

Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Law Applicable to Arbitrability in International Commercial Arbitration

Mustafa Cemre CAN^{*} 

Öz

Günümüzde milletlerarası karakterli ticari uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yolu tahkimdir. Uyuşmazlıkların olağan yargı makamları olan mahkemeler yoluyla çözüme ulaştırılması yerine hakemler vasıtasıyla sonuçlandırılması için tarafların yaptıkları anlaşmaya tahkim sözleşmesi denilmektedir. Taraflar, tahkim sözleşmesi ile uyuşmazlığın çözümünü yetkisini hakemlere havale etmektedirler. Bununla birlikte, hakemlerin önüne gelen somut uyuşmazlığın uyuşmazlıkla alakalı devlet hukuklarına göre tahkime elverişli olup olmadığı meselesi ortaya çıkabilmektedir. Milletlerarası ticari tahkim açısından sorun oluşturacak durum taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusunun tahkime elverişli olmadığı hallerde yargılamaya devam edilmesi halinde ileride hakem kararının iptalinin gündeme gelebilecek olması veya tenfiz sürecinde sorunlar yaşanabilecek olmasıdır. Bu sebeple, milletlerarası ticari tahkim uygulamasında bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı sorusunun hangi hukuk uygulanarak çözüleceği meselesi tartışma konusu olmuştur. Bu çalışmada tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusuna uygulama ve öğretideki görüşler çerçevesinde cevap aranmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tahkime elverişlilik, Tahkime elverişlilik itirazı, Uygulanacak hukuk, Hukuk seçimi, Tahkim sözleşmesi, Münhasır yetki.

Abstract

In today's world, arbitration is the most common way of the resolution of international commercial disputes. The agreement concluded by the parties for the settlement of disputes through the arbitrators instead of being resolved through the courts, which are the ordinary judicial authorities, is called an arbitration agreement. With the arbitration agreement, the parties transfer the power of resolving the dispute to the arbitrators. Nevertheless, the issue of arbitrability of the concrete dispute brought before the arbitrators may arise according to the state laws related to the dispute. The situation that will create a problem in terms of international commercial arbitration is that if the subject of the dispute between the parties is not suitable for arbitration, the setting aside of the arbitral decision may come to the agenda or problems may arise during the enforcement process. For this reason, the problem of which law will be applied to the question of arbitrability has been the subject of discussion, especially in international commercial arbitration practice.

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, mustafacemre.can@asbu.edu.tr

In this study, an answer is sought for the question of which law will be applied to arbitrability, within the framework of the views in arbitration practice and scholarly writings.

Keywords: Arbitrability, Objection of arbitrability, Applicable law, Choice of law, Arbitration agreement, Exclusive jurisdiction.

GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan tahkimin meşruiyeti tarafların özgür iradesinden kaynaklanmaktadır. Taraflar aralarında tahkim sözleşmesi imzalayarak olağan uyuşmazlık çözüm makamları olan devlet mahkemelerinin yetkisine istisna getirmekte, aralarındaki uyuşmazlıkların görülmesi için hakemleri yetkilendirmektedirler.¹ Tahkim sözleşmesi imzalandıktan sonra, sözleşme kapsamındaki uyuşmazlıklar hakkında tarafların uygun gördüğü hakemler yargılama yetkisine haiz olmaktadır. Öte yandan, tarafların tahkim alanındaki sözleşmesel özgürlüğü sınırsız değildir. Tarafların özgür iradesi teorik olarak tahkimin esasını oluştursa da uygulamada çeşitli devletler tarafların tahkime yönelik iradelerini sınırlamaktadırlar.² Bu anlamda, tahkim sözleşmesinin tahkim faaliyeti üzerindeki otoritesi hukuk sistemleri arasında farklılık arz etmektedir.³ Devletler, kamu düzeni, müdahaleci kurallar ve münhasır yetki kuralları vasıtasıyla kendi hukuk politikası tercihlerine göre farklı seviyelerde tahkim kurumunun işleyişine etki edebilmektedirler.⁴

Tahkimde tarafların özgür iradesinin milli hukukların düzenlemeleri ile karşı karşıya geldiği alanlardan bir diğerini tahkime elverişlilik meselesi oluşturmaktadır. Tahkim kurumunun devlet mahkemeleri karşısında taşıdığı istisnai nitelik tahkim yolu ile çözülebilecek uyuşmazlıklar açısından bazı sınırlamaları beraberinde getirmektedir. Milli hukuk sistemleri belirli tiplerdeki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülemeyeceğine dair kurallar getirmektedirler.⁵ Bu noktada, tahkime elverişlilik, milletlerarası tahkimin zıt kutupları olan taraf iradesi ile devletlerin münhasır yargılama alanlarını birbirine bağlayan mihenk taşı olarak tanımlanmaktadır.⁶ Zira, tahkime elverişlilik kuralları tarafların serbest iradeleri ile devlet mahkemelerinin yetki alanından çıkartabilecekleri uyuşmazlıkların sınırını oluşturmaktadır. Bu anlamda, tahkime elverişliliğe hususi olarak milli hukuklar tarafından karar verilmekte, meseleye dair uluslararası bir standart bulunmamaktadır.⁷

1 **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 5.; **Şanlı**, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019, s. 326.; **Nomer**, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018, s. 232.

2 **Huysal**, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 93.

3 Çeşitli ülkelerin tahkim konusundaki tutumlarını karşılaştırmalı olarak görmek için bkz.: **Carbonneau**, Thomas E., "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, 2003, s.1190, d.n. 2.

4 **Huysal**, ss. 94,95.

5 Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Sammartano**, M. Rubino, International Arbitration Law and Practice, The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 171.; **Huysal**, s. 13.

6 **Pamboukis**, Charalambos, "On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver", Arbitrability: International and Comparative Perspectives(ed. Mistelis, L. A. / Brekoulakis, S. L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, 2009, s. 121.

7 **Tang**, Zeng Sophia, Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law, London: Routledge, 2014, s. 93.

Tahkime elverişlilik konusunun Kıta Avrupası hukuklarında düzenlenme biçimlerini iki temel grup halinde ele almak mümkündür.⁸ Birinci gruptaki ülkeler tahkime elverişli uyuşmazlıkları serbest tasarruf ölçütüne göre belirlemekte, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular üzerindeki uyuşmazlıkları tahkime elverişli kabul etmektedirler.⁹ Örneğin, Türk Hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun¹⁰ (MTK) birinci maddesi üçüncü fıkrasında MTK'nın Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre, Türk Hukukunda tahkime elverişlilik taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar dışında serbest tasarruf ölçütüne göre düzenlenmiştir. İkinci gruptaki ülkeler ise tahkime elverişliliği doğrudan bir maddi hukuk kuralı ile düzenlemekte, malvarlığı ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları tahkime elverişli saymaktadırlar.¹¹ Bu gruptaki ülkelere en iyi örnek ise İsviçre'dir. İsviçre, 1987 yılında Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda değişiklik yaparak ülkesinde gerçekleşen milletlerarası tahkim yargılamaları açısından mahkeme müdahalesini azaltmaya çalışmış ve bu amaçla yaptığı değişikliklerden biri de tahkime elverişliliği malvarlığı ilişkilerinden kaynaklanma ölçütüne bağlamak olmuştur.¹² Bu sistemde karmaşık kanunlar ihtilafı problemleri ancak malvarlığı ilişkisine yüklenen farklı anlamlar sebebiyle ortaya çıkabilmektedir.¹³ Öte yandan, Anglo-Sakson hukuk sisteminde yer alan Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri kanunlarında ise tahkime elverişliliğe dair belirli kurallar bulunmamakta, mesele mahkeme içtihatları üzerinden tartışılmaktadır.¹⁴ Neticede, tahkime elverişliliğe dair kuralların ülkeler arasında farklılıklar barındırması milletlerarası alanda gerçekleşen tahkim yargılamalarında tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanacağı sorusunu gündeme getirmektedir.

Doktrinde tahkime elverişlilik tanımlanırken ikili bir ayrıma gidilmektedir. Böckstiegel tarafından öne sürüldüğü şekliyle tahkime elverişliliğin objektif anlamı ne tür ihtilafların tahkim yolu ile çözülebileceğine tekabül ederken subjektif anlamı kimlerin tahkim sözleşmesine taraf olabileceğine işaret etmektedir.¹⁵ Subjektif tahkime elverişlilik özellikle devletlerin, yerel otoritelerin ve kamu kurumlarının tahkimde taraf olup olamayacağı hususunda gündeme gelmektedir.¹⁶ Bu ayrım, doktrinde çeşitli eleştirilere konu olmuşsa da tahkime elverişliliğin subjektif ve objektif olarak ikiye ayrılması yazarların çoğu tarafından kabul görmüştür.¹⁷ Kanaatimizce, tahkime elverişlilik kavramı

8 **Lew**, Julian D. M. / **Mistelis**, Loukas A. / **Kröll**, Stephan, *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, s. 194.

9 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 194.; **Weigand**, Frank-Bernd, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*. Oxford: OUP Oxford, 2009, s. 44.

10 **Milletlerarası Tahkim Kanunu**, R.G. 21.06.2001 – 24453.

11 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 194.; **Weigand**, s. 44.

12 **Weigand**, s. 44.; **Huysal**, s. 33.

13 **Huysal**, s. 30.

14 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 194.; **Huysal**, s. 30.

15 **Böckstiegel**, Karl Heinz, "Public Policy and Arbitrability", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*(ed. Pieter Sanders) içinde, The Hague: Kluwer Law International, 1987, s. 181.

