

ALMAN HUKUKUNDA MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN KANUNLAR İHTİLAFI BOYUTU

*Conflict of Laws Dimension of International
Commercial Arbitration in German Law-
Gesetzeskonflikt Dimension der internationalen
Handelsschiedsgerichtsbarkeit im deutschen Recht*

Elif Selen

BATIGÜN*

Öz


Almanya, milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlıklarda tahkim yeri olarak her geçen gün daha fazla tercih edildiğinden, incelememizin konusu Alman hukukunda milletlerarası kanunlar ihtilafı meseleleri olarak belirlenmiştir. Alman hukukunda ticari tahkim yargılamasına bakıldığında yabancılık

* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, elifselenbatigun@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4027-5645.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 23.03.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 15.09.2021.

Atıf/Citation: Guliyev, İlyas. "Alman Hukukunda Milletlerarası Ticari Tahkimin Kanunlar İhtilafı Boyutu." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 384-457.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

unsuru içeren ve içermeyen uyuşmazlıklara aynı hükümlerin uygulandığı görülmektedir. Almanya'da tahkime ilişkin kendi içinde bütünlük arz eden, yeknesak kuralların uygulanması, mahkemelerin tahkimi destekleyici ve özgürlükçü bir tavırla uyuşmazlıkları karara bağlamalarına neden olmaktadır. Çalışmamızın amacı Alman hukukunda milletlerarası tahkim prosedüründe karşılaşılan kanunlar ihtilafı meselelerini *Zivilprozessordnung* (Alman Usul Hukuku Kanunu) §1025-1066 arasındaki düzenlemeleri, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki *New York* Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri ve Alman mahkemelerinin içtihatları ışığında incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Ticari Tahkim, Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları, Alman Hukukunda Milletlerarası Ticari Tahkim, Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk, Kamu Düzeni.

Zusammenfassung

Da Deutschland in internationalen Handelsstreitigkeiten zunehmend als Schiedsort bevorzugt wird, wurde der Gegenstand unserer Untersuchung als Frage des internationalen Kollisionsrechts im deutschen Recht bestimmt. Betrachtet man das Handelsschiedsverfahren nach deutschem Recht, so zeigt sich, dass für Streitigkeiten mit und ohne fremde Elemente dieselben Bestimmungen gelten. Die Umsetzung einheitlicher Regeln für die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland, die integer sind, veranlasst die Gerichte, die Streitigkeiten auf unterstützende und libertäre Weise zu entscheiden. Ziel unserer Studie ist es, die im Rahmen des internationalen Schiedsverfahrens im deutschen Recht auftretenden Kollisionsnormen, die Bestimmungen der Zivilprozessordnung §1025-1066, die einschlägigen Bestimmungen des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung

ausländischer Schiedssprüche zu untersuchen. und die Rechtsprechung des Gerichts.

Schlüsselwörter: Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Internationale Handelsschiedsgerichtsregeln für Kollisionsnormen, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit Nach Deutschem Recht, Auf die Schiedsvereinbarung Anwendbares Recht, Öffentliche Ordnung.

GİRİŞ

Günümüzde globalleşmenin etkisiyle uluslararası ticaretin gelişmesi dünyanın farklı yerlerinde bulunan kişilerin birbirleriyle ticari ilişkilere girmesini yaygınlaştırmış, söz konusu ticari ilişkilerin neden olduğu uyuşmazlıkların çözümlenmesi meselesi büyük önem kazanmıştır. Uyuşmazlık çözüm yöntemleri de gelişen uluslararası ilişkiler doğrultusunda değişmiş, uyuşmazlıkların özel yargılama usulleriyle çözümlenmesi düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda bünyesinde yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklar bakımından tahkim yargılaması devlet mahkemelerinin yanında tercih edilen bir usul olarak kabul edilmiştir.¹

Almanya’da ticari konulara ilişkin uyuşmazlıkların büyük bir kısmında tahkim yargılama prosedürüne başvurulmaktadır. 1998 yılında Alman Tahkim Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ve yüksek profilli uyuşmazlıkların Alman ulusal mahkemelerinin yetkisi bertaraf edilerek tahkim uyuşmazlık çözüm yolu ile çözülmesi ile birlikte, tahkimin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi

¹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 5; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 758; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 326; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 232.

(*dispute resolution mechanism*) olduğuna ilişkin bilinç artmıştır. Günümüzde düzenlenen standart sözleşmelerin birçoğunda tahkim klozlarının bulunduğu görülmektedir. Milletlerarası tahkim arenasında Alman tahkim sisteminin mevcudiyeti ve etkinliği fazla bilinmemekte ve İsviçre gibi tahkim sistemi bakımından popüleritesi geniş çapta kabul edilen sistemlerin gölgesinde kalmaktadır. Ancak son dönemde milletlerarası ticari tahkim yargılamasında² tahkim yeri olarak Almanya'nın sıkça tercih edilmeye başlandığı görülmektedir. Avrupa Parlamentosu'nun yapmış olduğu 2014 tarihli bir araştırmada tahkim yeri olarak Almanya üye ülkeler arasında en çok tercih edilen beşinci ülkedir.³ Almanya'nın tahkim yargılamasında son zamanlarda sıkça tercih edilmesinin nedeni ise Almanya'da tahkimin gelişmiş, liberal, verimli ve ucuz bir sisteme dayanmasıdır.⁴

Çalışmamızda milli tahkimi, milletlerarası tahkimden ayırmak adına "*milletlerarası tahkim*" kavramı kullanılmıştır. İçinde yabancılik unsuru barındıran uyuşmazlıklar bakımından

² İncelemede özellikle "ticari tahkim" kavramının tercih edilmesinin nedeni, ticari menfaatlere ilişkin tahkim ile çalışmamızın kapsamının sınırlandırılmasıdır. 1994 tarihli UNCITRAL Model Kanun (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) uyarınca "ticari" kelimesi bir sözleşmeden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın, ticari niteliği olan bütün meseleleri kapsayan bir kavram olarak dipnotta tanımlanmıştır. UNCITRAL Model Kanun için bkz. Erişim tarihi: Haziran 15, 2021, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf.

³ Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU, Study for the Juri Committee, 102, Erişim tarihi: Haziran 24, 2021 https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPO_L_STU%282015%29509988_EN.pdf.

⁴ Marcel Barth ve Gerhard Wegen, *International Arbitration in Germany A Handbook*, (Beck/Hart, 2019), 5; Frank-Bernd Weigand, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, (Oxford: 2009), 23.

milletlerarası tahkim uygulaması, yerel tahkim yargılamasından farklı bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Milletlerarası tahkimde uyumsuzluğun birden fazla devletin hukuku ile bağlantısı bulunmaktadır.⁵

“Milletlerarası tahkim”, “milletlerarası tahkim davası” ya da “milletlerarası hakem kararı” kavramları için yeknesak bir tanım veya açıklama mevcut değildir. Bir milletlerarası tahkimden veya milletlerarası hakem kararında söz edildiğinde bu kavramların tanımlanması milli hukukların anlayışlarına bağlı olarak, hukuk sistemlerine göre değişmektedir.⁶ Bu doğrultuda Alman hukukunda milletlerarası tahkim kavramının yasal bir tanımının bulunmadığı görülmektedir.⁷ Dolayısıyla incelememizin konusu olan yabancılık unsuru içeren tahkim uyumsuzluklarını belirlemek adına Alman hukukunda genel olarak yabancılık unsurunun nasıl belirlendiğini açıklamamız yerinde olacaktır.

Alman hukukunda yabancılık unsuru, uyumsuzluğun taraflarının vatandaşlıkları, yerleşim yeri, mutad meskenleri, tarafların iradeleriyle belirleyeceği yetkiye ilişkin kayıt, dava konusu taşınır, taşınmaz malın bulunduğu yer, haksız fiilin işlendiği yer gibi hususlara bakılarak belirlenmektedir. Söz konusu unsurlardan herhangi birinde yabancı ögelerin

⁵ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 761.

⁶ Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2017), 543; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern ve Martin Hunter, *Redfern Hunter on International Arbitration*, (New York: Oxford University Press, 2015), 1. Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe'ye göre “milletlerarası tahkim” kavramı, yabancılık unsuru barındıran ve hakemler tarafından ihtilafların çözümünü kapsayan tüm ihtilaf çözme tekniklerini ifade etmek için kullanılan bir üst kavramdır. (Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 761)

⁷ Feyiz Erdoğan, *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 88.

bulunması uyuşmazlığın bünyesinde yabancılik unsuru barındırdığını göstermektedir.⁸ Yabancılik unsuru barındıran tahkim uygulaması söz konusu olduğunda, örneğin; tahkim yargılamasının taraflarının ve tahkim yerinin yabancılik unsuru taşıması halinde tahkim yargılamasının yabancılik unsuru taşıdığı, milletlerarası nitelikte olduğu kabul edilir.

Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda milletlerarası nitelik taşıyan tahkim ile yerel tahkim aynı hukuka tabidir. Bünyesinde yabancılik unsuru barındıran tahkime, tıpkı yerli tahkim gibi Alman Usul Kanununda⁹ (*Zivilprozessordnung-ZPO*) §1025-1066 arasında düzenlenen maddeler uygulanacaktır. Bu durum Almanya'da tahkim bakımından yeknesak ve kendi içinde uyumlu, bütünsel nitelik gösteren bir sistemin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu noktada uygulanacak kurallar bakımından UNICITRAL Model Kanun düzenlemelerinin aksine milli ve milletlerarası tahkim uygulaması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Kanunda belirli bir konuya ilişkin hüküm bulunmaması halinde, 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin¹⁰ ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. (ZPO § 1061)

İçinde yabancılik unsuru bulunan tahkim yargılamasının taraflarının karşılaştıkları maddi hukuk ve usul hukuku

⁸ Özel yargılama usulü olan tahkimde, tahkim yargılamasının taraflarının ve tahkim yerinin yabancılik unsuru taşıması halinde de, tahkim yargılamasının yabancılik unsuru taşıdığı kabul edilmektedir. Reinhold Geimer, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationale Zustaendigkeit bei der Anerkennung auslaendischer Urteile*, (Bielefeld: 1966), 4.

⁹ Alman Usul Kanunu, *Zivilprozessordnung-ZPO* tam metnine erişim için bkz. Erişim tarihi: Haziran 5, 2021, <https://www.gesetze-im-internet.de>.

¹⁰ 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve terası Hakkındaki New York Sözleşmesi (RG. 21.5.199, S. 20877) tam metnine erişim için bkz. Erişim tarihi: Haziran 5, 2021, <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf>.

meselelerine hangi hukukun uygulanacağı hususu kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenmektedir. İncelememiz kapsamında ilk olarak, Almanya'da ticari tahkimin genel özellikleri ele alınacaktır. Bu bağlamda, Alman hukukunda ticari tahkime hâkim olan ilkeler incelenecektir. Takiben maddi hukuk bakımından tahkim anlaşması ve tahkime elverişlilik kavramları, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ele alınacaktır. Konumuzun kanunlar ihtilafı hukuku bakımından kapsamını; tahkime elverişliliğe, tahkim sözleşmesine, tahkim prosedürüne, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, kamu düzeni ve müdahaleci kurallar oluşturmaktadır. Konu ele alınırken kanunlar ihtilafı bakımından meseleler Türk hukuku ile karşılaştırmalı bir şekilde incelenecektir.

I. ALMAN HUKUKUNDA TAHKİME İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN GENEL ÖZELLİKLERİ

Almanya'da federal düzeyde tahkime ilişkin ilk yazılı düzenleme 1879 yılında Alman Usul Kanunu ZPO § 1025 ve devamında yapılmıştır. Düzenlemelerde tahkime ilişkin oldukça olumlu bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Liberal bir yaklaşımla yalnızca 24 bölümden oluşan bu düzenleme, oldukça geniş bir alanda etki göstermeyi amaçlamakta ve şu an UNCITRAL Model Kanun¹¹ (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) ile benimsenen ilkeleri benimseyen, irade serbestisi ilkesine dayanan ve mahkemelerin müdahalesini sınırlayıcı nitelikte düzenlemeler ortaya koymaktadır.¹²

¹¹ UNCITRAL Model Kanun (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) tam metnine erişim için bkz. Erişim tarihi: Haziran 15, 2021, <https://www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/Loitypen.pdf>.

¹² Gary Born, *International Commercial Arbitration*, (Netherlands: Kluwer Law International, 2009), 778; Karl Hein Böcktiengel, Stefan Micheal Kröll ve Patricia Nacimiento, *Arbitration in Germany*, (Wolters Kluwer, 2015), 234.

Alman tahkim hukukunun modernleşme süreci 1985 yılında UNCITRAL Model Kanunun Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmesiyle başlamıştır. Model Kanunu örnek olarak yapılmak istenen yeni düzenlemelerle Alman tahkim düzenlemelerinin milletlerarası tahkimde daha fazla tercih edilmesi amaçlamıştır. Yeni düzenlemeler tahkime giden yabancı tarafların, düzenlemeleri rahatlıkla anlayabilmelerini ve Alman tahkim düzenlemelerini tahkimde tercih etmelerini hedeflemektedir. Bu doğrultuda Alman kanun koyucular, 41 bölümden oluşan yeni düzenlemeleri Model Kanunu örnek olarak ZPO § 1025-1066 arasında düzenlemişlerdir.

Alman Federal Mahkemesi, *Bundesgerichtshof*'un (BGH) içtihatlarına bakıldığında, mahkemenin, genel olarak söz konusu liberal anlayışı benimseyerek, UNICITRAL Model Kanun düzenlemelerine uyumlu kararlar verdiği görülmektedir.

Bu başlık altında milli ve milletlerarası tahkim kuralları bakımından ayırım gözetmeyen Alman hukukunda milletlerarası ticari tahkime hâkim olan ülkesellik ve taraf hakimiyeti ilkesine ve hakem heyetinin yetkilerine değinilecektir.

A. Ülkesellik

UNICITRAL Model Kanun ile paralel olarak, Alman tahkim düzenlemeleri tahkimi nihai sonuca ulaştırın bir yargılama yöntemi olarak kabul ederek ülkesellik ilkesini benimsemektedir. ZPO §1025 uyarınca Alman tahkim düzenlemeleri bütün tahkim uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulur. Bu noktada başka bir ülkenin tahkime ilişkin kurallarının tahkim yeri Almanya ise uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Bu kurallar sadece usul hukukuna ilişkin kurallardır.¹³ Maddi hukuk hükümlerine ilişkin söz konusu kural geçerli olmayacaktır.¹⁴

B. Taraf Hâkimiyeti İlkesi

Taraf hâkimiyeti ilkesi tahkim anlaşmasının taraflarına tahkimde uygulanacak prosedürü seçme özgürlüğü verir.¹⁵ Alman tahkim düzenlemeleri genel olarak taraf hâkimiyeti ilkesi ile yönetilmektedir. Taraflar arasında tahkime ilişkin bir anlaşma olması halinde, tahkim prosedürünün münhasırlığı ile hakem kararının kesin hüküm olarak kabul edilmesinin birlikte düşünülmesi, taraf hâkimiyeti ilkesine işaret etmektedir. Söz konusu ilke genel olarak kanunda “taraflar aksini kararlaştırmadıkça” ifadesi ile karşımıza çıkmaktadır.¹⁶

Kanunda taraf hâkimiyetini sınırlayan sınırlı sayıda düzenleme bulunmaktadır. Birkaç istisna dışında Alman tahkim düzenlemeleri emredici nitelikte olmayan hukuk kuralları niteliğindedir. Tarafların bir sorunun nasıl çözüleceğini tahkim anlaşmasında kararlaştırmadıkları hallerde kanun tarafından soruna bir çözüm getirilmektedir.¹⁷

¹³ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16; Gerhard Wagner, “Country Reports, Germany,” iç. Practitioner’s Handbook on International Arbitration, Editör Frank-Bernd Weigand (2002), 731ff.

¹⁴ Ulrich Magnus ve Peter Mankowski, *Brussels I Regulation*, (München: 2012), 399.

¹⁵ Sundra Rajoo, *Law, Practice and Procedure of Arbitration*, (Datuk: LexisNexis, 2018), 368.

¹⁶ Gino Lörcher, *Yeni Alman Tahkim Kanunu*, çev. İbrahim Özbay ve Zekeriyya Arı, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no:3-4 (2001): 35.

¹⁷ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16; Lörcher, “Yeni Alman Tahkim Kanunu,” 34.

