

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Alman Federal Mahkemesi’nin Yabancı Hakem Kararının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi Talebinin Reddine İlişkin 9 Mart 2023 Tarihli Kararı ve Güncel Gelişmeler Işığında Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

The Law Applicable to Arbitration Agreements in Light of the Decision of the German Federal Court Dated 9 March 2023 on the Refusal to Enforce A Foreign Arbitral Award Against Third Parties and Recent Developments

Banu Şit Köşgeroğlu* 

Öz

Bu çalışmada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından zımnî hukuk seçimi ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun rolü ele almaktadır. Son dönemde çeşitli hukuk düzenlerinde yüksek mahkemeler bu konuya ilişkin olarak birbirinden farklı eğilimler göstermiştir. Alman Federal Mahkemesi tarafından 9 Mart 2023 tarihinde verilen bir karar bu anlamda dikkat çekicidir. Kararda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnen seçildiği kabul edilmiş olup, benzer kararlar İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından da daha önce verilmiştir. Diğer bazı hukuk düzenlerinde de zımnî hukuk seçimi ve/veya en sıkı ilişkili hukuk değerlendirmeleri yapılarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlendiği görülmektedir. Son dönemde İngiliz Hukuk Komisyonu tarafından zımnî hukuk seçimini bertaraf eden bir yasa değişikliği önerisi getirilmiş olması, bu konuda hukukî kesinliğin öne çıkarılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, grup şirketler, zımnî hukuk seçimi

Abstract

This study covers the implied choice of law and the role of the law applicable to the main contract in determining the law to be applied to the arbitration agreement. Recently, high courts in various legal systems have shown different tendencies regarding this issue. A decision made by the German Federal Court on March 9, 2023 is remarkable in this sense. In the decision, it was accepted that the law applicable to the arbitration agreement was implicitly chosen, and the English Supreme Court previously gave similar decisions. In some other legal systems, it is observed that the law applicable to the arbitration agreement is determined by making implied choice of law and/or the most closely connected law evaluations. The fact that the English Law Commission has recently proposed a law change that eliminates the implied choice of law reveals that legal certainty should be emphasized in this regard.

Keywords

Law applicable to the arbitration agreement, extension of the arbitration agreement to non-signatories, group companies, implied choice of law

* Sorumlu Yazar: Banu Şit Köşgeroğlu (Prof. Dr.), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: banusit@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8407-9446

Atf: Şit Köşgeroğlu B, “Alman Federal Mahkemesi’nin Yabancı Hakem Kararının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi Talebinin Reddine İlişkin 9 Mart 2023 Tarihli Kararı ve Güncel Gelişmeler Işığında Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk”. (2024) 44(2) PPIL 517. <https://doi.org/10.26650/ppil.2024.44.2.1470988>

Extended Summary

Determining the law applicable to an arbitration agreement is a controversial issue in various aspects. The increase in problems regarding the extension of arbitration agreements to third parties in practice has revealed the importance of determining the law applicable to the arbitration agreement. Essentially, it has become important whether the arbitration agreement is valid for the third parties subject to the extension request. However, in cases where there is no request to extend the arbitration agreement to third parties; it should not be overlooked that there are also invalidity claims among the existing parties.

The invalidity claims of arbitration agreements can be raised before arbitrators, as well as before state courts. Both in cases of annulment of arbitral awards and cases of enforcement of foreign arbitral awards, the validity of arbitration agreements and the determination of the law to be applied to arbitration agreements are handled by state courts. However, as will be seen below, the lack of a uniform regulation and/or practice regarding the law applicable to arbitration agreements has led to different decisions by the courts of various states on this issue. Particularly in cases of annulment of arbitral awards and/or requests for recognition and enforcement, decisions are made by the relevant state courts. These decisions are rendered according to the trends that dominate the issue of extension in the relevant legal systems. In this context, first of all, emphasis should be placed on determining the law applicable to the arbitration agreement depending on the intent of the parties. It is generally accepted that the law applicable to the arbitration agreement can be determined by the parties.

In other words, the parties can determine the law applicable to the arbitration agreement as well as the law applicable to the main contract. However, it is a fact that the parties generally do not include a separate choice of law clause to be applied to the arbitration agreement. In fact, the law applicable to the main contract is generally chosen but, the law applicable to the arbitration agreement has not been determined by the parties expressly. For this reason, the implied choice of law and the role of the law applicable to the main contract are mostly discussed.

Recently, high courts in various legal systems have demonstrated different tendencies regarding the law applicable to arbitration agreements, and contradicting evaluations have been made, especially regarding the extension of the arbitration agreement to third parties. While some higher courts consider the choice of law applicable to the main contract by the parties as an implied choice of law, others consider the determination of the seat of arbitration as an implied choice of law. In addition, where there is no choice of law, assessments have been made based on the most closely connected law, especially by the English courts.

A recent decision rendered by the German Federal Court on March 9, 2023, is noteworthy in this regard. The decision examines whether the arbitral award may

be enforced in the event that the arbitration agreement is extended to companies within a group of companies. The Federal Court upheld the rejection of the request for enforcement of the arbitral award after examining various issues. On appeal to the Federal Court, the Koblenz Regional High Court ruled that the arbitration agreement could not be extended to a third party. Although there are no detailed evaluations regarding the extension of the arbitration agreement to the companies in the group, it can be said that the decision reflects the perspective of German law. The Federal Court determined the applicable law to the arbitration agreement on the basis that the extension of the arbitration agreement to third parties is a matter of the law applicable to the substance of the arbitration agreement. The applicable law to the arbitration agreement was determined as German law, despite the seat of arbitration being Russia. Because the contract contained a choice of law clause indicating that the contract is subject to German law. The Court interpreted that the law applicable to the arbitration agreement was impliedly determined by the parties and concluded that the extension of the arbitration agreement to third parties under German law was not appropriate. Similarly, in some recent decisions of the English Supreme Court and the French Supreme Court on the requests for enforcement and annulment of arbitral awards, especially in some cases where the issue of extension to third parties is discussed, different principles are applied on the applicable law to the arbitration agreement and different conclusions are reached in parallel cases. Legal certainty and predictability have been undermined as a result of these different approaches. In this respect, the English Law Commission has recently proposed an amendment to the English Arbitration Act, which, if enacted, will eliminate the implied choice of law in determining the law applicable to the arbitration agreement in English law.

In this study, firstly, the dispute subject to the decision of the German Federal Court and the discussions regarding the determination of the applicable law to the arbitration agreement on the basis of this decision are discussed. For this purpose, firstly, information on the dispute subject to the decision is provided, and then the approach of some other legal systems and recent judicial decisions on the determination of the applicable law to the arbitration agreement are analyzed. In particular, taking into account the developments regarding the implied choice of the law applicable to the arbitration agreement by the parties, the appropriateness of the interpretations regarding the implied choice of the applicable law is discussed. Finally, the views on the determination of the applicable law in Turkish international arbitration law are evaluated.

It should also be noted that this study addresses the question of determination of the applicable law to the arbitration agreement in cases where the issue is discussed before the state courts, upon the first objection to arbitration, and upon requests for annulment or enforcement of arbitral awards.

Giriş

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiler bakımından geçerli olup olmadığı; bir diğer deyişle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesinin mümkün olup olmadığı genellikle bu hukuka göre değerlendirildiği için, zaman içinde daha çok önem kazanmış; ancak ulusal hukuk düzenlerinde, aşağıda görüleceği üzere, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin yeknesak bir düzenleme ve/veya uygulamanın bulunmaması bu konuda çeşitli devletlerin mahkemeleri tarafından farklı doğrultuda kararlar verilmesine yol açmıştır.

Özellikle hakem kararlarının iptali davalarında ve/veya tanıma – tenfiz talepleri üzerine konu ile ilgili devlet mahkemelerince karar verilmekte; bu kararlar ilgili hukuk düzenlerinde teşmil konusuna hâkim olan eğilimlere göre şekillenmektedir. Son dönemde Alman Federal Mahkemesi’nin (Federal Mahkeme) bir hakem kararının tenfizi talebi üzerine verdiği karar,¹ tahkim anlaşmasının şirketler grubuna dahil şirketlere teşmil edilmesi halinde, hakem kararının tenfizi imkânının bulunup bulunmadığının incelenmesi bakımından dikkat çekicidir. Federal Mahkeme, hakem kararının tenfizi talebinin reddini, çeşitli hususları inceledikten onamıştır. Federal Mahkeme’ye temyiz üzerine gelen Koblenz Bölge Yüksek Mahkemesi’nin kararında, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinin mümkün olmadığı gerekçesine başvurulmuştur. Tahkim anlaşmasının gruba dahil şirketlere teşmili ile ilgili ayrıntılı değerlendirmelere yer verilmiş olmasa da kararın Alman hukukuna ait bakış açısını yansıttığı söylenebilir. Federal Mahkeme, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka tâbi bir konu olduğundan hareketle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemiştir. Kararın bu çalışmaya konu edilen yönü de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, tahkim yeri Rusya olmasına karşın, tahkim kaydını içeren sözleşmede yer alan ve bu sözleşmeye uygulanacak hukuku gösteren kayıt uyarınca Alman hukuku olarak tespit edilmiş olmasıdır. Mahkeme, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca zımnen belirlendiği yorumuna yer vermiş ve bu temel üzerinde Alman hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinin yerinde olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Benzer şekilde, yine son zamanlarda İngiliz Yüksek Mahkemesi ve Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından hakem kararlarının tenfizi ve iptali talepleri üzerine, özellikle üçüncü kişilere teşmil meselesinin tartışıldığı bazı kararlarda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde farklı esaslardan hareket edildiği ve paralel davalarda farklı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir.²

Aşağıda öncelikle Alman Federal Mahkemesi kararına konu olan uyuşmazlık ve bu karar temelinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin tartışmalar ele alınmaktadır. Bu amaçla ilk olarak, karara konu uyuşmazlığa ilişkin

1 Karar için bkz. BGH, Beschluss vom 09.03.2023 - I ZB 33/22, <<https://openjur.de/u/2467450.html>> Erişim Tarihi 07.08.2023.

2 Bkz. aşağıda III. E.

bilgiler aktarılmakta; ardından tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti konusunda diğer bazı hukuk düzenlerinin yaklaşımı ve konuya ilişkin güncel yargı kararları incelenmektedir. Özellikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca zımnî olarak seçilmesi konusuna ilişkin gelişmeler dikkate alınarak uygulanacak hukukun zımnî belirlenmesi yönündeki yorumların yerindeliği tartışılmaktadır. Son olarak, Türk milletlerarası tahkim hukukunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin görüşler değerlendirilmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki, bu çalışmada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi sorunu, devlet mahkemeleri önünde, tahkim ilk itirazı üzerine, hakem kararlarının iptali veya tenfiz talepleri üzerine konunun tartışıldığı haller bakımından ele alınmaktadır.

I. Dava Konusu Uyuşmazlık ve Federal Mahkeme Tarafından Yapılan Değerlendirme

Tahkim konusu uyuşmazlıkta davacı ve Almanya'da tenfiz talebinde bulunan (başvurucu), Alman vatandaşı bir gerçek kişi olup, bu kişi Rusya'da kurulmuş birden fazla şirketin ortağıdır. Bu gerçek kişinin, ortağı ve genel müdürü olduğu ООО G. şirketi ise Rusya'da kurulu olup, tahkim yargılamasında davacı tarafta yer almıştır.

Davalılar ise, meyve suyu üretimi yapan bir şirketler grubuna dahil dört şirkettir. Bu şirketlerden biri holding şirketi olarak anılan Rusya'daki faaliyetler için kurulan şirkettir.

Alman Federal Mahkemesi'nin kararına göre,

“2003 yılında Davalı şirketler grubu, birinci davalı olan E.G. Russland Holding GmbH ve bunun bağlı şirketi St. Petersburg'da kurulu E.-G. R. (EGR) aracılığıyla Rus pazarında etkinlik kazanmak üzere faaliyete geçmeye karar vermiştir. Başlangıçta, başvurusunun şirketleri ile iş birliği yapılmıştır (start-up aşamasında).

Bu amaçla, davacı gerçek kişi, davacı şirketler ve davalı şirketler, Rusya'da meyve suyu sektöründeki faaliyetlerini genişletmek amacıyla 5 Mart 2007'de birtakım sözleşmeler (sözleşme paketi) akdetmişlerdir. Bunlar:

- EGR ile ООО G. arasında üç adet operasyonel sözleşme (üretim, acentalık ve dağıtım, depolama ve lojistik sözleşmeleri);

- Birinci davalı E.G. Russland Holding GmbH ile ООО A. Danışmanlık arasında opsiyon sözleşmesi;

- EGR ve birinci davalı E.G. Russland Holding GmbH bir yanda; tenfiz başvurusunda bulunan tarafından temsil edilen ООО G. ve ООО A. Danışmanlık, ZAO A.&Co. ve tenfiz başvurusunda bulunan Alman vatandaşı gerçek kişi diğer yanda olmak üzere akdedilen bir sulh anlaşması.

Söz konusu sulh anlaşması diğer hükümleri yanında aşağıdaki hükümleri içermektedir:

1. Sözleşmenin konusu

1.1. Taraflar, 2003 yılından beri Sözleşme Bölgesi içinde E. G. Group'un ürünlerinin üretilmesi ve pazarlanması ile ilgili ilişki içindedir.

1.2. Taraflar bu iş ilişkilerini genişletmek ve yeni sözleşme paketi akdederek yeni bir sözleşmesel temel üzerine yerleştirmek istemektedirler.

1.3. İşbu Anlaşma tarihinde yeni sözleşme paketinin akdedilmesiyle, taraflar sözleşmelerinden ve iş ilişkilerinden doğan aralarında mevcut bütün meseleleri ve karşılıklı talepleri bu Anlaşma ile nihai olarak çözmeyi istemektedirler.

8. Düzenlemelerin nihai karakteri

8.1. Taraflar, işbu Anlaşmanın imzalanması üzerine, taraflar arasında işbu Anlaşmada ele alınan hususlar ve iş ilişkilerinden kaynaklanan tüm muallak taleplerin nihai olarak çözüme kavuşturulacağını ve ayrıca işbu Anlaşma kapsamındaki ilgili yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle nihai olarak yerine getirileceğini kabul ederler.

8.2 İşbu Anlaşmanın tüm tarafları, kendileriyle ilişkili kişilerin de işbu Anlaşmada ele alınan hususlar ve iş ilişkilerinden kaynaklanan her türlü talepte bulunmaktan vazgeçeceklerini ve işbu Anlaşmanın nihai niteliğini kabul edeceklerini beyan ve taahhüt ederler. ...

11. Nihai hükümler

...

11.6. Bu Sözleşmeden kaynaklanan veya Sözleşmenin ihlali, feshi veya hükümsüzlüğü ile ilgili tüm anlaşmazlıklar, olağan mahkemeler hariç olmak üzere, Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Mahkemesi Tahkim Kurallarına uygun olarak 3 (üç) kişiden oluşan bir hakem heyeti tarafından nihai olarak çözülecektir. Tahkim yeri Moskova olacaktır. Tahkim yargılamasının dili Almanca olacaktır.

11.7 Bu sözleşme Alman hukukuna tabidir.

Üç operasyonel sözleşmenin her biri ayrıca Moskova Ticaret ve Sanayi Odası'ndaki tahkim mahkemesini ve yargılama dilinin Almanca olmasını kabul eden bir tahkim şartı içeriyordu. Operasyonel sözleşmeler Rus hukukuna tabidir. Opsiyon sözleşmesinin tahkim şartında ise, Alman hukukuna tabi olmak üzere, Alman Tahkim Kurumu (DIS) ile tahkim yerinin Frankfurt am Main ve yargılama dilinin Almanca olması kararlaştırılmıştır."