16 **Fouchard**, Philippe / **Gaillard**, Emmanuel / **Goldman**, Berthold, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 313.;

17 **Böckstiegel**, s. 181.; **Huysal**, s. 14 vd.; **Hanotiau**, Bernard, "What Law Governs the Issue of Arbitrability? ", *Arbitration International* 12(4), 1996, s. 391.; **Kirry**, Antoine, "Arbitrability: Current Trends in Europe", *Arbitration International*

Türkçe açısından yalnızca hangi uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözülebileceğine dair ayrımı karşılamaktadır. Doktrinde, devletlerin ve devlet kurumlarının tahkimde dava açıp açamayacağı meselesi üzerinden tartışılan ve aslında taraf ehliyeti ile alakalı bir konu olan subjektif tahkime elverişlilik kavramı Türkçe açısından anlam karmaşasına sebep olabilecektir.¹⁸

Doktrinde tahkime elverişlilik kavramı açısından yapılan bir diğer ayırım sözleşmesel tahkime elverişlilik (*contractual inarbitrability*) ve maddi tahkime elverişlilik (*substantive inarbitrability*) şeklindedir.¹⁹ Bu ayrıma göre, sözleşmesel tahkime elverişlilik tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve kapsamı ile alakalı iken maddi tahkime elverişlilik tahkime elverişliliğinin geleneksel anlamı olan hangi uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözülebileceğine ilişkin bir terimdir.²⁰ Türk Hukukunda da, her ne kadar bu şekilde bir isimlendirme olmasa da, tahkime elverişlilik ile tahkim sözleşmesinin kapsamı birbirinden ayrı olarak ele alınmaktadır.²¹ Nitekim, MTK'nın 15. maddesinde de bu iki husus hakem kararının iptal sebepleri arasında iki ayrı iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.²² Kanaatimizce, objektif ve subjektif tahkime elverişlilik ayrımının aksine, sözleşmesel ve maddi tahkime elverişlilik ayrımı anlam karmaşasına sebep olmamakta ve aşağıda tartışılacak olan tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin tahkime elverişlilik meselesi ile olan ilişkisini basit bir şekilde ortaya koymaktadır.

Milletlerarası ticari tahkimde tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusunu gündeme getirdiğimiz bu çalışmada kastedilen yukarıda yer verilen ayrımlar açısından sırasıyla objektif ve maddi tahkime elverişliliğidir.²³ Bu anlamda, çalışmanın devamında tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusu etrafındaki görüşler, teklif edilen çözümlerin tahkime elverişliliği nasıl nitelendirdiği de göz önünde bulundurularak tartışılacaktır. Zira, tahkime elverişlilik meselesi milletlerarası tahkimin sözleşmeden kaynaklanma özelliğinin ve devlet mahkemelerinin yetkisini dışlayıcı özelliğinin karşı karşıya geldiği sorunlu alanlarından biridir.²⁴ Meselenin yeknesak bir zemine oturtulabilmesi hakemler veya mahkemeler için tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında

12(4), 1996, s. 381.; **Fouchard / Gaillard / Goldman**, s. 313.

18 Subjektif ve objektif tahkime elverişlilik ayrımı hakkında yabancı doktrinde yapılan eleştiriler için bkz.: **Papeil**, Anne Sophie, "Conflict of Overriding Mandatory Rules in Arbitration", *Conflict of Laws in International Arbitration* (ed. Ferrari, Franco ve Kröll, Stephan) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 350.; Özel de eserinde bu ayrımın varlığını kabul etmekle beraber subjektif tahkime elverişliliği tahkime elverişlilik başlığı altında değil taraf ehliyeti başlığı altında inceleyeceğini belirtmektedir. Bkz.: **Özel**, Sibel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 38.

19 **Carbonneau**, Thomas E. / **Janson**, Francois., "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2, 1994, s. 195.

20 **Ibid.**

21 **Huysal**, s. 12.

22 **Ibid**, d.n. 22.; MTK'ya göre iptal sebepleri hakkında geniş bilgi için bkz.: **Akıncı**, s. 349 vd.

23 Çalışmada tahkime elverişliliğinin yalnızca milletlerarası ticari tahkim açısından incelenip milletlerarası yatırım tahkimi açısından incelenmemesinin sebebi devletler tarafından imzalanan iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan tahkim yoluna rıza gösterildiğine ilişkin hükümlerin devletlerin iç hukuk düzenlemeleri olan tahkime elverişlilik kurallarına göre öncelikli olarak uygulama bulacak olmasıdır. Dolayısıyla milletlerarası yatırım tahkiminde bu çalışmada tartışıldığı anlamda bir tahkime elverişlilik sorunu ortaya çıkmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Bantekas**, Ilias, "The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration", *The Australian Year Book of International Law* 27(1), s.196.

24 **Law / Mistelis / Kröll**, s. 187.

önerilen çözüm yollarının meseleyi vasıflandırma şekilleri ile beraber tartışılması ile mümkün olacaktır. Milletlerarası tahkim uygulaması, tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusunun cevabının meselenin gündeme geldiği aşamalara göre değişebileceğini göstermektedir. Bu sebeple, aşağıda tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesi hakemler ve mahkemeler bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

I. TAHKİME ELVERİŞLİLİK MESELESİNİN HAKEMLERCE ÇÖZÜMLENMESİ

Mahkemeler önünde gerçekleşen tahkime ilişkin yargılamalarda tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorunu davaya bakan hâkimin hukuku (*lex fori*) ile tahkime elverişliliğe hakemlerce uygulanmış olan hukukun farklı olması ve bu iki hukukun tahkime elverişlilik anlayışlarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, hakem heyeti önünde gerçekleşen yargılamalarda tahkime elverişlilik meselesinin içeriği milletlerarası tahkimin kendisine özgü yapısı nedeniyle değişikliğe uğramaktadır. Hakem heyeti yargılamasını yaparken herhangi bir devlete bağlı olmayıp bağımsız hareket ettiğinden tahkim yargılamalarında bir *lex fori*'nin bulunmadığından bahsedilmektedir.²⁵ Bu sebeple, tahkim yargılamalarında hakemler önlerine getirilen ihtilafın tahkime elverişli olup olmadığını tespit ederken uygulanacak hukuk problemi ile karşılaştıklarında mahkemelere göre daha çeşitli alternatiflere sahiptirler. Bu noktada, doktrinde ve milletlerarası ticari tahkim uygulamasında tahkime elverişliliğe uygulanabilecek 8 adet muhtemel hukuk ortaya konulmuştur:²⁶

1. Tahkim davasının taraflarından birinin veya her ikisinin milli hukuku.
2. Taraflar arasındaki esas sözleşmeye uygulanacak hukuk (*lex causae*).
3. Tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitri*).
4. Tahkim sözleşmesiyle yetkisi kaldırılan mahkemenin milli hukuku.
5. Muhtemel tenfiz ülkesi hukuku.
6. Tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin bağlı olduğu hukuk.
7. Yukarıda sayılan hukuklardaki kuralların bir kombinasyonu.
8. Uluslararası kurallar.

25 **Şanlı**, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Esasa Uygulanacak Hukuk), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 61.; **Özel**, s. 96.; **Huysal**, s. 351.; **Hanotiau**, s. 396.; **Bernardini**, Piero, "The Problem of Arbitrability in General", Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention in Practice(ed. Gaillard, E. / di Petro, D.) içinde, İngiltere: Cameron May Yayıncılık, 2008, s. 511.; **Lehmann**, Matthias, "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice", *Columbia Journal of Transnational Law* 42, 2004, s. 757.

26 **Blessing**, Marc, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", *Arbitration International* 12(2), 1996, s. 192.; **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 196.; Huysal tahkime elverişliliğe uygulanabilecek 9 adet muhtemel hukukun varlığından bahsetmektedir, bkz.: **Huysal**, ss. 348, 349.

Bu çeşitlilikten de anlaşılacağı üzere doktrinde ve uygulamada hakem yargılaması sırasında tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusuna ortak bir cevap bulunamamıştır.

Bir tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının bir ön sorun olarak gündeme gelmesi bu hususun taraflardan birince itiraz olarak öne sürülmesine bağlıdır.²⁷ Bununla birlikte, doktrinde bazı durumlarda hakemlerin re'sen tahkime elverişlilik incelemesi yapabileceği belirtilmiştir. Örneğin, uluslararası kamu düzeninin ihlal edileceği kanaatine varıldığı hallerde hakemlerin tahkime elverişlilik incelemesini re'sen yapması gerektiği öne sürülmüştür²⁸. Her ne kadar uluslararası kamu düzeni kavramının mevcudiyeti ve sınırları konusunda bir görüş birliği olmasa da, konusunun hiçbir dünya ülkesinde hukuki koruma görmeyeceği aşikâr olan ihtilaflarda hakemlerin tahkime elverişliliği re'sen denetlemesi makul gözükmektedir²⁹. Bu asgari ölçü haricinde ise hakemlerin re'sen tahkime elverişliliği denetlemesi taraf iradelerini aşma tehlikesini barındıracağı için uygun olmayacaktır.³⁰ Buna göre, hakemlerin re'sen tahkime elverişlilik denetlemesi yaptığı durumlarda uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkmayacaktır. Zira bu tür durumlarda hakemler önlerindeki uyuşmazlığın hiçbir dünya ülkesinde hukuki koruma görmeyeceğinden hareketle tahkime elverişliliği reddedeceklerdir.