ZPO'da taraflar bakımından iki adet emredici kural öngörülmüştür. Bunlardan ilki; ZPO § 1042 uyarınca, tarafların eşit işlemde bulunma ve her bir tarafa usulüne uygun olarak dinlenilme hakkı verilmesi zorunluluğudur.¹⁸ İkinci emredici kural ise ülkesellik ilkesi uyarınca tarafların tahkim yerinin Almanya olduğu hallerde, başka bir devletin usul hukukuna ilişkin kurallarının uygulanmasını kararlaştıramamalarıdır. (ZPO § 1025)

Ancak tahkim yeri Almanya olan bir yargılamada taraflar başka bir devletin usul hukukuna ilişkin kurallarının uygulanacağını kararlaştıramasa da, tahkim anlaşmasına bir hüküm koyarak veya ZPO 10. Kitabına; DIS (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*), UNICITRAL Tahkim Kuralları, *International Chamber of Commerce* (ICC) Tahkim Kuralları veya Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Kuralları gibi mevcut tahkim kurallarına atıf yaparak uygulanacak usul hukuku kurallarını belirleyebilirler.¹⁹ (ZPO § 1042 (3))

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku ise serbestçe belirleyebilirler. (ZPO § 1051) Benzer şekilde yargılamanın dili veya dilleri, tahkim yeri ve hakemlerin atanmasına ilişkin kurallar da taraflarca serbestçe belirlenebilir. (ZPO § 1045, § 1043, § 1035.)

C. Hakem Heyetinin Yetkileri

Tahkim anlaşmasıyla mahkeme yerine uyuşmazlığın hakemler tarafından bağlayıcı olarak çözümlenmesi amaçlanmaktadır. Hakem anlaşması ise hakem ve taraflar arasında yapılmaktadır. Söz konusu anlaşmayla taraflar aralarındaki uyuşmazlığın, hakemler tarafından çözümlenmesi

¹⁸ Lörcher, "Yeni Alman Tahkim Kanunu," 35.

¹⁹ Hilmar Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, (2019), 263.

teklif edilmekte, hakemler de hakem olarak uyuşmazlığın çözümü noktasında hakem olarak görev yapmayı kabul etmektedirler.²⁰ Sözleşmenin kurulmasıyla taraflar ve hakem arasında vekâlet sözleşmesine dayanan bir özel hukuk ilişkisi meydana gelmektedir.²¹ Hukuki niteliği bakımından hakem anlaşmasının borçlar hukukuna tabi bir vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir.²² Hakem anlaşması rızâî bir anlaşma olarak kabul edilmektedir. Ayrıca hakem anlaşması taraflar arasında hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukuki ilişkileri düzenleyen usul hukuku ve özel hukuk hükümleri esas alınarak meydana getirilen bir sözleşmedir.²³ Kendisine hakemlik teklif edilen kimse söz konusu teklifi kabul etmek zorunda değildir.²⁴

ZPO 10. Kitabında düzenlenmeyen ve tarafların ayrıntıları belirlemediği hallerde boşluk, hakem heyetinin usul kurallarını bizzat belirleme yetkileri ile doldurulur. Nitekim taraflar ZPO 10. Kitapta düzenlenen emredici hükümlerle bağlı olmalarına

²⁰ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 31; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Savaş Yayınevi, 2021), 178ff.

²¹ Torsten Lörchner, "Arbitration in Germany," iç. *CMS Guide to Arbitration*, eds. Torsten Lörcher, Guy Pendell ve Jeremy Wilson (2012), 384; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 31; (Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760.)

²² Erol Ertekin ve İzzet Karataş, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), 131, dn. 9; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 31.

²³ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 31; Alim Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, (Ankara: Turhan Yayınevi, 2015) 8ff.

²⁴ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 31; Günümüzde geçerliliği bulunmayan Alman doktrininden bir görüşe göre hakemlerin görevi kabul zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle hakem anlaşmasının sözleşmesel bir ilişki doğurmadığı savunulmaktadır. (Otto Averdick, *Die Haftung des Schiedsspruch nach gemeinem recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuhe*, (Freiburg: Diss, 1904), 14.

karşın hakem heyeti yalnızca 10. Kitapta hiç düzenlenmeyen durumlarda bu serbestiye sahiptir. Tahkime ilişkin kurallar hiyerarşisi ise emredici kurallardan, tarafların anlaşması ve tarafların değiştirdikleri hükümlere uzanmaktadır. Söz konusu kuralların olmaması halinde hakem heyeti boşluk doldurma yetkisine sahip olacaktır.²⁵

Hakem heyeti uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku serbestçe belirleyemez. Eğer taraflar esasa uygulanacak hukuku kararlaştırmamışlarsa o zaman hakem heyeti yargılama konusu ile en yakın irtibat içinde olan devletin hukukunu uygular. (ZPO § 1051 (2))

ZPO hükümlerinin birçoğu hakem heyetine açık yetki vermektedir. Buna göre tahkim yargılamasında kararlar daima hakem heyeti tarafından verilir. Kararlar tüm üyelerin oy çoğunluğu ile alınır. (ZPO § 1052) Yalnızca uyuşmazlığın tarafları veya tahkim kurulunun diğer üyelerinin kendisine bu konuda yetki verdiği hallerde başhakem münferit usule ilişkin konularda tek başına karar verebilir. (ZPO §1052 (3))

D. Milli ve Milletlerarası Tahkim Ayrımının Olmaması

Milletlerarası ticari tahkim kavramı, uyuşmazlık konusunun milletlerarası ticaretin menfaatleri ile ilişkili olduğunu ifade etmektedir.²⁶ Milletlerarası tahkim, milli ve milletlerarası nitelikte düzenlemelerle tarafların serbest iradeleriyle sürdürülen bir yargılama usulüdür. Bu doğrultuda taraflar davalarını çözmek üzere görevlendirilen hakem ya da hakemleri, bunların sayı ve niteliklerini, seçilme prosedürlerini, tahkim anlaşması ve şartının içeriğini, tahkim yerini, tahkim anlaşmasına, tahkim prosedürüne, uygulanacak hukuku, esasa

²⁵ Lörcher, "Yeni Alman Tahkim Kanunu", 39.

²⁶ Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *on International Arbitration*, 14.

uygulanacak maddi hukuku, tahkim yargılamasının şeklini ve usulünü, ispat için başvurulacak araçları ve tahkim yargılamasının usul ve şeklini serbestçe belirleyebilirler.²⁷ Devletler milletlerarası tahkime ilişkin usul hukukuna hâkim temel adalet ilkelerini göz önünde bulundurarak, oldukça az sayıda olmak kaydıyla emredici kurallar koyarak tahkim prosedürüne müdahale etmektedirler.²⁸

ZPO'nun 10. Kitabında milletlerarası tahkim hukuku standartlarını belirgin şekilde yansıtan UNICITRAL Model Kanun'un düzenlemeleri ile özdeş nitelikli tahkime ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Alman hukukunda yabancılik unsuru barındıran veya barındırmayan tahkim yargılamaları bakımından bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Buna göre milli ya da milletlerarası nitelikte olmasına bakılmaksızın bütün tahkim prosedürlerine ZPO §1025-1066 arasında düzenlenen kuralların uygulanacağı kabul edilmektedir.²⁹ Düzenlemeler kaleme alınırken milletlerarası nitelik taşıyan tahkimden ne anlaşılması gerektiği ZPO'da veya diğer sair tahkim mevzuatında düzenlenmemiştir. Bir başka deyişle, uygulanacak kurallar bakımından UNICITRAL Model Kanun düzenlemelerinin aksine milli ve milletlerarası tahkim uygulaması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

ZPO'da yer alan tahkime ilişkin düzenlemelerin milli ya da milletlerarası olduğuna bakılmaksızın tahkim yerinin Almanya

²⁷ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 28-31.

²⁸ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 758; Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (Ankara:1986), 123.

²⁹ Jean François Poudret ve Sebastian Beson, *Comperative Law of International Arbitration*, (London: Sweet&Maxwell, 2007) 28; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008), 63.

olduğu tüm tahkim prosedürleri bakımından uygulanması söz konusu olduğundan Alman mahkemelerinin tahkime ilişkin vereceği bütün kararlar milletlerarası tahkimin gereklerine uygun olmalıdır.³⁰ Bu doğrultuda tahkime ilişkin yeknesak ve kendi içinde bütünlük arz eden bir sistem oluşmaktadır. Söz konusu sistem Alman mahkemelerinin tahkim yargılamasına karşı daha liberal bir tavır sergilemelerine neden olmuştur.³¹

Alman Barolar Birliği de Alman meclisinde tahkimin milletlerarası boyutuyla ilgili yeknesaklığı sağlamak adına diğer ülke mahkeme içtihatlarına, ulusal ve uluslararası düzenlemelere bakılarak bir iyileştirme çalışması yapılması konusunda teklifte bulunmuştur. Çalışma grubu konuya ilişkin çalışmalara başlamış ve ZPO'nun ilgili bölümüne yeni ek maddeler koymaya hazırlanmaktadır, söz konusu maddelerin yürürlüğe girmesi beklenmektedir.³² Yapılacak değişikliğin mevcut düzenlemenin milli ve milletlerarası tahkim arasında herhangi bir sınırlama ve ayırım öngörmemesinden dolayı milletlerarası tahkime yönelik ayrı kuralların bulunmamasına istinaden, milletlerarası tahkime ilişkin yeni düzenlemelerin kaleme alınması noktasında olması beklenmektedir.³³

³⁰ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 259.

³¹ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 259.

³² Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 1.

³³ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 3. Yürürlüğe girmesi beklenen bir diğer düzenleme ise tahkime elverişlilik konusuna ilişkindir. Mevcut kanunda, ekonomik menfaat içeren tüm talepler tahkime elverişli olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme muğlak ve fazla geniş bir anlam ihtiva ederek, parasal değeri olan her şeyi kapsamına almaktadır. Bu noktada, patentler gibi sınai mülkiyet hakları ile ilgili anlaşmazlıklar veya bir ortak girişimdeki kurul kararının geçerliliği hakkındaki anlaşmazlıklar dahil bütün ticari uyuşmazlıkların tahkime elverişli olacağı kabul edilmektedir. Yeni düzenleme ile tahkime elverişliliğe ilişkin ZPO § 1030 (1)'in kapsamının daraltılarak, tahkime elverişli olan uyuşmazlıkların

Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda milletlerarası tahkime ilişkin hükümler 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu³⁴ (MTK) ile milli tahkimden ayrı olarak düzenlenmiştir. MTK “milletlerarası tahkim”den ne anlaşılması gerektiğini açıkça tanımlamaktadır.³⁵ Bir hakem kararının milletlerarası nitelikte olup olmadığı tayin edilirken ağırlıklı olarak uyuşmazlığın esası ile ilgili hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.³⁶ Buna göre MTK tahkim ilişkisindeki yabancılik unsurunu esas almaktadır.³⁷ Bu bakımdan 4686 sayılı Kanunun uygulanabilmesi için iki unsurun bir araya gelmesi gerekir. Bunlar; uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıması ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya kanunun taraflar veya hakemlerce seçilmiş olmasıdır.³⁸ MTK m. 2 uyarınca bir uyuşmazlığın, birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı olup olmadığını, yani yabancılik unsuru taşıyıp taşımadığını belirlemek adına somut kriterler öngörülmüştür. Buna göre;

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

sınırlı ve açık bir şekilde gösterilmesi beklenmektedir. (Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 2.)

³⁴ RG. 5.7.2001, S. 24453.

³⁵ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 73.

³⁶ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 73.

³⁷ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 74; Banu Şit, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2005), 108; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, (Ankara: 1994), 147.

³⁸ Nuray, Ekşi, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme,” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 23 (2011): 303; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 169.

b) *Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyumsuzluk konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.*

3. *Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.*

4. *Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.” şeklinde sıralanan kriterlerden herhangi birinin mevcut olması uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim milletlerarası bir karakter kazanır.³⁹ Türk hukukunda milli ve yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası tahkim ayrımının, milletlerarası tahkimin uluslararası prensipler doğrultusunda değerlendirilmesine ve milletlerarası hakem kararlarının denetlenmesinde yerel tahkim düzenlemelerinin tamamına uygunluğun aranmamasını sağlaması sebebiyle faydalı olduğu söylenebilir.⁴⁰ Nitekim kanaatimizce söz konusu ayırım hakem kararlarına ilişkin tamamen birbirlerinden farklı yaklaşımların ve çelişkili mahkeme kararlarının ortaya çıkmasına da mahal verebilir.*

³⁹ Hüseyin Ali Sadroleşrafi, “Türk ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkında Görüşler,” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 25-26 (2005-2006): 322; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 766.

⁴⁰ Milli-milletlerarası tahkim ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgehan Yeşilova, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no: 76, (2008), 116ff.

II. MİLLETLERARASI TAHKİM PROSEDÜRÜNÜN KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

A. Tahkim Anlaşması

Bir uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine özel yargılama prosedürüyle çözümlenmesi hususundaki taraf iradesini beyan eden tahkim anlaşması, tahkim prosedürünün başlangıç noktası olarak nitelendirilebilir.⁴¹ Alman mahkeme kararlarına göre tahkim anlaşmasının karakteristik unsuru, ulusal mahkemelere ait olan nihai kararı verme yetkisinin tahkim heyetine devredilmesidir.⁴² ZPO § 1029' da tanımlanan tahkim anlaşması tahkim için vazgeçilmez bir ön koşuldur. Buna göre tahkim anlaşması, bir hukuki ilişki içindeki taraflar arasında ortaya çıkmış veya çıkacak olan tüm uyuşmazlıkların veya belirli uyuşmazlıkların tahkim uyuşmazlık çözüm yolu ile çözümlenmesini öngören bir anlaşmadır.

BGH tahkim anlaşmasını usulî haklara ilişkin bir maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.⁴³

Tahkim anlaşması temel etkileri nedeniyle usulî bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Örneğin, yargılamanın ulusal mahkemelerden hakem heyetine devredilmesi ve mahkemenin yargılama sınırlandırılması bakımından tahkim anlaşması bir usul sözleşmesidir.⁴⁴ Ancak tahkim

⁴¹ Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2008), 31; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 132.

⁴² Born, *International Commercial Arbitration*, 235.

⁴³ BGH, 30.01.1957, BGHZ 23, 198 (200) kararına erişim için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=30.01.1957&Aktenzeichen=V%20ZR%2080/55>.

⁴⁴ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

anlaşması sonuçları ve taraflara yüklediği karşılıklı borçlar bakımından da bir maddi hukuk sözleşmesidir.⁴⁵ Dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliği hem usul hukukuna, hem de maddi hukuka göre belirlenmelidir.⁴⁶ Tahkim anlaşmasının kabul edilebilirliği ve sözleşmenin şekline ilişkin geçerlilik koşulları, usul hukukuyla, diğer meseleler ise maddi hukukla alakalıdır.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin Alman hukukunda oldukça minimum düzeyde koşul öngörülmüştür. Tahkim anlaşmasının kurulması için tarafların açıkça tahkim yoluyla uyuşmazlığı çözme konusunda yani ulusal mahkemelerin yetkisini bertaraf etmeye ilişkin iradelerini ortaya koymaları gerekmektedir.⁴⁷ Tarafların tahkim yoluyla uyuşmazlığı çözme konusunda iradelerini açıkça göstermelerinin ardından tarafların arasında belirlenmiş bir hukuki ilişkinin olması beklenmektedir.⁴⁸

2016 yılında verilen bir BGH kararında⁴⁹ tahkim anlaşmasının; 1) *Antitröst* Yasasının 19(1) bölümü uyarınca piyasaya hâkim şirketin bu durumunu kötüye kullanması; 2) Alman Anayasasında güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi; 3) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesini ihlal etmesi hallerinde geçersiz olacağına hükmedilmiştir.

⁴⁵ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

⁴⁶ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16; Bu görüşün aksine, tahkim anlaşmasının saf usul hukuku sözleşmesi olduğunu kabul eden görüş için bkz. Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, 16. Tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakterli bir sözleşme olduğunu savunan görüş için bkz. Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 166.

⁴⁷ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

⁴⁸ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

⁴⁹ BGH, 07.06.2016 - KZR 6/15, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2021, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=07.06.2016&Aktenzeichen=KZR%206%2F15>.