EGR, OOO G. ile yaptığı operasyonel sözleşmeleri 2007 yılı sonunda feshetmiş ve akabinde iflas takibine uğramış olup, iflas süreci OOO G.'nin mallarını da kapsamıştır.

2016 yılında davacı, davalılara ve E Group şirketlerinin eski yöneticilerine karşı Sulh Anlaşması m. 11.6'da yer alan tahkim kaydına dayanarak Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Tahkim Divanı nezdinde tahkim yargılaması başlatmıştır. Yukarıda görüldüğü üzere, Sulh Anlaşması m. 11.6'da bir tahkim kaydı yer almakta olup, tahkim dili olarak Almanca ve sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak da Alman hukuku seçilmiştir.

Tahkim talebinde bulunan davacı, EGR'nin 2008 yılında başlayan kurumsal varlıklarının planlı bir şekilde geri çekilmesi sırasında varlığını yok eden müdahaleler nedeniyle 68.228.226 Avro tutarında tazminat talep etmiştir.

Yetki ile ilgili itirazlar sonrasında hakem heyeti, davalıların, müştereken ve müteselsilen davacıya 49.024.599,75 Avro ile faiz ve masraflar tutarında tazminat ödemesine karar vermiştir. Rus mahkemesinde açılan hakem kararının iptali davası reddedilmiştir.

Koblenz Bölge Yüksek Mahkemesi'nin tenfiz talebi üzerine karar vermesine kadar olan süreçte, davalılar hakem kararının tenfizinin mümkün olmadığı yönünde menfi bir tespit talebinde bulunmuş; bu talep de reddedilmiştir.

Tenfiz talebi ise, tahkim anlaşmasının sadece tenfiz talebinde bulunan ile ilk davalı arasında akdedilen Sulh Anlaşması m. 11.6'da yer aldığı ve sadece bu Sulh Anlaşması'nın taraflarını bağladığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Tahkim anlaşmasının hükümlerinin ve yorumunun Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi) m. V(1)(a) uyarınca Alman hukukuna tâbi olduğu Bölge Yüksek Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir. Mahkeme kararına göre, hakem heyeti, kişi bakımından tahkim anlaşmasının kapsamını aşan bir karar vermiştir.

Bölge Yüksek Mahkemesi, New York Sözleşmesi m. II (2) anlamında tahkim anlaşmasının sadece tenfiz talebinde bulunan ile ilk davalı (*E.G. Russland Holding GmbH*) arasında var olduğunu; ikinci, üçüncü ve dördüncü davalının tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ve üçüncü kişi olarak tahkim anlaşmasının bu kişilere teşmil edilmediğini; hakem heyetinin tahkim anlaşmasının konu bakımından da kapsamını aşan bir karar verdiğini tespit etmiştir. Karara göre, New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca, eğer tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka göre veya taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa, hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçersiz ise, tanıma – tenfiz talebi reddedilebilir; Sulh Anlaşması m. 11.6'da yer alan tahkim anlaşması sadece başvuru ile ilk davalı arasında akdedilmiş olup diğer davalıların yetki itirazına etki tanınmamalıdır. Buna göre, Sulh Anlaşması 5 Mart 2007'de başvuru ve kendisinin ortak olduğu birkaç şirket ile, E Group tarafında

EGR'nin iki bağılı şirketi ve ilk davalı arasında imzalanmış; fakat ikinci, üçüncü ve dördüncü davalı bu anlaşmaya taraf olmamıştır.

Bölge Yüksek Mahkemesi, Sulh Anlaşması m. 11.6'da yer alan tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kişi bakımından kapsamının Alman hukukuna tabi olduğunu da teyit etmiştir. Buna göre, New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleyebilirler. Somut olayda taraflar esas sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmekle, zımnî olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da seçmişlerdir. Esas sözleşme, Alman hukuku ile yakın ilişkilidir. Tenfiz talebinde bulunan Alman vatandaşıdır ve sözleşme bir Alman şirketi ile E Group'a bağlı Rus şirketi EGR arasında akdedilmiştir. Sözleşme Alman hukukuna tâbi tutulmuş ve bütün taraflarca Almanya'da imzalanmıştır. Tahkim yeri olan Moskova'da cereyan edecek olan tahkimin dili olarak Almanca belirlenmiştir. Tahkim anlaşması bu ana sözleşmede yer almıştır. Nihaî olarak, sözleşmenin Almanca ve Rusça versiyonları arasında bir çelişki olduğunda Almanca metnin üstünlüğü kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre, iki tarafın menfaatleri makul bir şekilde değerlendirildiğinde, sözleşme bakımından Alman borçlar hukukunun ağırlık taşıdığı görülmektedir. Bu değerlendirme ile ters düşecek şekilde Rus hukukuna yapılan atıflar dikkate değer olmayıp, tenfiz talebinde bulunan tarafından da ileri sürülmemiştir.

Bölge Yüksek Mahkemesi'nin, kapsayıcı bir değerlendirme yaptığı; tahkim yerinin Moskova olduğunu da dikkate aldığı ve tarafların menfaatleri makul bir şekilde değerlendirildiğinde Alman hukukunun zımnî olarak seçildiği yorumunun ağır bastığı Federal Mahkeme tarafından teyit edilmiştir. Bu doğrultuda, Bölge Yüksek Mahkemesi'nin tahkim anlaşmasının 2, 3 ve 4 no'lu davalıları kapsamadığı yorumu yerinde görülmüştür. Aynı doğrultuda, hakem kararında tahkim anlaşmasının dürüstlük kuralı temelinde üçüncü kişilere teşmil edildiğinin varsayıldığı ve bu nedenle kararın tanınmadığı; bununla birlikte, 2, 3 ve 4 no'lu davalıların grup şirket oldukları gerekçesiyle de tanınmanın Alman hukukuna göre mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Alman hukukuna göre, tahkim anlaşmasının sözleşme tarafları ve halefleri için bağlayıcı olduğu vurgulanmıştır. Bu kuralın bir istisnası olarak, kişisel olarak sorumlu olan şirket ortaklarının tahkim anlaşması ile bağlılığının tanındığı belirtilmiştir.

Federal Mahkeme'ye göre, maddî hukuk anlamında müteselsil sorumluluk, usul hukuku alanında tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edileceği anlamına gelmez. Tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına ilişkin usul hukuku sorunu, maddî hukuka ilişkin duruma göre öncelik taşır ve usul hukuku uyarınca belirlenmesi gerekir. Bu doğrultuda hakem heyetinin, 2, 3 ve 4 no'lu davalılara ilişkin olarak yetkili olmadığına hükmetmesi gerekirdi. Ayrıca, tahkim yargılamasında davacı olan kişinin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilere karşı taleplerini devlet mahkemeleri önünde ileri sürmesi imkânının bulunduğu; davacının farklı yargı mercilerine başvurmaktan

kaçınma menfaati ile tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilerin tabîi hâkim ilkesi uyarınca korunması menfaati karşılaştırıldığında, üçüncü kişilerin korunması gereğinin ağır bastığı sonucuna ulaşılmıştır.

II. Alman Federal Mahkemesi Kararında Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Zımnî Olarak Belirlenmesi

Yukarıda görüldüğü üzere, Alman Federal Mahkemesi, New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin taraflarca seçilen hukuka veya taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa, hakem kararının verildiği yer hukukuna göre incelenmesi gereğine işaret etmiştir. Böylece Federal Mahkeme, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun öncelikle taraf iradelerine göre belirlenmesi esasını kabul etmiştir. Ancak somut olayda taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açık bir hukuk seçimi yapılmadığı tartışma konusu değildir. Mahkeme, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmadığını tespit ederek tahkim yeri hukuku olan Rus hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanması esasını öne çıkarmamış; bunun yerine taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnî de seçilebileceğini kabul etmiştir. Bu doğrultuda, diğer etkenler arasında özellikle Sulh Anlaşması m. 11.7'de yer alan ve uygulanacak hukuku Alman hukuku olarak gösteren hukuk seçimi kaydından hareketle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da zımnî seçtikleri ve tahkim anlaşmasının da Alman hukukuna tâbî tutulduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'nin zımnî hukuk seçimi yorumuna katkıda bulunan diğer unsurlar arasında tahkim dilinin Almanca olarak belirlenmesi, tenfiz talebinde bulunanın Alman vatandaşı olması, sözleşmenin bütün taraflarca Almanya'da imzalanmış olması, bir Alman şirketinin sözleşmeye taraf olması ve sözleşmenin Almanca metnine üstünlük tanınmasından bahsedilmiştir. Nihayetinde Federal Mahkeme, Bölge Mahkemesi'nin tahkim yerinin Rusya olması gerçeğini dikkate aldığını da ifade ettikten sonra, iki tarafın menfaatleri makul bir şekilde değerlendirildiğinde Alman hukukunun zımnî olarak seçildiği yorumuna geçerlilik tanımıştır. Bu unsurlar arasında, tahkim şartının yer aldığı Sulh Anlaşması'na uygulanmak üzere seçilen hukukun Alman hukuku olması en çok ağırlık taşıyan unsur olarak dikkat çekmektedir. Federal Mahkeme tarafından yapılan "tarafların menfaatleri makul bir şekilde değerlendirildiğinde" yorumunun ise, aslında zımnî hukuk seçiminin bir unsuru olmaması gerekir. Zira zımnî hukuk seçimi kabul edilecekse bile, bunun, taraf iradelerinin yorumlanması suretiyle belirlenebileceği; tarafların menfaatlerine ilişkin bir değerlendirmenin zımnî hukuk seçiminin var olup olmadığının ortaya konulmasında bir işlevinin olmaması gerektiği açıktır.³

3 Bayata Canyaş, A., "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi" (2011) 1(1) HÜHFD 113; Mario Giuliano and Paul Lagarde, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 1980, OJ C 282/17 para. 3(Giuliano-Lagarde Report); Özdemir Kocasakal, H., "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanacak Kuralları" (2010) 30(1-2) MHB 27, 45.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnî olarak seçilebileceği kabul edilmekle birlikte, zımnî hukuk seçiminin ne şekilde belirleneceği o derece açık ve net değildir. Son dönemde, aşağıda ele alınacağı üzere, ulusal yargı kararlarında zımnî hukuk seçimine ilişkin olarak farklı yönlerde değerlendirmeler getirilmiş olması ve özellikle İngiliz hukukunda konuya ilişkin olarak yapılması önerilen bir kanun değişikliği, bu konunun ve hatta zımnî hukuk seçiminin kabul edilmesinin tartışılmaya devam edeceğini göstermektedir.

III. Zımnî Hukuk Seçimi, Esas Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun veya Tahkim Yeri Hukukunun Uygulanması

A. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği gerek New York Sözleşmesi⁴ V(1)(a) hükmünde gerek Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi⁵ m. VI(2) ve IX(1)(a) hükümlerinde kabul edilmiştir. Türk hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4(3) uyarınca, tahkim anlaşması öncelikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka tâbidir.⁶ İsviçre hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (MÖHK) m. 178(2) ve İspanyol Tahkim Kanunu m. 9(6) tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin açık kanunlar ihtilâfı kuralları⁷ içeren ve hukuk seçimine yer veren ulusal düzenlemelerin diğer örneklerindendir.

Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunun⁸ (Model Kanun) hakem kararlarının iptaline ilişkin m. 34(2)(a)(i) hükmünde ve tenfize ilişkin m. 36(1)(a)(i) hükmünde de tahkim anlaşmasının geçerliliğinin taraflarca seçilen hukuka; böyle bir hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukuna tâbi olarak değerlendirileceği öngörülmüştür.

4 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi metni için bkz. R.G., T. 21.5.1991, S. 20877.

5 Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi m. VI(2) ve IX(1)(a) hükümlerinde de tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka (hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukuna) tâbi olduğu ifadesini bulmuştur. Sözleşme metni için bkz. R.G., T. 21.5.1991, S. 20877.

6 MTK m. 4(3) hükmü, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmamışsa, Türk hukukunun uygulanmasını öngörmüştür. İkinci basamakta Türk hukukunun uygulanmasının kabul edilmesi, Türk hukukunun pek çok durumda MTK'nın uygulandığı hallerde tahkim yeri hukuku olmasına dayanmaktadır. Bkz. Esen, E., “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği” (2017) UTTER 94; Sarıöz Büyükalp, A. İ., “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması” Kavramları” (2015) DÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 2028; Aydın, E., “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk” (2019) 39(1) Public and Private International Law Bulletin 55.

7 İsviçre hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun, Kısım 12, m. 178(2) hükmüne göre, tahkim anlaşması esas bakımından, taraflarca seçilen hukuka veya uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuka, özellikle esas sözleşmeye uygulanacak hukuka yahut İsviçre hukukuna uygun ise geçerlidir. Kanunun resmi İngilizce metni için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en> Erişim Tarihi 10.08.2023. Benzer şekilde İspanyol Tahkim Kanunu m. 9(6) hükmüne göre, tahkim anlaşması, taraflarca seçilen hukuka; uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuka veya İspanyol hukukuna uygun ise geçerlidir. Kanunun resmi İngilizce metni için bkz. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Act_on_arbitration_%28Ley_60_2003_de_arbitraje%29.PDF.

8 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Vienna 2008, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

Uluslararası sözleşmeler, ulusal kanun ve yargı kararları doğrultusunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği; bu seçimin açık veya zımnî olarak yapılabileceği genellikle kabul edilmektedir.⁹ Bununla birlikte, ticarî ilişkilerin akışı içinde tarafların, aralarındaki sözleşme ilişkisine (esas sözleşme) uygulanacak hukuku belirleyebildikleri; buna karşılık tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku ayrıca ve açıkça seçmedikleri de bir vakıadır.¹⁰ Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnen seçilmesi yorumuna yer açan husus da daha çok esas sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmasının örtülü bir şekilde kabul edilip edilmediği meselesidir.¹¹ Zira esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması genellikle zımnî hukuk seçimi kapsamında görülmüştür.¹²

Ancak, yukarıda Alman Federal Mahkemesi kararında görüldüğü üzere, zımnî hukuk seçimi bakımından birinci sırada gelmekle birlikte, her durumda tek unsur esas sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmiş olması değildir.¹³ Federal Mahkeme, tahkim dilinin Almanca olması, sözleşmenin Almanya'da akdedilmiş olması gibi unsurları da dikkate almıştır. Federal Mahkeme'nin bu kararda ortaya koyduğu yaklaşımın değerlendirilebilmesi için Alman hukukunun konuya yaklaşımı aşağıda ele