Milletlerarası ticari tahkimde, tahkime elverişlilik itirazı söz konusu olduğunda hakemlerce uygulanması yukarıda teklif edilen hukuklardan öne çıkanları; tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukuku, muhtemel tenfiz ülkesi hukukudur. Öne çıkan bu çözüm yolları aşağıda başlıklar halinde ele alınacak, kalan diğerleri ise diğer yaklaşımlar başlığı altında tartışılacaktır.

A. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN BAĞLI OLDUĞU HUKUKUN UYGULANMASI

Tahkim yargılaması sırasında uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına yönelik itirazda bulunulması halinde hakemlerin tahkime elverişliliğe tahkim sözleşmesinin tâbi olduğu hukuka göre karar vermesi gerektiği öne sürülmüştür.³¹ Bu çözüm tarzı tahkime elverişliliğin tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin bir ön koşulu olduğu kabulünden hareket etmekte, 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde³² de bu yaklaşımın benimsendiğini savunmaktadır.³³ New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir:

27 Tahkime elverişlilik meselesi üzerinde taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkmaması da ihtimal dahilindedir. Taraflar tahkime elverişlilik itirazında bulunmaksızın tahkim kararına uymayı tercih edebilirler. Bkz.: **Bantekas**, s.194. Yazar makalesinde Suudi yatırımcıların uluslararası bankalarla olan tahkim yargılamalarında aleyhlerine verilen ve içeriğinde faiz hükmü bulunan kararlarda Suudi Hukukuna göre tahkime elverişlilik itirazında bulunabilecek iken yasadışı hukuki ilişkilerini saklamak için bundan kaçındıklarını belirtmektedir.

28 **Hanotiau**, s. 393. ; **Bernardini**, s. 510.

29 **Mayer**, Pierre, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", *Arbitration International* 2(4), 1986, s. 280.

30 **Huysal**, s. 335.

31 **Böckstiegel**, s. 181.; **Hanotiau**, s. 393.; **Özel**, s. 55.; **Tang**, s. 95.

32 **Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi**, R.G. 25.09.1991-21002.

33 **Hanotiau**, s. 393. ; **Bernardini**, s. 510.

Âkit devletlerden her biri, tarafların sözleşmeye dayanan veya sözleşmesel olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder.

Maddede geçen “hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün olan uyuşmazlıklar” ifadesi ile tahkime elverişlilik sözleşmeye taraf devletlerin bir tahkim sözleşmesini geçerli kabul etmesi için aranan şartlardan biri olarak sayılmış ve bu şekilde tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile tahkime elverişlilik meselesi arasında yakın bir ilişki kurulmuştur. Bununla birlikte, bu ilişki tahkime elverişliliğin tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuka göre belirleneceği anlamına gelmemektedir. Esasen tahkime elverişlilik ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği meseleleri mahiyetleri itibarıyla farklılık göstermektedirler. Arfazadeh’in de belirttiği üzere tahkim sözleşmesi tarafların geçerli irade beyanları ile kurulan özel bir anlaşma iken tahkime elverişlilik meselesi mahkemelerin kanuni yetkisi, adaletin kamusal yönetimi ve yargı sisteminin organizasyonu ile alakalı bir konudur.³⁴ Bir tahkime elverişlilik kuralının olağan sonucu ortaya çıkan somut uyuşmazlığın tahkime konu olmasını engelleyerek geçerli olarak kurulmuş bir tahkim sözleşmesinin icrasının önüne geçmesidir.³⁵ Örneğin, tahkim sözleşmesi geçerli olarak akdedilmiş olsa da taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın tamamı değil ama bir kısmı tahkime elverişli olmayabilir. Böyle bir durumda uyuşmazlık kalemlerinden bir kısmının tahkime elverişsiz olmasının tahkim sözleşmesini de geçersiz kılması hukuken gerekçelendirilemeyecektir. Dolayısıyla, tahkime elverişlilik ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği meseleleri tahkim faaliyetinin farklı veçhelerini ilgilendirmektedir.

Tahkime ilişkin milli kanunlarda da tahkime elverişlilik ile tahkim sözleşmesinin geçerliliği birbirinden ayrı konular olarak ele alınmaktadır.³⁶ Örneğin, MTK’da tahkime elverişlilik Kanun’un “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenirken tahkim sözleşmesine ilişkin hükümler Kanun’un “Tahkim Anlaşması” başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır. Bu sebeplerle, iki meseleye uygulanacak olan hukukun birbirine bağlı olarak tespit edilmesi doğru gözükmemektedir. Netice itibarıyla, New York Sözleşmesi’nin 2. maddesi bir tahkim sözleşmesinin taraf devlet mahkemelerince ne zaman geçerli olarak tanınacağına ilişkin şartları ortaya koymaktadır. Ancak, Sözleşme’nin 2. maddesinde tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.³⁷

Tahkime elverişliliğe tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuka göre karar verilmesi, taraflar tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda açık bir tercihte buldukları hallerde bu seçilen hukukun tahkime elverişliliğe uygulanacağı anlamına gelecektir. Doktrinde Özel, tahkime

34 **Arfazadeh**, Homayoon, “Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited,” *Arbitration International* 17(1), 2001, s. 80.

35 **Born**, Gary, *International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, s. 949.

36 **Arfazadeh**, s. 80.

37 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 190.; **Poudret**, Jean-François/**Besson**, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2007, s. 283. **Chukwumerije**, Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Doktora Tezi, Osgoode Hall Law School – York University, 1992, s. 144. Erişim Adresi: <https://search.proquest.com/docview/304007255> (Son erişim tarihi: 24 Mart 2020).

elverişlilik ile tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin bağlantılı olduğu görüşünü savunuyor olsa da, tarafların aralarındaki ilişki ile yakından bağlantılı bir hukuktan kaçmak amacıyla tahkime elverişliliğe imkân veren bir hukuku tercih etmelerine izin verilmemesi gerektiği görüşündedir.³⁸ Gerçekten de, hakemlerce tarafların bu amaçla yaptıkları hukuk tercihlerinin geçerli kabul edilmesi milli hukukların tahkime elverişliliği sınırlandıran kurallarını işlevsiz hale getirecektir. Bu itibarla, hakemler, tarafların seçtikleri ülke hukukundan başka bir ülke hukukunun uyuşmazlıkla daha sıkı bağlantısı olduğunu tespit ederlerse tahkime elverişliliğe bu ülke hukukuna göre karar vermek durumunda kalacaklardır.³⁹ Doktrindeki bu görüş, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak taraflarla ve uyuşmazlıkla hiç ilişkisi olmayan bir hukukun seçildiği hallerde bu hukukun tahkime elverişliliği uygulanmasını engellemek için öne sürülmüştür. Yukarıda, tahkime elverişlilik meselesinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden bağımsız olduğu görüşüne katıldığımızdan buradaki eleştiriler bizim açımızdan pratik bir faydaya sahip olmasa da tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun tarafların seçimine bırakılamayacağına dair bu görüşler tahkime elverişlilik meselesinin mahiyetine dair yukarıda yer alan açıklamalarımızla örtüşmektedir.⁴⁰

Öğretide, hakemlerin mahkemelerdeki yargıçlarla bir tutulamayacağı, milletlerarası tahkim tatbikatında da pek çok hakem heyetinin tahkime elverişliliğe karar verirken milli hukukları dikkate almadan tarafların hukuk seçimini öncelediği ileri sürülmüştür.⁴¹ Kanaatimizce hakemlerin devletlerden bağımsız olması ile tahkime elverişliliğe karar verme yetkileri birbirinden ayrı konulardır. Bu anlamda, bir uyuşmazlık türünün tahkime elverişli olup olmadığı meselesi ne tarafların iradesine ne de hakemlerin kararına bağlı olup tamamen milli hukukların düzenlemelerine bağlı bir konudur.⁴² Her ne kadar hakemler herhangi bir devletin kamu düzeninin muhafızı değılseler de milletlerarası tahkimin bir kurum olarak devam edebilmesi için tahkime elverişliliğe karar verirken ilgili milli hukukun kurallarını dikkate almak zorundadırlar.⁴³ Nitekim hakemlerin milli hukukların emredici düzenlemelerini dikkate almamaları halinde verecekleri kararların iptali veya tenfiz taleplerinin reddi gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla hakemlerin tahkime elverişliliğe karar verirken salt tarafların iradesi ile bağlı olmaları gerektiği düşüncesi gerçekçi bir yaklaşım olarak değerlendirilemeyecektir.

Milletlerarası tahkimde tarafların tahkim sözleşmesi yaparken tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku ayrı olarak belirlemeleri çok seyrek rastlanan bir durumdur.⁴⁴ Tarafların tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda seçim yapmadıkları durumlarda uygulanacak hukukun belirlenmesi yetkisini zımni olarak hakemlere verdikleri kabul edilmektedir.⁴⁵ Böyle bir durumda hakemlerin tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak önlerindeki uyuşmazlığı tahkime elverişli kılan bir hukuku tercih etmeleri gerektiği öne sürülmüştür. Zira, varsayımsal olarak tahkim sözleşmesinin

38 **Özel**, s. 55.; Aynı yönde bkz.: **Lehmann**, s. 759.

39 **Chukwumerije**, s. 142.

40 Yukarıda d.n. 34-36.

41 **Tang**, s. 96.

42 **Bernardini**, s. 510.

43 **Mayer**, ss. 285-286.

44 **Hanotiau**, s. 393; **Bernardini**, s. 511.