Hakemlerin sayısı, atanmaları, tahkim yeri gibi önemli detayların nasıl belirleneceği ise ZPO 10. Kitap veya uygulanacak kurumsal tahkim kuralları aracılığıyla belirlenecektir. Bu nedenle mahkeme içtihatlarına bakıldığında, tahkim anlaşmasına ilişkin asgari düzeyde koşulların yeterli görüldüğü söylenebilir. Örneğin, tahkim anlaşmasında “Hamburg” ifadesi geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulabilmesi için yeterlidir. Alman mahkemeleri önlerine gelen uyuşmazlıklarda sözleşmelere konan tahkim şartlarını ayakta tutmak adına oldukça büyük çaba sarf etmekte ve belirsiz, açık olmayan ifadelerle geçerli bir anlam yüklemeye çalışmaktadırlar. Örneğin, “Alman Ticaret Odası Tahkim Kuralları” gibi aslında olmayan bir kurumun tahkim kurallarının uygulanmasını öngören bir tahkim şartının tahkim sözleşmesine konulduğu hallerde, mahkemeler tarafların gerçek iradelerinin hangi kuralların uygulanması yönünde olduğunu araştırmaktadırlar.⁵⁰

B. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı (*Unabhängigkeit*), kanunlar ihtilafı hukukunda tahkim anlaşmasının akibetinin esas sözleşmeninkinden ayrılabilmesi, yani tahkim anlaşması ve esas sözleşmenin farklı hukuklara tabi olabilmesini mümkün kılmaktadır.⁵¹ Bu şekilde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sürdürülmesi, korunabilmesi mümkün olabilmektedir.⁵²

⁵⁰ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

⁵¹ Manja Epping, *Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reforms des deutschen Schiedsverfahrensrecht*, (München: 1999), 25; Julian Lew, Loukas Mysteris ve Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, (Kluwer, 2003), 107; Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *on International Arbitration*, 167.

⁵² Born, *International Commercial Arbitration*, 476; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760.

Tahkim anlaşması ZPO § 1029 uyarınca ayrı bir sözleşme şeklinde veya esas sözleşmeye konan bir tahkim şartı şeklinde olabilir. Her iki şekilde de tahkim anlaşması esas sözleşmeden bağımsız ayrı bir sözleşme olarak kabul edilir.⁵³ ZPO § 1040'da tahkim şartının sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir sözleşme olduğu açıkça düzenlenmiştir. Madde metni uyarınca “*Hakem heyeti kendi yetkisi hakkında ve bu bağlamda tahkim şartının varlığı ve geçerliliği hakkında karar verebilir. Bu amaçla, bir sözleşmenin parçası olan tahkim şartı sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir sözleşme gibi değerlendirilecektir.*”

Alman mahkemelerine göre temeldeki maddi hukuk sözleşmenin geçersizliği, (örneğin Devlet tarafından zorunlu tutulan bir sözleşme şartının söz konusu sözleşme bakımından sağlanamaması) sözleşmede yer alan tahkim şartının geçersizliğine tek başına sebep olmaz.⁵⁴ Aynı şekilde maddi hukuk sözleşmesinin geçerli olmasına karşın tahkim anlaşmasının geçersiz olması söz konusu olabilir.⁵⁵ Bu noktada tahkim anlaşması esas sözleşmeye konan bir tahkim şartı olduğu halde ayrı ve bağımsız bir sözleşme gibi kabul edilecektir. Bu doğrultuda esas sözleşme geçersiz olsa dahi tahkim heyetinin uyuşmazlığı çözmeye ilişkin yetkisi devam edecek ve taraflar tahkim anlaşmasıyla bağlı olmaya devam edeceklerdir.⁵⁶ Bu noktada Alman hukukunda tahkim sözleşmesinin

⁵³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 35; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 164; Born, *International Commercial Arbitration*, 465; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760.

⁵⁴ OLG Koblenz, 27.06.2005 - 12 VA 2/04, Erişim Tarihi: Temmuz 2, 2021, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Koblenz&Datum=27.06.2005&Aktenzeichen=12%20VA%202/04>; Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *International Arbitration*, 105.

⁵⁵ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760.

⁵⁶ Born, *International Commercial Arbitration*, 387ff.; Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 17.

bağımsızlığından, özerkliğinden söz edilmektedir.⁵⁷ Buna göre esas sözleşme için ağırlaştırılmış bir yazılı şekil şartı öngörülse dahi tahkim anlaşması için gerekli olan şekil şartına uyulması tahkim anlaşmasının geçerliliği için yeterlidir.⁵⁸ Örneğin, taşınmaz satım sözleşmesi Alman hukukunda resmî yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşmedir. Bunun yanında tahkim anlaşmasının adî yazılı şekilde yapılması yeterli görülmektedir. Taşınmaz satım sözleşmesi adî yazılı şekilde yapılması nedeniyle şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olacaktır. Buna karşın taşınmaz satım sözleşmesinin içinde yer alan tahkim şartı, kendisi için öngörülen şekil şartlarına uyulduğundan geçerli olarak kurulabilecektir.⁵⁹

Alman hukukunda aynı zamanda esas sözleşmedeki irade sakatlığı hallerinin tahkim sözleşmesini veya şartını etkileyeceği kabul edilmektedir.⁶⁰ Buna göre hata, hile, ikrah ve taraflardan birinin ehliyetsiz olması gibi hallerde bağımsızlık doktrininin tahkim anlaşması bakımından uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Örneğin, yasal olarak sözleşme yapma yetkisi olmayan bir temsilci ile bir emlak sözleşmesi akdedildiğinde taraflar arasında geçerli bir sözleşmeden söz edilemeyecektir.⁶¹ Bu durumda sözleşmedeki tahkim şartının geçerliliğinden

⁵⁷ Redfern, Hunter, Blackaby ve Partasides, *International Arbitration*, 105; Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 103ff.; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 163.

⁵⁸ Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 273, Turgut Kalpsüz "Tahkim Anlaşması," *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan 2* (2003):1044. Akıncı, Alman hukukunda "tahkim anlaşmasının özerkliği" kavramının kullanıldığını ileri sürmektedir. (Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 164.)

⁵⁹ Peter Schlosser, "Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag," iç. *Law of International Business and Dispute Settlement In The 21st Century*, Editör Robert Briner (2001) 709.

⁶⁰ Schlosser, "Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag," 388.

⁶¹ Born, *International Commercial Arbitration*, 389.

(*Fehleridentität*) söz edilemeyecektir.⁶² Aynı şekilde Alman Medeni Kanununa (*Bürgerliches Gesetzbuch*, (BGB)) göre sözleşme taraflarından birinin kimliği konusunda karşı tarafı aldattığı hallerde, aldatılan kişi bakımından bağlayıcı bir sözleşmeden ve bu esas sözleşmeye konulan tahkim şartının da geçerliliğinden bahsedilemez.⁶³

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi milletlerarası bir kural olarak ortaya çıkmış ve Türk hukukunda da benimsenmiştir.⁶⁴ MTK m. 4 uyarınca “*tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*” Bu hükümle tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi açıkça ortaya koyulmuştur.

C. Tahkime Elverişlilik

1. Maddi Hukuk Açısından Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilik (*Arbitrierbarkeit, arbitrability*) hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceğini, hangilerinin tahkim yoluyla çözümlenemeyeceğini belirleyen bir kavramdır.⁶⁵ Tahkime elverişlilik kanuni bir sınırlamadır ve

⁶² Born, *International Commercial Arbitration*, 450; Peter Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, (Tübingen: 1989), 293.

⁶³ Born, *International Commercial Arbitration*, 389; Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 17.

⁶⁴ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 37.

⁶⁵ Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 187; Born, *International Commercial Arbitration*, 768ff; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 38; Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *on International Arbitration*, 149; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010), 14; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, (İstanbul: İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 218.

kanunun tahkim yoluyla çözümüne izin verdiği konular olarak ifade edilebilir.⁶⁶ Bu doğrultuda tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda en önemli unsurlardan biridir.⁶⁷

Ulusal hukuklarda genel olarak devletlerin kendi tahkim kanunlarında tahkime elverişliliğe ilişkin özel düzenlemelerin bulunduğunu görmekteyiz. Alman hukukunda tahkime elverişli uyuşmazlıkları tanımlama konusunda ekonomik menfaat içeren ve içermeyen talepler bakımından iki yönlü bir yaklaşım söz konusudur.⁶⁸ Tahkime elverişlilik konusunda Alman kanun koyucusunun ekonomik çıkar sağlamaya yönelik veya ekonomik işlemlerle ilgili konuları⁶⁹ tahkime elverişli kılan geniş yaklaşımı taraflar için serbest tasarruf hakkı (*free disposition*) olarak nitelendirmiş, ZPO §1030 düzenlemesi ceza hukukunun dışında kalan bütün uyuşmazlıkların aslında tahkime elverişli olabilmesini sağlamıştır.⁷⁰ Belirtmemiz gerekir ki yalnızca

⁶⁶ Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *on International Arbitration*, 11; Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 188; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008), 318.

⁶⁷ Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 14.

⁶⁸ Born, *International Commercial Arbitration*, 777.

⁶⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 38; Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 14.

⁷⁰ Born, *International Commercial Arbitration*, 778; Loukas Mistelis, "Arbitrability-International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue?," iç. *Arbitrability Internatioal & Comparative Perspectives*, Editör Loukas A. Mistelis & Stavros L. Brekoulakis, (Wolters Kluwer, 2009), 10. Tahkime elverişlilik konusunda *free disposition* ilkesini benimseyen düzenlemelere örnek olarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 177; Alman ZPO § 1030; Belçika Yargılama Kanunu (*Belgium Judicial Code*) m. 1676(1) gösterilebilir.

medeni yargının görev alanına giren özel hukuk uyuşmazlıkları tahkim anlaşmasına konu edilebilir.⁷¹

ZPO § 1030(1)⁷² tahkime elverişlilik kavramını oldukça geniş bir şekilde ele alarak ekonomik menfaat içeren bütün taleplerin (*vermögesrechtlicher Anspruch*) tahkime elverişli olduğunu düzenlemiştir. Ayrıca ekonomik menfaat içermeyen taleplerin yani parasal değeri olmayan ya da taşınır veya taşınmaz bir mala ilişkin olmayan taleplerin, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularla sınırlı olmak kaydıyla tahkim yoluyla çözülebileceği de aynı maddenin devamında ifade edilmiştir.⁷³ Kanun koyucu düzenlemeyi yaparken New York Sözleşmesi m. 2/I'de kullanılan "*dava konusu*"⁷⁴ ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 177⁷⁵'de kullanılan "*uyuşmazlık*" kavramından farklı olarak özellikle "*talep*" kavramını kullanmıştır. Brekoulakis'e göre, "*talep*" (*Anspruch, claim*) kavramını kullanan ZPO § 1030(1) düzenlemesi daha doğru bir şekilde kaleme alınmıştır. Zira talep kavramı uyuşmazlığı da içine alan daha geniş bir terimdir.⁷⁶

⁷¹ Rudolf Kahn, "Arbitration in England and Germany, A Study In Comparative Legislation And Conflict Of Laws," (1930), Erişim tarihi: Haziran 9, 2021 www.heinonline.com.

⁷² Liebscher, "Insolvency and Arbitrability," 174. § 1030(1): "*Any claim involving an economic interest.*" Düzenleme yapılırken kanun koyucu İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 177'nin etkisi altında kalmıştır.)

⁷³ Youssef Karim, "The Death of Inarbitrability", *Arbitrability International & Comparative Perspectives*, ed Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis (Wolters Kluwer, 2009), 174.

⁷⁴ Art II (I) "... concerning a subject matter capable of settlement by arbitration."

⁷⁵ Art. 177 "*Any dispute involving property.*"

⁷⁶ Stavros Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited *Lex Fori*," (Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper, 2009), 40.

Alman hukukunda bir tarafın iflasının tek başına tarafların tahkim prosedürüne başvurmasına etkisi bulunmamaktadır. Tahkim anlaşması iflas eden tarafın tahkim iradesini ortaya koyamaması gibi bir nedenle sonlanmadığı sürece tarafların iradeleri tahkim yoluyla uyuşmazlığı çözmek ise bağlayıcı olacaktır.⁷⁷ Bu durumda iflas prosedüründe iflas masası, yediemin gibi kurumlar tahkim anlaşması ile bağlı olacak ve prosedüre kaldığı yerden devam edeceklerdir.⁷⁸ Borçlu tarafın iflası söz konusu olduğunda yalnızca icraî işlemlerin tahkime konu edilmeleri yasaklanmıştır.⁷⁹

İflas konusunda mahkemelerin mutlak bir şekilde yetkili olduğu icra iflas hukukuna ilişkin bazı çekirdek meseleler bulunmaktadır.⁸⁰ Alman hukukunda oldukça sınırlı bir şekilde söz konusu çekirdek meselelere ilişkin ulusal mahkemeler yetkili kılınmıştır. Menfi tespit davası, takip konusu olan senedin hata, hile veya ikrah nedeniyle geçersizliğinin iddia edilmesi, hileli senetler hakkında icra mahkemesinin tedbir almasına ilişkin uyuşmazlıklarda ve icra işlemlerinin gerçekleştirilmesinde, münhasıran Alman ulusal mahkemeleri yetkilidir.⁸¹ (Alman İcra İflas Kanunu (*Insolvenzordnung*) § 102, § 158, § 163, § 190 ve § 202)

BGH'nin kararlarına bakıldığında mahkemenin 2016 yılında konuya ilişkin içtihat değişikliğine gittiği görülmektedir.

⁷⁷ Liebscher, "Insolvency and Arbitrability," 175; Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 61.

⁷⁸ BGH, 19.07.2004 - II ZR 402/02, para. 22, 39, karar için bkz. Schieds VZ. Zeitschrift fuer Schiedsverfahren, (2004), 259ff.; Vesna Lazic, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, (1998), 181, 183; Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 61.

⁷⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 45.

⁸⁰ İflas ile ilgili çekirdek meseleler ile çekirdek olmayan meseleler ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 44.

⁸¹ Jan Hendrik Dalhuisen, *International Insolvency and Bankruptcy*, (New York: 1986), 35.

Mahkemenin 2013 yılında vermiş olduğu bir karara⁸² bakıldığında mahkemenin iflas halinde olan tarafların tahkim anlaşması yapabilmesine veya devam eden tahkim prosedürünün devam etmesine ilişkin olumsuz yönde karar verdiği görülmektedir. 2016 tarihli, I/ZB 1/15 sayılı kararında⁸³ ise mahkeme, tahkim yargılaması esnasında iflas eden davalının bu durumunun tahkim yargılamasını etkilemeyeceğine ve tahkim yargılamasına kalındığı yerden devam edileceğine hükmetmiştir. Karara göre iflasın açıklandığı tarih itibariyle iflas prosedürünü yürüten yetkililer tarafların akdetmiş olduğu tahkim anlaşması ile bağlı olacaklardır.

Şirket içi uyuşmazlıklar, (*innerbetrieblich*) tahkime elverişli değildir. BGH, şirket hissedarlarına ilişkin davalarda ekonomik menfaat içeren taleplerin tahkime elverişliliğinin belirli sınırlamalara tabi olduğuna ilişkin karar vermiştir.⁸⁴ Bu noktada uyuşmazlığı tahkime elverişlilik bakımından etkileyen şey şirket hissedarlarının uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözme konusunda karara varmalarıdır. Burada hissedarların kararlarıyla ilgili uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine karşı temel endişe, hakem heyetinin kararlarının tahkim anlaşması çerçevesinde sınırlandırılmasından dolayı bu kararların yalnızca tahkim anlaşmasına taraf olan paydaşlar için bağlayıcı olmasına ilişkindir.⁸⁵ Buna karşılık tahkim sözleşmesiyle bağlı olmayan hissedarlar tahkim kararından etkilenmeyeceklerdir. Bu nedenle uyuşmazlık tahkim heyetine götürüldüğünde kısmen çözülmüş olacaktır. Dolayısıyla tahkimin bu tür şirket içi, paydaşlar arası

⁸² BGH, 19.10.2013, III ZB 37/12, Erişim tarihi: Haziran 12, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

⁸³ BGH, 9.08.2016, I ZB 1/15, Erişim tarihi: Haziran 10, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

⁸⁴ BGH, 29.03.1996, BGH, 29.03.1996 - II ZR 263/9 para. 132, 278, 289, karar için bkz. Erişim tarihi: Mayıs 20, 2021, <https://dejure.org/>.

⁸⁵ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

uyuşmazlıklarla başa çıkmak için uygun olup olmadığı şüphelidir. Bu konuda ulusal mahkemeler aracılığıyla uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasının daha iyi bir yol olduğu söylenebilir.⁸⁶ Bu doğrultuda söz konusu uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olmasının temel sebebi tahkim heyeti kararlarının tahkim anlaşmasının sınırlarını aşmamasıdır. Şirket içi uyuşmazlıklarda bütün hissedarların tahkim yoluyla bir uyuşmazlığı çözme konusunda irade göstermeleri halinde bu tür uyuşmazlıklar tahkime elverişli olarak kabul edilecektir.⁸⁷

ZPO § 1030 (3) uyarınca diğer yasalarda düzenlenen tahkime ilişkin sınırlamalar genel kural olan § 1030 (1) karşısında etkisiz kılınmışlardır. Bahsedilen düzenlemelerin arasında BGB § 1822 ve İş Mahkemeleri Kanunu (*Arbeitsgerichtsgesetz, ArbGG*) § 101-110 arasındaki hükümleri bulunmaktadır. BGB § 1822 (12)'de velayet hakkı sahibi ana ve baba tarafından çocuğun temsili hususunun tahkim anlaşmasına konu olabilmesi için uyuşmazlık konusunun 3,000 Euro ve üzerinde olması gerektiğine ilişkin bir sınırlama öngörülmüştür. ZPO § 1030 (3) ile bu sınırlama bertaraf edilmekte ve çocuğun temsiline ilişkin BGB § 1822'de sıralanan uyuşmazlıklar belirtilen önkoşulu sağlamsa dahi tahkim yargılamasına konu olabilmektedirler. Benzer şekilde İş Mahkemeleri Kanunu (*Arbeitsgerichtsgesetz, ArbGG*) § 101 ila 110 arasındaki hükümlerinde iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yargılaması ile çözümlenmesi meselesi ve tahkime ilişkin sınırlamalar kaleme alınmıştır. Bu sınırlamalar ZPO § 1030 (3)'e göre geçerli olmayacak, ArbGG § 101-110 arasında tahkim yargılaması için öngörülen önkoşullar aranmadan tahkim yargılaması ile uyuşmazlık çözülebilecektir.