- 9 Born, G., *International Commercial Arbitration* 3rd ed. (Kluwer Law International 2020) § 4.04 [A]; Redfern, A./Hunter, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed. (Oxford 2015) para. 3.11; Nazzini, R., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles" (2016) 63 (3) ICLQ 683-693; Moses, M.L., "A New Framework: Choosing the Proper Law of the Arbitration Agreement Based on the Issue to be Decided" *Arbitration, Contracts and International Trade Law, Essays in Honor of Giorgio Bernini* (Milano 2021) 544 vd. Tekin, S.E., *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esasan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk* (İstanbul 2019) 88 vd.; Uluşu, A. E., "Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımnî Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi" *Tahkim ve Uygulanacak Hukuk* (Ed. Ziya Akıncı/Berk Demirkol) (İstanbul 2021) 39 vd. Örnek mahkeme kararları için bkz. *Sulamerica CIA Nacional de Seguros, S.A. v. Enesa Engenharia, S.A.* [2012] EWCA Civ 638 (*Sulamerica*); BGH, 12 May 2011, IX ZR 133/10, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2011&Sort=3072&Seite=19&anz=3712&pos=592> Erişim Tarihi 11.08.2023.
- 10 Born (n 9) § 4.04 [A]; Nazzini (n 9) 681-682; Moses (n 9) 534.
- 11 Sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun aynı zamanda tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnen seçilmiş sayılıp sayılmayacağı tartışması bakımından tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi önemli bir değerlendirme ölçütü olarak ele alınmaktadır. Bkz. Born (n 9) § 4.02; Redfern/Hunter (n 9) para. 3.11; Chan, D./Teo, J. Y., "Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There is None" (2020) 37 (5) *Journal of Int'l Arb.* 638-642; Moses (n 9) 539 vd.; Czernich, D., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement" (2015) *Austrian Yearbook of International Arbitration* 73-74; Uluşu (n 9) 51 vd.; Tekin (n 9) 35 vd. Ancak, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesinin, sadece esas sözleşmenin geçersizliği iddialarının hakemlerce ele alınabilmesi amacıyla formüle edilmiş olduğu; tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin olarak geliştirilmiş bir ilke olmadığı ve bu nedenle tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesine tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde esas sözleşmeye uygulanacak hukukun etkili olmaması sonucunu doğurmak üzere bir işlev yüklenmemesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bağımsızlık ilkesinin bu şekilde dar yorumlanması veya geniş yorumlanması ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler için bkz. Moses (n 9) 541 vd.
- 12 Bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [d] [i]. Tahkim yeri hukukunun da somut olayların koşullarına göre zımnî hukuk seçimi kapsamında yetkili görülebileceği; tarafların tahkim yerini veya belirli bir kurumsal tahkim merkezinin kurallarını seçimi olmalarının yahut diğer unsurların özellikle esas sözleşmedeki hukuk seçiminin tahkim anlaşması bakımından da geçerli olduğu anlayışını sürdürebileceği yönünde bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [d] [i]. Ayrıca bkz. *Sulamerica*, para. 7 vd. Bu kararda İngiliz mahkemesi, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Brezilya hukukunun tahkim anlaşması bakımından zımnî hukuk seçimi anlamına geldiği yönünde güçlü işaretler olduğunu tespit etmekle birlikte, somut olayın koşulları çerçevesinde tarafların tahkim anlaşmasına Brezilya hukukunun uygulanmasını öngörmedikleri sonucuna ulaşarak en sıkı ilişkili hukuk olarak tahkim yeri hukuku olan İngiliz hukukunu uygulamıştır.
- 13 Bu konuda bkz. Tekin (n 9) 90 vd.

alınmakta; ardından diğer bazı hukuk düzenlerinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin eğilimler incelenmektedir.¹⁴

B. Alman Hukukunda Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Zımnî Belirlenmesi

Öncelikle, Federal Mahkeme'nin, esas sözleşmeye uygulanacak hukuku pratik gerekçelerle zımnî hukuk seçimi yönünde yorumlaması eğiliminin yeni bir eğilim olmadığı belirtilmelidir.¹⁵ Daha eski tarihli bazı kararlarda ise, Alman mahkemelerinin tahkim yerinin taraflarca belirlenmiş olmasını zımnî hukuk seçimi kapsamında değerlendirdiği görülmektedir.¹⁶

Alman hukukunda yargı kararlarının konuya ilişkin olarak istikrarlı bir eğilim göstermemesi gibi, doktrinde de görüşler birbirinden ayrılmıştır. Bir görüş, açık hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde zımnî hukuk seçiminin esas sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenen hukuk temelinde kabul edilebileceğini ileri sürerken,¹⁷ diğer bir görüş açık hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁸

Sadece Alman hukukunda değil, Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup diğer bazı hukuk düzenlerinde de konu benzer doğrultularda tartışmalı olup,¹⁹ aşağıda görüleceği üzere, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde özellikle zımnî hukuk seçiminin araştırılması veya açık hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukuna

14 Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi sorunu, uygulanacak hukukun belirlenmesi gereğinin hangi aşamada doğduğuna bağlı olarak da incelenebilmektedir. Bu doğrultuda konu ele alındığında, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin, hakemler önünde veya devlet mahkemeleri önünde ileri sürülmesine göre özellik arz eden yönleri ve özellikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun açıkça veya zımnî seçilmiş olmadığı hallerde uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin farklı yaklaşımlar hakkında bkz. Tekin (n 9) 85 vd., 93 vd.

15 Bkz. Plavec, K., "The Law Applicable to the Interpretation of Arbitration Agreements Revisited" (2020) 4 University of Vienna Law Review" 89. Ayrıca bkz. Schreier, M./Jensen, O., "The Law Governing Arbitration Agreement: A Comparative Analysis of the United Kingdom Supreme Court's Decision in Enka v. Chubb" (2021) IPRax 185-186.

16 Plavec (n 15) 89, dn. 25'ten naklen: BGH 12.02.1976, III ZR 42/74; Court of Appeal Hamburg 17.02.1989, I U 86/87; Court of Appeal Hamburg 24.01.2003, I Sch 06/01; Bavarian Court of Appeal 16.01.2004, 4 Z Sch 22/03.

17 Bkz. Plavec (n 15) 89. Ayrıca bkz. Schreier/Jensen (n 15) 185-186.

18 Bkz. Plavec (n 15) 89. Ayrıca bkz. Schreier/Jensen (n 15) 185-186.

19 Son dönemde Schreier ve Jensen tarafından yapılan bir çalışmada 74 hukuk düzeninde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin eğilimler incelenmiş ve özellikle zımnî hukuk seçimi kapsamında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun esas alınmasına ilişkin oranlar ortaya konulmuştur. Buna göre, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk %26 oranında; tahkim yeri hukuku ise %39 oranında kabul görmüştür. Fransız hukukunda esas alınan taraf iradelerinin yorumlanması yaklaşımının %10 oranında; İsviçre hukukuna hâkim olan *favor validitatis* esasının %5 oranında etkili olduğu tespit edilmiştir. %20 oranında ise tam bir eğilimin teşhis edilemediği hukuk düzenlerine işaret edilmiştir. Bkz. Schreier/Jensen (n 15) 177-187. Bu çalışmada özetle, zımnî hukuk seçimine ilişkin olarak Avusturya, Kanada, Singapur mahkemelerinin esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuku tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere zımnî hukuk seçimi kapsamında değerlendirdiği; buna karşılık Hong Kong, Rusya, Malezya, Nijerya mahkemelerinin tahkim yerini bu kapsamda öne çıkardığı tespit edilmiştir. Ek olarak tahkim yerini zımnî hukuk seçimi bakımından öne çıkaran hukuk düzenlerinden bazılarında tahkim kanunlarının veya milletlerarası özel hukuk kanunlarının taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukunu yetkili kıldığı ifade edilmiştir. İsveç hukuku, İskoç hukuku, Çin, Polonya ve Türk hukuku bu hukuk düzenlerine örnek olarak gösterilmiştir. Bkz. Schreier/Jensen (n 15) 185-186. Tahkim yeri hukukunun ağırlıklı olarak uygulama alanı bulduğu yönünde ayrıca bkz. Schreier, M./Jensen, O., "Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement" (2021) 10 (1) Indian Journal of Arbitration Law 4.

geçilmesi yönünde eğilimler hâkimdir. Bu eğilimlerin temelinde ise ya somut kanunlar ihtilâfı kuralları veya Alman hukukunda olduğu gibi²⁰ New York Sözleşmesi m. V(1) (a) hükmünden hareketle yapılan değerlendirmeler yatmaktadır.

C. Avusturya, Fransız ve İsviçre Hukukunun Yaklaşımı

Avusturya hukukunda Medenî Usul Kanunu'nun 577 ilâ 618. maddeleri arasında tahkim usulü düzenlenmiş;²¹ ancak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin bir kanunlar ihtilâfı kuralı getirilmemiştir. Bu düzenleme eksikliği çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına yol açmış olsa da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği genel olarak kabul edilmektedir.²² Bununla birlikte, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnen seçilmiş sayılıp sayılmayacağı veya tahkim yeri seçiminin zımnî hukuk seçimi anlamına gelip gelmediği tartışmalıdır.²³ Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin son dönemde verdiği bazı kararlarda ise, esas sözleşmeye yönelik hukuk seçiminin, tahkim anlaşması bakımından zımnî seçim anlamına geldiği kabul edilmiş;²⁴ ancak 2019 yılına ait bir kararda, aynı eğilim korunurken, meselenin özellikle milletlerarası alanda tartışmalı olduğu ifade edilerek her bir durumun özellikleri çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği öngörülmüştür.²⁵ Doktrinde ise, Yüksek Mahkeme kararlarında olduğu gibi esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun zımnî hukuk seçimi kapsamında dikkate alınması görüşü²⁶ yanında, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşması bakımından dikkate alınmaması ve tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği görüşü²⁷ de ileri sürülmüştür. Her durumda açık veya zımnî hukuk seçimi bulunmadığı takdirde tahkim yeri hukukunun uygulanması kabul edilmektedir.²⁸

Fransız hukukunda ise, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk meselesi bakımından tahkim anlaşmasının temeldeki ilişkiden bağımsızlığı (*autonomy*) ilkesi belirleyici bir rol oynamaktadır.²⁹ Fransız mahkemelerince 1960'lı yıllardan bu yana verilen bazı

20 Plavec (n 15) 88-89.

21 2013 yılında bazı değişiklikler yapılarak son hali 1 Ocak 2014 itibarıyla yürürlüğe giren ve Avusturya Tahkim Kanunu olarak da adlandırılan Medenî Usul Kanunu'nun 4. Kısmı'nın resmî olmayan İngilizce çevirisi için bkz. <<https://www.viac.eu/en/arbitration/content/austrian-arbitration-act-2013>> Erişim Tarihi 15.08.2023.

22 Bkz. Plavec (n 15) 87. Aynı yönde Avusturya Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. 23.6.2015, 18 OCg 1/15v, <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20150623_OGH00-02_018OCG00001_15V0000_000&Suchwort=RS0017285> Erişim Tarihi 15.08.2023.

23 Bkz. Plavec (n 15) 87; Czernich (n 11) 79-81.

24 Plavec (n 15) 87, dn. 11'den naklen: *Austrian OGH [Supreme Court] 15.05.2019, 18 OCg 6/18h; OGH 19.12.2018, 3 Ob 153/18y; OGH 30.03.2009, 7 Ob 266/08f; OGH 08.03.1961, 1 Ob 98/61. Tahkim yerinin esas alındığı bir karar için bkz. OGH 22.09.1994, 2 Ob 566/94. Ayrıca bkz. Schreier/Jensen, (n 19) 6. Kanada ve Singapur mahkemelerinin de benzer yönde verdiği kararlar hakkında bkz. Schreier/Jensen (n 15) 185.*

25 Plavec (n 15) 87, dn. 12'den naklen: *Austrian OGH 19.12.2018, 3 Ob 153/18y*.

26 Czernich (n 11) 79 vd.

27 Bkz. Plavec (n 15) 87.

28 Bkz. Plavec (n 15) 87-88.

29 Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [j] [iv].

kararlarda³⁰ tahkim anlaşmasının, esas sözleşmeden hukuken bağımsız olduğu anlayışı ile tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tarafların ortak iradesine (“*common intention*”) tâbi olarak değerlendirilmesi gerektiği; bir ulusal hukuka dayanma gereğinin dahi bulunmadığı görüşü kabul görmüştür.³¹ Ancak bu yaklaşımın eleştiri konusu olduğu; zira tahkim anlaşması gibi bir sözleşme hükmünün bir hukuka dayanmaksızın yorumlanmasının zor olduğu ifade edilmiştir.³²

Görüldüğü üzere, Alman ve Avusturya hukukunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamakta olup, açık hukuk seçiminin olmadığı hallerde genellikle New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmünden hareketle zımnî hukuk seçimi ve bu kapsamda esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun uygulanması veya objektif bağlama kuralı olarak tahkim yeri hukukunun uygulanması kabul görmektedir. Fransız hukukunun yaklaşımı daha farklı bir temelde gelişmiş; tahkim anlaşmasının bağımsızlığı mutlak bir etkiye sahip görülerek taraf iradelerinin yorumlanmasına ağırlık tanınmıştır.

İsviçre hukukunda ise, yukarıda değinildiği üzere, MÖHK m. 178(2)’de konuya ilişkin bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmaktadır. Tahkim anlaşmasının geçerli olması konusunda azamî imkân tanımak üzere; bir diğer deyişle *favor validitatis* ilkesi doğrultusunda düzenleme getiren MÖHK m. 178(2) hükmünde tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuka, özellikle esas sözleşmeye uygulanacak hukuka veya İsviçre hukukuna göre geçerli olması yeterli görülmüştür. Bu suretle, İsviçre’nin tahkim yeri olarak seçildiği hallerde tahkim anlaşmasının geçerli olmaması ihtimalinin düşük olması sağlanmaktadır.³³ İsviçre MÖHK’da yer alan bu düzenleme tahkim yeri hukukunda kanunlar ihtilâfı kuralına yer verilmesi eğiliminin örneklerinden olup, diğer hukuk düzenlerinin konuya yaklaşımı incelendiğinde bu düzenleme tarzının yaygın olmadığı görülmektedir.

İsviçre hukukunda tarafların uygulanacak hukuku açıkça veya zımnî olarak belirleyebilecekleri; tahkim yeri seçiminin de zımnî hukuk seçimine işaret edeceği kabul edilmektedir. Fakat tahkim yeri hukuku olarak İsviçre hukuku zaten m. 178(2) hükmünde yer aldığından tahkim yeri hukukuna zımnî hukuk seçimi anlamı yüklenmesinin sadece teoride hüküm ifade ettiği belirtilmiştir.³⁴ Anılan hükme göre ikinci ihtimal, esasa uygulanacak hukukun, daha çok da sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına

30 Bkz. Cour de cassation civ. 1e, 07.05.1963, *Ets Raymond Gosset v. Carapelli*, JCP G 1963, II, 13, §405; Cour de cassation, 25.11.2008, *Sté Les Pains du Sud v. Sté Spa Tagliavini*, 2008 Rev. arb. 681; Paris Cour d’appel, *Société Clark Int’l Fin. v. Société Sud Matériel Serv.*, 1988 Rev. arb. 570, 572.

31 Cour de cassation, 20.12.1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico*, 1994 Rev. arb. 117; Plavec (n 15) 95; Moses (n 9) 541; Rubino-Sammartano, M., *International Arbitration - Law and Practice* 3rd ed. (New York 2014) 331; Redfern/Hunter (n 9) para. 3.33.

32 Bkz. Plavec (n 15) 95-96.

33 Redfern/Hunter, (n 9) para. 3.36; Plavec (n 15) 89; Karrer, P., “The Law Applicable to the Arbitration Agreement” (2014) 26 Singapore Academy of Law Journal 852.

34 Girsberger, D./Voser, N., *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* 3rd ed. (Zürich 2016) 87.

uygulanmasıdır. Taraflarca esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde objektif bağlama kuralı uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenir ve tahkim anlaşması bakımından da uygulanır.³⁵ Bu uygulama İsviçre hukukunu, zımnî hukuk seçimi kapsamında, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği hallerde tahkim anlaşmasının bu hukuka tâbi tutulmasına cevaz veren New York Sözleşmesi'nden ve aynı esası kabul eden ulusal hukuk düzenlerinden ayırmaktadır.³⁶ MÖHK m. 178(2) uyarınca üçüncü ihtimal ise, İsviçre hukukunun uygulanmasıdır. Eğer tahkim anlaşması, yukarıda anılan iki hukuka göre geçersiz ise, son olarak İsviçre maddî hukukuna göre geçerli olması ihtimali dikkate alınmaktadır.³⁷ Her ne kadar ilgili hükümde bir hiyerarşi³⁸ öngörülmemişse de İsviçre maddî hukukuna başvurulması son basamak olmalıdır.³⁹

Görüldüğü üzere, İsviçre hukukunda kabul edilen düzenleme tarzı, New York Sözleşmesi uyarınca hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukunun uygulanması anlayışından ve aynı doğrultuda Alman ve Avusturya hukukunda kabul gören yaklaşımdan ayrılmıştır. Bu yönüyle, MÖHK m. 178(2) uyarınca tahkim anlaşmasının objektif bağlama kuralından hareketle belirlenen esas sözleşmeye uygulanacak hukuka göre geçerli olduğu bir ihtimal dikkate alınmalıdır. Bu ihtimal çerçevesinde hakem kararının üçüncü bir ülkede tenfiz talebi edilirse, tenfiz mahkemesi New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka göre (taraflarca seçilen hukuk veya tahkim yeri hukuku) geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığını tespit edebilir ve tenfiz talebini reddedebilir. Böylece İsviçre hukukunun yaklaşımının özellikle tenfiz bakımından sorunlu olduğu belirtilmektedir.⁴⁰

Yukarıda ele alınan ulusal hukuk düzenlerinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti konusundaki eğilimleri genel olarak birbirlerinden farklı olmaları ile karakterize olmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere, son dönemde özellikle İngiliz ve Fransız hukukunda yargı kararları ile, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesindeki farklılıklar keskinleşmiş; İngiltere'de 2023 yılında hazırlanan kanun değişikliği önerisi ile, net bir tutum belirleme ihtiyacı daha görünür olmuştur.