45 **Fazilatfar**, Hossein, *Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration*, Cheltenham, Birleşik Krallık: Edward Elgar Publishing, 2019, s. 85.

tarafalarının aralarındaki sözleşmesel ilişkiyi geçerli kabul edecek bir hukuku tercih edecekleri söylenebilecektir.⁴⁶ Kanaatimizce hakemlerin önlerindeki tahkim sözleşmesini geçerli kabul edecek bir hukuku uygulamaları tarafların tahkim iradesini ayakta tutabilmek açısından yararlı gözükse aynı durum tahkime elverişlilik için söylenemeyecektir. Yukarıda belirtildiği üzere, tarafların salt hukuk seçimi yolu ile aralarındaki uyuşmazlığı tahkime elverişli kılabilmesine şüphe ile yaklaşılması gerekir. Aynı şekilde hakemlerin de önlerindeki uyuşmazlığı tahkime elverişli kılacak bir hukuk arayışına girmelerinin makul olmayacağını değerlendirmekteyiz.

Tarafların tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda seçim yapmadıkları durumlarda tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ve dolayısıyla tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk olarak taraflar arasındaki esas sözleşmenin geçerliliğinin bağlı olduğu hukukun uygulanması da teklif edilmiştir.⁴⁷ Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden bağımsız olması (*seperability*) ilkesi esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim sözleşmesine uygulanmasını engelleyecektir.⁴⁸ Ayrıca, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca değil de hakemlerce belirlenmiş olduğu durumlarda bu hukukun tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanması tarafların iradesini yansıtmada hususunda ilave problemler doğuracaktır.⁴⁹ Öte yandan, yukarıda tahkime elverişlilik ile tahkim sözleşmesinin geçerliliği meselelerinin birbirinden bağımsız olduğunu ifade etmiştik. Bu bağlamda bu görüş tahkime elverişlilik meselesini tahkim sözleşmesinin geçerliliğine bağlaması nedeniyle de kabul edilmez bulunmaktadır.

B. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE TAHKİM YERİ HUKUKUNUN UYGULANMASI

Doktrinde bazı yazarlarca tahkime elverişlilik konusuna tahkim yeri hukukunun (*lex loci arbitri*) uygulanması teklif edilmiştir.⁵⁰ Tahkim yeri hukukunun hakemlerce tahkime elverişlilik meselesine uygulanmasının en önemli sebebi yargılama sonunda davayı kaybeden tarafça olası bir iptal davası açılması ihtimalinde tahkime elverişliliğe tahkim yeri ülkesi mahkemelerince karar verilecek olmasıdır.⁵¹ Örneğin, UNCITRAL Model Kanunu'nun⁵² 34. maddesinde açıkça, hakkında tahkim yolu ile karar verilen hukuki ihtilafın tahkim yeri ülkesinde tahkime elverişli olmaması halinde tahkim yeri mahkemelerince iptal kararı verilebileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, milletlerarası tahkim tatbikatında tahkim yerinin çoğunlukla yalnızca tarafların seyahat külfetini azaltmak amacıyla seçilmesi ve çoğunlukla tahkime konu olan ihtilaf ile hiçbir alakasının bulunmaması

46 Hanotiau, s. 394.

47 Hanotiau, s. 394.

48 Huysal, s. 355.; Bernardini, s. 512.; Tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi için bkz.: Akıncı, ss. 163-166.

49 Huysal, s. 355.; Bernardini, s. 512.

50 Bernardini, s. 513; Poudret/Besson, s. 284.

51 Bernardini, s. 513.; Lew / Mistelis / Kröll, s. 197.; Brekoulakis, Stavros L., "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", Arbitrability: International and Comparative Perspectives(ed. Mistelis, Loukas A. / Brekoulakis, Stavros L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, 2009, s. 111. (Law Applicable to Arbitrability).

52 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Erişim Adresi: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (Son erişim tarihi: 10 Kasım 2020).

sebebiyle tahkim yeri hukukunun tahkime elverişliliğe uygulanması eleştiri konusu olmuştur.⁵³ Mayer'in de ifade ettiği üzere, bir mahkeme yargıcının örneğin yabancı bir ülkenin rekabet hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta verilmiş hakem kararını ilgili uyuşmazlık kendi ülkesinde tahkime elverişli olmadığı için iptal etmesini anlamak zordur.⁵⁴ Gerçekten de tahkim yeri ülkesinin taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlıkla hiçbir ilişkisinin olmaması pek çok tahkim yargılamasındaki vakia olsa da hakemler verecekleri kararın ayakta kalabilmesi için tahkim yeri ülkesinin kurallarına göre tahkime elverişliliğe karar vereceklerdir. Bu haklı eleştirilerin hakemlerce göz önüne alınabilmesi ancak devlet mahkemelerinin tatbikatında gerçekleşecek bir zihniyet değişikliği ile mümkün olabilecektir. Devlet mahkemelerinin tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusundaki tutumları çalışmanın devamında incelenecektir.

Öğretide, tahkim yeri hukukunun tahkime elverişliliğe uygulanmasını zorlaştıran bir husus olarak tahkim yeri hukukunda tahkime elverişliliğe uygulanacak maddi kuralların bulunmaması ihtimali gösterilmiştir.⁵⁵ Bu ihtimalde hakemlerin tahkim yeri ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarına başvurması gerekecektir. Örneğin, Türk hukukunda tahkime elverişlilik taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar dışında serbest tasarruf ölçütüne göre düzenlenmiştir.⁵⁶ Türkiye'de gerçekleşen bir tahkim yargılamasında tahkime elverişlilik ön sorunu ile karşılaşan hakem heyeti bu meseleye tahkim yeri hukuku olan Türk hukukunu uygularsa bu sefer de tasarruf ehliyetine hangi hukukun uygulanacağı ön sorunu ortaya çıkacaktır. Hakem heyeti, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre tasarruf ehliyetine uygulanacak hukuku bulup sonuçta o ülke hukukuna göre tahkime elverişliliğe karar vermiş olacaktır. Tahkime elverişlilik meselesini doğrudan maddi hukuk kuralları ile düzenleyen ülke hukukları bakımındansa böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Örneğin, biri malvarlığına ilişkin tüm ihtilafları diğeri ekonomik menfaat içeren tüm talepleri tahkime elverişli kabul eden İsviçre ve Alman hukukları açısından tahkim yeri hukukunun uygulanması yeni bir uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkarmayacaktır.⁵⁷ Uygulamada da özellikle İsviçre'de gerçekleşen tahkim yargılamalarında hakemler tahkime elverişliliğe İsviçre hukukunu uygulayarak karar vermektedir.⁵⁸ Hakemlerin tahkime elverişliliği doğrudan maddi hukuk kuralları ile düzenleyen ülkelerde gerçekleştirdikleri tahkim yargılamalarında meseleye uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukunu tercih etmeleri bu tercihin sağladığı kolaylık açısından makul gözükmektedir.

Tahkim yeri hukukunun teklif edilmesine gerekçe olarak bu hukukun sözleşmenin ifa edildiği yer hukuku olarak tahkim sözleşmesi ile en yakın bağlantılı hukuk oluşu da gösterilmiştir.⁵⁹ Bu yaklaşım bir kanunlar ihtilafı hukuku yaklaşımı olarak sözleşmenin konusu ve tarafları ile en yakın bağlantılı hukuk olarak tahkim yeri hukukunu gösteriyor olsa da yukarıda ortaya koyduğumuz üzere tahkime

53 **Lehmann**, s. 758.; Aynı yönde Bkz.: **Schwartz**, Eric A., "The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The View from the ICC", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 9(1), 1994, s. 27.

54 **Mayer**, s. 290.

55 **Huysal**, s. 362.

56 Bkz. yukarıda s. 3.

57 **Brekoulakis**, (Law Applicable to Arbitrability), s. 101.

58 **Schwartz**, s. 29.

59 **Bernardini**, s. 513. ; **Tang**, s. 96.

elverişlilik meselesi tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden bağımsız ele alınmalıdır. Bu anlamda, tahkim yeri hukuku sırf tahkimin orada gerçekleşmesine bakılarak tahkime elverişliliğe karar verirken mesele ile en yakın bağlantılı hukuku teşkil etmeyecektir. Hakemlerce tahkime elverişliliğe tahkim yeri hukukunun uygulanması en yakın bağlantılı hukuk olması sebebiyle değil salt pratik mülahazalarla, hakemlerin yargılama sonunda verdikleri kararın tahkim yeri mahkemelerince iptale konu olmaması maksadıyla mümkün olmalıdır. Bu itibarla, tahkime elverişlilik meselesine tahkim yeri hukukunun uygulanmasını teklif eden görüşler meseleyi bir maddi hukuk meselesi veyahut usul hukuku meselesi olarak vasıflandırmamakta, yargılama sonucunda verilecek kararın icra kabiliyetini devam ettirebilmesi maksadıyla görüşlerini temellendirmektedirler.

C. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE MUHTEMEL TENFİZ ÜLKESİ HUKUKUNUN UYGULANMASI

Hakemlerin verdikleri kararın icra kabiliyetini muhafaza etme kaygısının yön verdiği öğretilerdeki görüşlerden bir diğeri tahkime elverişliliğe kararın muhtemel olarak tenfiz edileceği ülkenin hukukunu uygulamaktır.⁶⁰ New York Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. fıkrası a bendine göre bir hakem kararının tanınması ve tenfizi, bu talebin öne sürüldüğü ülkenin kanununa göre uyumsuzluk konusunun hakemlik yolu ile çözüme elverişli bulunmaması halinde reddedilebilir. Böyle bir durumda kararın tenfiz edileceği ülke hukuku eğer kendi yerel mahkemelerine üzerinde hakem kararı verilen ihtilafa ilişkin konularda münhasır yetki tanıyor veya o konuda başka bir devlet mahkemelerinin yetkili olduğunu öngörüyorsa o kararın tenfiz edilmesi mümkün olmayacaktır.⁶¹

Tahkime elverişliliğe kararın tenfiz edileceği muhtemel ülkenin hukukun uygulanması hakemleri bazı belirsizlikler içine sürüklemektedir. Öncelikle, tahkime elverişliliğe muhtemel tenfiz ülkesi hukukunu uygulayabilmek için hakemlerin henüz yargılama başlamadan önce davayı kimin kazanacağını biliyor olması gerekecektir.⁶² Zira, hakem kararı yargılamayı kazanan tarafça tenfiz için mahkemelere sunulacaktır. Buna ilaveten, hakem kararı bir ülkede tahkime elverişsizlik sebebiyle reddedilse bile kararın tenfizi yargılamayı kaybeden tarafın malvarlığının bulunduğu başka ülkelerde de istenebilecektir.⁶³ Örneğin, Cenevre'de yürütülen bir tahkim yargılamasında taraflardan biri tahkim kararının kendi ülkesinde tenfiz edilemeyeceğini itiraz olarak öne sürmesine rağmen hakemler bu itirazı reddederek davalının muhtemel tüm tenfiz ülkeleri için kararın tenfiz edilemeyeceğini ispatlaması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁴ Dolayısıyla, milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların birden fazla ülkede malvarlıklarının bulunması ihtimalinin yüksek olması nedeniyle hakemlerce tahkime elverişliliğe muhtemel tenfiz ülkesi hukukunun uygulanması pratikte pek mümkün gözükmemektedir.

60 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 198.

61 **Arfazadeh**, s. 85.

62 **Lehmann**, s. 759.

63 **Moses**, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 69.

64 **Huysal**, s. 370.

D. TAHKİME ELVERİŞİLİĞE UYGULANACAK HUKUK MESELESİNDE DİĞER YAKLAŞIMLAR

Yukarıda ortaya konulduğu üzere hakemlerin tahkim yargılaması neticesinde verdikleri kararların sonraki süreçte çeşitli devlet mahkemelerinde tekrar kontrole tabi tutulma ihtimalinin yüksek olması tahkime elverişliliğe uyuşmazlıkla bağlantılı tüm hukukların uygulanmasının teklif edilmesine sebep olmuştur. Böckstiegel'e göre taraflara hem iptal davası prosedüründe hem de tenfiz davası sürecinde ayakta kalabilecek bir karar verme yönünde ahlaki yükümlülüğü bulunan hakemlerin bu prosedürlerin gerçekleşebileceği devletlerin kamu düzenine ilişkin kurallarını tahkime elverişliliğe karar verirken göz önüne alması gerekecektir.⁶⁵ Böylelikle hakemler oldukça tartışmalı olan tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesinde bir hukuk belirleyerek yeni sorunlara yol açmak yerine olası tüm hukukların ihtilafı tahkime elverişli saymasını arayarak verecekleri kararın geleceğini garanti altına alacaklardır. Zira, tahkime elverişliliğe karar verirken tek bir hukuka sıkı sıkıya bağlı kalmak sürekli olarak kendi içerisinde çelişkiler ortaya çıkarmaktadır.⁶⁶ Bu sebeple, doktrinde Schwartz'ın da ortaya koyduğu üzere özellikle Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkimi uygulamasında hakemler çoğunlukla bu görüşü benimsemekte, verdikleri kararların mümkün olan bağlantılı tüm hukuklara göre tahkime elverişli olmasına önem vermektedirler.⁶⁷ Ancak, her ne kadar hakemler verdikleri kararların tahkime elverişliliğini olabildiğince çok hukuka göre kontrol etse de neticede bu uyuşmazlık bir devlet mahkemesi önüne gelecektir. Tahkime elverişlilik meselesine uygulanacak hukuk konusunda yeknesak bir çözüm geliştirilmediği müddetçe hakemlerin verdikleri kararların devlet mahkemeleri tarafından iptal edilme ya da tenfizinin reddedilmesi ihtimali mevcudiyetini koruyacaktır.

Tahkime elverişliliği tek bir milli hukuka nispetle tespit etmek yerine önerilen bir başka görüş ise meseleye uluslararası kurallar ile karar verilmesidir. Milletlerarası tahkimde belirli bir hukuk düzeninin organı olarak hareket etmeyen hakemlerin nihai kararlarının tenfiz edilebilirliğini göz önünde bulundurarak uluslararası kamu düzeni kurallarını uygulamak suretiyle tahkime elverişliliğe karar vermesi gerekeceği söylenmektedir.⁶⁸ Buradaki teklif, yukarıda yer alan muhtemel tüm bağlantılı hukukların emredici düzenlemelerinin dikkate alınmasından ziyade bir uluslararası kamu düzeni kavramının varlığından hareket etmekte, hakemin bu uluslararası kurallar ile bağlı olduğu görüşünü savunmaktadır. Bu yaklaşımın benimsendiği örnek bir kararda tek hakem olarak yer alan Lagergren rüşvet niteliğinde olan komisyon uyuşmazlığının tahkime elverişli olmadığını muhtemel bağlantılı hukuklar olan tahkim yeri hukuku ve temel ilişkinin gerçekleştiği yer hukukuna göre tespit ettikten sonra kararını bu milli hukuklara dayandırmak yerine uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına hukukun genel ilkelerine dayanarak karar vermiştir.⁶⁹ Burada hakemin böyle bir karara varmasındaki en büyük gerekçe uyuşmazlığın konusu olan rüşvet meselesinin hiçbir ülkede yargısal koruma görmeyeceği vakasıdır.

65 Böckstiegel, ss. 185-186.

66 Huysal, s. 359.

67 Schwartz, s. 30.

68 Fouchard / Gaillard / Goldman, s. 330.

69 Wetter, J. Gillis, "Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110", *Arbitration International* 10(3), 1994, ss. 292,294.

Hakemlerce tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda uluslararası kamu düzeni yaklaşımı meseleye uygulanabilecek birden fazla hukukun tespiti zorluğunu ortadan kaldırırsa da bu yaklaşım tahkim yeri hukukunun emredici düzenlemeleriyle bağdaşmayabilecektir.⁷⁰ Zira, tahkim yeri hukukunun var olduğu iddia edilen uluslararası kamu düzeni kurallarından daha dar bir kamu düzeni anlayışına sahip olma ihtimali her zaman mevcuttur.⁷¹ Hakemlerce, uluslararası kamu düzeni kurallarının uygulanmasıyla tahkime elverişli kabul edilen ve yargılaması yapılan bir uyuşmazlık hakkındaki tahkim kararının tahkim yeri mahkemelerinin sınırlayıcı kamu düzeni anlayışına istinaden iptal edilmesi ihtimal dışı değildir.⁷² Öte yandan hakemlerin uluslararası kamu düzeni kurallarını uygulamasıyla hakkında tahkime elverişli olmadığına karar verilen bir uyuşmazlık bir başka ülke hukukuna göre tahkime elverişli olabilecektir. Uyuşmazlık konusunun rüşvet gibi hukuki koruma sağlanamayacak bir mesele değil de tahkime elverişli olup olmadığı hukuk sistemleri arasında tartışmalı olan bir hususa ilişkin olduğu durumlar böyledir. Dolayısıyla, tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda uluslararası kamu düzeni yaklaşımı hiçbir milli hukuk tarafından koruma görmeyeceği aşikâr olan meselelerde istisnai olarak tercih edilebilecektir. Yukarıda belirtildiği üzere bu gibi durumlarda taraflarca tahkime elverişlilik itirazı öne sürülmesi bile hakemlerin re'sen tahkime elverişlilik incelemesi yapması uygun olacaktır.⁷³

Uluslararası kamu düzeni yaklaşımına ilave olarak doktrinde, tahkime elverişliliğe milletlerarası ticari tahkim uygulamasında zamanla oluşan genel prensiplere göre karar verilmesi gerektiği öne sürülmüştür. Yukarıda anılan Lagergren kararı akabinde gerçekleşen tartışmalar ile oluşmaya başlayan bu yaklaşım, tahkim kararlarının külli olarak uluslararası bir kamu düzeni anlayışı ortaya çıkardığını savunmaktadır.⁷⁴ Lehmann da, her ne kadar teorik altyapısının henüz gelişmemiş olduğunu kabul etse de tahkime elverişliliğe uluslararası bir yaklaşım getiren eğilimlerin mevcudiyetinden bahsetmektedir.⁷⁵ Yazar, hakemlerin tahkime elverişliliğe karar verirken uyuşmazlıkla ve taraflarla hiçbir bağlantısı bulunmamasına rağmen Fransız ve Amerikan mahkeme içtihatlarına dayandığı birkaç kararı örnek göstermekte, bu kararlara atıf yapılmasının hukukun genel ilkeleri ile açıklanabileceğini savunmaktadır.⁷⁶ Kanaatimizce gerek uluslararası kamu düzeni yaklaşımı gerekse de uluslararası yaklaşım hakemlerce tahkime elverişliliğe uygulandığında verilen kararların akıbeti tehlikeye girmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımızda belirtildiği üzere tahkime elverişlilik meselesi yapısı itibarıyla milli hukukların düzenlemelerinden kaynaklanmakta, şu an için bu alanı düzenleyen uluslararası bir kurallar bütününden bahsedilememektedir. Bu itibarla, tahkime elverişliliğe milli hukuklar dışında bir takım uluslararası prensiplerin uygulanması, hakemlerin kendi kararları üzerinde mahkemelerce ne hüküm verilebileceğine dair kehanette bulunmalarından öteye

70 **Bernardini**, s. 514.

