

MİLLETLERARASI TAHKİM ŞARTININ ALACAĞIN TEMLİKİ İLE İNTİKALİ-FRANSIZ İÇTİHADI

Prof. Dr. NİHAL ULUOCAK*

I. Genel Olarak

Bilindiği gibi, Fransız milletlerarası özel hukuku alanında, gerek yasalar çatışması, gerek milletlerarası yetki konularında birçok norm içtihat yolu ile belirlenmiştir¹. Fransız doktrininin bu kararlara getirdiği yorumlar ve de tartışmaya açtıkları konular, sanırım karşılaştırmalı hukuk açısından da bazı boşlukları doldurmaya yönelik olarak da değerlendirilebilirler.

Üzerinde duracağımız milletlerarası tahkim konusunda da, her ne kadar Fransız Yeni Usul Yasası'na milletlerarası tahkime dair maddeler eklenmişse de², bu konuda Fransız yargıtayının kararları, maddelerin ya da yorumlarının yetersiz kaldığı durumlarda etkinlik sağlamıştır³. Bu konuda birkaç örnek verilebilir, şöyle ki; tahkim şartına konu olan ilişkinin "*milletlerarası nitelik*" taşıması içtihat yolu ile sık sık vurgulanmıştır; ilişkinin "*milletlerarası ticari çıkarları*" ilgilendirmesi, başka bir deyişle, ekonomik işlemin hudutlar ötesi mal, hizmet ya da sermaye (fon) transferini öngörmesi, milletlerarası tahkim şartının uygulanmasında aranmıştır⁴.

* İ.Ü. Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi.

¹ Bkz: Grands arrêts de la jurisprudence fr. de DIP, ANCEL-LEQUETTE, 1987, Paris; özellikle BATTIFOL'un önsözü.

² 12 Mayıs 1981 t. Kararname ile eklenen maddeler (m.1492-97); ayrıca tahkim kararlarına karşı yargı yolu (m. 1498-1507) bu kapsamda zikredilebilir.

³ Bkz: ULUOCAK, Altuğ Armağanı, MHB, 1997-98, s. 517-531.

⁴ HECHT Kararı, Paris İstinaf Mahk., 19 Haziran 1970, Rev.Crit. 1971. 692-

Diğer yandan *hakemin yetkisinin sınırının* bahis konusu edildiği konularda da, Fransız yargıtayının kararları milletlerarası tahkimdeki boşlukları doldurmaktadır; doktrinde ZANZİ kararı olarak anılan ve bir ilk uygulamayı yansıtan bu kararı ile yüksek mahkeme, iç tahkim hukukunda yer alan bir maddeyi (Fr. Usul Yasası, m.1458), milletlerarası tahkim alanına çekmiş ve “*hakemin bizzat yetkisini tayin etmesi yetkisinin*” (competenz - competenz) bulunduğunu kabul etmiştir⁵. Doktrinde bu kararın, “milletlerarası tahkim hukukunun serbestçe imarına katkı sağlayacak ve ona fevkalade yapıcı bir rejimin sağlam temelini oluşturacak bir taşı ilâve ederek verildiği” ifade edilmiştir⁶.

Milletlerarası tahkimde, *hakemin yetkisinin sınırının* bahis konusu edildiği diğer bir karar da, *hakemin tahkim süresini uzatması konusundaki yetkisi* hakkında verilmiştir. Fransız yargıtayı önceki bir kararında, “*Fransa’da anlaşıldığı şekli ile milletlerarası kamu düzeninin, akdi bir sürenin bulunmaması halinde, hakemlerin yetkilerinin yasal bir süre ile sınırlandırılmasını zorunlu kılmadığını*” beyanla, aksi yöndeki İstinafın kararını bozmuştur⁷. Ancak aradan geçen uzunca bir süre sonra Fransız yargıtayı bu içtihadını değiştirmiştir, şöyle ki; “*Taraflarca doğrudan ya da bir tahkim tüzüğüne atıfta bulunularak sürenin saptanması ve bu süre içerisinde hakemlerin görevlerini tamamlamaları yükümlülüğü prensibi, tahkimin akdî oluşu niteliğinden kaynaklanan, ulusal olduğu kadar, uluslararası bir kamu düzeni zorunluluğunu ifade eder*” demiştir ve on yıl sonra verilen bir hakem kararının, milletlerarası kamu düzenine aykırı olduğunu, dolayısı ile hakimin denetimini gerektirdiğini kabul etmiştir⁸.