D. ABD ve İngiliz Hukukunun Yaklaşımı

Yargı kararlarına ve İngiliz Tahkim Kanunu'nun değiştirilmesi önerisine değinmeden önce Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve İngiliz hukukunun yaklaşımı incelenerek Anglo-Amerikan sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup hukuk düzenleri arasında sistemsel bir farklılık olup olmadığı ele alınmaktadır.

35 Karrer (n 33) 856. Taraflarca esas sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmemiş olduğu hallerde de tahkim anlaşmasının esas sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi tutulduğu kararlar hakkında bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [e].

36 Plavec (n 15) 91.

37 Karrer (n 33) 852-853.

38 Girsberger/Voser (n 34) 84 vd.

39 Plavec (n 15) 91-92.

40 Plavec (n 15) 92.

ABD hukukunda Milletlerarası Ticarî Tahkim ve Yatırım Tahkimi Hukukuna İlişkin Restatement III⁴¹ ile, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, taraflarca seçilmediği hallerde esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk olduğu; bu da yoksa tahkim yeri hukuku olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenleme tarzı, basamaklı olarak taraf iradelerine öncelik tanımakta; taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa, sırasıyla esas sözleşmeye uygulanacak hukuku ve tahkim yeri hukukunu yetkili kılmaktadır.⁴²

Esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşması bakımından da uygulanması ve bunun tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere bir seçim yapıldığı yönünde yorumlanması eğilimi İngiliz hukukunda da geleneksel olarak kabul görmüştür.⁴³ İngiliz hukukunda yargı kararları ile, taraflarca esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasına da uygulanması, her durumda zımnî hukuk seçimi adlandırması yapılmasa da kabul görmüş ve yakın zamanda İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin *Enka v. Chubb*⁴⁴ kararında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiği; esas sözleşmeye uygulanacak hukuk seçilmemişse, bu takdirde “en sıkı ilişkili hukuk” olarak tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği vurgulanmıştır.⁴⁵ Dolayısıyla, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere de seçilmiş olduğu varsayımı Anglo-Amerikan hukukunda ağırlık taşımaktadır denilebilir. Bu sistemde, eğer tahkim anlaşmasına veya esas sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmamışsa, en sıkı ilişkili hukuk sıfatıyla tahkim yeri hukukuna başvurulmaktadır. Açık veya zımnî hukuk seçimi yoksa uygulanacak hukukun tespitinde sözleşmenin en sıkı ve en gerçek ilişki (*closest and most real connection*) içinde bulunduğu hukukun belirlenmesi gereği yol gösterici olduğundan, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca ayrıca seçilmemişse, mahkemelerce esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun somut olayın özelliklerine göre zımnî hukuk seçimi veya en sıkı ve en gerçek ilişkili hukuk sıfatıyla uygulanabildiği görülmektedir.⁴⁶ Dolayısıyla Anlgo-Amerikan sisteminde esas sözleşmeye uygulanacak hukuk ve tahkim yeri hukuku somut olayın koşullarına göre hem zımnî hukuk seçimi hem de en sıkı ve en gerçek ilişkili hukuk sıfatıyla tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak belirlenebilirken;

41 Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial and Investor State Arbitration, approved May 2019. Her ne kadar Restatement III düzenlemesinin bağlayıcı olmadığı; tenfiz hâkimine yol gösterici nitelikte olduğu ve raporörler tarafından konuya ilişkin karşı görüşlerin de bulunduğu ifade edilmiş olsa da tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun da kıyasen aynı şekilde belirlenmesi gerektiği öngörülmüştür. Restatement, para. 4.10 at 591; ayrıca bkz. Moses (n 9) 554.

42 Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [j] [v] (9). ABD hukukunda Federal Tahkim Kanunu kapsamında yapılan değerlendirmeler için bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [j] [v]. Redfern/Hunter (n 9) para. 3.28 vd. Ayrıca Restatement düzenlemesini New York Sözleşmesi m. V(1)(a) ile uyumlu olmadığı için eleştiren görüş için bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [j] [v] (9).

43 Chan/Teo (n 11) 636 vd; Plavec (n 15) 93-95; Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [d] [i]. İngiliz hukukunda, borçlar hukuku sözleşmeleri için uygulanan *common law* kanunlar ihtilâfi kurallarının tahkim anlaşması bakımından da geçerli olduğu kabul edilmiş ve taraflarca açık veya zımnî hukuk seçimi yapılmamışsa, en sıkı ve en gerçek ilişkili hukukun belirlenmesi gerektiği öngörülmüştür. Bkz. Chan/Teo (n 11) 636 vd.

44 *Enka Insaat ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38.

45 *Enka v. Chubb*, para. 43-58, 120-146. Ayrıca bkz. Redfern/Hunter (n 9) para. 3.16 vd.; Schreier/Jensen (n 15) 186-187.

46 Bu yönde İngiliz ve Singapur mahkeme kararları hakkında bkz. Nazzini (n 9) 683-693. Ayrıca bkz. Moses (n 9) 543; Tekin (n 9) 184-188.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde sözleşmeye uygulanacak hukukun daha çok zımnî hukuk seçimi kapsamında değerlendirilebildiği; tahkim yeri hukukunun ise hem zımnî hukuk seçimi doğrultusunda hem de objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk olarak uygulanabildiği görülmektedir.⁴⁷

Sonuç olarak her iki hukuk sisteminde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitine ilişkin temel sorun, pek çok durumda taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmadığına göre, uygulanacak hukukun, eğer seçilmişse esas sözleşmeye uygulanacak hukuk mu, yoksa tahkim yeri hukuku mu olduğu noktasında toplanmaktadır. Bu soruna ilişkin uygulamada ve doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş;⁴⁸ yukarıda görüldüğü üzere, öncelikle (zımnî hukuk seçimi veya en sıkı ilişkili hukuk olarak) esas sözleşmeye uygulanacak hukukun öne çıkması gerektiği; tahkim yerinin de taraflarca seçildiği ve bu nedenle taraflarca örtülü olarak seçilen veya en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanması gerektiği; veya tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açık bir hukuk seçimi yapılmamışsa doğrudan tahkim yeri hukukuna başvurulması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁹

Yine yukarıda değinildiği üzere, İngiliz Yüksek Mahkemesi *Enka v. Chubb* kararında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmiş olmasının zımnî hukuk seçimi⁵⁰ yönünde dikkate alınmasını kabul etmiştir. Ancak daha sonra İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin önüne tenfiz talebi ile gelen bir hakem kararı, iptal talebi ile Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından incelenmiş ve aynı konuda iki yüksek mahkeme tarafından farklı sonuca ulaşılmıştır.⁵¹ İngiliz Yüksek Mahkemesi tahkim anlaşmasını esas sözleşmeye uygulanan hukuka tâbi tutmuş; buna karşılık Fransız Yüksek Mahkemesi tahkim yeri hukukunu uygulamıştır. Bu gelişmeler üzerine, İngiliz Hukuk

47 Ancak bu tespitin mutlak bir gerçekliği ifade etmediği de belirtilmelidir. Gerçekten örneğin, İsviçre hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun, Kısım 12, m. 178(2) hükmünde ve İspanyol Tahkim Kanunu m. 9(6) hükmünde fakültatif olarak taraflarca seçilen hukukun veya sözleşmeye uygulanan hukukun veya tahkim yeri hukuku olarak İspanyol hukukunun yetkili kılınmış olması, Kıta Avrupası hukuk sisteminde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti yöntemine ilişkin genelleme yapma imkânını sınırlandırmaktadır. Zira, İsviçre ve İspanyol hukukunda fakültatif olarak, bir diğer deyişle, hukuk seçimi bulunsu bile *favor validitatis* ilkesi gereği sayılan hukuklardan birine göre tahkim anlaşmasının geçerli olması yeterli görülmüştür. Dolayısıyla, taraflarca seçilen hukuka göre geçerli olmasa da esas sözleşmeye uygulanan hukuka veya tahkim yeri hukuku olarak İsviçre veya İspanyol hukukuna göre tahkim anlaşması geçerli ise bu yeterlidir. Esasında ulusal tahkim kanunlarında konuya ilişkin ayrı bir kanunlar ihtilâfi kuralına yer verilmesi pek yaygın değildir. Diğer bazı hukuk düzenlerinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti konusu incelendiğinde, özellikle ayrı bir kanunlar ihtilâfi kuralı kabul edilmeyen hukuk düzenlerinde ağırlıklı olarak New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmünden hareketle hukuk seçimi; yoksa tahkim yeri hukukunun esas alındığı görülmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup diğer bazı hukuk düzenlerine ilişkin açıklama için bkz. Plavec (n 15) 85 vd.

48 Ayrı bir kanunlar ihtilâfi kuralı bulunmayan hukuk düzenleri bakımından, özellikle New York Sözleşmesi m. V (1)(a) uyarınca, taraflarca açıkça bir hukuk seçimi yapılmayan hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitine ilişkin yaklaşımlar ağırlıklı olarak esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun, zımnî hukuk seçimi veya en sıkı ilişkili hukuk sıfatıyla uygulanması çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Çeşitli hukuk düzenlerinde özellikle yargı kararlarında ifadesini bulan bu yaklaşımlara ilişkin açıklamalar için Born (n 9) § 4.04 [A].

49 Born (n 9) § 4.04 [A] [4]; Moses (n 9) 544 vd.; Nazzini (n 9) 686 vd.

50 İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin *Enka v. Chubb* kararını, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilmişse bunun tahkim anlaşması bakımından zımnî değil, açık hukuk seçimi anlamına geldiği yönünde yorumlayan yaklaşım için Bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [j] [ii]; Moses (n 9) 547 dn. 66'dan naklen: Glick, I/Venkatesan, N., *Choosing the Law Governing the Arbitration Agreement*, Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration, eds. Neil Kaplan/ Michael J. Moser, Kluwer Law International 2018, Ch. 9, s. 143.

51 Bkz. aşa. dn. 52 ve dn. 58.

Komisyonu konuyu başka bir perspektiften ele alarak taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk “açıkça” seçilmemişse, zımnî hukuk seçimi veya en sıkı ilişkili hukuk araştırmasına mahal verilmeden tahkim yeri hukukunun uygulanmasını ve İngiliz Tahkim Kanunu 1996’ya bu yönde bir hüküm eklenmesini önermiştir.

E. İngiliz Yüksek Mahkemesi’nin ve Fransız Yüksek Mahkemesi’nin Aynı Hakem Kararına İlişkin Paralel Davalarda Ortaya Çıkan Farklı Yaklaşımları

Kabab-Ji S.A.L. v. Kout Food Group kararı⁵² ile İngiliz Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edildiği tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının üçüncü kişiye karşı tenfizini reddetmiştir. Tenfiz talebine konu olan hakem kararının verildiği tahkim yargılamasında üçüncü kişi durumunda olan Kout Food Group (“KFG”), tahkim yargılamasında tahkim anlaşmasına ve bu tahkim anlaşmasını içeren esas sözleşmeye taraf olmadığını ileri sürmüştü; aynı şekilde hakem kararının dayanağı olan tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ileri sürerek İngiliz mahkemesi önünde tenfize itiraz etmiştir. Paralel olarak, Paris İstinaf Mahkemesi’nde KFG tarafından hakem kararının iptali davası açılmıştır. Hakem kararının dayanağı olan tahkim anlaşmasının ilişkin olduğu esas sözleşmede sözleşmeye uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olduğu kararlaştırılmış; tahkim yeri de Paris olarak belirlenmiştir.⁵³

İngiliz Yüksek Mahkemesi ile Fransız Yüksek Mahkemesi, aşağıda görüleceği üzere, aynı tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlerken birbirinden ayrılmış ve birine göre İngiliz hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının geçersiz sayılması sonucunda tenfiz talebi reddedilirken, diğerine göre Fransız hukuku uyarınca geçerli sayılması sonucunda (diğer iptal gerekçeleri yanında) iptal talebi reddedilmiş ve hakem kararı geçerliliğini korumuştur.

İngiliz Yüksek Mahkemesi, 27 Ekim 2021 tarihli kararında, KFG’nin tahkim anlaşması ile bağlı olup olmadığını belirlemek bakımından temel sorunun, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun İngiliz hukuku mu yoksa tahkim yeri hukuku olan Fransız hukuku mu olduğuna işaret etmiş ve nihaî olarak, *Enka v. Chubb* kararı doğrultusunda, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnî seçildiği yorumuna ağırlık tanımıştır. Gerçekten, İngiliz Yüksek Mahkemesi’nin kararının önem taşıyan yönü, tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukuku belirleme konusundaki yaklaşımıdır. Her ne kadar *Enka v. Chubb* kararında konu ele alınmış ise de *Kabab-Ji v. KFG* kararının özellikleri farklıdır. *Enka v. Chubb* kararında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk İngiliz *common law* kurallarına göre araştırılmış iken, *Kabab-Ji v. KFG* kararında New

⁵² *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2021] UKSC 48 (*Kabab-Ji v. KFG*).

⁵³ Tahkim yargılamasında hakem heyeti oybirliği ile tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukuku olan Fransız hukukuna tâbi olduğunu ve esas sözleşmeye de sözleşmede yer alan hukuk seçimi kaydı uyarınca İngiliz hukukunun uygulanacağını tespit etmiştir. Ancak KFG’nin Fransız hukuku uyarınca tahkim anlaşmasına taraf olduğuna oy çokluğu ile karar verilmiştir. Bkz. *Kabab-Ji v. KFG*, para. 6.