71 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 197.

72 **Ibid.**

73 Yukarıda d.n. 28,29.

74 **Sweet, Alec Stone / Grisel**, Florian, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 145.

75 **Lehmann**, s. 761.

76 **Lehmann.**, s. 762-763.

geçemeyecektir.⁷⁷ Dolayısıyla, olması gereken hukuk açısından tahkime elverişliliğe uygulanacak uluslararası bir kurallar bütününe varlığı meseleyi çözüme kavuşturabilecek olsa da şu an için tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesi milli hukukların hüküm sürdüğü bir alandır.

II. TAHKİME ELVERİŞLİLİK MESELESİNİN MAHKEMELERCE ÇÖZÜMLENMESİ

Tahkime elverişliliğe mahkemelerce hangi hukukun uygulanacağı sorusu hakemlerce uygulanacak hukuk sorusu kadar karmaşık olmasa da bazı tartışmalara açıktır. Konunun mahkemeler nezdinde hakemler kadar tartışmalı olmamasının sebebi mahkemelerce tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunun uygulamada bir sorun olarak görülmemesi, meseleye genelde her mahkemenin kendi hukukunu (*lex fori*) uygulamasıdır.⁷⁸ Oysa, ulusal mahkemelerce milletlerarası bir mesele hakkında uygulanacak hukuk sorusu ile karşılaşıldığında vasıflandırma probleminin ortaya çıkması ihtimal dâhilindedir.⁷⁹ Ayrıca mahkemesine başvuru New York Sözleşmesine taraf ise bu durumda ilgili Sözleşme hükmünün uygulanması gerekecektir.

Tahkime elverişlilik meselesinin mahkemelerce incelenmesi bir tahkim kararı verilmeden önce, diğeri tahkim kararı verildikten sonra olmak üzere iki aşamada söz konusu olabilir. Taraflardan biri tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinde dava açtığında birinci ihtimal söz konusu olacak ve diğer taraf tahkim itirazında bulunduğunda mahkeme kendi yetkisine karar verirken tahkime elverişlilik üzerinde de hüküm verebilecektir. Tahkim kararı verildikten sonra mahkemelerce tahkime elverişlilik incelemesi yapılması ise iptal davası prosedüründe ya da tenfiz davası sürecinde mümkün olabilecektir. Aşağıda, mahkemelerce tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanması gerektiği konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler uygulamadan örneklerle birlikte tartışılacaktır.

A. TAHKİM KARARI VERİLMEDEN ÖNCE MAHKEMELERE BAŞVURULMASI HALİNDE TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE UYGULANACAK HUKUK

Tahkim kararı verilmeden taraflardan birince uyuşmazlık hakkında mahkemelere başvurulması henüz tahkim yargılaması başlamadan önce veya tahkim yargılaması başladıktan sonra ama karar verilmeden önce söz konusu olabilir. New York Sözleşmesinin 2. maddesine göre taraf devletlerin mahkemeleri, tahkim sözleşmesine bağlanmış bir uyuşmazlık hakkında kendilerine başvurulduğunda eğer uyuşmazlığın hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün ise tahkim sözleşmesine geçerlilik tanyacaklardır. Ancak, Sözleşmede uyuşmazlığın hangi hukuka göre hakemlik yolu ile çözülmeye elverişli addedileceğine dair bir belirlemede bulunulmamıştır.⁸⁰ Bazı yazarlar, bu aşamadaki tahkime

77 **Mistelis**, Loukas A., "Arbitrability – International and Comparative Perspectives: Is Arbitrability a National or an International Law Issue?", *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*(ed. Mistelis, Loukas A. / Brekoulakis, Stavros L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, 2009, s. 15.

78 **Mistelis**, s. 12.

79 Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Nomer**, s. 38 vd.

80 Yukarıda d.n. 37.

elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesini Sözleşme'nin 2. maddesinin 3. fıkrasındaki tahkim sözleşmesinin geçerliliği meselesi üzerinden okumaktadırlar. New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir:

Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder.

Bernardini, tahkime elverişlilik meselesini tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile bağlantılı kabul ettiğinden⁸¹ meseleyi tartışırken Sözleşme'nin 2. maddesinin 3. fıkrası hükmünde tahkim sözleşmesinin hangi hukuka göre geçerli ve tatbiki mümkün kabul edileceğinin belirtilmediğini söylemekte, çeşitli devlet mahkemelerinin *lex fori* ve *lex loci arbitri* arasındaki tercihlerini aktarmaktadır.⁸² Öncelikle belirtmek gerekir ki ikinci madde Sözleşme'nin en sorunlu maddelerinden biridir.⁸³ Bu maddedeki eksikliklerin sebebi olarak, maddenin Sözleşme'ye müzakerelerin son günlerinde eklenmesi ve taslağının hazırlanması için var olan sürenin oldukça kısıtlı olması gösterilmiştir.⁸⁴ Bununla birlikte, tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesi açısından Sözleşme'nin 2. maddesi 3. fıkrasındaki eksiklikleri değil ilk fıkrasındaki eksiklikleri ele almamız gerekmektedir. Zira, yukarıda savunduğumuz üzere tahkime elverişlilik meselesinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden bağımsız olarak ele alınması gerekmektedir.⁸⁵

Tahkim yargılaması henüz başlamadan önce veyahut da tahkim yargılaması sırasında kendilerine başvuru millî mahkemeler tahkime elverişlilik meselesine çoğunlukla kendi hukuklarını (*lex fori*) uygulamaktadırlar. Örneğin, Cenova Temyiz Mahkemesi, Fincantieri ve Irak Devleti arasındaki Birleşmiş Milletler'in Irak'a o dönem uyguladığı ekonomik yaptırımların oluşturduğu ihtilafların tahkime elverişli olmadığına karar verirken İtalyan ambargo kurallarını uygulamıştır.⁸⁶ Temyiz Mahkemesi, tahkime elverişliliğin bir yetki meselesi olduğunu ve davanın açıldığı mahkemenin yetkisini ancak kendi kanunlarına dayanarak reddedebileceği değerlendirmesinde bulunmuştur.⁸⁷ Dolayısıyla Mahkeme, somut olayda ekonomik yaptırımların taraflar arasında meydana getirdiği uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına *lex fori*'yi uygulamak suretiyle karar vermiştir.

Arfazadeh'e göre de Sözleşme'nin ikinci maddesi birinci fıkrasında ele alınan tahkime elverişlilik meselesine *lex fori* uygulanacaktır.⁸⁸ Bununla birlikte, yazara göre tahkime elverişliliğe *lex fori*'nin uygulanabilmesi için mahkemesine başvuru devlet hukukunda dava konusu uyuşmazlıkların

81 Bkz. yukarıda d.n. 33.

82 **Bernardini**, s. 515. ; Aynı görüşte Bkz.: **Hanotiau**, s. 399.

83 Ayrıntılı bilgi için Bkz.: **İpek**, Mertcan, "Interpretation of Article II(3) of the New York Convention", *Prof.Dr.Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı 23(3)*, 2017, ss. 683-724.

84 **Ibid**, s. 686.

85 Yukarıda d.n. 34-36.

86 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 192, Kararın Künyesi: Corte di Appello Genoa, 7 May 1994, Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v Ministry of Defence, Armanent and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, 4 Riv Arb 505 (1994), XXI YBCA 594 (1996).

87 **Ibid**.

88 **Arfazadeh**, s. 80.

münhasır olarak o mahkemenin milletlerarası yetkisine dahil olacak şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir.⁸⁹ Aynı görüşü savunan Brekoulakis'e göre, taraflar arasında tahkim sözleşmesi mevcutken kendilerine başvurulmuş devlet mahkemeleri tahkime elverişlilik meselesine *lex fori*'yi uygulayacak olsalar da eğer söz konusu uyuşmazlık *lex fori*'ye göre münhasır olarak o devlet mahkemelerinin yetkisinde değilse tahkim sözleşmesinin varlığı sebebiyle davayı usulden reddedeceklerdir.⁹⁰ Bu yazarlar, tahkim sözleşmesine bağlanmış bir uyuşmazlığın tahkime elverişliliğine milli mahkemelerce *lex fori*'nin uygulanmasını usul hukukundaki münhasır yetki kuralları üzerinden mümkün görmekteyler.⁹¹ Yukarıda verilen örnekte ise tahkime elverişliliğe *lex fori*'yi uygulayan Cenova Temyiz Mahkemesi'nin uyuşmazlık hakkında münhasır yetkisi olup olmadığı açıkça belirtilmemiştir. Yazarların görüşüne Türk Hukuku üzerinden bir örnek vermek gerekirse, Türkiye'deki bir taşınmaz hakkında aralarında ihtilaf çıkan taraflardan biri tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen Türk Mahkemelerinde dava açıldığında Mahkeme, Türkiye'deki taşınmazlar hakkında yetkisi münhasır nitelikte olduğundan *lex fori*'yi uygulayarak tahkim itirazını reddedebilecektir.

