, Simon/KEE Christopher/WEERAMANTRY Romesh J.; *International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, Australia, 2011.
- GÜÇER, Sülün; *Lex Mercatoria in International Arbitration*, Ankara Bar Review, Vol. 2, Issue 1, 2009, s. 30-39.
- GÜVEN, Pelin; *Tanım-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- HATZIMIHAIL, Nikitas E.; *The Many Lives - And Faces - Of Lex Mercatoria: History As Genealogy In International Business Law, Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, 2008, s. 169-190.
- HERBOCZKOVA, Jana; *Amiable Composition in the International Commercial Arbitration*, [https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkoval\\_jana.pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkoval_jana.pdf) (e.t.: 14.11.2014), s. 1-2.
- HILGARD, Mark/Ana Elisa BRUDER; *Unauthorised Amiable Compositeur?*, Dispute Resolution International, Vol. 8, No 1, May 2014, s. 51-62.
- HILL, Jonathan/Adeline CHONG; *International Commercial Disputes*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010.

- HUNTER, Martin/Gui CONDE E SILVA; *Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitration*, Offprints of the Journal of World Investment, Vol. 4, No 3, 2003, s. 367-378.
- HUYSAL, Burak; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- KALPSÜZ, Turgut; *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Genişletilmiş İkinci Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- KAPLAN, Yavuz; *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.
- KARRER, Pierre A./ Anne-C. IMHOFF; *Party Autonomy in International Arbitration in Switzerland: Scope and Specific Limitations*, International Business Law Journal, Vol. 3, 1997, s. 353-370.
- KÖSOĞLU, Mehmet; *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, s. 147-172.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan; *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 2, 2001, s. 137-146.
- LANDO, Ole; *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 34, No 4, 1985, s. 747-768.
- LEW, Julian/MISTELIS Loukas/KRÖLL Stefan; *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer International Law, The Hague/London/New York, 2003.
- MANIRUZZAMAN, A. F. M.; *The Arbitrator’s Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and Ex Aequo et Bono in Decision Making*, Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 18, 2003, s. 1-8.
- MARALLE, Fabrizio; *Choice of Law in Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, 2003, s. 1138-1188.
- MOURRE, Alexis/ Janice FEIGHTER; *Can the Statutory Grounds for Re-*

- view of Arbitral Awards Be Changed by the Parties? A French Law Perspective*, American Review of International Arbitration, Vol. 18, 2007, s. 279-288.
- NEWMAN, A. Ralph; *Equity in Comparative Law*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 17, No 4, October, 1968, s. 807-848.
- NOMER, Ergin; *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011. (*Devletler Hususi Hukuku*)
- NOMER, Ergin/ Nuray EKŞİ/Günseli GELGEL ÖZTEKİN; *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt 1, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- NOMER, Ergin; *Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 10, Sayı 1-2, 1990, s. 129-131 (*Tahkim*).
- OĞUZ, Arzu; *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- OĞUZMAN, Kemal/ Nami BARLAS; *Medeni Hukuk*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- ÖZDEMİR, Didem; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, 2003, s. 91-131.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 30, Sayı 1-2, 2010, s. 27-88. (*Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*)
- ÖZEL, Sibel; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meselesi*, Legal Yayınları, İstanbul, 2008.
- PIERS, Maud/Johan ERAUW; *Application of UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Arbitration*, Journal of Private International Law, Vol. 8, No 3, 2012, s. 441-472.
- ROSEN, Janet A.; *Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence 'de la Competence'*, Fordham International Law Journal, Vol. 17, Issue 3, 1993, s. 599-666.

- RUHİ, Ahmet Cemal/Yavuz KAPLAN, *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 643-662.
- SAMMARTONA-RUBINO, Mauro; *Intenational Arbitration Law and Practice*, Second Edition, Kluwer Law International, Netherlands, 2001.
- SARGIN, Fügen; *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Turhan Yayınları, Ankara, 2002.
- SHACKLETON, R. Steward; *The Applicable Law In International Arbitration Under The English New Arbitration Act 1996*, Arbitration International, Vol. 13, No 4, s. 375-389.
- SMITH, Leonel; *Common Law and Equity in R3RUE*, Washington and Lee Law Review, Vol. 68, 2011, s. 1185-1202.
- ŞANLI, Cemal; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Sevinç Matbaası Ankara, 1986 (*Tahkim*).
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beşinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013 (*Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*).
- ŞANLI, Cemal/ESEN Emre/ İnci ATAMAN FİGANMEŞE; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- TANRIVER, Süha; *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 64, 2006, s. 151-177.
- TARMAN, Zeynep Derya; *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, BATİDER, 2010, Cilt XXVI, Sayı 1, s. 143-168.
- TEKİNALP, Gülören/Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU; *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Genişletilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin; *Taşınır Mallar İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996.



WADDAMS, Stephen; *Equity in English Contract Law: the Impact of the Judicature Acts (1873-75)*, Journal of Legal History, Vol. 33, No. 2, 2012, s. 185-208.