⁸⁶ Ayrıca bkz. EC Regulation, 44/2001 Art. 22(2)

⁸⁷ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

Eski Alman Antitröst Kanunu 91 (1)'de (*Antitrust Gesetz*) yer alan antitröst hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını ifade eden düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Bu doğrultuda antritröst hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklar tahkime elverişli hale getirilmiştir. Benzer şekilde fikri mülkiyet⁸⁸ ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar da tahkime elverişli olarak kabul edilmektedirler.⁸⁹

Ticaret hukuku ile alakalı uyuşmazlıklarda tahkime elverişliliğe ilişkin Avrupa Adalet Divanı (AAD) *Asturcom Telecommunicaciones* kararında⁹⁰ bir sınırlamanın getirildiği görülmektedir. Söz konusu sınırlama kararda da vurgulandığı üzere, Avrupa Birliğinin izlediği kamu politikası uyarınca tüketici uyuşmazlıklarına ilişkindir. Zira Avrupa Birliği 93/13 Numaralı 5 Nisan 1993 tarihli Tüzüğü'nün⁹¹ 6. maddesi uyarınca üye ülkeler tüketicinin yararını her zaman gözetir ve tüketicinin menfaatine aykırı olabilecek kararlar vermekten kaçınırlar. Ulusal kanuna göre tüketicinin menfaatine aykırı hükümler içeren sözleşmeler bağlayıcı değildir. Alman mahkemeleri tüketici davalarında sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen tüketicinin harç veya vekâlet ücreti ödememesini öngören, ucuz ve hızlı bir yargılama imkânı sunduğundan tüketiciyi koruyan

⁸⁸ Fikri ve sınai mülkiyete ilişkin ulusal ve uluslararası tahkim, Alman Patent Kurumu tarafından yürütülmektedir. bkz. BGH, 17.11.2009, X ZR 137/07, BGHZ, para. 182, 183, Erişim tarihi: Mayıs 14, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

⁸⁹ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 17. Ekonomik menfaatlere ilişkin Antitröst Kanunundan doğan ve telif hakkına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna yönelik karar için bkz. OLG Frankfurt, 14.03.2019 - 6 U 134/15, Erişim tarihi: Mayıs 12, 2021, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Frankfurt&Datum=14.03.2019&Aktenzeichen=6%20U%20134/15>.

⁹⁰ ECJ, C-40/08, *Asturcom Telecommunicaciones SL v. Cristina Rodriguez Nogueira* 2009, Erişim tarihi: Mayıs 14, 2021, <https://europa.eu/para/>.

⁹¹ EEC 93/13, 5.04.1993, Erişim tarihi: Mayıs 14, 2021, www.europa.eu.

bir politika izlemektedir. Bu noktada BGH'nin de zayıf taraf olan tüketiciyi korumak amacıyla, tahkim yoluyla uyuşmazlığın çözülemeyeceğine ilişkin yerleşik içtihatları bulunmaktadır.⁹²

Tahkime elverişlilik konusunda Alman hukukundaki bir başka sınırlama ise konut kirası sözleşmelerinde gündeme gelmektedir. Kiracının kiralayan karşısında "zayıf taraf" olarak kabul edilmesi ve korunması gerektiği düşüncesiyle kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi uygun görülmemektedir.⁹³

Türk hukukunda ise "yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır." (MTK m. 1/II) Aynı zamanda aynı maddenin dördüncü fıkrasında hangi uyuşmazlıklar için MTK hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Hükme göre Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar tahkime konu bakımından elverişsizdir. Yani bir objektif tahkime elverişsizlik hali öngörülmüştür.⁹⁴ Bu nedenle Türkiye'de bulunmayan bir taşınmazla ilgili bir uyuşmazlık MTK m. 1'e göre tahkime elverişli olarak kabul edilebilecektir.⁹⁵ Alman hukukundan daha fazla sayıda olmak kaydıyla Türk hukukunda bazı uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğu kabul edilmektedir.

Rekabet Hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından uyuşmazlık milletlerarası nitelikte olsa dahi Türk mal ve hizmet

⁹² BGH, 3.05.2011, XI ZR 373/08, Erişim tarihi: Mayıs 12, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

⁹³ Ali Cem Budak, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri," *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 1 (2012): 39.

⁹⁴ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 38.

⁹⁵ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 93.

piyasasındaki rekabeti kısıtlayıcı etki gösteren tüm uygulama ve anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, Rekabet Kurulunun yetkisi dâhilinde olduğundan tahkime elverişli değildir.⁹⁶ Dolayısıyla Kurulun yetkisi dışında kalan ve mahkemelerce karara bağlanması mümkün olan uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülebilir.

Türk hukukunda, Alman hukukundan tamamen farklı olarak iflasa ilişkin uyuşmazlıkların alacaklıları korumak için tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir⁹⁷.

Fikri ve sınai mülkiyet haklarının devrine ilişkin lisans sözleşmeleri de tahkim sözleşmesine konu yapılabilirler. Ancak Türk Patent Kurumunun münhasır yetkisinde olan tescil işlemleri tahkime elverişli değildir⁹⁸.

Bunların yanında Türk Hukukunda sosyal ve ekonomik nedenlerle tarafların serbestçe tasarruf edebileceği konularda olmasına rağmen iş, tüketici⁹⁹, kira, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkime izin verilmemiştir.¹⁰⁰ Aynı zamanda taşınmazların tahliyesi ve kira tespit davalarında da tahkim yoluna gidilemeyeceği kabul

⁹⁶ Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001), 181ff.; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 39; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 100.

⁹⁷ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 101.

⁹⁸ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 45.

⁹⁹ Tüketicinin korunması amacıyla tüketici sözleşmelerinden doğan ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği kabul edilmektedir. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 113.

¹⁰⁰ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 93.

edilmiştir.¹⁰¹ Nitekim Yargıtay kira kaybı alacağına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna karar vermiştir.¹⁰²

2. Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına ilişkin tartışma, hakem heyeti toplanmadan, uyuşmazlık hakem heyetinin önündeyken, uyuşmazlık mahkeme önündeyken, hakem kararının tanınması veya tenfizi¹⁰³ aşamasında veya hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulduğunda gündeme gelebilir.¹⁰⁴

¹⁰¹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 93, 112; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 49; Aksi görüşü benimseyen, Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz'a göre kira tespitinin tahkime elverişli olmadığı hususu kabul edilemez. Kanaatimizce, taşınmazın aynına ilişkin olmadığı takdirde kira bedelinin tespitinden doğan uyuşmazlığın tahkime elverişli kabul edilmesi gerekir. (Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017), 786.

¹⁰² Yar. 19. HD, E.2016/19635 K.2018/5253, Erişim tarihi: Haziran 26, 2021, www.lexpera.com.

¹⁰³ Alman hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi New York Sözleşmesi hükümleri ile sağlanacaktır. (ZPO § 1061) İcra edilecek hakem kararı eğer ZPO uyarınca öngörülen kurallara uygun bir şekilde icra edilemiyorsa, yabancı hakem kararı, ulusal mahkeme tarafından icra edilebilecek bir hale getirilmek amacıyla yorumlanır. Ancak kararın içeriğinin yorum yaparken değiştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Eğer yorum yöntemiyle de Alman hukuku ile bir homojenlik sağlanamazsa hakem kararının icrası mahkeme tarafından reddedilir. Yabancı hakem kararlarının Alman ulusal mahkemeleri tarafından tanınması noktasında da, tahkim klozunun geniş yorumlanarak, Almanya'da tanınmasını ve icra edilmesinin kolaylaştırıldığı ve tanıma yanlısı bir yaklaşım izlendiği görülmektedir. (BGH, 30.10.2010, III ZB 69/09, BGHZ para. 187, 126, Erişim tarihi: Haziran 24, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

¹⁰⁴ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 55 ff.

a. Hakem Heyeti Oluşturulmadan Önceki Safha

ZPO § 1032 (2) uyarınca hakem heyeti oluşturulana kadar tahkim yargılamasının kabul edilebilir olup olmadığının belirlenmesi için mahkemelere dilekçe verilebilir. Bu doğrultuda tahkim yargılamasının henüz hakem heyeti oluşturulmadan önceki bölümünde mahkemelere doğrudan tahkime konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına ilişkin karar verme yetkisi tanınmıştır.¹⁰⁵

b. Hakem Heyeti Önündeki Safha

Tahkim yargılamasında taraflardan biri hakem heyetinin uyuşmazlığı çözme konusunda yetkili olmadığını iddia ederse, hakem heyeti yetkili olup olmadığına *kompetenz-kompetenz* prensibi uyarınca karar verecektir.¹⁰⁶ Bu noktada hakem heyetinin tahkime elverişliliğe hangi hukuku uygulayacağını belirlemesi gerekmektedir.¹⁰⁷ Tahkim anlaşmasını yöneten hukukun, yani taraf iradelerine verilen öncelik nedeniyle taraflarca seçilen hukukun bu noktada belirleyici olması gerektiğine yönelik bir görüş bulunmaktadır.¹⁰⁸ Buna göre sözleşmenin tâbi olduğu hukukun uygulanması irade serbestisi ilkesine ve sözleşmesel güvenlik ihtiyacına cevap vermektedir.¹⁰⁹ Ancak somut davalarda tahkim anlaşmasını hangi hukukun yönettiği kolay bir şekilde belirlenmemektedir. Örneğin, tarafların açıkça sözleşmenin esasına hangi hukukun

¹⁰⁵ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 105; Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 349.

¹⁰⁶ Born, *International Commercial Arbitration*, 854; Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *on International Arbitration*, 345.

¹⁰⁷ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 54.

¹⁰⁸ Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 21, 196; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 54.

¹⁰⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 55.

uygulanacağını belirlemedikleri haller mevcuttur. Bu durumda tahkim anlaşmasının bağımsızlığı doğrultusunda hakem heyeti uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilecektir.¹¹⁰

Hakem heyeti söz konusu olduğunda *lex fori*'nin mevcut olmadığını düşündüğümüzde *lex loci arbitri* yani tahkim yeri hukuku önemli bir rol oynamaktadır.¹¹¹ Alman hukukunda hakem heyeti önüne gelen tahkime elverişlilikle ilgili sorunu genellikle tahkim yerinin hukuk kurallarıyla çözümler.¹¹²

Tahkim yeri hukukunun uygulanması bazı durumlarda faydalı olabilir. Örneğin, tarafları Amerikan ve Japon olan ve tahkim yerinin Almanya olduğu bir tahkim yargılamasında milli hukuklarına göre tahkime elverişli olmayan bir uyumsuzluk, tahkim yerinde tahkime elverişli olarak kabul edilebilir.¹¹³ Buna karşın tam tersi bir şekilde tahkim yeri hukukuna göre tahkime elverişli olmayan bir uyumsuzlukla ilgili hakem heyeti tahkim yeri hukukunu uygularsa Amerikan ve Japon hukuklarına göre tahkime elverişli olan bir uyumsuzluk, tahkim yeri olan Alman hukukunda tahkime elverişli olarak kabul edilmeyebilir.¹¹⁴

Hakem kararının icra edileceği yerin tahkim yerinden farklı olması halinde tahkim yeri hukukunun tahkime elverişliliğe uygulanması çeşitli sorunları gündeme getirebilir. Ancak hakem kararının icra edileceği yer ile tahkim yerinin birbirinden farklı

¹¹⁰ Bernard Hanatiau, "The Law Applicable to Arbitrability," *Singapore Law Journal*, (2014): 882ff.

¹¹¹ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 111; Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986), 61; Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 351; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 96; Hanatiau, "The Law Applicable to Arbitrability," 396.

¹¹² Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 105.

¹¹³ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 113.

¹¹⁴ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 106.

olması halinde tenfiz yeri hukukunun uygulanması söz konusu değildir.¹¹⁵ Özellikle değinmek gerekir ki tahkim yeri hukukuna göre uyumsuzluk tahkime elverişli kabul ediliyorsa, başka bir devlet hukukuna göre uyumsuzluğun tahkime elverişsiz olduğuna karar vermek yerinde olmayacaktır.¹¹⁶ Brekoulakis'e göre tahkim heyeti kararını verdiğinde, bu kararın uyumsuzluğu başarılı bir şekilde ortadan kaldıracığı düşünülebiliyorsa, uyumsuzluğun tahkime elverişli olduğuna karar verilmelidir.¹¹⁷

c. Mahkeme Önündeki Safha

Ulusal mahkemelerin büyük bir kısmı, uyumsuzluğun tahkime elverişli olup olmadığı hususunda ön inceleme aşamasında kendi ulusal hukuklarına göre karar vermektedir.¹¹⁸ Alman hukukunda da ulusal mahkeme tahkim sözleşmesini değerlendirirken derdest uyumsuzluğun tahkime elverişli olup olmadığı hakkında *lex fori*'yi uygulayarak karar verecektir.¹¹⁹ Nitekim *lex fori* yalnızca uyumsuzluğun önünde görüldüğü ulusal mahkemelerin yargı yetkisinin, görülen uyumsuzlukla ilgili olacağı ölçüde uyumsuzlukla bağlantılı kabul edilebilir.¹²⁰ Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse *lex fori*'nin uygulanması sadece tahkim heyeti ile duruşmayı gören ulusal mahkeme arasında tahkim konusunda yetkiye ilişkin bir ihtilaf olduğunda

¹¹⁵ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 55ff.

¹¹⁶ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 112.

¹¹⁷ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 113.

¹¹⁸ Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, para. 9.18.

¹¹⁹ Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 103; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, (Kluwer, 1981), 126.

¹²⁰ Stavros Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," *Arbitrability Internatioal & Comparative Perspectives*, Editör Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, (Wolters Kluwer, 2009), 105.

söz konusu olacaktır. Tahkime elverişliliğe ilişkin ulusal düzenlemelerin temel amacı ulusal mahkemeler ve hakem heyeti arasında yetkiye ilişkin bir ihtilaf çıktığında, münhasır yargılama yetkisinin hangi makama verileceğinin tahsis edilmesinin sağlanmasıdır.¹²¹

d. Hakem Kararının Tanınması veya Tenfizi Safhası

ZPO § 1061 (1)'e göre yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi New York sözleşmesine tabidir. New York Sözleşmesi m. V(2)(a)¹²² uyarınca hakem kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında tahkime elverişsizlik söz konusu olduğunda, tanıma ya da tenfiz talebi mahkeme tarafından reddedilir.¹²³ Söz konusu belirleme yapılırken tanıma ya da tenfiz için talepte bulunulan ülkenin hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda tahkime elverişlilik *lex fori*'ye göre tespit edilir.¹²⁴

¹²¹ Brekoulakis, *Law Applicable to Arbitrability*, 104.

¹²² Söz konusu düzenleme UNICITRAL Model Kanun m. 34(1)(b)(i) ile paralel niteliktedir.

¹²³ Alman hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi New York Sözleşmesi hükümleri ile sağlanacaktır. (ZPO § 1061) İcra edilecek hakem kararı eğer ZPO uyarınca öngörülen kurallara uygun bir şekilde icra edilemiyorsa, yabancı hakem kararı, ulusal mahkeme tarafından icra edilebilecek bir hale getirilmek amacıyla yorumlanır. Ancak kararın içeriğinin yorum yaparken değiştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Eğer yorum yöntemiyle de Alman hukuku ile bir homojenlik sağlanamazsa hakem kararının icrası mahkeme tarafından reddedilir. Yabancı hakem kararlarının Alman ulusal mahkemeleri tarafından tanınması noktasında da, tahkim klozunun geniş yorumlanarak, Almanya'da tanınmasını ve icra edilmesinin kolaylaştırıldığı ve tanıma yanlısı bir yaklaşım izlendiği görülmektedir. (BGH, 30.10.2010, III ZB 69/09, BGHZ para. 187, 126, Erişim tarihi: Haziran 24, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

¹²⁴ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 100; Okezie Chuckwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, (Oceana Publications Inc, 2000), 56; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 57.