York Sözleşmesi uyarınca belirlenmeye çalışılmıştır. Bu hareket noktası farklılığına rağmen her iki kararda Yüksek Mahkeme'nin vardığı sonuç aynı olmuş; bu kapsamda New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmünde yer alan “...zikri geçen anlaşmanın taraflarca tâbi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse...” (“*failing any indication thereon*”) ibaresinin, tahkim anlaşmasının açık ve spesifik olarak bir hukuka tâbi tutulmasını gerektirmediği tespit edilmiştir. Buna göre, herhangi bir şekilde tarafların anlaşmış olması yeterli bir *sarahat (indication)* sağlamaktadır.⁵⁴ Dolayısıyla, esas sözleşmede yer alan genel bir hukuk seçimi kaydı tarafların tahkim anlaşmasını da bu hukuka tâbi kıldıklarını gösterir.⁵⁵

İngiliz Yüksek Mahkemesi, bu sonucu *Enka v. Chubb* kararına atıfla teyit etmiş ve sorunun, hakem kararının verilmesinden önce veya sonra ortaya çıkmasına bağlı olarak tahkim anlaşmasının tâbi olacağı hukukun farklı olmasına izin vermenin mantık dışı olacağını belirtmiştir.⁵⁶ Yüksek Mahkeme aynı doğrultuda *Enka v. Chubb* kararında ifade ettiği ilkelere atıf yaparak, esas sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmışsa, bunun esas sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiğini ve tahkim yeri seçiminin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçimi bakımından yeterli olmadığını öngörmüştür.⁵⁷ Bu çerçevede, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olan İngiliz hukukunun tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiği ve KFG'nin İngiliz hukukuna göre tahkim anlaşmasına (ve esas sözleşmeye) taraf olarak görülemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, KFG tahkim yeri olan Paris'te hakem kararının iptali davası açmış; Paris İstinaf Mahkemesi, KFG'nin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olan tahkim yeri hukukuna, yani Fransız hukukuna göre tahkim anlaşması ile bağlı olduğu gerekçesiyle hakem kararının iptali talebini reddetmiş ve bu karar Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*) tarafından 28 Eylül 2022 tarihli karar ile onanmıştır.⁵⁸ Karara göre, İngiliz mahkemeleri tarafından esas alınan yaklaşımın aksine, İngiliz hukukunun esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmiş olması, sözleşmelerde açıkça belirlenen tahkim yerinin maddî hukukuna aykırı olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğinin İngiliz hukukuna tâbi tutulmasına ilişkin tarafların ortak iradelerini tesis etmek bakımından yeterli değildir. Fransız Yüksek Mahkemesi, sadece tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesini vurgulamamış; aynı zamanda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukla ilgili tarafların açık iradelerinin önemini ortaya koymuştur. Karara göre, KFG, tarafların ortak iradesinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğini ve üçüncü kişilere teşmilini, esas sözleşmeye uygulanacak

54 *Kabab-Ji v. KFG*, para. 33.

55 *Kabab-Ji v. KFG*, para. 33.

56 *Kabab-Ji v. KFG*, para. 35.

57 *Kabab-Ji v. KFG*, para. 28.

58 *Cour de cassation*, 28 September 2022, Pourvoi no. 20-20.260, <<https://www.courdecassation.fr/de-cision/6333e9bde5004d05dab7c04c>> Erişim Tarihi 15.01.2024.

hukuk olan İngiliz hukukuna tâbi tutma yönünde olduğunu ispat edememiştir. Bu tespit, doğal olarak taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmediği hallerde Fransız hukukuna göre tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkiye sahip olan tahkim yerinin taraflarca belirlenmiş olmasının önemini göstermekte ve zımnen tahkim yeri hukukunun seçildiği anlamına gelmektedir.

Hem İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin hem de Fransız Yüksek Mahkemesi'nin kararında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitine ilişkin olarak bu iki hukuk düzeninin konuya yaklaşımını yansıtan değerlendirmeler yapılmış ve sonuç olarak Fransız hukukuna göre KFG'nin taraf olduğu kabul edilen tahkim anlaşmasına dayanan hakem kararının geçerli olduğuna hükmedilirken, İngiliz hukukuna göre tahkim anlaşması KFG'ye karşı geçerli görülmediğinden tenfiz talebi reddedilmiştir.⁵⁹

Her iki yüksek mahkeme tarafından bağımsızlık prensibi ve *favor validitatis* gibi temel ilkeler dikkate alınarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk tespit edilmiş;⁶⁰ ancak görüldüğü üzere bir hukuk düzeninin geçerli gördüğü, fakat diğerinin geçersiz addettiği bir hukukî işlem ortaya çıkmıştır. Daha önemlisi, sonuç olarak, Fransız hukukuna göre geçerli kabul edilen hakem kararının, İngiltere'de tenfiz edilmesi imkânı kalmamıştır.⁶¹

Enka v. Chubb ve *Kabab-Ji v. KFG* kararlarının İngiliz hukuku bakımından bir dönüm noktası olduğu anlaşılmaktadır. Zira İngiliz Hukuk Komisyonu,⁶² bu kararlar sonrasında, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin tartışmaları dikkate alarak İngiliz Tahkim Kanununda değişiklik yapılmasını önermiş ve özellikle esas sözleşmede yer alan hukuk seçimi kaydının tahkim anlaşmasını da kapsadığı yönündeki yaklaşımları ister zımnî hukuk seçimi ister açık hukuk seçimi

59 Söz konusu hakem kararı hakkında İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin ve Paris İstinaf Mahkemesi'nin verdiği kararlar ile ilgili değerlendirme için bkz. Hay, S., "The Breakdown of the International Commercial Arbitration System: The Kabab-Ji Case" (2023) 14 Arbitration Law Review 1 vd.

60 *Kabab-Ji v. KFG*, para. 49-52; *Cour de cassation*, 28 Septembre 2022, Pourvoi no. 20-20.260, para. 7.

61 İngiliz mahkemeleri ile Fransız mahkemeleri arasında benzer bir çatışma daha önce de ortaya çıkmıştır. *Dallah* kararı olarak bilinen hakem kararının tenfizi talebi İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından tahkim anlaşmasının Pakistan hükümeti bakımından geçerli olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş; buna karşılık Paris İstinaf Mahkemesi tahkim anlaşmasına Pakistan hükümetinin taraf olduğu gerekçesiyle hakem kararının iptali talebini reddetmiştir. Her iki ülke mahkemeleri tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olan Fransız hukuku olduğunu kabul etmiş; bu anlamda bir ayrılık yaşanmamıştır. Ancak İngiliz Yüksek Mahkemesi Fransız hukuku uyarınca Pakistan hükümetinin tahkim anlaşmasına taraf olması konusunda tarafların ortak bir iradesinin bulunmadığını tespit etmiş; Paris İstinaf Mahkemesi ise, yine Fransız hukukuna göre yaptığı değerlendirme sonucunda hakemler önündeki meselenin hukukî ve olgusal tüm yönlerini inceleyerek Pakistan hükümetinin esas sözleşmeye taraf olmuş gibi davrandığı ve ekonomik işleyiş içinde sözleşmenin Pakistanlı tarafı gibi hareket ettiği gerekçesiyle hakem kararını yerinde görmüş ve iptali talebini reddetmiştir. Sonuç olarak *Dallah* kararı, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti bakımından bir tartışma yaratmamışsa da tahkim yeri hukukunun uygulanması bakımından yaratmış ve İngiliz ve Fransız mahkemeleri Fransız hukukunu uyguladıkları iddiasında olmalarına karşın farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Bu anlamda Fransız hukuku uyarınca Fransız mahkemesince tahkim anlaşması geçerli addedilirken, yine Fransız hukuku uyarınca İngiliz mahkemesince aynı tahkim anlaşması geçersiz görülmüştür. Bkz. *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46; *Cour d'appel de Paris*, 17 février 2011, *Gouvernement du Pakistan – Ministère des Affaires religieuses c. Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, n° R/G 09/28533. Ayrıca bkz. Redfern/Hunter (n 9) para. 3.35.

62 Hukuk Komisyonu (*Law Commission*), İngiliz hukuku uyarınca kanunla kurulmuş bağımsız bir kurum niteliği taşımakta olup, İngiliz ve Galler hukukunu incelemekle ve bütüncül olarak hukuk düzenine ilişkin öneriler geliştirmekle görevlidir. Hukuk Komisyonu hakkında bkz. <<https://lawcom.gov.uk/about/>> Erişim Tarihi 15.01.2024.

olarak değerlendirilsin, reddetmiştir. Aşağıda İngiliz Hukuk Komisyonu'nun yasa koyucuya yönelik hazırladığı raporlar doğrultusunda getirdiği öneri ele alınmaktadır.

F. İngiliz Tahkim Kanunu 1996'ya İlişkin Değişiklik Önerisi

İngiliz Hukuk Komisyonu Tahkim Kanunu 1996'nın değiştirilmesine ilişkin detaylı bir rapor⁶³ (Hukuk Komisyonu Raporu) ve bu çerçevede bir kanun değişikliği taslağı⁶⁴ hazırlamış ve bu taslak 21 Kasım 2023 tarihinde Parlamento'ya sunulmuştur. Bu kanun değişikliği taslağında diğer bazı değişiklik önerileri yanında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin yeni bir hüküm getirilmesi öngörülmektedir. Halihazırda Tahkim Kanunu 1996 m.6'da tahkim anlaşması tanımlanmakta olup, kanun değişikliği önerisi, 6. maddeden sonra gelmek üzere, m. 6A ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren bir hüküm getirmektedir. Buna göre, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmamışsa tahkim anlaşması tahkim yeri hukukuna tâbidir. Böylece, hüküm kanunlaştığı takdirde, İngiliz yargı kararlarında ağırlıklı olarak kabul gören zımnî hukuk seçimi veya en sıkı ilişkili hukuk kapsamında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun uygulanması yaklaşımı terk edilmekte ve zımnî hukuk seçimi araştırılmaksızın açık hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde doğrudan doğruya tahkim yeri hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Bu yaklaşımın geliştirilmesinde, kanun değişikliğine ilişkin Hukuk Komisyonu Raporu'ndan anlaşıldığı üzere, son dönemde verilen yargı kararları, özellikle *Enka v. Chubb* kararı etkili olmuş⁶⁵ ve milletlerarası tahkim sonunda verilen hakem kararları söz konusu olduğunda tahkim yeri İngiltere (veya Galler) olmasına karşın tahkim anlaşmasının (örn. esas sözleşmeye uygulanan hukuka) İngiliz hukuku dışında bir hukuka tâbi tutulması bir sorun olarak değerlendirilmiştir.⁶⁶ Buna göre, İngiliz hukuku tahkime olumlu yaklaşmakta olup tahkim anlaşmasına yabancı bir hukukun uygulanması özellikle tahkim anlaşmasının geçersiz addedilmesi riskini içermektedir.

63 *Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill* (Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak) için bkz. <https://s3euwest2.amazonaws.com/cloudplatform218f50a4812967ba1215eaccede923f/uploads/sites/30/2023/09/Arbitration-final-report-with-cover.pdf>.

64 Lordlar Kamarası'na sunulan Tahkim Kanunu Değişiklik Taslağı (*Arbitration Bill HL*) metni için bkz. <<https://bills.parliament.uk/publications/53038/documents/4018>> Erişim Tarihi 16.01.2024.

65 *Enka v. Chubb* kararında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere seçildiği varsayımının Yüksek Mahkeme tarafından bazı durumlarda çürütülebileceği öngörülmüştür. İlki, tarafların seçtiği tahkim yerinde yürürlükte olan tahkim hukukunun – *lex arbitri*'nin tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağını öngörmüş olmasıdır. İsveç hukuku örnek gösterilerek, Stockholm'un tahkim yeri olarak seçildiği bir tahkim yargılamasında İsveç Tahkim Kanunu m. 48'de taraflarca uygulanacak hukuk belirlenmemişse tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanması öngörüldüğünden İsveç hukukunun uygulanmasını kabul eden bir başka İngiliz mahkeme kararına yer verilmiş; İskoç hukukunun da aynı doğrultuda düzenleme (İskoç Tahkim Kanunu 2010 m. 6) getirdiğine değinilmiştir. Buna göre, taraflar hukukunda bu tür düzenleme içeren bir tahkim yeri seçmiş iseler bu yer (maddî) hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanmasını zımnî olarak kabul etmişlerdir İkinci ihtimal ise, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması halinde tahkim anlaşmasının geçersiz olması ihtimalidir. Bu durumda *favor validitatis* ilkesi dikkate alınarak tahkim anlaşmasının esas sözleşmeye uygulanacak hukuk dışında bir hukuka tâbi tutulmasının gerekli olduğu öngörülmüştür. Bkz. *Enka v. Chubb*, para. 70-72, 95-97. Ayrıca bkz. Schreier/Jensen (n 15) 177-187. İngiliz Hukuk Komisyonu'nun, Yüksek Mahkeme'nin ilk ihtimalle ilişkin değerlendirmesinin de etkisiyle İngiliz Tahkim Kanunu 1996 kapsamında taraflarca aksi açıkça öngörülmediği sürece tahkim anlaşmasını tahkim yeri hukukuna tâbi tutan bir hükme yer vermeyi uygun gördüğü görülmektedir.

66 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.17.

Hukuk Komisyonu Raporu kanun değişikliği önerisine ilişkin milletlerarası tahkim paydaşlarının görüşleri alınarak hazırlandığından, bu görüşler kapsamında ileri sürülen eleştiriler de alt başlıklar altında değerlendirilmiş ve sonuç olarak, öncelikle tarafların tahkim anlaşması akdederken ayrıca ve açıkça bir hukuk seçimi yapmamış iseler, tahkim anlaşmasının, yorumlanması dahil, çeşitli yönlerine tahkim yeri hukukunun uygulanmasını bekledikleri; tarafların beklentisinin bu yönde olduğu tespit edilmiştir.⁶⁷

İkinci olarak, başta *Prof. Andrew Dickinson* tarafından, değişiklik önerisinin zımnî iradelerin dikkate alınmasını engellediği veya New York Sözleşmesi m. V(1) (a) hükmü ile uyumlu olmadığı ileri sürülmüş ise de Hukuk Komisyonu söz konusu görüşlerin yerindeliğini tartışmış ve tarafların açık hukuk seçiminin tanındığını; hatta bu yaklaşım ile tarafların tahkimi seçme iradelerinin zımnî hukuk seçimi ile bertaraf edilmediğini; bu anlamda taraf iradelerinin ön planda olduğunu ifade etmiştir. Ek olarak, taraf iradelerinin tanınmadığı yönünde bir kuşku var ise bile bunun taraflar için önemli bir değer olan öngörülebilirliğin artması ile telafi edilebileceğini belirtmiştir.⁶⁸

Hukuk Komisyonu'nun değişiklik önerisinin New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmü ile uyumsuz olduğu; zira m. V(1)(a) hükmü uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde zımnî hukuk seçimine yer verildiği iddia edilmiş ise de, Komisyon bu konuda da New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmünün tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde zımnî iradenin tanınmasını gerektirmediğini; *Enka v. Chubb* kararında Yüksek Mahkeme'nin yer verdiği üzere New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca zımnî iradenin dikkate alınmasının gerekliliği konusunun literatürde de tartışmalı olduğunu⁶⁹ ve bazı hukuk düzenlerinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnî seçiminin zaten mümkün görülmediğini ve nihaî olarak değişiklik önerisinin aslında New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmü ile uyumlu olduğu sonucuna ulaşıldığını belirtmiştir.⁷⁰

Hukuk Komisyonu ayrıca *favor validitatis* ilkesi açısından da değerlendirme yapmış ve *Enka v. Chubb* kararından bahisle,⁷¹ *favor validitatis* ilkesi kanunda yer almalı mı sorusuna cevap aramış; ancak değişiklik önerisi ile zaten esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması ihtimali bertaraf edildiğinden, Hukuk Komisyonu *favor validitatis* ilkesine öneride yer verme gereği duymamıştır. Zira esas sözleşmenin tâbi

67 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.32-12.44.

68 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.53.

69 Bkz. *Enka v. Chubb*, para. 129.

70 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.45-12.52.