695; Yarg. Kararı: 1974. 82 ve dev. Ayrıca bu konuda ZANZİ Kararı, Rev. Crit. 1999. 546-557, s. 549 daki içtihat.

⁵ Bu kararın yorumunda, bu prensibin “pozitif etkisi” açıklanırken, bazı açılardan “yetki-yetki” prensibinin, *tahkim şartının bağımsızlığından* öte, hakeme itirazlar tahkim anlaşmasına yönelik olması halinde, bizzat karar verme olanağını tanıdığı ifade edilmiştir; ikincisi ise doğrudan akdin geçersizliğine karar verme imkânı tanımaktadır, s. 551-552.

⁶ BUREAU, D., Rev. Crit. 1999. 550. Bu kural pozitif hukuk sistemlerinde yer almaktadır, bkz: ALTUĞ Armağanı, s. 519, dn. 7.

⁷ 30 Haziran 1976 t. Karar, Clunet(JDİ), 1977, 114.

⁸ Rev. Crit. 1994. 680 ve dev. Olayda hakem kararı, tahkime başvurudan on yıl sonra verilmiştir. Özellikle Fr. Yeni Usul Yasasının 1494.maddesinde “Tarafların süre hakkında sükût etmeleri halinde hakeme usulü saptama yetki-

Değindiğimiz bu özet kararlardan sonra, yine Fransız yargıtayının milletlerarası tahkim alanında, karşılaştırmalı hukuk açısından da önemli olabilecek bir yeni içtihadı üzerinde duracağız.

II. Milletlerarası Tahkim Şartının Alacakla Devri

A. *Karara konu olan olay ana hatları ile şöyledir: Sud Marine şirketinin (şirket), bir Cezayir şirketi ile, denizde bir onarıma dair yaptığı anlaşmada ICC tahkim şartı yer almaktadır. Şirket, Cezayir şirketinden olan alacağını bir bankaya (WORMS) temlik ediyor. Bankanın, alacağın ödenmesi talebi ile, yetkili Fransız Bidayet mahkemesinde açtığı dava, yetki açısından reddedilince, davacı Fransız İstinafına, "tahkim şartının milletlerarası alanda otonom olması nedeni ile, bunu öngören bir sözleşmenin tenfizine yönelik bir alacağın devredildiği kişiye karşı ileri sürülemeyeceğini, diğer yandan, şartın intikalinin mümkün olup olmadığı konusunda sözleşmeye uygulanan yasanın araştırılması gerektiğini" beyanla, başvuruyor;*

İstinaf mahkemesi, "milletlerarası tahkim şartının alacağın temlik ile intikalini, bu şartın muhtariyeti prensibine dayanarak" kabul ediyor.

Fransız yargıtayı da, "*Tarafların muhtar iradeleri ile geçerlilik kazanan milletlerarası tahkim şartının alacakla birlikte, bunun temlik edildiği kişiye de, bu alacağın aynen temlik edenle borçlu arasındaki ilişkide olduğu gibi intikal ettiğini*" beyanla, İstinaf ın kararını tasdik ederek, temyiz başvurusunu reddediyor⁹.

B. *Milletlerarası tahkim şartının alacağın temlik ile intikalinin hukukî dayanağı:* Bu konuda bizatihi milletlerarası tahkim şartının bağımsızlığı ilkesinin yeterliliğinin isabetli olup, olmadığı gibi, değişik görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Fransız içtihadında milletlerarası tahkim şartının tanımlanmasında "DALICO" Kararına tam metni ile değinmekte yarar var; yargıtay bu

sinin verilmiş olması" hükmünün, sonuncuya, taraflarca tesbit edilen süreyi de uzatma hakkı verir mi? sorusunun yargıtay içtihadı ile olumsuz yönde yanıtlandığı ifade edilmiştir, COHEN, karar yorumu.