Kendisine başvurulmuş milli mahkemenin uyuşmazlıkla hiçbir bağlantısı yoksa tahkime elverişliliğe hangi hukuk uygulanacaktır? Brekoulakis bu durumda uyuşmazlık üzerinde münhasır yetkisi söz konusu olmayan devlet mahkemelerinin tahkime elverişlilik hususunda değerlendirme yapmadan meseleyi hakem heyetinin takdirine bırakması gerekeceğini ileri sürmektedir.⁹² Bu görüşe göre, yukarıda yer alan taşınmaz üzerindeki uyuşmazlık örneğinde eğer taşınmaz Türkiye'de değil de yurt dışında bulunuyorsa Türk Mahkemelerinin yetkisi münhasır nitelikte olmayacağından tahkim itirazı ile karşılaşan hakimin tahkime elverişlilik hususunda karar vermeden uyuşmazlıktan elini çekmesi gerekecektir.⁹³ Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁹⁴ (HMK) 413. maddesinde tahkim ilk itirazı ile karşılaşan hakimin tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise itirazı kabul edip davayı usulden reddetmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Yine, MTK'nın 7/H maddesi uyarınca hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında kendisi karar verebilecektir. Buna göre, kendisine başvurulmuş devlet mahkemesi uyuşmazlık üzerinde münhasır olarak yetkili değilse tahkime elverişliliğe karar verilmesi, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesi (*kompetenz-kompetenz*) ilkesi⁹⁵ gereğince hakemlere bırakılmış bir mesele olmaktadır.⁹⁶

89 Arfazadeh, s. 81.

90 Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 104.

91 Arfazadeh, s. 81.; Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), ss. 103, 104: İki yazar arasındaki fark Arfazadeh'in vurgusunun önündeki uyuşmazlık hakkında münhasır yetkisi olan bir mahkemenin uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması sebebiyle tahkim itirazını reddetmesi gerekeceği üzerine iken Brekoulakis'in vurgusunun ilgili uyuşmazlık üzerinde münhasır yetkisi olmayan bir mahkemenin tahkime elverişlilik hakkında karar veremeyeceği üzerine olmasıdır.

92 Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 107. ; Aynı görüşte bkz.: Arfazadeh, s. 81.; Fazilatfar, s. 50.

93 Huysal, s. 407.

94 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, R.G. 04.02.2011 – 27836.

95 Kompetenz-kompetenz ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Akıncı, ss. 228-230.

96 Fazilatfar, s. 50.

Neticede, tahkim kararının verilmesinden önceki aşamada kendilerine başvurulan mahkemeler tahkime elverişlilik incelemesi yaparken temelde kendi yetkilerini araştırmakta, bir kanunlar ihtilafı incelemesi yapmaksızın yetkiye dair kendi kurallarını uygulamaktadırlar. Buna göre, tahkim kararından önceki aşamada tahkime elverişlilik meselesinin usul hukukuna dair bir mesele olduğu söylenebilecektir.⁹⁷ Kanaatimizce, bu aşamada mahkemelerce tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanması gerektiği yönündeki öğretilerdeki geçmiş tartışmalar, tahkime elverişlilik meselesi ile tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin bağlantılı olduğu varsayımından kaynaklanmıştır. New York Sözleşmesi'nin ikinci maddesi 1. fıkrasındaki tahkime elverişlilik meselesi ile 3. fıkrasındaki tahkim sözleşmesinin geçerliliği meseleleri birbirinden ayrıldığında tahkim kararının verilmesinden önceki aşamada tahkime elverişlilik meselesinin bir yetki sorunu olduğu bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır.⁹⁸

B. TAHKİM KARARI VERİLDİKTEN SONRA İPTAL VE TENFİZ DAVALARI SÜRECİNDE TAHKİME ELVERİŞLİLİğE UYGULANACAK HUKUK

Tahkim yargılaması sonuçlandığı vakit davayı kaybeden tarafın tahkim yeri ülkesi mahkemelerinde iptal davası açma ihtimali bulunmaktadır. Öte yandan, iptal davası tahkim yeri mahkemelerince reddedilse bile kaybeden taraf kararın gereğini kendiliğinden yerine getirmeyebilecektir. Tahkim yargılamasında lehine hüküm kurulan tarafın kararın karşı tarafça yerine getirilmemesi halinde hükmün icrası için kaybeden tarafın malvarlıklarının bulunduğu ülkelerden birinde tenfiz davası açması gerekecektir. Bu iki dava ihtimalinde de tahkime elverişlilik meselesi ve buna bağlı olarak tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorunu gündeme gelebilecektir.

1. İptal Davası Sürecinde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Millî hukukların çoğu kendi ülkelerinde gerçekleşen tahkim yargılamaları için bir iptal davası prosedürü düzenlemektedir. Tahkim yeri mahkemelerinde açılacak olan olası iptal davalarında millî mahkemeler çoğunlukla kendi millî hukuklarını uygulayacaklardır.⁹⁹ Bunun sebebi, devletlerin çoğunun kendi ülkelerinde gerçekleşen tahkim yargılamalarındaki iptal prosedürü açısından düzenledikleri kurallara tenfiz davalarında tahkime elverişliliğe *lex fori*'nin uygulanması hükmünü getiren New York Sözleşmesi 5. maddesi 2. fıkrası a bendi hükmünü yansıtan bir kuralı dahil etmesidir.¹⁰⁰ Ayrıca, pek çok devletin tahkim kanununa kaynaklık etmiş olan UNCITRAL Model Kanunu'nun 34(2)(b)(i) maddesinde hakem kararının iptali davasında iptal sebeplerinden biri olan tahkime elverişsizliğe tahkim yeri ülkesi hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Türk Hukukunda da, MTK m. 15(A)(2)(a)'da iptal davası açıldığında bölge adliye mahkemesinin hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığını

97 Arfazadeh, s. 81.; Lew / Mistelis / Kröll, s. 193.; Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 104.; Huysal, s. 397.; Fazilatfar, s. 61.

98 Huysal, s. 398.

99 Huysal, s. 412; Hanotiau, s. 402; Poudret/Besson, s. 286.

100 Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 108.

tespit ettiği takdirde kararı iptal edeceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda Türk mahkemeleri de tahkime elverişliliğe *lex fori*'yi uygulayacak, dahası madde hükmünden anlaşılacağı üzere tahkime elverişliliği re'sen denetleyeceklerdir.¹⁰¹

Brekeoulakis, tahkime elverişliliğe *lex fori*'nin uygulanmasına karşı takındığı eleştirel tutumu iptal davası prosedürü için de sürdürmekte, *lex fori*'nin tahkime elverişliliğe ilişkin kurallarının ancak ilgili uyuşmazlığın tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin münhasır yetkisinde olduğu hallerde söz konusu olması gerektiği fikrini savunmaktadır.¹⁰² Buna göre, ülkesinde gerçekleşen bir tahkim yargılaması için mahkemesinde iptal davası açılan hakim, söz konusu uyuşmazlığın kendi ülkesi ile bağlantısını zayıf gördüğü takdirde tahkime elverişliliğe *lex fori*'yi uygulayarak tahkim kararını iptal etmemelidir. Aynı görüşü Türkiye'de gerçekleşen tahkim yargılamaları açısından savunan Huysal'a göre de hakemlerce verilen karar somut olayda Türkiye'yle tahkim yeri olmak dışında hiçbir bağlantı içermiyor ve icrası da ülke içerisinde gerçekleşmeyecekse Türk hâkimi kararı iptal etmekten imtina edebilecektir.¹⁰³

Milletlerarası ticari tahkim uygulamasında tahkim yeri tercihleri çoğunlukla salt pratik amaçlarla yapılmakta, tahkim yargılamalarının genelinde tahkim yerinin uyuşmazlık ve tarafları ile alakası zayıf olabilmektedir.¹⁰⁴ Böyle bir durumda mahkemelerin iptal davalarında tahkime elverişlilik incelemesi yaparken milletlerarası tahkimin gereklerine uygun hareket ederek uyuşmazlığın kendi ülkeleri ile olan bağlantısına göre hareket etmesi makul olacaktır. Örneğin, Türkiye'de gerçekleşen milletlerarası tahkim yargılamaları açısından MTK'nın 15. maddesi 4. fıkrasında yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflara iptal davası açma hakkından feragat etme hakkı tanınmıştır. Buradan hareketle, en azından yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflardan birince açılacak olan olası bir iptal davasında Türk hakiminin tahkime elverişliliğe karar verirken *lex fori*'yi katı bir şekilde uygulamaması yararlı olacaktır. Zira taraflara şartları mevcutsa iptal davasından feragat imkanını sağlayan MTK'nın ilgili hükmü aynı şartların mevcudiyeti halinde tahkime elverişlilik incelemesinde geniş yorum yapılmasını meşru hale getirecektir.

2. Tenfiz Davası Sürecinde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Tahkim yargılamasını kazanan tarafın ilgili kararın icrası için bir ülke mahkemesinde tenfiz davası açtığı durumlarda mahkemenin tahkime elverişliliğe hangi hukuku uygulayacağı hususunda neredeyse ihtilafsız şekilde *lex fori*'ye işaret edilmektedir.¹⁰⁵ Tenfiz mahkemesi hâkimi çok büyük ihtimalle kendi ülkesinin de taraf olduğu New York Sözleşmesinin tenfiz davaları açısından tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuku düzenleyen V(2)(a) maddesi ile bağlı olacaktır. İlgili madde şu şekildedir:

101 Akıncı, s. 352 vd.

102 Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 108.