71 *Enka v. Chubb* kararı, İngiliz mahkemelerinin *favor validitatis* ilkesine tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde açıkça yer verdikleri ilk karar olarak dikkat çekmektedir. *Enka v. Chubb*, para. 95 vd. Karara göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği ön planda tutulmalı; bu kapsamda esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına uygulanması halinde tahkim anlaşması geçersiz olacak ise bu hukuk uygulanmamalıdır. Ancak nihaî olarak *Enka v. Chubb* kararına konu uyumsuzlukta esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanması halinde tahkim anlaşmasının geçersiz olacağı gerekçesiyle değil, Yüksek Mahkeme tarafından esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmemiş olduğu sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle tahkim anlaşmasının en sıkı ilişkili olduğu hukuk olarak tahkim yeri hukukunun (İngiliz hukuku) uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. *Enka v. Chubb*, para. 118 vd.

olduğu hukukun uygulanması halinde tahkim anlaşmasının geçersiz olması söz konusu ise *favor validitatis* ilkesi ile esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere seçildiği varsayımı çürütülmektedir. Ancak değişiklik önerisi ile, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca açıkça seçilmemiş olduğu hallerde doğrudan doğruya tahkim yeri hukukunun uygulanması kabul edildiğinden, *favor validitatis* ilkesine başvurmaya gerek kalmamaktadır.⁷² Ayrıca, İngiliz hukukunun tahkim yanlısı yapısı dikkate alındığında bir tahkim anlaşmasının İngiliz hukukuna göre geçersiz olması olasılığının düşük olduğuna işaret edilmiş ve İngiliz hukukuna göre geçersiz bir tahkim anlaşması söz konusu ise, İngiliz hukukunun uygulanmasını engellemek için bir hüküm getirme konusunda Hukuk Komisyonu ikna olmadığını ifade etmiş ve tarafların bu sorunu çözmek üzere her hal ü kârda açık bir hukuk seçimi yapabileceklerini (sonraki bir aşamada da) belirtmiştir.⁷³

Değişiklik önerisinde görüldüğü üzere, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca açık olarak seçilmediği hallerde tahkim yeri hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Tahkim yerinin uygulanacak hukuku belirleyecek olması tahkim anlaşmasında veya sonradan taraflarca tahkim yerinin mutlak surette belirlenmiş olmasını gerektirir mi sorusu Hukuk Komisyonu tarafından son olarak ele alınmıştır. Bir diğer deyişle, Hukuk Komisyonu tarafından tahkim yerinin taraflarca belirlenmemiş olması ihtimali üzerinde durulmuş ve özellikle henüz tahkim yargılamasının başlamadığı aşamada devlet mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemek durumunda kaldığı hallerde tahkim yerinin belirlenmemiş olmasının tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukukun tespitini ne yönde etkileyeceği ele alınmıştır.⁷⁴ Konuya ilişkin tartışmalar sırasında tahkim yerinin belirlenmemiş olması halinde esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya es sıkı ilişkili hukukun uygulanması gibi çeşitli öneriler⁷⁵ ileri sürülmüş ise de, Hukuk Komisyonu tahkim yerinin tahkim anlaşması akdedildikten sonra veya tahkim yargılaması başladıktan sonra belirlenmesinin mümkün olduğunu⁷⁶ dikkate alarak çeşitli olasılıkları değerlendirmiştir.⁷⁷ Buna göre,

72 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.56.

73 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.59.

74 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.60 vd.

75 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.60.

76 İngiliz Tahkim Kanunu 1996 kapsamında tahkim yerinin tahkim anlaşması akdedildikten sonra belirlenmesinin mümkün olduğu; m. 3 uyarınca taraflarca, hakemlerce veya kurumsal tahkim seçilmişse ilgili kurum tarafından veya *ad hoc* tahkimde mahkemeye belirlenebileceği ve aynı yöntemlerle değiştirilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca m. 2 uyarınca tahkim yerinin belirlenmemiş olduğu hallerde tahkim yerinin belirlenmediği hallerde kanunun hangi hükümlerinin uygulanacağını gösteren ve genel olarak tahkim yerinin belirlenmediği hallerde mahkemelere tahkim yargılamasını destekleyici yetkileri kullanma yetkisi veren; bu anlamda *ad hoc* tahkimde tahkim yerinin taraflarca belirlenmemiş olduğu hallerde mahkemelerin tahkim yerini belirleme yetkisi ile donatıldığı yorumuna elveren bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle Türk hukukunda tahkim yerinin belirlenmediği ve MTK hükümlerinin m. 1(2) uyarınca uygulanmak üzere seçildiği hallerde veya tahkim yerinin belirlenmediği ve MTK hükümlerinin de m. 1(2) uyarınca seçilmediği hallerde Türk mahkemelerinin *ad hoc* tahkimde tahkim yerini belirleme görevi ile donatıldığını söylemek güçtür.

77 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.63 vd.

tahkim yerinin sonradan belirlenmesi halinde bu belirlemeye bağılı olarak tahkim yeri hukuku tahkim anlaşmasına geriye dönük olarak uygulanır; fakat tahkim yeri belirlenene kadar tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukukun belirlenmesi gerekiyorsa *Enka v. Chubb* kararında olduğu gibi *common law* ilkelerine göre bu belirleme yapılabilir. Hukuk Komisyonu burada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenmesine atıf yapmaktadır. Komisyon, bu ihtimalin düşük olduğunu belirtmiş; ancak yine de mesele devlet mahkemesinin önüne geldiği sırada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti sorunu ortaya çıkarsa tahkim yerinin bu aşamaya kadar zaten belirlenmiş olacağını veya mahkeme tarafından belirleneceğini ve tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku göstereceğini öngörmüştür.⁷⁸

Alternatif bir yaklaşımın, kanun değişikliği önerisinin tahkim yerinin belirlenmiş olduğu veya tahkim yerinin İngiltere veya Galler’de olduğu haller ile sınırlandırılması olduğu ifade edilmiş; ancak değişiklik önerisinin tahkim yerinin İngiltere ve Galler’de olduğu haller ile sınırlandırılmamasının önemli olduğu ve özellikle *Kabab-Ji v. KFG* kararında olduğu gibi tahkim yerinin İngiltere dışında olduğu hallerde çelişkili kararlar çıkmaması için bu yönde bir sınırlandırma yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Böylece kuralın çok daha geniş bir uygulama alanına sahip olacağı kabul edilmiştir.⁷⁹

Bütün bu değerlendirmeler sonucunda, Hukuk Komisyonu, tahkim yeri hukukunu yetkili kılan bir düzenlemenin tahkim yeri İngiltere ve Galler’de olan yargılamalar söz konusu olduğunda daha çok sayıda tahkim anlaşmasının İngiliz ve Galler hukukuna tâbi olması sonucunu doğuracağını; bunun tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesini etkin hale getireceğini; düzenlemenin tahkime elverişlilik ve tahkim anlaşmasının kapsamı konusunda daha elverişli hükümlerin uygulanmasını sağlayacağını öngörmüştür. Ayrıca bu düzenleme ile tarafların tahkime gitme iradelerinin zımnen yabancı bir hukukun seçilmesi ile bertaraf edilmemiş olacağı; basitlik ve kesinlik sağlanacağı; *Enka v. Chubb* kararındaki yaklaşımın hukuken karmaşık ve somut olaylara uygulanmak bakımından öngörülemez olduğu; düzenlemenin tahkim yerinin nerede olduğu önem taşımaksızın (İngiltere, Galler’de veya diğer herhangi bir yerde) ve yine taraflarca veya diğer bir şekilde belirlendiği hallerde uygulanabilir olduğu ifade edilmiştir.⁸⁰ Nihâi olarak Komisyonun kanun değişikliği önerisi, m. 6A’da taraflarca aksi açıkça (*expressly*) öngörülmediği takdirde tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna tâbi olmasını öngören bir hüküm getirilmesi yönünde formüle edilmiştir.⁸¹

78 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.65-12.66.

79 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.68-12.69.

80 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.72-12.75.

81 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.77: “We recommend that the Arbitration Act 1996 be amended to provide that the arbitration agreement is governed by the law of the seat, unless the parties expressly agree otherwise.”

Hukuk Komisyonu'nun değişiklik önerisinin arka planı incelendiğinde önerinin hazırlık çalışmaları kapsamında İngiltere ve Galler'in tahkim yeri olarak seçilme oranının yüksekliğinin dikkate alındığı ve esas sözleşmenin tâbi olduğu hukukun uygulanması kabul edildiği takdirde İngiliz hukuku yerine yabancı bir hukukun tahkim anlaşmalarının geçerliliği, kapsamı, tahkime elverişlilik gibi temel konularda belirleyici olmasının istenmediği görülmektedir.⁸² Bu anlamda İngiltere'nin tahkim yeri olarak yoğun biçimde seçilmekte olması İngiliz hukukunun tahkim anlaşmalarının tâbi olduğu hukuk olarak söz sahibi olması gerektiği anlayışını meşrulaştırmıştır. Özellikle *Enka v. Chubb* ve *Kabab-Ji v. KFG* kararları sonrasında ortaya çıkan karmaşanın da bu suretle çözülebileceği öngörülmüştür.

Sonuç olarak, tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukukun belirlenmesinde zımnî irade veya en sıkı ilişkili hukuk sıfatıyla esas sözleşmeye uygulanacak hukuka etki tanınmasına veya tahkim yeri hukukunun bu çerçevede uygulanmasına ilişkin yaklaşımlar etrafında oluşan belirsizliklerin en azından İngiliz hukuku bakımından, ciddi bir uzlaşma eseri olarak ortaya çıkan kanun değişikliği önerisi ile netleşme yoluna girdiği görülmektedir. Özellikle İngiliz hukukunun etkili olduğu hukuk düzenlerinde bu adımın dikkate alınacağı ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde zımnî irade veya en sıkı ilişkili hukuk tartışmalarının kısmen de olsa sona ereceği söylenebilir.

G. Türk Milletlerarası Tahkim Hukuku Açısından Değerlendirme

Türk hukukunda MTK m. 4(3) hükmünde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren bir kanunlar ihtilâfı kuralına yer verilmiş olması Türk hukukunun konuya ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralına yer veren hukuk düzenleri arasında değerlendirilmesini sağlamaktadır.⁸³ Söz konusu m. 4(3) hükmünde tahkim anlaşmasının taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilen hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olacağı öngörülmektedir. Görüldüğü üzere, bu hükümde basamaklı bağlama kuralı ile taraflarca seçilen hukuka öncelik verilmiş; ancak taraflarca açık veya zımnî hukuk seçimi yapıp yapılamayacağı açıklanmamıştır.

82 Bkz. Law Commission – *Review of the Arbitration Act 1996 – Second Consultation Paper* March 2023, para. 1.10 vd.; House of Lords – HL Bill 7 of 2023 – 24 Arbitration Bill [HL].

83 Doktrinde *Born*, Türk hukukunda yer alan bu hükmü [MTK m. 4(3)] nevi şahsına münhasır düzenlemeler kapsamında ele almakta ve eleştirmektedir. *Born*'a göre, taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde Türk hukukunun uygulanmasının öngörülmesi, tenfiz makamının kendi hukukunu uygulaması sonucunu doğuracağı için New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmüne ve taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde tahkim yeri hukukunu yetkili kılan diğer ulusal düzenlemelere ters düşmektedir. Bkz. *Born* (n 9) § 4.04 [B] [3] [g]. *Born*'un bu eleştirisinin tenfiz bakımından Türk hukukunda da pek çok durumda New York Sözleşmesi hükümleri uygulanmakta olduğu için yerinde olmadığı belirtilmelidir. Bununla birlikte, MTK m. 4(3) hükmünde doğrudan tahkim yeri hukukunun yetkili kılınması yerine tahkim yeri hukuku olduğu varsayımıyla Türk hukukunun yetkili kılınması bu türden sorunlara ve aşağıda ele alınacağı üzere, özellikle tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde bu hükmün uygulanması ile ilgili tereddütlere yol açabilmektedir. Tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde sadece m. 5 ve 6'nın uygulama alanı bulması; m. 4'e göre uygulanacak hukukun tespitinin açıkça kabul edilmiş olmaması da bu konuya ilişkin ayrı bir sorun olarak dikkat çekmektedir. Bkz. Aydın (n 6) 52 vd.

1. MTK m. 4(3) Hükümü Kapsamında Zımnî Hukuk Seçiminin Dışlanması ve Tahkim Yeri Hukukunun Esas Alınması

Doktrinde kanun koyucunun zımnî hukuk seçimine cevaz vermeyip sadece açık hukuk seçimini kabul ettiği görüşü⁸⁴ ileri sürüldüğü gibi, MTK kapsamında m. 4(3) ve m. 15(A)(1)(a) incelendiğinde, bu hükümlerin zımnî hukuk seçimine imkân vermediği yorumunun yapılamayacağı görüşü de ifadesini bulmuştur.⁸⁵ Buna göre, MÖHUK m. 24 ile hukuk seçimine ilişkin temel prensipler ortaya konulmuş olup, bu prensiplerin MÖHUK'un diğer hükümlerinde aksi belirtilmedikçe her türlü akit ve hatta hukuk seçimi imkânının tanındığı haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi tüm ilişkiler için geçerli olacağı kabul edilmelidir.⁸⁶ Ancak, MÖHUK'ta yer alan diğer akit tipleri için bu prensipler geçerli olsa da milletlerarası tahkimin ayrı bir kanun ile düzenleme konusu edilmesi ve tahkim anlaşmasına ilişkin ayrı bir kanunlar ihtilâfı kuralının bu kanun ile getirilmiş olması,⁸⁷ tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralının tahkim kurumunun gerekleri, güncel yaklaşımlar ve MTK çerçevesinde ele alınmasını gerektirir.

Yukarıda görüldüğü üzere, pek çok hukuk düzeninde tahkim anlaşmasına yönelik hukuk seçimi yargı makamlarınca New York Sözleşmesi m. V(1)(a) ve/veya ulusal tahkim düzenlemeleri çerçevesinde zımnî hukuk seçimini de kapsayacak şekilde yorumlanmış ise de bu yorumların hukukî kesinlik ve öngörülebilirliği zedelediği ve hatta aynı tahkim anlaşmasına ilişkin olarak farklı ülke mahkemelerinin farklı

84 Özel, S., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilâfı Meseleleri* (İstanbul 2008) 80. Türk hukuku bakımından New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmü ve Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi kapsamında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin hukuk seçiminin zımnî hukuk seçimini de içerdiği yönünde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Uluşu (n 9) 46-47.

85 Uluşu (n 9) 49; Akıncı, Z., *Milletlerarası Tahkim B. 5* (İstanbul 2020) 301. Zımnî hukuk seçiminin kabul edilmesi halinde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca seçilmiş olmasının zımnî hukuk seçimine delâlet etmesi meselesinin tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi çerçevesinde ele alınmasına ilişkin olarak bkz. Uluşu (n 9) 51 vd.

86 Uluşu (n 9) 49, dn. 39. MÖHUK m. 24 ile hukuk seçimine ilişkin getirilen temel prensiplerin MÖHUK'un diğer hükümlerinde aksi belirtilmedikçe her tür akit için ve hatta hukuk seçimi imkânının tanındığı haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme ilişkileri için de geçerli olacağı yönünde bkz. Şanlı, C./Esen, E./Ataman-Figânmeşe, İ., *Milletlerarası Özel Hukuk B. 10* (İstanbul 2023) 325-326.