Tahkime elverişliliğin *lex fori*'ye göre tayin edilmesi forumun kamu düzenini ve menfaatlerini koruma noktasında kendini göstermektedir.¹²⁵ Bununla beraber tenfiz mahkemesinin bulunduğu yer hukuku uyumsuzlukla her zaman yakın irtibatlı olmayabilir.¹²⁶ Bu durumda tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun *lex fori* ile sınırlı tutulmaması gerekmektedir.¹²⁷ Buna göre *lex fori*'nin uygulanmasını gerektiren bir durum yoksa, örneğin ulusal mahkemelerin yargı yetkisinin tehlikede olması veya uyumsuzluk konusunun forumun meşru çıkarlarına bir etkisinin olması gibi haller söz konusu değilse, uyumsuzlukla yakın bağlantısı olan yer hukukunun uygulanması söz konusu olmalıdır.¹²⁸

e. Hakem Kararının İptali Nedeniyle Mahkemeye Başvuru Safhası

UNICITRAL Model Kanun m. 34(2)(b)(i) uyarınca hakem kararlarının iptalini konu alan davalarda tahkime elverişsizlik bir iptal nedeni olarak görülmüştür. Bu doğrultuda bu meselenin iptal davasının açıldığı ülkenin hukukuna göre belirleneceği düzenlenmiştir. İptal davası tahkim yeri mahkemesinde açılır. Tahkim yeri dışında başka bir ülkenin ulusal mahkemesinde iptal davası açılması halinde mahkeme hakem kararını iptal edemeyecek, yalnızca hakem kararının tanınmasını veya tenfizini reddedebilecektir.¹²⁹

¹²⁵ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 100; Özel, 57.

¹²⁶ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 103.

¹²⁷ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 57.

¹²⁸ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 57.

¹²⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 57.

f. Türk Hukukunda Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Türk hukukunda da tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk noktasında uyuşmazlık hakem heyetinin önündeyken, mahkeme önündeyken, hakem kararının tanınması veya tenfizi aşamasında veya hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulduğunda ayrı ayrı inceleme yapılmalıdır.¹³⁰

Hakem önündeki aşama için Alman hukukunun benimsediği tahkim yeri hukukuna öğretilde mesafeli yaklaşıldığı görülmektedir. Tahkim yeri hukuku tahkime elverişliliğe uygulandığında tahkim yeri hukukunda tahkime elverişliliğe uygulanacak bir maddi hukuk kuralının bulunmaması ihtimali tahkim yeri hukukunun uygulanmasını zorlaştırmaktadır.¹³¹ Tahkim yerinin Türkiye olduğu bir uyuşmazlıkta tahkime elverişli olup olmadıkları bir maddi hukuk kuralı ile düzenlenmemiş olan meselelerle ilgili hangi

¹³⁰ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 55ff. Tahkime elverişliliğe uygulanabilecek muhtemel sekiz adet hukuk mevcuttur. Bunlar;

“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”dır. (Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 196; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 54.) Huysal’a göre tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk hususunda daha fazla hukuk mevcuttur. bkz. Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 348.

¹³¹ Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 362.

hukukun uygulanacağı sorunu gündeme gelecektir.¹³² Özel ise tahkim yeri hukuku ve tenfiz yeri hukukunun tahkime elverişliliğe uygulanmasını karşılaştırarak, hakem kararının nerede tenfiz edileceğini önceden öngörmenin mümkün olmadığını belirterek bu aşamada tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmasını savunmaktadır.¹³³

Tahkim sözleşmesinin uygulanması için mahkemeye başvuru aşamada ise MTK 15(A)(2)(a) uyarınca tahkime elverişlilik yalnızca Türk hukukuna göre tayin edilecektir¹³⁴. Buna göre Türk mahkemelerinin tahkime elverişliliğe *lex fori*'yi uygulaması söz konusu olacak ve dahası mahkeme tahkime elverişliliği re'sen denetleyecektir.¹³⁵

Hakem kararının tanınması ve tenfizi için mahkemeye başvurulduğu aşamaya ilişkin MTK'da hüküm bulunmamaktadır. Nitekim gerek taraf olduğumuz New York Sözleşmesi m. V(2)(a)'da, gerekse paralel düzenleme olan UNCITRAL Model Kanun m. 36 (1)(b)(i)'de hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin tahkime elverişsizlik söz konusu olduğunda reddedileceği belirtilmiştir. Sair düzenlemeler uyarınca tahkime elverişsizliğin uyuşmazlık bakımından belirlenmesi noktasında tanıma ve tenfiz için talepte bulunulan devletin hukukunun uygulanacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu durumda Alman hukukuyla benzer şekilde tahkime elverişliliğin *lex fori*'ye göre tayin edilmesi söz konusu

¹³² Mustafa Cemre Can, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, no:2 (2020): 1358.

¹³³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 56. Aynı görüşte olan yazarlar için bkz Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 197; Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 111.

¹³⁴ Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 22; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 56.

¹³⁵ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 352.

olacaktır.¹³⁶ Hakem kararının iptali için mahkemeye başvuru aşamasıyla alakalı da MTK'da herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Hakem kararının iptali veya tenfizi için dava açıldığı zaman mahkemenin tahkime elverişlilik hususunu UNCITRAL Model Kanun m. 34(2)(b)(i)'de öngörüldüğü üzere *lex fori*'ye göre karara bağlaması yerinde bir tercihtir.¹³⁷

D. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

1. Tahkim Anlaşmasının Şekline Uygulanacak Hukuk

ZPO § 1031(1) uyarınca tahkim anlaşması yazılı bir şekilde taraflarca imzalanmış ya da anlaşmayı kayıt altına alan herhangi bir iletişim aracıyla (telex, mail, mektup, telegram ve benzeri.) yapılmış olmalıdır. ZPO § 1031 (2) uyarınca bir taraftan diğerine gönderilen bir belgede tahkim anlaşması varsa ve diğer taraf buna itiraz etmemişse geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuştur. ZPO § 1031(3)'e göre içinde tahkim şartı bulunan bir belgeye yapılan atıf, sözleşmenin bir parçası olacak şekilde yapılmışsa tahkim sözleşmesi geçerlidir. ZPO § 1031 (5) ise tüketici sözleşmelerine konan tahkim şartının mutlaka ayrı bir belgede olmasını ve tüketicinin söz konusu belgeyi imzalaması şartını öngörmektedir.¹³⁸ Frankfurt İstinaf Mahkemesinin 2019 tarihli kararında¹³⁹ kuralların içeriğinin kamuya açık bir şekilde erişime açık olması halinde tahkim anlaşmasında bu kurallara ayrıca yer verilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir.

¹³⁶ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 57.

¹³⁷ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 59; Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 398; Hanotiau, "The Law Applicable to Arbitrability," 402.

¹³⁸ Born, *International Commercial Arbitration*, 623.

¹³⁹ OLG Frankfurt, 03.06.2019 - 26 SchH 3/19, Erişim tarihi: Mayıs 15, 2021, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Frankfurt&Datum=03.06.2019&Aktenzeichen=26%20SchH%203%2F19>.

New York Sözleşmesinin 2. maddesinde yazılı şekil şartına ilişkin iki temel ölçüt getirilmiştir. Bu doğrultuda “yazılı anlaşma terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır.” ZPO §1031 (2) hükmü yazılılık koşulunu genişleten bir düzenlemedir.¹⁴⁰ Hükme göre tahkim anlaşmasıyla bağlı olmak istemeyen tarafa Alman hukuku buna itiraz etme yükümlülüğü öngörmüştür.¹⁴¹ İtiraz edilmediği halde geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması söz konusu olacaktır.¹⁴² New York Sözleşmesinin 2. maddesi uyarınca öngörülen şekil şartları bu doğrultuda katı olarak nitelendirilerek hükmün uygulanmasından kaçınılmaktadır.¹⁴³ Bahis konusu hükmün yerine ZPO § 1031’in uygulanması daha hızlı ve etkili yargılama açısından yerinde görülmektedir.¹⁴⁴ BGH vermiş olduğu bir kararında¹⁴⁵ New York Sözleşmesinin 2. maddesindeki şekil şartlarını taşımayan bir yabancı hakem kararı için ZPO § 1031’in uygulanmasına imkân vermiştir. Kararda söz konusu hakem kararının ZPO § 1031’deki şartları taşıması suretiyle tanınmasına olanak sağlandığı görülmektedir.

Hukukumuzda New York Sözleşmesinin iç hukukta öncelikli olarak uygulanması gerektiğinden bahisle tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği New York Sözleşmesi m. 2 uyarınca düzenlenen maddi hukuk kuralı ile tayin edilecektir.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 63.

¹⁴¹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 63.

¹⁴² Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 134ff.

¹⁴³ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 31.

¹⁴⁴ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 31.

¹⁴⁵ BGH, 30.10.2010, III ZB 69/09, Erişim tarihi: Haziran 25, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

¹⁴⁶ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması*, 320; Sibel Özel, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin

Türk hukukunda tahkim anlaşmasının şekli MTK m. 4 uyarınca da düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre tahkim anlaşması tarafların sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir. Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.

2. Tahkim Anlaşmasının Taraflarının Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

a. Tarafların Ehliyeti

Tahkim anlaşmasının geçerliliği söz konusu olduğunda bir diğer önem arz eden mesele tarafların ehliyetidir. Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmemiz için tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetine sahip olmaları gerekir. Alman hukukunda bir tarafın tahkim anlaşmasına taraf olmaya ilişkin ehliyeti ZPO 1059(2)(1)(a)'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre uygulanacak hukuka göre ehliyetsiz olan bir taraf varsa hakem kararı uygulanmayabilir. Madde metninde New York Sözleşmesinin 5. maddesine atıf yapılmıştır. New York

Geçersiz Olması," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no:1 (2017): 307.

Sözleşmesi m. 5(1) (a)'ya göre, ehliyete uygulanacak hukuk tarafların haklarında uygulanması gereken kanundur. Bu kanun tenfiz hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kuralına göre belirlenir.¹⁴⁷

UNICITRAL Model Kanun m. 34(2)(a) ve m. 36(1)(a) ise hakem kararlarının iptali nedenleri ve tanıma tenfizin reddi sebepleri arasında tarafların ehliyetsizliğini saymış ancak New York Sözleşmesinde yer alan düzenlemenin aksine tarafların tabi olduğu hukuku belirlemekten kaçınmıştır.

Ehliyete hangi hukukun uygulanacağı bu noktada büyük önem arz etmektedir. Gerçek kişiler bakımından Alman hukukunda ehliyete kişinin milli hukukunun uygulanması esastır. Kişisel menfaatlerin en iyi şekilde tespit edilmesi ve gerçekleştirilmesi noktasında ayrıca kötüye kullanım olasılığının en alt düzeyde olması sebebiyle ehliyete kişinin milli hukukunun uygulanması oldukça yararlı gözükmektedir.¹⁴⁸ Fakat vatansızlık veya mültecilik durumu ortaya çıktığında ve milli hukukun tespit edilememesi hallerinde olduğu gibi bazen de milli hukuk prensibinin uygulanamaması söz konusu olabilir.¹⁴⁹ Tüzel kişilerde ise Alman hukukunda kuruluş yeri teorisi benimsenmiştir.¹⁵⁰

Bu doğrultuda milli hukukuna göre tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti olmayan veya ehliyetsiz olmasına rağmen

¹⁴⁷ Louise Hauberg Wilhelmsen, *International Commercial Arbitration and the Brussels I Regulation*, Edward (Denmark: Elgar Publishing, 2018), para. 2.2.

¹⁴⁸ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), Türkçe çevirisiyle Alman Medeni Kanununa Giriş Yasası, m. 7/I.

¹⁴⁹ Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 56.

¹⁵⁰ Sinancan Konyalı, "Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Ticari Şirketlerin Yerleşme ve Serbest Dolaşım Özgürlüğü," *International Journal of Social Inquiry* 8, no:2 (2017): 119.

tahkim sözleşmesinin yapıldığı ülke hukukuna göre de ehliyetsiz olduğu için işlem güvenliği ilkesinin söz konusu olmadığı durumlarda tahkim sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelecek ve dolayısıyla verilen hakem kararlarının tanınması veya tenfizine yönelik itiraz söz konusu olabilecektir.¹⁵¹

Türk hukukunda da Alman hukukundaki duruma benzer şekilde tahkim anlaşmasını imzalayan tarafların ehliyetli olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması durumunda, yabancı hakem kararlarının tenfizi reddedilebilecektir.¹⁵² MTK'da tarafların ehliyetine hangi hukukun uygulanacağı konusunda bir hüküm yoktur. Bu noktada konuya ilişkin iki görüş ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre, tarafların ehliyetine uygulanacak hukukun belirlenmesinde tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının esas alınması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, tarafların tahkim anlaşması yapmaya ehliyetli olup olmadıklarının tenfiz devleti hukukunun kanunlar ihtilafına göre belirlenmesi gerekmektedir.¹⁵³ Tahkim anlaşması yapma ehliyetinin kapsamı ve sınırları, bu ehliyetin sona erme sebepleri de ehliyeti yöneten hukuka tabidir. Özellikle devlet veya devlet kurumu ya da şirketlerinin tahkim sözleşmesi

¹⁵¹ Özel, "Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması," 308.

¹⁵² Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 496ff.

¹⁵³ MÖHUK md. 9/I'e göre, hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. Buna göre gerçek kişinin hak ve fiili onların millî hukukuna göre tayin edilecektir. Nitekim MÖHUK md. 9/II işlem güvenliği ilkesi nedeniyle milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişinin işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil olması hâlinde, yaptığı sözleşme ile bağlı olduğu kabul edilmiştir. Bir ticaret şirketinin tahkim anlaşması yapma ehliyeti, ilk olarak şirketin kurulduğu ülke ya da yönetildiği ülke hukukuna tabidir. Bu doğrultuda, tüzel kişiliklerin ehliyetlerinin belirlenmesinde kuruluş yeri teorisi, kontrol teorisi, fiili idare veya merkez teorisi kabul edilebilmektedir. (Fatih Işık, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk*, (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2015), 87.)

yapma ehliyetleri bakımından bu husus önemlidir. New York Sözleşmesine taraf devlet kurum veya şirketlerinin tahkim sözleşmesi yapma yetkileri tanınmamış, kısıtlanmış veya onay gibi bazı bürokratik işlemlerin ikmaline bağlanmış olabilir. Bu gibi durumlarda çok defa tenfiz safhasında davayı kaybeden tarafın ehliyetsizlik itirazı ile karşılaşılır. Bu tür itirazlar, prensip olarak iyi niyet kurallarına aykırı düşmedikçe devlet veya devlet kurumlarının statülerine istinaden karara bağlanacaktır.¹⁵⁴

b. Taraflar Adına Temsilcilerin Tahkim Sözleşmesi Yapma Ehliyetleri

ZPO'da avukatın ya da temsilcinin bir kişi adına, üçüncü kişilerle tahkim anlaşması yapabilmesi bakımından özel bir yetkinin gerekip gerekmediğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁵⁵

Alman mahkeme uygulamalarına bakıldığında avukatların ve temsilcilerin temsil ettikleri kişiler adına tahkim sözleşmesi akdedebilme yetkilerinin kendilerine tahkim anlaşmasına taraf olma konusunda açıkça yetki verilmesine bağlı olup olmadığına ilişkin bir netliğin bulunmadığı görülmektedir. Konuya ilişkin ICC, 5.05.2012 tarihli 17.822 numaralı kararında¹⁵⁶ Alman hukukuna göre ticari sözleşme yapmaya yetkili olan temsilcinin bu yetkisinin tahkim sözleşmesi akdetmeyi de kapsadığına değinilmiştir. Bu doğrultuda bir başka görüş uyarınca Alman hukukunda temsilciye tanınacak özel yetkinin, sözleşmenin yapılacağı şekilde verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, 347.

¹⁵⁵ Born, *International Commercial Arbitration*, 621.

¹⁵⁶ Karar için bkz. Erişim tarihi: Haziran 22, 2021, <https://iccwbo.org>.

¹⁵⁷ Burak Huysal, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk: Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Kurallarıyla Birlikte*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015), 68.

Türk hukukunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁵⁸ (TBK) m. 504/III uyarınca vekil özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz.¹⁵⁹ Ayrıca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁶⁰ (HMK) m. 74 uyarınca, avukatın bir takım işlemleri gerçekleştirmesi için açıkça özel olarak yetkilendirilmesi gerekir. “Tahkim ve hakem sözleşmesi yapmak” bu işlemlerdendir. Bu nedenle genel nitelikli bir vekâletname, vekili tahkim konusunda açıkça yetkilendirmediği sürece tahkim veya hakem sözleşmesi yapmak konusunda yetersiz kalır.