⁹ WORMS Kararı, 5 Ocak 1999, Rev. Crit. 1999. 537-538.

kararında, “milletlerarası tahkim hukukunun bir maddi normu uyarınca tahkim şartının varlığının ve etkinliğinin, Fransız hukukunun emredici kuralları ve milletlerarası kamu düzeni saklı kalmak üzere, bir devlet yasasına başvuru gereği olmadan, tarafların müşterek iradesi ile değerlendirileceğini” beyan ve kabul etmiştir¹⁰.

Bu karara konu olan olayda, Libya'daki bir kamu kuruluşu ile bir Danimarka şirketi arasında, belirli bir yöre sularının boşaltılmasına dair yapılan sözleşmede, Libya mahkemesinin yetkisi kabul edilmiş, ancak daha sonraki, karşı tarafın imzasını taşımayan icapla birlikte yolanan ek tip belgelerin birinde tahkim şartına yer verilmiştir¹¹. Fransız yargıtayının bu olayda tahkim şartının “*tarafların müşterek iradesi ile*” varlığını kabul etmesi, Yüksek Mahkemenin bu şartın hukuki niteliği hakkında “*tam bağımsızlık*” ilkesini benimsemesi açısından, doktrinde örnek karar olarak gösterilmiştir(dipnot 9 ve oradaki göndermeler).

Buna karşın üzerinde durulan *WORMS* kararında sadece “*tarafların muhtar iradeleri ile geçerlilik kazanan tahkim şartından*” söz edilmiştir. Dolayısı ile doktrinde, Yüksek Mahkemenin herhangi bir hukuk kuralına başvurmadan, tarafların iradesine dayanan bir “*geçerlilik prensibi*” ni ihdas etmek istediği mi yoksa zımnen *DALICO* kararının içeriğini benimseyerek, geçerlilik prensibini belirli sınırlamalar dahilinde bir Fransız maddi normuna mı dayandırdığı hususunun açıklık kazanmadığı, haklı olarak ileri sürülmüştür¹².

Milletlerarası tahkim şartının “*meşruiyeti*” ile bu şartın “*geçerliliği*”

¹⁰ 20 Aralık 1933, Rev.Crit. 1994. 663, yorumu, MAYER, 665-672; diğer yorumu: GAUDEMET-TALLON, Rev. de l'arbitrage (Rev. arb.), 1994, 118-125.

¹¹ Milletlerarası tahkim şartının *şekil* açısından geçerliliği konusu Fransız içtihadı ve doktrininde tartışmalıdır; iç hukukta şartın yazılı olması aranırken (Fr. Usul Yasası, m. 1443), milletlerarası alanda imza edilmemiş bir belgede bulunan tahkim şartına dolaylı da olsa göndermede bulunulması, tarafların şarta uymalarına dair müşterek niyetini kanıtlayacak biçimde akdî ilişkiye dahil edilebiliyorsa, şartın geçerli sayılacağı ileri sürülmüştür, MAYER, Rev. Crit. 1994, 666 ve oradaki içtihat ve doktrine göndermeler. Karş. hukuk açısından: İsv. D.Ö.H Yasası, m. 178/1; Alm. Usul Yasası, m. 1031; Türk Milletlerarası Tahkim Taslağı (II), m. 5. Hollanda Usul Yasası, m. 1021; Belçika Usul Yasası, m. 1677, Rev. arb. 1994, 120.

¹² PATAUT, E., Rev. Crit. 1999, 340 ve göndermeler.

kavramlarının (ya da prensiplerinin) eş anlamda kullanılamayacağı, Fransız tahkim hukuku açısından şu gerekçelerle açıklanmaktadır: “meşruiyet” (licéité) kavramında, geçersizliğe karşı kuvvetlendirilmiş bir koruma bahis konusudur¹³. Tahkim anlaşmasının (ya da şartının) muhtariyeti prensibi, anlaşmanın (ya da şartın) meşruiyetini öngören, bir maddi norm olarak algılanarak, kanunlar ihtilafı metodu tamamen bertaraf edilmekte, sadece, milletlerarası kamu düzeni sınırlamasına yer verilmektedir. Bu uygulamaya, Fransız içtihadında en çarpıcı örnek *HECHT* kararında yer verilmiştir: “Milletlerarası tahkim konusunda hakem anlaşması, ister ayrıca kararlaştırılmış, ister akdi ilişkiye dahil edilmiş bulunsun ana sözleşme karşısında, tam bir hukuki özerkliğe sahip, meşruiyet kazanmıştır”¹⁴.