87 Tahkim anlaşmasının hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar da dikkate alındığında, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralının maddî hukuka ilişkin akit tiplerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralı ile aynı esaslara tâbi tutulması ve hukuk seçiminin zımnî hukuk seçimini kapsadığı yorumunun kabul edilmesi tahkim anlaşmasının maddî hukuk ile usul hukuku arasında kalan sınırlarını zorlayıcı nitelik taşıyabilir. Nitekim, tahkim anlaşması ile milletlerarası yetki anlaşmasının hukukî niteliğinin benzer olduğu; her iki anlaşmanın da usul hukuku alanında sonuç doğuran, ancak kuruluş ve geçerlilik açısından (irade sakatlığı, anlaşma kapsamının kişi ve konu bakımından yorumlanması gibi hususlar dahil olmak üzere) maddî hukuka ait özellikler taşıyan sözleşmeler olduğu dikkate alındığında, yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun tespitinde de doğrudan doğruya MÖHUK'ta yer alan ve maddî hukuka ilişkin akit tiplerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kurallarının belirleyici olmadığı; aksine yetki anlaşmalarına uygulanacak hukuku gösteren özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmamasının kanun boşluğu anlamına geldiği ve bu boşluğun kıyas yoluyla MÖHUK m. 24 hükmünün uygulanması suretiyle doldurulabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Avşar, M., *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi* (İstanbul 2021) 79 vd. Böylece, yetki anlaşmalarının tâbi olduğu hukukun belirlenmesinde dahi MÖHUK m. 24 hükmüne başvurma ihtimalinin, yetki anlaşmalarının karakteri göz önüne alınarak son derece sınırlı bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Tahkim anlaşmaları için ise, yetki anlaşmalarından farklı olarak, ayrı bir kanunlar ihtilâfı kuralı getirilmiştir; zira tahkim bir yargılama yolu olup, bu yargılama yoluna gitme konusundaki taraf iradelerini ortaya koyan tahkim anlaşmasının usulî sonuçları ile maddî hukuk karakterini birbirinden ayırmak zordur. Bu nedenle, tahkim anlaşmasının kuruluş ve maddî geçerlilik açısından tâbi olduğu hukuku gösteren bu kural kapsamında hukuk seçiminin ne anlama geldiğinin de MÖHUK m. 24 çerçevesinde yorumlanması yerine, tahkim hukukuna ait bakış açısı ile yorumlanması gerekir ki, bu bakış açısı zımnî hukuk seçimine ihtiyatla yaklaşmayı gerektirmektedir.

yollarla uygulanacak hukuku belirlemesine yol açtığı görülmüştür. Bu tablo karşısında, özellikle İngiltere'nin tahkim yeri olarak seçilme oranı ve İngiltere bakımından tahkimin önemi dikkate alınarak İngiliz Tahkim Kanunu 1996'ya hüküm eklenmesi önerisinin geliştirildiği ve zımnî hukuk seçiminin dışlanması eğiliminin öne çıktığı açıktır.

Bahsedilen gelişmeler göz önüne alınarak MTK m. 4(3) hükmünün zımnî hukuk seçimine izin verip vermediği hususunun, MÖHUK kapsamında hukuk seçimine hâkim ilkelerden bağımsız olarak değerlendirilmesi ve zımnî hukuk seçiminin reddedilmesi ihtimali üzerinde de durulmalıdır. Nitekim Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu⁸⁸ ve Roma I Tüzüğü'nün⁸⁹ tahkim anlaşmalarını kapsam dışında tutması da MÖHUK m. 24 hükmünün tahkim anlaşmaları bakımından esas alınmaması gereğini teyit etmektedir. Avrupa Birliği hukukunda akdî borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilâfî kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla hazırlanan Konvansiyon ve Tüzük tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun belirlenmesi hususunu, tahkim anlaşmasının özel karakteri nedeniyle açıkça kapsamı dışında tutmuş ve bu suretle tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden ayrılabilir niteliğinin ve esas sözleşmenin tâbi olduğu kanunlar ihtilâfî kurallarına tâbi olmadığını altını çizmiştir.⁹⁰ Konvansiyon ve Tüzüğün tahkim anlaşmasını kapsam dışında tutması aynı zamanda tahkim anlaşmasının New York Sözleşmesi m. II ve m. V(1) (a) hükümlerinden hareketle belirlenen kendine özgü kanunlar ihtilâfî kurallarına tâbi olması gerektiğini ve genel kanunlar ihtilâfî prensiplerinden ayrı tutulması gerektiğini teyit etmektedir.⁹¹ Hatta Roma Konvansiyonu'na ilişkin Rapor'da⁹² açıklandığı üzere, tahkim anlaşması, usule ilişkin ve maddî hukuka ilişkin yönleri birbirinden zor ayırt edilebilecek olan bağımsız bir sözleşmedir ve tahkim anlaşması bakımından (Roma I Tüzüğü m. 4(2) uyarınca) karakteristik edimin belirlenmesi de zordur. Bunun gibi tahkim anlaşmasının (Roma I Tüzüğü m. 4(4) uyarınca) en sıkı ilişkili olduğu ülkenin belirlenmesi bakımından da aynı güçlüklerle karşılaşılır. Bu sebeplerle tahkim anlaşması Konvansiyon'un ve Roma I Tüzüğü'nün kapsamı dışında bırakılmıştır.⁹³ Dolayısıyla hukuk seçimine ilişkin genel kanunlar ihtilâfî prensiplerinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren hükümler bakımından belirleyici olması görüşüne ihtiyatla yaklaşılmalıdır.

Esasen MTK m. 4(3) kapsamında zımnî hukuk seçimine izin verildiği yorumunu savunmak bakımından da MÖHUK'tan ziyade, tahkim anlaşmasına uygulanacak

88 *Convention 80/934/EEC on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980* (OJ L 266, 9.10.1980, pp. 1-19).

89 *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)* (OJ L 177, 4.7.2008, p. 6-16).

90 Born (n 9) § 4.04 [A] [1] [e]; Plavec (n 15) 96-97.

91 Born (n 9) § 4.04 [A] [1] [e]; Plavec (n 15) 96-97.

92 Giuliano-Lagarde Report, para. 12.

93 Giuliano-Lagarde Report, para. 12; Plavec (n 15) 96-97.

hukukun tespiti bakımından daha doğrudan bir kaynak niteliği taşıyan New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmüne ilişkin yukarıda yer verilen yorum ve değerlendirmeler dikkate alınabilir. Ancak son dönemde zımnî hukuk seçiminin yol açtığı öngörülemez sonuçlar, bu yorumun en azından ulusal mahkemelerin değerlendirmeleri bakımından kabul edilmesi eğiliminin İngiliz hukukunda olduğu gibi değişebileceğini göstermektedir. MTK m. 4(3) uyarınca hukuk seçiminin zımnî hukuk seçimini de içerdiği yorumunun, pek çok durumda mahkemelerin keyfi yaklaşımlarına zemin oluşturabileceği yukarıda ele alınan yargı kararları dikkate alındığında öngörülebilir. Bu nedenle, MTK m. 4(3) hükmünün hukukî kesinlik ve öngörülebilirliği ön planda tutmak üzere, taraflarca açık hukuk seçimi yapılmamışsa, tahkim yeri hukuku olarak Türk hukukunu yetkilendirdiği kabul edilmelidir. Bu suretle taraflarca açıkça ve ayrıca tahkim anlaşmasına yönelik bir hukuk seçimi yapılmamışsa, tahkim yeri hukuku sıfatıyla Türk hukukunun uygulanması gerekir. Zira tahkim anlaşması kaçınılmaz olarak tahkim yeri hukuku ile bağlantılıdır.⁹⁴ Tahkim yeri seçiminin salt coğrafi bir yer seçimi olmadığı; esas olarak bir hukuk seçimi ve özellikle de tahkim yeri hukukunun seçildiği anlamına geldiği vurgulanmalıdır. Bu hukuk seçimi salt tahkimin usule ilişkin yönlerini değil; usule ilişkin yönleri üzerinde etkili olan tahkim anlaşmasını da kapsayıcı niteliktedir.⁹⁵ Son dönemde doktrinde *Born*'un açıkça ifade ettiği üzere, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun zımnî hukuk seçimi (veya en sıkı ilişkili hukuk) kapsamında tahkim anlaşmasına uygulanması tahkim anlaşmasının bağımsızlığı⁹⁶ esasına ters düştüğü gibi, tahkim usulü ile tahkim anlaşmasının farklı hukuklara tâbi tutulması öngörülemez ve tutarsız sonuçlara yol açabilir ve sözleşme taraflarının beklentilerini de karşılamaz.⁹⁷ Bu anlamda sadece İngiliz Hukuk Komisyonu'nun değişiklik önerisi kapsamında değil; doktrinde de zımnî hukuk seçiminden uzaklaşılması eğiliminin ifade edildiği ve tahkim yeri hukukunun taraflarca açık bir hukuk seçimi yapılmamışsa doğrudan uygulanması gerektiği anlayışının belirginleştiği görülmektedir.⁹⁸ MTK m. 4(3) hükmünün de bu gelişmeler ve tahkim anlaşmasının kendine özgü karakteri ışığında yorumlanması ve MTK m. 4(3) hükmünün zımnî hukuk seçimini dışladığı sonucuna ulaşılması gerekir.⁹⁹

94 Born (n 9) § 4.04 [A] [4].

95 Born (n 9) § 4.04 [A] [1] [b] ff.; § 4.04 [A] [2] ff.

96 *Born*'a göre, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı esasının sınırlı bir yoruma tâbi tutulmaması gerekir. Zira tahkim anlaşmasının bağımsızlığı esası, tahkim anlaşmasının niteliği (usulî sözleşme) ve amacından kaynaklanır ki, bu nitelik ve amaç esas sözleşmenin nitelik ve amacından köklü bir şekilde farklıdır. Bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [4].

97 *Born* tarafından tahkim yeri hukukuna öncelik verilmesi gerektiği kabul edilmekte ise de tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna göre geçersiz olduğu tespit edildiği takdirde *favor validitatis* ilkesinin zımnî hukuk seçimi kapsamında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanmasına cevaz verdiği de belirtilmiştir. Buna göre, New York Sözleşmesi m. V(1) (a) hükmünün *favor validitatis* ilkesi ile uyumlu olduğu ve bu ilkenin uygulanmasını gerektirdiği; aynı doğrultuda m. V(1)(a) kapsamında zımnî hukuk seçimi marifetiyle esas sözleşmeye uygulanacak hukukun bahsedilen durumlarda uygulanabileceği yönünde bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [4].

98 Plavec (n 15) 107-108; Ling, A., "Neither express nor implied: Rethinking governing law of the arbitration agreement" (2023) Arb. Int'l 39, 414 vd.; Schreier/Jensen (n 19) 5 vd.

99 Doktrinde ve bazı tahkim kurumlarının kurallarında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin alternatif yaklaşımlar da geliştirildiği belirtilmelidir. Ancak burada MTK m.4(3) hükmünün ne şekilde yorumlanması gerektiği belirlenmeye çalışıldığı için alternatif yaklaşımlara metin içinde değinilmemiştir. Söz konusu yaklaşımlar için bkz. Plavec (n 15) 109 vd.; Moses (n 9) 537-538.

2. Yetki Anlaşmalarına Uygulanacak Hukuk ile Karşılaştırmalı Olarak Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Tahkim anlaşmasına yönelik açık bir hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukunun uygulanması, çeşitli açılardan benzerlik taşıyan yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin görüşler ile de paralellik taşımaktadır.¹⁰⁰ Bu iki anlaşma, benzer nitelikte ağırlıklı olarak usulî karakterli¹⁰¹ anlaşmalar olarak görülmekte ve bağımsızlık esası yetki anlaşmaları için de geçerli kabul edilerek, bunların da tahkim anlaşmaları gibi, esas sözleşmeye uygulanan hukuka tâbi olmaması gereği vurgulanmaktadır.¹⁰²

Türk hukukunda milletlerarası yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun tespitine ilişkin özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmadığından MÖHUK m. 24 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmiş ve bu hükümden her ne kadar usulî karakterli yetki anlaşmalarının niteliğine uygun düşmesi de, yararlanılabileceği ifade edilmiştir.¹⁰³ Ancak, MÖHUK m. 24 hükmünün yetki anlaşmaları bakımından karşılaştırmalı hukuk ve tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin esaslar çerçevesinde ele alınması gerekli görülmüştür. Burada belirtmek gerekir ki, MÖHUK m. 24 hükmünde yer alan hukuk seçimine ilişkin hükmün yetki anlaşmaları için de genel prensipleri ortaya koyduğundan ve zımnî hukuk seçimine izin verdiğinden bahsedilememektedir. Zira yetki anlaşmaları için zımnî hukuk seçiminin tartışılması bir yana, açık hukuk seçimine dahi hemen hiç rastlanmadığı belirtilerek, doğrudan objektif bağlama kuralının belirlenmesi üzerinde durulmuştur.¹⁰⁴ Buna göre, yetki anlaşmaları, gerek Avrupa Birliği hukukunda [Yeni Brüksel I Tüzüğü m. 25(1)]¹⁰⁵ gerek Yetki Anlaşmalarına İlişkin La Haye Konvansiyonu¹⁰⁶ m. 5(1) ve 6(a) uyarınca, özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı ile, tarafların yetkili kıldıkları mahkemenin hukukuna tâbi kılınmıştır. MÖHUK'ta yetki anlaşmalarına ilişkin m. 47'de bu tür bir özel kanunlar ihtilâfı kuralı yer almasa da, MÖHUK m. 24 hükmünün kıyasen uygulanması ile yetki anlaşmasının en sıkı ilişki içinde bulunduğu hukuka tâbi tutulabileceği sonucuna ulaşılmış ve bu hukukun da, mahkemesi seçilen ülke hukuku olduğu ve hatta bu sonucun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi ile uyumlu olduğu; daha açık bir deyişle, MTK m. 4(3) hükmünün tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukuku sıfatıyla Türk hukukunu yetkili

100 Demirkol, B., *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (İstanbul 2018) 48 vd.; Avşar (n 87) 69 vd.

101 Tahkim anlaşmasının hukukî niteliğine ilişkin görüşler hakkında bkz. Tekin, 20 vd. Yetki anlaşmasının hukukî niteliğine ilişkin görüşler hakkında bkz. Avşar (n 87) 69-79. Bu iki anlaşmanın, usul hukuku alanında sonuçlar doğuran, ancak kuruluş ve geçerlilik açısından maddî hukuk değerlendirmesi gerektiren anlaşmalar olduğu; bu yönü ile çifte karakterli bir yapı sergilediği kabul edilmelidir. Zaten bu nitelik dolayısıyla maddî geçerliliğe uygulanacak hukukun tespiti ayrı bir kanunlar ihtilâfı sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Avşar (n 87) 77-78.

102 Demirkol (n 100) 46 vd.

103 Demirkol (n 100) 49-52.

104 Demirkol (n 100) 52-53.

105 *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351, 20.12.2012, s. 1-32.

106 *Hague Convention on the Choice of Court Agreements*, 30.6.2005, I.L.M. 1294.

kılmasının, yetki anlaşmalarının yetkili kılınan mahkemenin hukukuna tâbi olmasını doğruladığı ifade edilmiştir.¹⁰⁷ Aynı sonuca farklı bir açıdan ulaşan *Avşar* ise, yetki anlaşmalarına yönelik özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmadığından, bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğu için MÖHUK m. 24 hükmünün kıyasen uygulanacağını ve en sıkı ilişkili hukuk olarak yetkili kılınan mahkemenin hukukunun uygulanacağını belirtmiştir.¹⁰⁸

Sonuç olarak işlevsel açıdan benzer özellikler taşıyan bu iki anlaşmanın, taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa, MTK m.4(3)’te yer alan özel kanunlar ihtilâfı kuralı sayesinde tahkim yeri hukukuna ve özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmadığından, yorum yoluyla seçilen mahkemenin hukukuna tâbi tutulması kabul görmektedir. Yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun tespitinde tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun yol gösterici olması gibi, tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuka ilişkin MTK m. 4(3) hükmünün yorumlanması bakımından da yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun, hukuk seçimi yoksa, mahkemesi seçilen ülkenin hukuku olarak kabul edilmesi önemlidir. Zira mahkemesi seçilen ülke hukuku ile tahkimde tahkim yeri hukuku, uygulanacak hukukun belirlenmesinde aynı işlevi yerine getirmektedir. Bu nedenle taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olarak kabul edilmesi gereği yetki anlaşmaları perspektifinden de doğrulanmaktadır.

3. Hukuk Seçimi Olmayan Hallerde Türk Hukukunun “Tahkim Yeri Hukuku” Olarak Uygulanması

MTK m. 4(3) hükmünde yer alan ve hukuk seçimi yapılmayan hallerde Türk hukukunun uygulanmasını öngören hükmün, Türk hukukunu tahkim yeri hukuku olarak yetkilendirip yetkilendirmediği değerlendirilmelidir.