Vekilin tahkim anlaşması yapma hususunda özel yetkiye sahip olup olmaması statüsü olarak vasıflandırılan bir meseledir.¹⁶¹ Buna göre vekilin temsil ettiği müvekkili adına bağlayıcı bir sözleşme yapıp yapamayacağı bu mesele kapsamında değerlendirilir.¹⁶²

Alman hukukunda temsil statüsüne ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değildir. Vekilin yetkilendirilmesine ilişkin sözleşmede uygulanacak hukukun seçiminde uyuşmazlığın tarafları tamamen serbesttir.¹⁶³ Nitekim BGH, taraflarca temsil statüsüne ilişkin uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı bir durumda *Wirkungsland*, yani temsilcinin işlemde bulunduğu yer hukukunun uygulanmasına karar vermiştir.¹⁶⁴

¹⁵⁸ RG. 4.2.2011, S. 27836

¹⁵⁹ Yar. 19. HD, E.2007/380, K.2007/5114, 21.05.2007 karara erişim için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021 www.kazanci.com.

¹⁶⁰ RG. 4.2.2011, S. 27836.

¹⁶¹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 77.

¹⁶² Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 77.

¹⁶³ Klaus Vorpeil, *deutsches internationales privatrecht* (Gau-Bickelheim, 2020), § 5

¹⁶⁴ BGH NJW 1990 3099; 2004 1315, 1316, BGHZ 128, Erişim tarihi: Haziran 15, 2021, <https://dejure.org/>.

Türk hukukunda ise MÖHUK m. 30'a göre "temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır."¹⁶⁵ Bu doğrultuda Türkiye'de yazıhanesi olan bir avukatın TBK m. 504/III uyarınca tahkim sözleşmesi yapabilmek için özel yetkiyi haiz olması gerekir.¹⁶⁶

3. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk esas olarak tarafların geçerli bir tahkim sözleşmesi yapıp yapamayacağını belirlemektedir.¹⁶⁷ Bu noktada irade sakatlıkları, sözleşmenin ifası ve tarafların ehliyeti gibi konular esasa uygulanacak hukuka tabidir. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk irade sakatlıklarına ek olarak tahkim sözleşmesinin ifa edilmesine, tarafların ve uyuşmazlık bakımından sözleşmenin kimleri ve hangi uyuşmazlıkları kapsadığı meselelerinin tayiniyle ilgilidir.¹⁶⁸

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk belirlenirken meselenin tahkimin hangi aşamasında inceleneceği

¹⁶⁵ Ayfer Çavuşoğlu Uyanık, "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no: 1 (2012): 67 Willful Representation in Turkish Private International Law, Erişim tarihi: Mayıs 8, 2021, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bnkavthd28&div=7&id=&page=>; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 77.

¹⁶⁶ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 77.

¹⁶⁷ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 79.

¹⁶⁸ Born, *International Commercial Arbitration*, 181 ff.; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 79.

önem arz etmektedir. Tahkim anlaşmasının esastan geçersizliği, tahkim anlaşmasının ulusal mahkeme önünde, hakem heyeti önünde, iptal davası aşamasında, hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında ileri sürülebilir.¹⁶⁹

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukukun belirlenmesine ilişkin ZPO'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin ulusal mahkeme önünde ileri sürülmesine ilişkin Almanya'nın taraf olduğu 1961 tarihli Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Konvansiyonunun¹⁷⁰ 6 (2) maddesinde, *" tarafların hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanuna, bu babta anlaşmada sarahat yoksa hakem kararının verileceği memleket kanununa, taraflar hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanunda sakıt kalmışlar ve meseleye adli mahkeme el koyduğu zaman hakem kararının nerede verileceği tayin edilemiyor ise, el koyan mahkemenin kanunlar ihtilafı kaidesi gereğince yetkili olan kanun hükümlerine göre karar verilecektir."* şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere Avrupa Konvansiyonu, tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesinde tarafların iradesini ve tahkim yeri bağlama noktasını esas almıştır. Nitekim tahkim yerinin belirlenemediği durumlarda mahkeme *lex fori* uyarınca hâkimin hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarıyla uygulanacak hukuku tayin edecektir. Kanımızca Avrupa Konvansiyonunun anılan hükmündeki belirsizliği gidermek adına bu konuda kanunda bir düzenleme yapılması yerinde bir tercih olacaktır.

¹⁶⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 79.

¹⁷⁰ Almanya'da 1964 yılında yürürlüğe giren 1961 tarihli Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Konvansiyonu (RG. 21.5.1991, S. 20877.) İngilizce metni için bkz. Erişim tarihi: Haziran 2, 2021, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-2&chapter=22&clang=_en.

Hakem heyeti önünde tahkim sözleşmesinin esasına ilişkin geçersizlik ileri sürüldüğünde ise uygulamada hakemlerin bu konuda farklı yöntemler izledikleri gözlemlenmektedir. Bu doğrultuda bazı hakemler tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde tahkim yeri hukukunu, *lex loci arbitri*'yi uygulayarak sözleşmesinin esastan geçersiz olup olmadığına karar vermektedirler.¹⁷¹ Bir başka izlenen yöntem uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tahkim sözleşmesine de uygulanmasıdır. Almanya'da mahkemelerin söz konusu görüşü kabul ettikleri kararlar mevcuttur. Hamburg İstinaf Mahkemesinin 2003 yılında vermiş olduğu bir kararında¹⁷² tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde asıl uyuşmazlık için yapılan seçimin, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği bakımından da kabul edilmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir. Kararda ayrıca tahkim sözleşmesinin esasına tahkim yeri hukukunun uygulanması halinde aynı sonuca ulaşılabileceği belirtilmiştir.¹⁷³ Tübingiya İstinaf Mahkemesinin 2011 yılında verdiği kararda¹⁷⁴, uyuşmazlığın esası bakımından yapılan seçimin tahkim sözleşmesinin esasına ilişkin "örtülü" bir hukuk seçimi olduğuna hükmedilmiştir.

¹⁷¹ van den Berg, *Interpretation* 291; Julian Lew, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause," *ICCA Congress Series No:9*, Editör van den Berg, Albert Jan (Kluwer Law International, 1999), 128.

¹⁷² OLG Hamburg, 24.01.2003 - 11 Sch 6/01, Erişim tarihi: Haziran 30, 2021 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Hamburg&Datum=24.01.2003&Aktenzeichen=11%20Sch%206%2F01>.

¹⁷³ *Year Book Commercial Arbitration*, Editör Albert Jan van den Berg, Volume XXX (Kluwer International, 2005), 509-523.

¹⁷⁴ *Year Book Commercial Arbitration*, Editör Albert Jan van den Berg, Volume XXXVII (Kluwer International, 2012), 220-222. ICC'nin 1977 tarihli, 2626 Karar No'lu kararında, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen hukukun, örtülü bir hukuk seçimi olarak tahkim anlaşmasına uygulanmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir. Karar için bkz. Erişim tarihi: Mayıs 13, 2021, https://www.idiproject.com/documents/arbitral_cases.

İptal davası aşamasında tahkim sözleşmesinin esastan geçersizliği ileri sürüldüğünde UNCITRAL Model Kanun m. 34(2)(a)(i) ile aynı doğrultuda olan ZPO § 1059(2) uyarınca iptal davası açılan mahkemenin hukukuna göre uygulanacak hukuk belirlenecektir. Hükme göre tahkim sözleşmesinin esastan geçersizliği bir iptal sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. İptal davasının açıldığı devlet mahkemesinde tarafların tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka ilişkin seçim yapmaması halinde hâkim kendi hukukunu uygulayarak tahkim sözleşmesinin esastan geçersiz olup olmadığına karar verecektir.

Tenfiz aşamasında tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde New York Sözleşmesi m. V(1)(a)'ya göre tenfiz hâkimi bu durumu tahkim sözleşmesinin taraflarınca seçilen hukuka veya hakem kararının verildiği yer¹⁷⁵ hukukuna göre açıklığa kavuşturacaktır.

Esas bakımından geçerlilik, Türk hukukunda da şekil ve ehliyet meselelerinden bağımsız bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, şekil ve ehliyete uygulanacak hukuktan farklıdır. Türk hukukunda da tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk dört aşamada belirlenmesi söz konusu olacaktır. Buna göre, esas yönünden geçerliliğin tespiti tahkim anlaşmasının ulusal mahkeme önünde, hakem heyeti önünde, iptal davası aşamasında, hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında mahkeme önünde yapılabilir. Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin hakem heyeti veya mahkeme önünde ileri sürülmesi halinde uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraf

¹⁷⁵ Hakem kararının verildiği yer, tahkim yargılamasının yapıldığı, tahkim yeri olarak belirlenen yerdir. Dolayısıyla hakem kararının imzalandığı, taraflara verildiği veya tebliğ edildiği yer, kararın verildiği yer olarak nitelendirilmektedir. (Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 79)

iradeleri esas alınmaktadır.¹⁷⁶ (MTK m. 4/III) Bu durumda tarafların tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin bir hukuku seçmeleri halinde söz konusu hukukun uygulanmasına karar verilecektir.¹⁷⁷ Ulusal mahkeme önünde tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği hakkında taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk Türk hukuku olacaktır.¹⁷⁸ (MTK m. 4/III) Bu durumda tahkim anlaşmasının esas yönünden geçerliliğinin Türk hukukuna göre çözümlenmesi, tahkim usulünün Türk hukukuna göre yürütüldüğü uyuşmazlıklarda prosedürün tabi olduğu devlet sıfatıyla, tahkim yerinin Türkiye olduğu anlaşmazlıklarda ise tahkim yeri sıfatıyla uygulanacaktır.¹⁷⁹ Tahkim anlaşmasının esas yönünden geçersizliğinin hakem heyeti önündeki aşamada ortaya atılması halinde tahkim yeri hukukunun uygulanması ile uyuşmazlık çözülecektir.¹⁸⁰ İptal davası aşamasında ise Türk mahkemesi, tahkim anlaşmasında uygulanacak hukuka ilişkin açık bir hukuk seçimi yok ise Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği konusunda karar verecektir.¹⁸¹ Son olarak tenfiz aşamasında New York Sözleşmesinin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin ileri sürdüğü bağlama noktalarının aynen

¹⁷⁶ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 525; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 80, 83; Özel, "Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması," 317.

¹⁷⁷ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 525, 526. Taraflar esasa uygulanması için bir hukuk seçiminde bulunmuşlarsa, hakemler bu hukuku uygulayarak karar vermek durumundadır. Uygulamada kurumsal tahkimde tahkim kurumunun tüzük ya da yönetmeliklerinde yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının öngördüğü hukuk, ad-hoc tahkim uygulamasında ise tahkim yeri ülkesinin milletlerarası özel hukuk kurallarının gösterdiği hukuk uygulanarak karar verilecektir. (Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 526.)

¹⁷⁸ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 80.

¹⁷⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 81.

¹⁸⁰ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 84.

¹⁸¹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 85.

MÖHUK m. 62/e'de de kabul edildiği görülmektedir.¹⁸² Bu doğrultuda tahkim anlaşması ya da şartı taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise tenfiz talebi reddedilecektir. Bu durumda Alman hukuku ile aynı şekilde New York Sözleşmesi m. V(1)(a)'ya göre tarafların anlaşmanın esasına uygulanacak hukuku seçmeleri halinde seçilen hukuk, hukuk seçimi yapmadıkları hallerde ise hakem kararının verildiği devlet hukukuna göre uygulanacak hukuk tayin edilecektir.

4. Tahkim Anlaşmasının Yorumu

Tahkim anlaşmasının yorumu sözleşmenin kurucu unsuru olan iradelerin anlamının ve hangi hukuksal sonuçlara yöneldiğinin araştırılıp, ortaya konulması anlamına gelmektedir.¹⁸³ Bir başka anlatımla, sözleşme taraflarından biri, sözleşmenin içeriğini diğerinden farklı anlayabilir. Özellikle şüphe ve tereddütlere yol açan veya birden fazla anlama gelen sözleşme metni veya sözleşmedeki bir hüküm, taraflardan birini avantajlı duruma getiriyorsa, bu tarafın yanlış yorumlanmış bir hükme dayanarak talepte bulunabilme olasılığı bulunmaktadır.¹⁸⁴

ZPO § 1059(2)(1)(a) uyarınca tahkim sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk, tahkim sözleşmesinin yorumuna da uygulanacaktır. Alman hukukunun taraf iradelerine verdiği

¹⁸² Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 86. New York Sözleşmesinin uygulama alanı bulmadığı bir tenfiz davasında MÖHUK hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. (Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 86.) New York Sözleşmesi ve MÖHUK'un hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı için bkz.; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 451ff.

¹⁸³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 86.

¹⁸⁴ Born, *International Commercial Arbitration*, 1060ff.

öncelikten dolayı sözleşmenin yorumu noktasında tarafların gerçek iradelerinin belirlenmesi çok önemlidir. Bu doğrultuda hakemlerin taraflara tahkim sözleşmesindeki hükümlerin ne anlama geldiği hakkında sorular yöneltmesi ve tarafların gerçek iradelerini anlaması gerekmektedir.¹⁸⁵

Türk hukukunda tahkim anlaşmasının yorumuna uygulanacak hukuka ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda tahkim anlaşmasının yorumunun vasıflandırılması ve bu doğrultuda uygulanacak hukukun belirlenmesi ihtiyacı doğmaktadır.¹⁸⁶ Tarafların iradelerinin varlığı, iradelerin birbiriyle uygunluğu ve sözleşmenin kapsamıyla ilgili yorum meselesi sözleşmenin esasen geçerliliği ile alakalıdır.¹⁸⁷ Dolayısıyla sözleşmenin yorumu sözleşmenin esasına uygulanan hukuk esas alınarak belirlenmelidir.¹⁸⁸ Buna göre MTK m. 4/III uyarınca “*tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*” Kanun hükmünün bu durumda tahkim anlaşmasının taraflarının iradelerine öncelik verdiği görülmektedir. Tarafların açıkça tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tayin etmedikleri hallerde Türk maddi hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 27.

¹⁸⁶ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 89.

¹⁸⁷ Born, *International Commercial Arbitration*, 92; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 89; Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Klostları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69, no:3 (2020), 1496.

¹⁸⁸ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 89.

¹⁸⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 89.

E. Tahkim Prosedürüne Uygulanacak Hukuk

1. Tahkim Prosedürüne Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Yargılama prosedürünün devlet yargısı mevzu bahis olduğunda mahkemenin kendi hukuku olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Nitekim usul hukukuna *lex fori* ilkesi hâkimdir. Usul hukuku meseleleri söz konusu olduğunda, uygulanacak kanunlar ihtilafı prosedürü izlenmez ve doğrudan *lex fori* uygulanır.¹⁹⁰

Özel yargılama usulü olan tahkim yargılamasında ise hakem heyetinin bir *lex fori*'si olmadığı için *lex fori* ilkesinin izlenmesi söz konusu değildir.¹⁹¹ Tahkim prosedürüne uygulanan hukuk, tahkimin ne şekilde yapılacağını, hakem heyetinin kurulmasını, uygulama usulünü, delillerin değerlendirilmesini ve karara varılması aşamasını ve söz konusu kararların sonuçlarını içine alan bir meseledir.¹⁹²

Alman hukuku tahkim prosedürüne uygulanacak hukuk bakımından UNICITRAL Model Kanunu esas alan düzenlemelerle beraber, esasa uygulanacak hukuk açısından öngördüğü irade serbestisi ilkesinden vazgeçerek ülkesellik ilkesini benimsemiştir.¹⁹³ ZPO § 1043'e göre usul hukukuna ilişkin meselelerde Alman hukukunun uygulanması tercih edilmiştir. Ancak taraflar tahkim anlaşmasına bir hüküm koyarak veya ZPO 10. Kitabına, DIS, UNICITRAL Tahkim Kuralları, ICC Tahkim Kuralları veya Londra Milletlerarası

¹⁹⁰ Lew, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause," 135.

¹⁹¹ Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 351; Lew, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, 135; Işık, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, 114.

¹⁹² Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 79.

¹⁹³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 99.

Tahkim Mahkemesi Kuralları gibi mevcut tahkim kurallarına atıf yaparak, aralarında anlaşarak uygulanacak usul hukuku kurallarını belirleyebilirler. (ZPO § 1042 (3)) Bu doğrultuda 1998 reformu ile irade serbestisi ilkesinin terk edildiğini söylemek yanlış olacaktır.