İçtihadta sık sık rastlanan “maddi norm”un, “lex mercatoria”dan kaynaklanacağı gibi, herhangi bir yasa araştırılmaksızın, sadece tahkim şartının kullanılan ifadeler gözetilerek, mahkemeler tarafından değerlendirilmesi yeterlidir, denilmiştir¹⁵.

“Geçerlilik” (validité) kavramının lügat anlamı ise, “kuruluşu butlan müeyyidesine maruz kalabilen, yasanın zorunlu kıldığı koşullara uygun olarak geçerli kılınma”yı ifade etmektedir (bkz: dipnot 13- validité). Dolayısı ile milletlerarası tahkim şartının “geçerliliği” deyiminin, gerek kararlarda, gerek doktrinde kullanılmasının, şartın, öncelikle saptanan bir kurala göndermede bulunularak geçerlilik kazanacağı bu konuda hiçbir anlaşmanın ya da şartın bizatihi mevcudiyetinden bizzat geçerliliğini elde edemeyeceği, savunulmuştur¹⁶. Pozitif hukuk

¹³ *Vocabulaire juridique de l'Association Capitant*, “licite” (meşru): bir metnin caiz kıldığı anlamında.

¹⁴ Paris İstinafi, 19 Haziran 1970, Rev. Crit. 1971, 692-695; ve yargıtayın onayı, Rev. Crit. 1974, 82; “meşruiyeti” destekleyen daha yeni karar: 17 Aralık 1991, Rev. Crit. 1993, 281.

¹⁵ LOQUIN, Clunet (JDI), 1994, 690 ve dev.; eleştirisi, MAYER, Rev. Crit. 1997, 94 ve dev; ayrıca, Rev. arb. 1991, 463-464’de zikredilen içtihat-doktrin, eleştirel yorum, GAUDEMET-T;

¹⁶ ANCEL, L’actualité de l’autonomie de la clause compromissoire, Travaux du comité fr. de DIP, 1991-1992, s. 75 ve 91; ayrıca MAYER, *Prodexport* kararındaki yorumu, Rev. Crit. 1999, 94 ve dev; F.-G.-GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage international comm.*, 1996, N: 691 ve 705; yazarlar “geçerlilik prensibinin herhangi bir ulusal yasadan bağımsız olarak ileri sürülmesini” eleştirmişlerdir.

sistemlerinde de, tahkim sözleşmesinin (ya da şartının) geçerliliğinden hareketle, bizatihi “meşruiyet” prensibi benimsenmemiştir¹⁷.

Bu açıklamalarımızla irdelenen, *prensiplerin* ya da *kavramların* nitelendirilmesinde uygulanan metod ya da yorumların, kuşkusuz, milletlerarası tahkim şartının, alacağın temlik ile intikalinde etken olacakları açıktır.

Üzerinde durulan *WORMS* kararında, Fransız Yargıtayı, tarafların *muhtar iradelerine dayandırdığı tahkim şartının*, alacağın temlik edildiği kişiye, *temlik edenle borçlu arasındaki ilişkide olduğu gibi, intikal ettiğini*, kabul etmiştir.

Karardaki, hükümler arasındaki çelişki, doktrinde vurgulanmıştır: Milletlerarası tahkim şartı, temlik ile, bağımsızlığını meşruiyetinden alan bir kural olarak mı intikal etmektedir, yoksa, taraflar arasındaki ana sözleşmeye bağlı olarak mı, başka bir deyişle alacaklı ve borçlu arasındaki ilişki (ve de sonuncunun geçerliliğine bağlı olarak) mı devredilmektedir?

Fransız İstinaf Mahkemelerinin ise, konuya ilişkin değişik kararlarında, *akdin temlikinin, akdin ekonomisinden ayırt edilemeyen tahkim şartının, ana sözleşmeye bağlı bulunduğu*, dolayısı ile akibetinin, alacağın akibetini takip edeceği, kabul edilmiştir; bu anlamda temlik edenin, *devralanı da tahkimden zımnen yararlandığıının*, altı çizilmiştir¹⁸. Yine bu bağlamda, tahkim şartının, temlik ile intikali, “*alacağın bir vasfı*” (modalité) olarak değerlendirilip, kabul edilmiştir¹⁹.