103 Huysal, s. 413.

104 Lehmann, s. 758.; Schwartz, s. 27.

105 Huysal, s. 409.

Hakem kararının tanınması ve tenfizi istenen ülkenin yetkili makamı tarafından aşağıdaki hallerin bulunduğu görülecek olursa, tanıma ve tenfiz talebi aynı şekilde reddolunabilir:

(a) *Tanıma ve icra isteğinin öne sürüldüğü ülkenin kanununa göre uyuşmazlık konusunun hakemlik yolu ile çözüme elverişli bulunmaması.*

Sözleşmenin bu açık hükmü karşısında tenfiz davası sırasında mahkemelerin tahkime elverişliliğe *lex fori*'yi uygulamaları gerekecektir.¹⁰⁶ Bununla birlikte, Bernardini tenfiz davasında tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk olarak tek başına *lex fori*'nin tespit edilmiş olmasına şüpheyle yaklaşmaktadır.¹⁰⁷ Yazar, tahkime elverişliliğin tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin ön koşulu olduğu görüşünü savunduğundan tahkime elverişliliğe *lex fori* yanında tahkim sözleşmesi hangi hukuka bağlanmışsa o hukukun da uygulanması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir.¹⁰⁸ Yukarıda açıkladığımız üzere tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile tahkime elverişliliğin birbirinden bağımsız olduğu görüşünü savunduğumuzdan bu yaklaşıma katılmamız mümkün değildir.¹⁰⁹ Diğer yandan, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine çoğu durumda uygulanan hukuk olan tahkim yeri hukukunca iptal davası prosedüründe uyuşmazlık tahkime elverişli bulunduktan sonra tenfiz davası sürecinde tekrar tahkime elverişliliğe bu hukuka göre karar vermek hukuka uygun olmayacaktır.¹¹⁰ Bu sebeplerle, tenfiz davasında tahkime elverişliliğe *lex fori* dışında bir hukukun uygulanması mümkün değildir.

Tahkim kararlarına ilişkin olarak açılacak olan tenfiz davalarında tahkime elverişliliğe *lex fori*'nin uygulanacağı konusunda tartışma olmasa da *lex fori*'nin tahkime elverişliliğe ilişkin hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir.¹¹¹ Bu görüşe göre, *lex fori*'nin tenfiz davalarında tahkime elverişliliğe uygulanması ancak tenfiz davasının görüldüğü ülke mahkemelerinin hakemlerin karar verdiği uyuşmazlık üzerinde münhasır yetkisi olduğu hallerde mümkün olmalıdır.¹¹² Huysal'a göre de hakem kararının tenfizinde dikkate alınması gereken durum uyuşmazlık konusunun tahkim aracılığı ile icrasına tahammül edilip edilemeyeceğidir.¹¹³ Dolayısıyla, tenfiz hâkimi önündeki uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına *lex fori*'ye göre karar verirken bu uyuşmazlığın kendi ülkesi ile olan bağlantısını da göz önünde bulundurmalı, ülkesinin mahkemelerinin uyuşmazlık konusu üzerinde münhasır yetkisinin olmadığı hallerde tahkime elverişsizlik sebebiyle tenfiz talebini reddetmemelidir.

SONUÇ

Yukarıda önce bir tahkim yargılamasının başlangıcında tahkime elverişlilik itirazı ile karşılaşan hakemlerin bu ön sorunu hangi hukuku uygulayarak karara bağlaması gerektiği, sonrasında ise

106 Bökstiegel, s. 189.; Huysal, s. 410; Hanotiau, s. 403.; Arfazadeh, s. 85.; Lew / Mistelis / Kröll, s. 189.

107 Bernardini, s. 516.

108 Ibid.

109 Yukarıda d.n. 34-36.

110 Arfazadeh, s. 86.

111 Hanotiau, s. 403.; Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 110.

112 Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 110.

113 Huysal, s. 411.

mahkemelerin aynı sorun karşısında nasıl bir çözüm yoluna gitmesi gerektiği konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler tartışıldı. Buna göre, hâlihazırda milletlerarası tahkim tatbikatında genel olarak kabul edilen görüş tahkime elverişliliğe tahkim yeri hukukunun uygulanmasıdır. Belirtildiği üzere, bu görüşün genel kabul görmesinin ve uygulamada tercih edilmesinin temel sebebi tahkime ev sahipliği yapan ülkede gerçekleşecek olası bir iptal davası prosedüründe tahkime elverişliliğe mahkemenin kendi hukukunu uygulayacak olmasıdır. Bununla birlikte, verecekleri kararların gelecekteki icrasında problem yaşanmamasını isteyen hakemlerin sadece tahkim yeri hukukunu değil aynı zamanda o kararın tenfiz edileceği muhtemel ülkelerin hukuklarını da dikkate almaları gerekecektir. Zira, New York Sözleşmesi'nde açıkça belirtildiği üzere tenfiz mahkemeleri tahkime elverişliliğe kendi hukukunu uygulamaktadır.

Sonuç olarak, milletlerarası ticari tahkimde tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusu daha çok tahkime elverişlilik meselesini serbest tasarruf ölçütüne göre düzenleyen hukuklar ve bu hukukların uygulandığı ülkeler açısından gündeme gelmektedir. Tahkime elverişliliği doğrudan bir maddi hukuk kuralı olarak düzenleyen milli hukuklar açınsındansa uygulanacak hukuk sorusu ortaya çıkmamaktadır. Bu anlamda, tahkime elverişliliğe ilişkin uluslararası kurallar ihdas edilmediği müddetçe meseleyi çözüme kavuşturacak en basit çözüm her bir milli hukukun tahkime elverişliliği doğrudan maddi hukuk kuralları ile düzenlemesi olacaktır. Böyle bir durumda hakem veya hâkim tahkime elverişlilik meselesini bir maddi hukuk uyuşmazlığı gibi ele alabilecek ve tarafların hukuk seçimi veya ilgili kanunlar ihtilafı kuralına göre uygulanacak hukuku belirleyebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya**, Milletlerarası Tahkim, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Arfazadeh, Homayoon**, "Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited," *Arbitration International* 17(1), ss. 73-88, 2001.
- Bantekas, Ilias**, "The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration," *The Australian Year Book of International Law* 27(1), ss. 193-223, 2008.
- Bernardini, Piero**, "The Problem of Arbitrability in General", Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention in Practice(ed. Gaillard, Emmanuel / di Petro, Domenico) içinde, ss. 503-522. İngiltere: Cameron May Yayıncılık, 2008.
- Blessing, Marc**, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", *Arbitration International* 12(2), ss. 191-222, 1996.
- Born, Gary**, International Commercial Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 2014.
- Böckstiegel, Karl Heinz**, "Public Policy and Arbitrability", Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration(ed. Pieter Sanders) içinde, The Hague: Kluwer Law International, ss. 177-204, 1987.
- Brekoulakis, Stavros L.**, "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", Arbitrability: International and Comparative Perspectives(ed. Mistelis, Loukas A. / Brekoulakis, Stavros L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, ss. 99-119, 2009.
- Carbonneau, Thomas E.**, "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, ss. 1189-1232, 2003.
- Carbonneau, Thomas E. / Janson, Francois**, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2, ss. 193-222, 1994.

- Chukwumerije, Okezie**, Choice of Law in International Commercial Arbitration, Doktora Tezi, Osgoode Hall Law School – York University, 1992. Erişim Adresi: <https://search.proquest.com/docview/304007255> (Son erişim tarihi: 24 Mart 2020)
- Fazlatfar, Hossein**, Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration, Cheltenham, Birleşik Krallık: Edward Elgar Publishing, 2019.
- Fouchard, Philippe / Gaillard, Emmanuel / Goldman, Berthold**, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Hanotiau, Bernard**, “What Law Governs the Issue of Arbitrability?”, *Arbitration International* 12(4), ss. 391-404, 1996.
- Huysal, Burak**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- İpek, Mertcan**, “Interpretation of Article II (3) of the New York Convention”, *Prof.Dr.Bülent Tahiroğlu’na Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı* 23(3), ss. 683-724, 2017.
- Kirry, Antoine**, “Arbitrability: Current Trends in Europe”, *Arbitration International* 12(4), ss. 373-390, 1996.
- Lehmann, Matthias**, “A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice”, *Columbia Journal of Transnational Law* 42, ss. 753-776, 2004.
- Lew, Julian D. M. / Mistelis, Loukas A. / Kröll, Stephan**, Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Mayer, Pierre**, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *Arbitration International* 2(4), ss. 274-293, 1986.
- Mistelis, Loukas. A.**, “Arbitrability – International and Comparative Perspectives: Is Arbitrability a National or an International Law Issue?”, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*(ed. Mistelis, Loukas A. / Brekoulakis, Stavros L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, ss. 1-18, 2009.
- Moses, Margaret L.**, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Nomer, Ergin**, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Özel, Sibel**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.
- Pamboukis, Charalambos**, “On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver”, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*(ed. Mistelis, L. A. / Brekoulakis, S. L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, ss. 121-142, 2009.
- Papeil, Anne Sophie**, “Conflict of Overriding Mandatory Rules in Arbitration”, *Conflict of Laws in International Arbitration* (ed. Ferrari, Franco ve Kröll, Stephan) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, ss. 341-378, 2010.
- Poudret, Jean-François / Besson, Sébastien**, Comparative Law of International Arbitration, London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Sammartano, M. Rubino**, International Arbitration Law and Practice, The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- Schwartz, Eric A.**, “The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The View from the ICC”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 9(1), ss. 17-46, 1994.
- Sweet, Alec Stone / Grisel, Florian**, The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy, Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Şanlı, Cemal**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Esasa Uygulanacak Hukuk), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.
- Şanlı, Cemal**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması), İstanbul: Beta Yayınları, 2019.

- Tang, Zeng Sophia**, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, London: Routledge, 2014.
- Weigand, Frank-Bernd**, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*. Oxford: OUP Oxford, 2009.
- Wetter, J. Gillis**, "Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110", *Arbitration International* 10(3), ss. 277-294, 1994.