Tahkim prosedürüne uygulanacak hukuka ilişkin Türk hukukunda MTK m. 8 ile açık bir düzenleme getirilerek, tarafların bu kanunun emredici hükümleri saklı kalmak üzere, hakem veya hakem heyetinin uygulayacağı yargılama kurallarını serbestçe kararlaştırabileceği veya bir kanuna, milletlerarası ya da kurumsal tahkim düzenlemelerine atıf yaparak belirleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmaması halinde hakem veya hakem heyeti, tahkim prosedürünü MTK'ya göre yürütecektir. Bu doğrultuda Alman hukukundaki uygulama ile oldukça benzer bir şekilde irade serbestisi ilkesinin MTK'nın emredici hükümleriyle sınırlandırılmış olduğunu görüyoruz.

2. Kompetenz-Kompetenz İlkesi

Almanca bir kavram olan *Kompetenz-kompetenz*, hakem heyetinin tahkim sözleşmesinin var olup olmadığına, geçerliliğine, hukukiliğine ve tarafları konusunda kendi yargılama yetkisine ilişkin karar verme yetkisine işaret eder.¹⁹⁴ *Kompetenz-kompetenz* doktrini ve yargılama yetkisinin hakem heyeti ve ulusal mahkemeler arasında ayrıştırılması yakından ilişkilidir.

ZPO § 1040 (1) şu şekildedir; “*hakem veya hakem heyeti kendi yetkisi ya da tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme*

¹⁹⁴ Born, *International Commercial Arbitration*, 862; Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 44; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 102; Leyla Berber-Keser, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi,” *Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı*, (Ankara: 2001),123.

yetkisini haizdir. Bu durumda, tahkim anlaşması asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilir.” Buna göre hakem heyeti taraflar ve devlet mahkemeleri için bağlayıcı etkisi olan geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı konusunda münhasır karar verme yetkisine sahiptir.¹⁹⁵ ZPO § 1040 hükmü esas olarak UNCITRAL Model Kanununun 16. maddesine benzemektedir. Her iki düzenleme, hakem heyetinin ara bir karar ile kendi yetkisini belirleyebilmesine olanak tanımaktadır. Hakemlerin kendi yetkilerini belirledikleri ara kararlara da ZPO § 1040 (3) uyarınca bir ay içinde ulusal mahkemeye başvurularak itiraz edilmesinin mümkün olduğunu belirtmek gerekir.¹⁹⁶ Bu durumda ZPO § 1040 (3)’e göre hakem heyeti değil, ulusal mahkemenin vereceği karar hakem heyetinin yetkisini belirlemektedir.¹⁹⁷ Dolayısıyla hakem heyetinin yetkisine ilişkin verilecek kararlar ulusal mahkeme denetiminin etkisi altında kalmaktadır.¹⁹⁸ Hükmün kaleme alınmasında etkili olan neden ise özel kişilerden oluşan hakem heyetine karşı mutlak bir güvenin mevcut

¹⁹⁵ Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, 176; Berber-Keser, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi,” 127; İbrahim Özbay, “1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler”, *Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP’E Armağan Cilt 2*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2003), 1062.

¹⁹⁶ Nazlı Töre, “Tahkim Yargılamasında Kompetenz- Kompetenz Prensibi,” *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 11 no:6 (2019); 214; Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan*, no: 1 (2011), 364.

¹⁹⁷ Born, *International Commercial Arbitration*, 899; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 107ff.

¹⁹⁸ Berber-Keser, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi,” 123; Wagner, “Country Reports, Germany,” 705; Born, *International Commercial Arbitration*, 899.

olmamasıdır.¹⁹⁹ Bu durumda hakem heyetinin sahip olduğu *kompetenz kompetenz* yetkisi geçici nitelikte bir yetki olarak kabul edilmektedir.²⁰⁰

Türk hukukunda *kompetenz kompetenz* prensibi HMK 422/I ve MTK m. 7(H) hükümleri ile kabul edilmiştir.²⁰¹ Söz konusu hükümler uyarınca hakemlerin kendi yetkileri hakkında kendilerinin karar verme yetkilerinin olduğu kaleme alınmıştır. Buna göre hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken bir sözleşmede yer alan tahkim şartı sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir.²⁰² Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.²⁰³ MTK m. 7(H) hükmü, ZPO § 1040 (1) ile büyük benzerlik göstermektedir. Nitekim MTK m. 7 (H)'de UNCITRAL Model Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında ve ZPO § 1040 (3)'de düzenlenen hakem heyetinin verdiği yetkiye ilişkin kararlara karşı mahkemeye başvuru imkânı düzenlenmemiştir.²⁰⁴ Hakemler yetkili olduklarına karar verirlerse tahkim yargılamasına devam edilir ve hakemler

¹⁹⁹ Berber-Keser, "Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi," 123.

²⁰⁰ Bilgehan Yeşilova, "Tahkim İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Mahkemelerde Yapılacak Denetim ve Sonuçları," *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi* Özel Sayı no: 11 (2009), 743; Born, *International Commercial Arbitration*, 1050; Peter Huber ve Ivo Bach, *Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts*, (SchiedsVZ, 2005), 99.

²⁰¹ Recep Çakrak, "Kompetenz Kompetenz Prensibi," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no: 31 (2018): 660.

²⁰² Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması*, 357.

²⁰³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 109.

²⁰⁴ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 109.

uyuşmazlığın esası hakkında karar verirler.²⁰⁵ MTK'nın 15/A/1/d hükmüne göre hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin doğrudan ulusal mahkemelere başvuru imkânı tanıyan ZPO'nun ilgili düzenlemesinden farklı olarak hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki kararlarına karşı mahkemelerde yapılabilecek itiraz yalnızca iptal davasında gündeme gelebilecektir.²⁰⁶

F. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

Tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen taraflar uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarını kendi aralarında kararlaştırabilirler ve hakem heyeti tarafların seçtiği hukuk kurallarıyla bağlıdır. (ZPO § 1051 (1)) Eğer taraflar herhangi bir hukuk seçimi yapmamışlarsa hakem heyeti uyuşmazlıkla en yakın bağlantılı hukuk kurallarını uygulayarak uyuşmazlığı çözer. (ZPO § 1051(2)) Uygulamada en sıkı bağlantılı hukuk kanunlar ihtilafı hukukunun genel prensipleri uyarınca belirlenmektedir. Uygulanacak hukuk noktasında ZPO, maddi hukuk kurallarının uygulanmasını uygun görmüştür.²⁰⁷ Yani atfı reddetmiştir.

Alman mahkemelerinin ve tahkim yeri Almanya'da olan hakem heyetlerinin genel olarak tarafların kişisel hukukunu belirli uyuşmazlıklara uyguladıkları görülmektedir. Örneğin bir

²⁰⁵ Esen, "Kompetenz-Kompetenz Prensibi," 376; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* 408; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 109.

²⁰⁶ Esen, "Kompetenz-Kompetenz Prensibi," 376; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 408; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 109

²⁰⁷ Rolf Trittman ve Boris Kasolowsky, "Arbitration in Germany," iç. *Arbitration World International Series*, Editör Karyl Nairn QC ve Patrick Heneghan, (Thomson Reuters, 2015), 538.

BGH kararında²⁰⁸ bir satıcının ehliyetinin işyerinin bulunduğu yer hukukuna göre belirleneceğine hükmedilmiştir.

ZPO § 1051 (1)'de hakem heyetinin taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtiği hukuk kurallarını uygulayarak karar vereceği düzenlenmiştir. Bu noktada tarafların ulusal hukuk dışında uluslararası sözleşme hükümlerini (CISG vb.) veya hukuk kurallarının birleştirilmesi için çaba harcayan kuruluşların kurallarını (örneğin, Uluslararası Ticari Akitlerle İlgili UNITDROIT prensipleri, Roma I Tüzüğü gibi) seçebilecekleri kabul edilmiştir.²⁰⁹

Almanya'nın konuyla ilişkili taraf olduğu bir başka sözleşme olan New York Sözleşmesi m. V/I (a)'nın uygulanması halinde taraflarca belirlenen hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanır. Hukuk seçimi yapılmadığında tahkim yeri, *lex loci arbitri*, Almanya ise Alman hukuku uygulama alanı bulur.

Türk hukukunda MTK m. 12(C) uyarınca hakem heyeti taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere belirledikleri hukuk kurallarına göre karar verecektir.²¹⁰ Sözleşme hükümlerini yorumlarken ve tamamlarken bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz önünde bulundurulur.²¹¹ Taraflarca bir devletin hukukunun seçilmiş olması halinde aksi belirtilmediği takdirde o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının değil, maddi hukukun seçilmiş olduğu kabul edilir. Bu noktada Alman hukukundaki uygulama ile benzer şekilde atfın reddedildiği görülmektedir. Tarafların uyuşmazlığın esasına

²⁰⁸ BGH, 23.04.1998, Erişim tarihi: Mayıs 11, 2021, www.bundesgerichtshof.de; Born, *International Commercial Arbitration*, 556.

²⁰⁹ Wagner, "Country Reports, Germany," 791; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 126.

²¹⁰ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 127.

²¹¹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 127.

uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde hakem veya hakem heyeti uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir. Hakem veya hakem kurulu ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir.²¹² (MTK m. 12/C/2).

G. Kamu Düzeni ve Müdahaleci Kurallar

1. Kamu Düzeni

Tahkimde kamu düzeni kavramı hakem kararının icrası, iptali ya da tenfizinde gündeme gelmektedir.²¹³ Kamu düzeni anlayışının ülkeden ülkeye değişiklik göstermesinden ve belirsiz bir kavram olmasından dolayı bir ülkede geçerli olan bir hakem kararı başka bir ülkede iptal edilebilir.²¹⁴

Kamu düzeni kavramı devletlerin hem iç hukuklarında, hem de milletlerarası özel hukuk kapsamında kullanılsa da devletlerin kamu düzeni kavramına ilişkin iç hukuk ile milletlerarası özel hukuk bakımından yaklaşımları arasında büyük farklılıkların bulunduğu görülmektedir.²¹⁵ Milletlerarası özel hukuk kapsamında kamu düzeninin uygulama alanı, iç hukuktaki kamu düzeninden daha dardır.²¹⁶ İç hukuka göre emredici kurallar olarak düzenlenen bazı konular, milletlerarası özel hukuk kapsamında kamu düzeninin gereği olarak dikkate alınmayabilirler.²¹⁷ Milletlerarası özel hukuk bakımından kamu

²¹² Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 170.

²¹³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 174.

²¹⁴ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 543; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 175.

²¹⁵ Şanlı, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, 375ff.

²¹⁶ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 543.

²¹⁷ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 543.

düzeni kavramı, yargılamanın konusuyla mukayese edilemeyecek kadar mühim ve mutlaka göz önünde bulundurulması gereken menfaatlerle alakalıdır.²¹⁸

Alman hukukunda kamu düzeni anlayışı milli ve milletlerarası olmak üzere birbirlerinden ayrılmıştır.²¹⁹ Bu bakımdan yerli tahkime uygulanacak kamu düzeni ve yabancı tahkime uygulanacak kamu düzeninin birbirlerinden ayrıldıkları görülmektedir. Bu noktada yerli tahkim, tahkim yerinin, *lex loci arbitri*'nin Almanya olduğu ve tahkim ilişkisinin taraflarının mutad meskeni veya yerleşim yerlerinin Almanya dışında olmadığı bir tahkimi ifade eder. Yabancı tahkim ise tahkim yerinin Almanya olmadığı tahkim yargılamaları için kullanılan bir kavramdır.²²⁰ Nitekim hakkaniyeti sağlamak adına Alman hukukunda her iki tahkim arasında uygulanacak kamu düzeni arasındaki farkın oldukça az olduğu görülmektedir.²²¹ Dolayısıyla bu fark nadiren yabancı hakem kararlarının iptali (ZPO § 1056(2) b = UNICITRAL Model Kanun m. 34(2)b ii) ve yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi (ZPO § 1061) noktasında kendini göstermektedir.

BGH bir kararında²²² Alman Anayasası tarafından garanti altına alınan yargılama sürecinin ve hukuki dinlenilme hakkının, hakem heyeti tarafından ihlal edilmesi gerekçesiyle Alman kamu düzeninin hem ulusal, hem de uluslararası açıdan ihlal edildiğine hükmetmiştir. Anılan BGH kararında, yerli bir hakem kararı olan kararın iptaline karar verilmiş ve söz konusu kararın bir yabancı hakem kararı olması halinde de kamu düzeninin ihlaline karar verileceğinin altı çizilmiştir. Yabancı bir hakem kararının bu noktada New York Sözleşmesi m. 5/2(b)'ye göre

²¹⁸ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 261.

²¹⁹ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 261.

²²⁰ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 43.

²²¹ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 261.

²²² BGH, 15.01.2009 – III ZB 83/07, Erişim Tarihi: 14 Haziran 2021.

kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilir. New York Sözleşmesi m. 5/2(a)'ya göre ulusal mahkeme kamu düzenini *lex fori*'ye göre belirleyecektir.

Anayasal ilkeleri ihlal etmediği sürece Alman mahkemeleri genel olarak yerli bir hakem kararını kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etme veya yabancı hakem kararını tanımama veya tenfiz etmeme yoluna gitmemektedir. Bu noktada kararın hukukun genel ilkelerine tamamen aykırı veya Anayasa'da düzenlenen temel hakları ihlal etmesi, kamu düzenin ihlal edilmiş kabul edilmesi için gereklidir.²²³

2006 yılında verilen Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi (*München Oberlandesgerichte*) kararında, tarafları buz patenci *Claudia Pechstein* ve Dünya Buz Pateni Federasyonu olan davada²²⁴ tahkim anlaşmasının tek taraflı olarak güçsüz tarafa dayatılması ve bir tarafın hâkim durumunu kullanarak diğer tarafı tahkim sözleşmesi yapmaya zorlaması Alman hukukunun temel ilkelerine aykırılık olarak kabul edilmiştir. Aynı kararda, rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin Alman kamu düzeninin bir parçası niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde bir kişinin hak arama hürriyetinden yoksun bırakılmasının da, Alman hukukunun temel ilkelerine ve bu doğrultuda kamu düzenine aykırı olacağı ifade edilmiştir.

Kamu düzenini ihlal eden hakem kararlarına ilişkin genel bir kural olmasa da, bazı BGH kararlarına göre kamu düzeninin ihlaline sebep teşkil eden hallere örnek verebilmek mümkündür. Bunlardan bazılarına;

²²³ BGH, 28.01.2014 – III ZB 40/13, www.bundesgerichtshof.de, Erişim Tarihi: 14 Haziran 2021.

²²⁴ OLG, 17.05.2006 T. WM 2995, 1556, Erişim tarihi: Mayıs 14, 2021 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20M%Cnchen&Datum=17.05.2006&Aktenzeichen=7%20U%201781/06>.

Hakem heyetinin bir olaya ilişkin yazılı hukuk kuralını doğru veya hiç uygulamadığı,²²⁵

Hakem heyetinin taraflardan biri veya diğeri tarafından ibraz edilen belgeleri, delilleri yok sayması ve bu durumdan diğeri tarafın bilgisinin olması ve diğeri tarafın söz konusu belge veya delillerin değiştirildiğini veya sahte olduğunu iddia etmediği,²²⁶

Hakem heyetinin, Alman Medeni Kanunundaki zaman yönünden intibak hükümlerini yanlış uyguladığı,²²⁷

Hakem heyeti üyesi olan hakemlerden birinin, ulusal mahkemede hâkim olduğu ve yetkili makamdan hakem olmaya ilişkin yetki almadığı,²²⁸

haller örnek olarak gösterilebilir.

Türk hukukunda MTK m. 15/A/2/b uyarınca bir hakem kararının Türkiye’de icra edilmesi ve hukuki sonuçlarını doğurması kamu düzeni bakımından aykırı sonuçlar gündeme getirecekse bu durum mahkeme tarafından re’sen incelenerek karara bağlanacak bir iptal sebebidir. Belirtmek gerekir ki bu durumda her aykırılık halinin değil, bâriz ve tahammül edilemez bir aykırılığın söz konusu olması gerekir.²²⁹ Türk hukukunda hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu başlıca haller hakem kararının konusu itibariyle kamu düzenine

²²⁵ BGH, 14.01.2016 – I ZB, Erişim tarihi: Mayıs 12, 2021 www.bundesgerichtshof.de.

²²⁶ BGH, 28.01.2016 – I ZB 37/15, Erişim tarihi: Mayıs 14, www.bundesgerichtshof.de.

²²⁷ BGH, 10.03.2016 – I ZB 100/14, Erişim tarihi: Mayıs 14, www.bundesgerichtshof.de.

²²⁸ BGH, 10.03.2016 – I ZB 100/14, Erişim tarihi: Mayıs 14, www.bundesgerichtshof.de.