Tüm bu açıklamalarımız bizi şu sonuca götürüyor: alacağın temlikinde, milletlerarası tahkim şartının temlik edilene intikalinin hukuki dayanağının tesbiti, *bizatihi bu şartın ana sözleşme ile bağlantısının nitelendirilmesine dayanıyor*.

¹⁷ Karşılaştırmalı hukukta, İsv. DÖH Yasasının 178/2. maddesinde, tahkim sözleşmesinin (ya da şartının) geçerliliği “*içerik açısından ya taraflarca seçilen hukukun, ya da , özellikle esas sözleşmeye uygulanan hukukun veyahut İsv. hukukunun öngördüğü koşullara uygun olmasına*” bağlanmıştır; aynı yönde Türk Tasarısı, m.5/3.

¹⁸ Paris İstinaf Mahk., 28 Ocak 1988 t. kararı, Rev. arb. 1988, 565 ve aynı mahkemenin 26 Mayıs 1992 t. kararı, Rev. arb. 1993, 624.

¹⁹ Paris İstinaf Mahk., 13 Kasım 1992, Rev. arb. 1993, 632; bu kararda “halefiyet” yoluyla tahkim şartının intikali bahis konusu idi.

Fransız doktrinde *MAYER*, Fransız içtihadının son kararında değindiğimiz çelişkiye, şu formülle yanıt vermektedir: hukukçu çözümlü, *tahkim şartının dayanağını ve ayrılabilirliğinin* (séparabilité) *sınırlarını gösteren "fer'i"* (accessoire) *olma, kavramında aramaktadır*²⁰. Tahkim anlaşmasının (ya da şartının) ana sözleşme ile ilişkisi hakkında kullanılan "*muhtariyet*" (autonomie) deyiminin, her ikisinin, aralarında herhangi bir irtibat bulunmayan iki ayrı şey gibi algılanmalarına sebebiyet verdiğini ifade eden hukukçu, bunu önlemek amacıyla ile, "*ayrılabilirlik*" kavramını, tahkim şartı ile sözleşmenin kalan kısmı arasındaki ilişkiyi *daha doğru ve de ince farklılıkları daha isabetle belirtmesi* nedeni ile, kullandığını beyan etmiştir; bazen iki konuyu da içerebilen (örneğin satım ve müteahhitlik v.s.) ve şekli birliğe rağmen, fikri ayrımın inkâr edilemeyeceği bir sözleşmede, serbest irade ile saptanan bir milletlerarası mahkeme yetkisine ya da uygulanacak yasaya dair diğer şartlar gibi, tahkim şartı da bu anlaşmada yer almaktadır. Nasıl ki, seçilen hukuk, sözleşme olmadan bir şey ifade etmez ise, tahkim şartı da sözleşmenin kalan kısmının tamamlayıcısı, *fer'i bir kuralıdır*. İşte bu *fer'i* (accessoire) olma kavramıdır ki, tahkim şartının *ayrılabilirliğinin* ve de sınırlarının temelinde yatmaktadır. Tahkim şartı, fer'i olması nedeni ile, sözleşmenin kalbini oluşturmaz, dolayısı ile sözleşmenin batıl olmasına rağmen, geçerli kalır. Sonuçta tahkim şartının sözleşmenin bir parçası olarak, varlığını korumak, sözleşme ile intikalini sağlar. Bu nedenle sözleşmeden doğan alacağın temlikinde, tahkim şartının, alacak hakkından doğan ihtilaflarda yetkili yargıyı göstermesi bakımından da alacağın vasıflarından birini oluşturur ve intikalinin gerekçeleri arasında sayılır; burada alacağın temliki ile rejimin değişmesi için bir neden yoktur²¹. Fransız doktrinde tahkim şartının "esas" olanın akibetini takip eden, "fer'i"lik kademesine indirgeendiğini beyan eden, tanınmış Fransız hukukçu *COHEN*, bunun "muhtariyet" ilkesi ile bağdaşmadığını

²⁰ *MAYER, P.*, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, 359-368; bu makale hukukçunun 1998 Mayıs ayında, Paris'te yapılan XIV. ICCA Kongresine sunduğu rapordur.