MTK m. 1(2)’ye göre, MTK, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Bu ilke, MTK’nın uygulanması bakımından temel bir ilkedir. MTK m. 4(3) hükmünün de,¹⁰⁹ tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku *tahkim yeri hukuku olarak* Türk hukukuna tâbi tuttuğu kabul edilmelidir.¹¹⁰ Bu yaklaşım, MTK’nın hazırlanması bakımından temel alınan UNCITRAL Model Kanun’da kabul edilen yaklaşım olması yanında, Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi m. VI(2) ve New York Sözleşmesi m. V(1)(a) ile de teyit edilmiştir.

¹⁰⁷ Demirkol (n 100) 52-55.

¹⁰⁸ *Avşar* (n 87) 108-115.

¹⁰⁹ MTK m. 1(3) uyarınca, bu kanunun 5 ve 6. madde hükümleri tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde uygulanır. Bu hükümden hareketle, m. 4 hükmünün söz konusu ihtimal bakımından uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Esen, 93-94.

¹¹⁰ Esen (n 6) 94; Sarıöz Büyükalp (n 6) 2028; Aydın (n 6) 55; Şanlı/Esen/Ataman-Figânmeşe (n 86) 803, dn. 683.

Doktrinde *Born*'un MTK 4(3) hükmü ile Türk hukukunun yetkili kılınmasını eleştirmesi de, esasında bu hükmün tahkim yerinin Türkiye'de olmadığı hallerde de uygulama alanı bulabileceği öngörüsüne dayanmaktadır. MTK m. 4(3) hükmünün hukuk seçimi olmayan hallerde sadece tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar bakımından uygulanacak olması bu konuya ilişkin tereddütleri, aşağıda görüleceği üzere ortadan kaldıracaktır.

4. Tahkim yerinin Türkiye'de Olmadığı Haller Bakımından Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

MTK m. 4(3) hükmünün uygulanması bakımından bir diğer sorun, tahkim yerinin Türkiye'de olmadığı hallerde MTK m. 4 hükmünün uygulama alanı bulamayacak olmasıdır.¹¹¹ Her ne kadar doktrinde bu halde de MTK m. 4(3) hükmünün kıyasen uygulanabileceği¹¹² veya MÖHUK m. 24 hükmünden hareketle en sıkı ilişkili hukuk olarak tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği¹¹³ ileri sürülmekte ise de, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar kapsamında soruna çözüm getirilmesi MTK'nın uygulama alanını veya MÖHUK hükümlerinin sınırlarını zorlayan yorumlara başvurma gereğini ortadan kaldırır. Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi VI(2) maddesinde taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde tahkim yeri hukukunun uygulanmasını öngörmektedir. Ancak bu uluslararası anlaşmaya taraf olan devletlerin sayısının 2024 yılı itibarıyla 31 olması, uygulama alanının sınırlı olduğunu göstermektedir. Avrupa Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde, yukarıda çeşitli devletlerin mahkeme kararlarında da görüldüğü üzere, New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmünden hareketle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca açıkça seçilmediği hallerde tahkim yeri hukukunun uygulanması kabul edilmelidir. Zira New York Sözleşmesi m. II(3) uyarınca, taraf devletlerin mahkemeleri tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olduğunu tespit etmedikçe tarafları tahkime yönlendirir. Devlet mahkemelerinin bu tespiti yapmak için New York Sözleşmesi m. V(1)(a)'da öngörülen şekilde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemeleri gereği esas alındığında,¹¹⁴ tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olması gereği doğal bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu çözüm, çoğunluk hukuk düzeninde kabul gören ve evrensel bir ilke haline gelen tahkim yeri hukukunun uygulanması esasının tanınması anlamına gelecek ve MTK kapsamında olsun olmasın Türk mahkemelerinde tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin tartışıldığı her durumda Türk hukukunun uygulanacağı algısının ortadan kalkmasına hizmet edecektir.

¹¹¹ Esen (n 6) 93-94; Aydın (n 6) 52.

¹¹² Özel (n 84) 81; Şanlı/Esen/Ataman-Figânmeşe (n 86) 803, dn. 683.

¹¹³ Esen (n 6) 95-97.

¹¹⁴ Aydın (n 6) 55-56.

Tahkim yerinin belirlenmemiş olduğu hallerde ise, Avrupa Sözleşmesi m. VI(2) uyarınca hâkimin kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi mümkündür. İşte MÖHUK m. 24 uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi de bu ihtimal bakımından kabul edilmelidir.

Tahkim yerinin Türkiye’de olmadığı haller kapsamında ele alınması gereken son bir husus da MTK’nın uygulanmasının taraflar veya hakemlerce kararlaştırılmış olması¹¹⁵ durumunda MTK m. 4(3) hükmünün tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleyip belirlemeyeceğidir. Bu konu, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemişse, *lex arbitri* olarak tahkim yeri hukukuna tâbi olması gereği kapsamında ele alınmalıdır. Yukarıda görüldüğü üzere, pek çok hukuk düzeninde ve uluslararası metinlerde tahkim anlaşması bir hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukuna tâbi tutulmuştur. Temelde tahkim yeri hukukunun, *lex arbitri* yani tahkimin otoritesine tâbi olduğu hukuk olmasına bağlı olarak geçerli kılınan bu sonuçtan hareket edilecek olursa, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun *lex arbitri* olduğu esası yol gösterici olmalıdır. MTK’nın 1. maddesi uyarınca tahkim yeri Türkiye olmayan bir tahkim yargılaması bakımından MTK hükümlerinin uygulanması taraflar veya hakemlerce kararlaştırılmışsa, bu durum, MTK m. 4(3) hükmünün [ya da devlet mahkemelerini görevli ve yetkili kılan (m. 5 v e 6 dışında) hükümlerin] uygulama alanı bulacağı anlamına gelmemelidir. Aksine, MTK m. 4(3) bu ihtimalde uygulama alanı bulamamalı; Türk mahkemesi New York Sözleşmesi m. II(3) ve m. V(1)(a) uyarınca, hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukunu uygulamalıdır.

Çeşitli devletlerin tahkim kanun ve düzenlemelerinin MTK m. 1 hükmüne paralel şekilde uygulama alanlarını tahkim yerinin o devlet ülkesinde olmasından hareketle belirledikleri¹¹⁶ ve tahkim yerinde yürürlükte bulunan bu kanunların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları öngörebildikleri veya New York Sözleşmesi m. V(1)(a) çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçerliliğini ele aldıkları dikkate alındığında, farklı devletlerin mahkemelerinin aynı tahkim anlaşmasına ilişkin farklı sonuçlara ulaşmalarını engellemek açısından tahkim yeri hukukunun uygulanmasına ilişkin kuralın yeknesak bir kural olarak kabul edilmesi uygun olur. Halbuki tahkim yerinin Türkiye olmadığı ve MTK hükümlerinin taraflar veya hakemlerce *usule uygulanmak üzere* seçildiği hallerde MTK m. 4(3) hükmü lafzî bir yorumla uygulanır ise, tahkim anlaşmasının Türk hukukuna tâbi tutulması sonucunu doğar. Bu ise, ileride hakem kararının geçerliliği bakımından tahkim yeri hukukuna göre yapılacak değerlendirmeler ile çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilir.

¹¹⁵ Bu durumda tahkim yeri hukukunun *lex arbitri* olduğu ve seçilen MTK hükümlerinin MTK m. 8’de izin verildiği gibi, *lex arbitri*’nin çizdiği sınırlar içinde tahkim yargılama usulüne uygulanmak üzere seçildiği dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, MTK’da yer alan ve tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde de uygulanması kabul edilen m. 5 ve 6 dışında kalan, örneğin, hakem seçmeyen tarafın yerine mahkemeden hakem seçimi talep edilebilmesine ilişkin hükmün veya iptal davasının Türkiye’de açılmasını öngören m. 15 hükmünün uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Aksinin kabulü halinde tahkim yeri olarak belirlenen yer hukuku olarak *lex arbitri*’nin hükümleri ile MTK hükümleri çatışacaktır.

¹¹⁶ Bkz. İngiliz Tahkim Kanunu 1996 m. 2; İsviçre MÖHK m. 176(1); Alman Medeni Usul Kanunu m. 1025(1).

Sonuç olarak, MTK m. 4(3) hükmünün Türk mahkemelerince, tahkim yeri Türkiye’de olmadığı halde, salt MTK’nın uygulanması taraflar veya hakemlerce kararlaştırılmış olduğu için uygulanması kabul edilmemeli; bu ihtimalde Türk mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliğini, MTK’nın “*lex arbitri* olarak” kapsamı dışında kalan bir tahkim anlaşması söz konusu olduğundan New York Sözleşmesi hükümlerine göre tahkim yeri hukukuna tâbi tutmalıdır. Zira bu ihtimalde *lex arbitri* tahkim yeri hukukudur ve MTK *lex arbitri* olarak uygulama alanı bulmamaktadır.

Bir diğer ihtimal ise, MTK’nın taraflarca usule uygulanmak üzere seçildiği hallerde tahkim yerinin belirlenmemiş olması ve *ad hoc* tahkimin tercih edilmiş olması ihtimalidir. Bu halde, MTK uyarınca hakem/hakemlerin de tayin edilmediği ve dolayısıyla tahkim yerini belirlemeyecekleri bir aşamada, devlet mahkemesi tarafından tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekirse, mahkemenin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku hangi hükme göre belirlemesi gerektiği sorusu aynı bakış açısı ile yanıtlanmalı ve MTK m. 4(3) uygulanmamalıdır. Bunun yerine New York Sözleşmesi m. II(3) ve m. V(1)(a) uyarınca uygulanacak hukukun belirlenebileceği düşünülebilir. Ancak m. V(1)(A) kapsamında tahkim yeri hukuku yetkili kılındığından ve tahkim yeri belirli olmadığından, mahkemenin kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurması (Avrupa Sözleşmesi m. VI(2)’de de öngörüldüğü üzere) suretiyle bu boşluğun doldurulması gerekir.

Sonuç

Alman Federal Mahkemesi’nin yakın zamanda verdiği bir karardan hareketle tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesinde zımnî hukuk seçimi meselesinin ele alındığı bu çalışmada, nihaî olarak zımnî hukuk seçimi ve en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesine ilişkin arayışların tahkim anlaşmalarının geçerliliği bakımından hukuk düzenleri arasında ciddi değerlendirme farklılıklarına yol açtığı görülmüştür. Özellikle son dönemde çeşitli devletlerin mahkeme kararları arasındaki çelişkili sonuçlar, tahkim yeri hukukunun, açıkça aksi kararlaştırılmamışsa uygulanması gereken hukuk olarak dikkate alınması eğilimini öne çıkarmaktadır.

Konuya ilişkin pek çok çalışmada tahkim yeri hukukunun mu yoksa esas sözleşmeye uygulanan hukukun mu uygulanması gerektiği; tarafların örtülü iradesinin hangisine işaret ettiği veya en sıkı ilişkili hukukun hangisi olduğuna ilişkin değerlendirmeler yapılmış; bu ikisinden birinin uygulanmasına ilişkin gerekçelere ve her ikisinin de uygulanmasının olumlu ve olumsuz yönlerine işaret edilmiştir.¹¹⁷ Ayrıca tahkim kurumunun bulunduğu yer hukukunun uygulanması veya tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukuku veya olası tenfiz ülkesi hukuku gibi ilgili hukuk düzenleri çerçevesinde geçerli olmasını esas alan kümülatif yaklaşım gibi alternatif öneriler de geliştirilmiştir.¹¹⁸

117 Moses (n 9) 551 vd.; Plavec (n 15) 97 vd.; Nazzini (n 9) 686 vd.; Schreier/Jensen (n 19) 2 vd.

118 Plavec (n 15) 109 vd.

Bunun gibi, bazı tahkim kurumlarının model tahkim anlaşması kayıtlarında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun açıkça seçilmesine hizmet eden düzenlemeler yaptığı; taraflarca bu kurumların kurallarının seçildiği durumlar bakımından açık hukuk seçimi yapılmış olacağı için sorunun çözülmüş olduğu da ifade edilmiştir; ancak bunun sınırlı bir çözüm tarzı olduğu belirtilmelidir. Zira bugün için Hong Kong Milletlerarası Tahkim Merkezi, Viyana Milletlerarası Tahkim Merkezi, Londra Milletlerarası Tahkim Merkezi gibi belli başlı bazı kurumların bu yola gittiği görülmektedir.¹¹⁹ Dolayısıyla, taraflarca açık hukuk seçimi yapılması seçeneğinin halen yaygın olmadığı dikkate alındığında, özellikle devlet mahkemelerince tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin yorumlar önem kazanmaktadır. Yukarıda görüldüğü üzere, bu konuda tarafların açık bir seçimi yoksa, tahkim yeri hukuku, tahkimin otoritesine tâbi olduğu hukuk sıfatıyla, tahkim anlaşmasının maddî hukukla bağlantılı yönlerinin de tahkim yargılamasından bağımsız değerlendirilemeyeceği dikkate alınarak uygulanmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akıncı, Z., *Milletlerarası Tahkim*, B. 5 (İstanbul 2020).

Avşar, M., *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi* (İstanbul 2021).

Aydın, E.: “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk” (2019) 39(1) Public and Private International Law Bulletin 33-61.

Bayata Canyaş, A., “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi” (2011) 1(1) HÜHFD 110-121.

Born, G., *International Commercial Arbitration* 3rd ed. (Kluwer Law International 2020).

Chan, D./Teo, J. Y., “Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There is None” (2020) 37(5) Journal of Int’l Arb. 635-648.

Czernich, D., “The Law Applicable to the Arbitration Agreement” (2015) Austrian Yearbook of International Arbitration 73-86.

Demirkol, B., *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (İstanbul 2018).

Esen E., “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği” (2017) UTDER 75-148.

¹¹⁹ Bkz. Plavec (n 15) 98; Moses (n 9) 537-538.

- Girsberger, D./Voser, N., *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd ed. (Zürich 2016).
- Hay, S., “The Breakdown of the International Commercial Arbitration System: The Kabab-Ji Case” (2023) 14 *Arbitration Law Review* 1-16.
- Karrer, P., “The Law Applicable to the Arbitration Agreement” (2014) 26 *Singapore Academy of Law Journal* 849-873.
- Ling, A., “Neither express nor implied: Rethinking governing law of the arbitration agreement” (2023) *Arb. Int'l* 401-424.
- Mario Giuliano and Paul Lagarde, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 1980, OJ C 282/17 (Giuliano-Lagarde Report).
- Moses, M.L., “A New Framework: Choosing the Proper Law of the Arbitration Agreement Based on the Issue to be Decided” *Arbitration, Contracts and International Trade Law, Essays in Honor of Giorgio Bernini* (Milano 2021) 533-568.
- Nazzini, R., “The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles” (2016) 63(3) *ICLQ* 681-703.
- Özdemir Kocasakal, H., “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları” (2010) 30(1-2) *MHB* 2010 27-62.
- Plavec, K., “The Law Applicable to the Interpretation of Arbitration Agreements Revisited” (2020) *University of Vienna Law Review* 82-127.
- Redfern, A./Hunter, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed. (Oxford 2015).
- Rubino-Sammartano, M., *International Arbitration - Law and Practice*, 3rd ed. (New York 2014).
- Sarıöz Büyükalp, A. İ., “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması” Kavramları” (2015) *DÜHFD Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan* 2015-2061.
- Schrerer, M./Jensen, O., “The Law Governing Arbitration Agreement: A Comparative Analysis of the United Kingdom Supreme Court’s Decision in *Enka v. Chubb*” (2021) *IPRax* 177-187.
- Schrerer, M./Jensen, O., “Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement” (2021) 10(1) *Indian Journal of Arbitration Law* 4.
- Şanlı, C./Esen, E./Ataman-Figânmeşe, İ., *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 10 (İstanbul 2023).
- Tekin, S. E., *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esastan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk* (İstanbul 2019).
- Ulus, A. E., “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımni Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi” *Tahkim ve Uygulanacak Hukuk* (Ed. Ziya Akıncı/Berk Demirkol) (İstanbul 2021) 31-70.