²²⁹ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 172.

aykırılık teşkil etmesi, hakemlerin bağımsızlığı ya da yargılama usullerinin kamu düzenine aykırı olması hususlarında ortaya çıkmaktadır.²³⁰ Ulusal mahkeme kamu düzeninin etkisini, hakem kararının iptali ve hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamalarında *lex fori* uyarınca değerlendirecektir.²³¹

Milli ve milletlerarası kamu düzeni kavramlarının Türk hukukunda birbirlerinden tam anlamıyla ayrıldığı söylenemez.²³² İç hukuktaki kamu düzeni kavramı uyarınca toplumun yapısını ve menfaatlerini muhafaza eden ve uyulması zorunlu olan kamu hukuku ve özel hukuk kurallarının bütünü kast edilmektedir. Bu doğrultuda kamu düzenine aykırılık Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere, Türk maddi hukuk düzenlemelerinin öngördüğü temel ilkelere ve ahlak anlayışına aykırılık olarak tarif edilebilir.²³³ Nitekim milletlerarası özel hukuk nezdinde öngörülen kamu düzeni daha dar bir uygulama alanına sahip olduğundan Alman hukukundaki yaklaşımın uygulanması milletlerarası tahkimin nitelikleriyle daha fazla uygunluk göstermektedir.

2. Müdahaleci Kurallar

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakem heyetinin ulusal mahkemelerden farklı bir biçimde bağlı buldukları bir devlet bulunmadığından, uygulanacak hukuku belirlemek bakımından daha serbest oldukları söylenebilir.²³⁴

²³⁰ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 543.

²³¹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 131.

²³² Yargıtay'ın Türk milli kamu düzeni kavramının korunması gerektiği yönünde vermiş olduğu karar için bkz. Y. 13. HD., 2012/8425 E., 2012/10348K., 17.04.2012, Erişim tarihi: Haziran 29, 2021, <https://legal.com.tr>.

²³³ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 543.

²³⁴ Born, *International Commercial Arbitration*, 2710; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması*, 292, 293; Şanlı, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, 61.

Alman hakem heyeti kamu politikasının gerektirdiği hallerde doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına karar verebilir. Söz konusu kurallar bazı sebeplerden dolayı uygulanabilir. Örneğin bu kurallar tahkim yeri hukuku olan Alman hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olabilir veya bu kurallar, uyuşmazlığa konu olan hukuki ilişki ile yakın ilişkili olabilirler. Söz konusu doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak; Anayasa'da belirlenen hukukun genel ilkelerine aykırı durumlar, rekabet hukukundan kaynaklanan bazı sınırlamalar ve bazı ticari yasaklamalar vb. (ticari ambargo gibi)²³⁵ gösterilebilir.²³⁶

SONUÇ

Tahkim esas olarak özel hukuk alanına ilişkin uyuşmazlıklar için ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak karşımıza çıkmakta ve tahkime elverişli kabul edilen hukuki bir uyuşmazlığın tarafları arasında yapılacak olan anlaşmaya dayanmaktadır.

ZPO 10. Kitabında yer alan tahkime ilişkin düzenlemelere bakıldığında milli ve milletlerarası tahkim arasında bir ayrım bulunmadığı görülmektedir. Yerli ve yabancı tahkime ilişkin bütün tahkim kurallarını kapsayan tek bir düzenlemenin yapılması, milli ve milletlerarası düzeyde tahkime ilişkin yeknesak bir uygulama oluşturulabilmesini sağlamaktadır. Bu noktada ZPO'nun 10. Kitabı kaleme alınırken tahkim alanında milletlerarası nitelikte kabul edilmiş prensipler dikkate alınarak,

²³⁵ Trittmann ve Kasolowsky, "Arbitration in Germany," 550.

²³⁶ Türk hukukunda gümrük, uyuşturucu maddelerin satışı ve kambiyo mevzuatıyla ilgili hükümlerin çoğu müdahaleci kural niteliğindedir. Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8ff.; Cemre Tüysüz, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7, no: 14,(2019); Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 180ff.

ulusal ve uluslararası düzeyde bütün hakem kararları bakımından geçerli olacak liberal düzenlemelerin hazırlanması amaçlanmıştır. Türk hukukunda ise yabancılık unsuru barındırmayan, bütünüyle bir ülkeyi ilgilendiren tahkim ilişkisinin tâbi olduğu düzenlemeler yabancılık unsuru barındıran ve bu sebeple milletlerarası karakter kazanan tahkim ilişkisi bakımından yeterli olmadığından, milletlerarası tahkim kuralları özel kurallar olarak ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. Her iki sisteminde kendi içinde avantajları ve dezavantajları bulunmakla beraber, Alman tahkim sistemine liberal karakterini verme noktasında yerli ve yabancı tahkim ayırımının öneminin büyük olduğunu belirtmemiz gerekir.

Alman hukukunda hangi meselelerin tahkime elverişli olduğuna ilişkin ZPO § 1030(1)'e bakıldığında tahkime elverişlilik kavramının Türk Hukukuna kıyasla oldukça geniş bir şekilde ele alındığı, ekonomik menfaat içeren bütün taleplerin (*vermögesrechtlicher Anspruch*) tahkime elverişli olduğu görülmektedir. Tahkime elverişlilik konusunda, Alman kanun koyucusunun geniş yaklaşımı, taraflar için serbest tasarruf hakkı (*free disposition*) olarak nitelendirilmiştir. Alman hukukunda *free disposition* ilkesinin benimsenmesi, tahkime elverişliliğin kapsamının geniş tutulması, daha fazla uyumsuzluğun tahkim yargılaması ile çözülebilmesine olanak tanımaktadır. Bu bakımdan Alman mahkemelerinin uyumsuzlukların çözümünde tahkim yanlısı bir tavır içinde olmaları, pratik manada tahkimin yaygınlaşmasına ve bir gelenek haline gelmesine neden olmaktadır.

Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuka ilişkin Alman hukukunda, Türk hukuku ile benzer şekilde, uyumsuzluk hakem heyetinin önündeyken, mahkeme önündeyken, hakem kararının tanınması veya tenfizi aşamasında veya hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulduğunda ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Hakem önündeki aşama hakkında Alman hukukunun benimsediği tahkim yeri hukukuna Türk

hukukunda doktrinde sıcak bakılmadığı görülmektedir. Diğer aşamalar için aynı bağlama noktalarına işaret edildiği görülmektedir.

Tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği, Alman ve Türk hukuklarında şekil ve ehliyet meselelerinden bağımsız bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki hukuk sisteminde de tahkim anlaşmasının esastan geçersizliği, tahkim anlaşmasının ulusal mahkeme önünde, hakem heyeti önünde, iptal davası aşamasında, hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında ileri sürülebilir. Alman hukukunda ulusal mahkeme önünde tarafların iradesi ve tahkim yeri bağlama noktası dikkate alınır. Hakem heyeti önündeki aşamada ise tahkim yeri hukuku ve uyuşmazlığın esasına uygulanan hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması konusunda görüşler ileri sürülmektedir. İptal davası aşamasında ise *lex fori*'nin uygulanması söz konusudur. Türk hukukunda ulusal mahkeme önündeki aşama bakımından Alman hukukundakine benzer şekilde taraf iradelerine öncelik tanınmıştır. Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde Türk hukuku uygulanacaktır. Hakem heyeti önündeki aşamada tahkim yeri hukuku, iptal davası aşamasında ise hukuk seçimi yapılmadığı halde Türk hukukunun uygulanması gündeme gelecektir.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi Alman ve Türk hukuklarında kabul edilmektedir. Alman hukukunda tahkimin etkinliğini ve özerkliğini sağladığı kabul edilen *kompetenz kompetenz* ilkesine göre hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisini haiz oldukları ZPO § 1040 (1)'deki hüküm uyarınca kabul edilmekle beraber, ZPO § 1040 (3)'te düzenlenen hüküm hakem heyetinin yetkisini sınırlı, geçici bir yetki haline getirmektedir. Türk hukukunda MTK m. 7/H hükmü ZPO § 1040 (1)'deki hükümle aynı şekilde düzenlenmiştir. Türk ve Alman hukukları arasında bu konuda farklılık, MTK m. 7 (H)'de, ZPO § 1040 (3)'de düzenlenen hakem heyetinin verdiği yetkiye ilişkin kararlara karşı mahkemeye başvuru imkânının düzenlenmemesi

noktasında ortaya çıkmaktadır. MTK m. 15/A/1/d'ye göre hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin kararları hakkında ulusal mahkemelere başvuru imkânı tanıyan ZPO § 1040 (3)'ten farklı bir şekilde, hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin kararlarına karşı mahkemelerde yapılabilecek itiraz sadece iptal davasında gündeme gelebilecektir.

Kamu düzeni konusunda anayasal ilkeleri ihlal etmediği sürece Alman mahkemeleri genel olarak yerli bir hakem kararını, kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etme veya yabancı hakem kararını tanımama veya tenfiz etmeme yoluna gitmemektedir. Bu noktada kararın hukukun genel ilkelerine tamamen aykırı olması veya Anayasa'da düzenlenen temel hakları ihlal etmesi, kamu düzenin ihlal edilmiş kabul edilmesi için gereklidir. Ülkemizde de kamu düzenine aykırılık nedeniyle hakem kararlarının içeriğine müdahale edilmesi söz konusu değildir. Bu anlamda Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu kadar geniş kapsamlı olmamak kaydıyla kamu düzeni oldukça dar bir şekilde uygulanmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek aldığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Averdick, Otto. *Die Haftung des Schiedsspruch nach gemeinem recht und nach Bürgerliche Gesetzbuche*. Freiburg: Diss, 1904.
- Aydemir, Fatih. *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Barth, Marcel ve Gerhard Wegen. *International Arbitration in Germany A Handbook*. Beck/Hart, 2019.
- Berber-Keser, Leyla. "Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi." iç. *Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı*, 123-139. Ankara: Seçkin Yayınları, 2001.
- Bilgehan Yeşilova. "Tahkim İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları." *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, no: 11 (2009): 739-818.
- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern ve Martin Hunter. *Redfern Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. Netherlands: Kluwer Law International, 2009.
- Böcktiel, Karl Heinz, Stefan Micheal Kröll, ve Patricia Nacimiento, *Arbitration in Germany*. Wolters Kluwer, 2015.
- Brekoulakis, Stavros "Law Applicable to Arbitrability." iç. *Arbitrability Internatioal & Comparative Perspectives*, Editörler Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, 99-121. Wolters Kluwer, 2009.
- Brekoulakis, Stavros. "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited lex fori." Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper, 2009.

- Budak, Ali Cem. "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri." *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, no: 1 (2012): 31-60.
- Can, Mustafa Cemre. "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, no:2 (2020):1349-1370.
- Chuckwumerije, Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*. Oceana Publications Inc, 2000.
- Çakrak, Recep. "Kompetenz Kompetenz Prensibi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no: 31 (2018): 659-668.
- Çavuşoğlu Uyanık, Ayfer. "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no: 1 (2012): 67-108.
- Dalhuisen, Jan Hendrik. *International Insolvency and Bankruptcy*. New York: 1986.
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Savaş Yayınevi, 2021.
- Ekşi, Nuray. "Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, no: 23 (2011): 295-338.
- Ertekin, Erol, ve İzzet Karataş. *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.
- Esen, Emre. "Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan*, no: 1 (2011): 355-381.
- Geimer, Reinhold. *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationale Zustaendigkeit bei der Anerkennung auslaendischer Urteile*. Bielefeld: 1966.

- Hanatiau, Bernard. "The Law Applicable to Arbitrability," *Singapoure Law Journal*, (2014): 882-884.
- Huber, Peter, ve Ivo Bach. "Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts." *SchiedsVZ* (2005):98-100.
- Huysal, Burak. Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk: Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Kurallarıyla Birlikte. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.
- Huysal, Burak. Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010.
- Işık, Fatih. Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2015.
- Kahn, Rudolf. "Arbitration in England and Germany, A Study In Comparative Legislation And Conflict Of Laws," (1930), Erişim tarihi: Haziran 9, 2021. www.heinonline.com.
- Kalpsüz, Turgut. "Tahkim Anlaşması." *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, no: 2 (2003): 1027-1053.
- Karim, Youssef. "The Death of Inarbitrability." iç. *Arbitrability Internatioal & Comparative Perspectives*, Editörler Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, 47-69. Wolters Kluwer, 2009.
- Kocasakal Özdemir, Hatice. *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*. Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Konyalı, Sinancan. "Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Ticari Şirketlerin Yerleşme ve Serbest Dolaşım Özgürlüğü." *International Journal of Social Inquiry* 8, no:2 (2017): 115-153.
- Lazic, Vesna. *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*. 1998.
- Lew, Julian, Loukas Misteris ve Stefan Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer, 2003.

- Lew, Julian. "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause." *ICCA Congress Series No:9*, editör Albert Jan van den Berg, 114-145. Kluwer Law International, 1999.
- Liebscher, Cristoph. "Insolvency and Arbitrability." İç. *Arbitrability Internatioal & Comparative Perspectives*, Editörler Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, 165-179. Wolters Kluwer, 2009.
- Lörcher, Gino. "Yeni Alman Tahkim Kanunu," Çeviren İbrahim Özbay ve Zekeriyya Arı, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 3-4 (2001): 29-40.
- Lörchner, Torsten. "Arbitration in Germany," İç. *CMS Guide to Arbitration*, editörler Torsten Lörcher, Guy Pendell ve Jeremy Wilson, 367-387, 2012.
- Magnus, Ulrich, ve Peter Mankowski. *Brussels I Regulation*. München: 2012.
- Manja, Epping. *Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reforms des deutschen Schiedsverfahrensrecht*. München: 1999.
- Mistelis, Loukas. "Arbitrability-International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue?," iç. *Arbitrability Internatioal & Comparative Perspectives*, Editörler Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, 1-15. Wolters Kluwer, 2009.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2017.
- Nomer, Ergin. *Milletlerarası Usul Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Özbay, İbrahim. "1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler." *Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP'E Armağan Cilt 2*, 1055-1079. İstanbul: Beta Yayınevi, 2003.

- Özel, Sibel. "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no:1 (2017): 23 (2017): 303-323.
- Özel, Sibel. Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri. İstanbul: Legal Yayınevi, 2008.
- Poudret, Jean François, ve Sebastian Beson. *Comperative Law of International Arbitration*. London: Sweet&Maxwell, 2007.
- Raeschke Kessler, Hilmar. *The International Arbitration Review*. 2019.
- Rajoo, Sundra. *Law, Practice and Procedure of Arbitration*. Datuk: LexisNexis, 2018.
- Sadroleşrafi, Hüseyin Ali. "Türk 'Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkında Görüşler." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, no: 25-26 (2005-2006): 317-366.
- Schlosser, Peter. "Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag." iç. *Law of International Business and Dispute Settlement In The 21st Century*, Editör Robert Briner, 697-713. (2001)
- Schlosser, Peter. *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. Tübingen: 1989.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen, ve İnci Ataman Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021)
- Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara:1986.
- Şanlı, Cemal. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.
- Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.

- Şit, Banu. Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi. Ankara: İmaj Yayınevi, 2005.
- Taşkın, Alim. *Hakem Sözleşmesi*. Ankara: Turhan Yayınevi, 2015.
- Tekinalp, Gülören. Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Töre, Nazlı. "Tahkim Yargılamasında Kompetenz- Kompetenz Prensibi." *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 11, no:6 (2019): 208-216.
- Trittmann, Rolf, ve Boris Kasolowsky. "Arbitration in Germany." iç. *Arbitration World International Series*, editörler Karyl Nairn QC ve Patrick Heneghan, 533-553. Thomson Reuters, 2015.
- Tüysüz, Cemre. "Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7, no: 14, (2019): 463 – 500.
- van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Kluwer, 1981.
- Vorpeil, Klaus. *deutsches internationales privatrecht*. Gau-Bickelheim, 2020.
- Wagner, Gerhard. "Country Reports, Germany," iç. *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, editör Frank-Bernd Weigand, 685, 2002
- Weigand, Frank-Bernd. *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*. Oxford: 2009.
- Wilhelmsen, Louise Hauberg. *International Commercial Arbitration and the Brussels I Regulation*. Denmark: Elgar Publishing, 2018.
- Year Book Commercial Arbitration*, Editör Albert Jan van den Berg, Volume XXX (Kluwer International, 2005)
- Year Book Commercial Arbitration*, Editör Albert Jan van den Berg, Volume XXXVII (Kluwer International, 2012)

Yeşilova, Bilgehan. "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no: 76, (2008): 83-164,

Yeşilova, Bilgehan. Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008.

Yılmaz, Süleyman, ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu. "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Klotları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, no:3 (2020):1475-1504.

İnternet Kaynakları

<https://dejure.org/>

<https://europa.europa.eu/>

<https://legal.com.tr>

https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU%282015%29509988_EN.pdf,

www.bundesgerichtshof.de

www.kazanci.com

www.lexpera.com