²¹ *MAYER, a.g.m.* s. 361-363, akdin butlanına rağmen, tahkim şartının varlığını koruması, şartın ayrı bir anlaşma olduğu sonucunu çıkarmaz; şartı akdin kalan kısmının butlanından kurtarma nedenleri, hakeme, saptayacağı butlan hakkında, tahkimi takiben bir yargı duruşmasına gidilmeden bizzat karar vermesini sağlama isteğidir, s. 367-368.

ifade ederken, *MAYER*'in yorumuna, bir boşluğu doldurduğundan bahisle, atıfta bulunmuştur²².

Görüldüğü gibi Fransız milletlerarası tahkim hukukunun, sınırlı yazılı kurallarına karşın, konuya ilişkin boşluklar içtihat yolu ile, doktrin yorumları da eklenerek, doldurulmakta, çözümler üretilmektedir.

Pozitif hukuk sistemleri açısından yasalar çatışması metodunun ağırlıklı olduğu görülmektedir. Milletlerarası tahkimde "ayrılabilirlik" konusuna, pozitif hukuk sistemlerini göstererek değinen *MAYER*, konunun akit yasasının, tarafların sükût etmesi halinde, bu konuyu da kapsayıp, kapsamayacağı sorununa indirgeneceğini, ifade etmiştir²³.

Bu konuda, *İsviçre Federal Mahkemesinin* içtihadı örnek olarak gösterilebilir; Federal Mahkeme, uzun süreden beri, tahkim şartının, alacağın temliki ile intikali yönünde kararlar vermiştir²⁴. Örneğin mahkeme, 25 Ocak 1977 tarihli kararında (JdT 1978. 71-76), İsviçre Borçlar Kanununun 170. maddesinde tanımlanan, alacağın temlikinin içeriğine dair tesbitten hareketle, tahkim şartının, sözleşmede yer alan ilişkilerin bir "fer'i"si olması nedeni ile, alacağın temliki ile intikal edeceğini kabul etmiştir (s.72-76).

Federal Mahkeme çok daha yeni bir kararında²⁵, daha değişik bir açıdan, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan temlikin men'ine dair şartın, yine anlaşmadaki tahkim şartına da uygulanmasını, İsviçre milletlerarası özel hukukunun, milletlerarası tahkime ilişkin kurullarından hareketle, kabul etmiştir.

Olay ana hatları ile şöyledir: Bir İsveç firması ile yine yabancı bir işletme arasında, beş yıl süreli, batı tekniği uygulanarak, Polonya'da gemi teçhizatı imaline dair, akdedilen işbirliği sözleşmesinde temlikin men'ine dair şart ile birlikte, ayrıca Zürih Milletlerarası Tahkim Kurumunun yetkisi de kabul edilmiştir (30 Ocak 1980). İsveç firması bir süre sonra iflas ediyor ve iflas masasının, anlaşmadan doğan tüm ta-

²² COHEN, Rev. arb. 1997, 81-82.

²³ *MAYER*, a.g.m., s. 367-368.

²⁴ JdT, 1978 I 71, Rev. arb. 1979. 511, 1979. 440.

²⁵ Rev. arb. 1991. 709, 9 Nisan 1991 tarihli, İsv. Federal Mahkemesi, 1. Hukuk Dairesinin Kararı (Clear Star Limited davası).

lep haklarını, tazminat talebi ile birlikte, üçüncü bir kişiye, alacaklısına temlik ettiği (Star Limited Şirketi) iflas idaresi tarafından saptanıyor (13 Kasım 1987). Alacaklı şirket, 7 Mart 1988 tarihinde, sözleşmede yetkili kılınan, Zürih Hakem Mahkemesine başvuruyor. Davalılar, mahkemenin yetkisine itiraz ediyorlar, ve sonuncu da yetkisizlik kararı veriyor.

Davacı, İsviçre DÖH yasasının 190/2, b. maddesine dayanarak, hakem mahkemesi kararını temyiz ediyor.

Federal Mahkemenin, usule ilişkin konuları da içeren uzun kararının, konumuzla ilgili kısmı şöyledir: *"Tahkim anlaşmasının, alacağın temlik ile intikalinin geçerliliği, İsviçre DÖH yasasının, milletlerarası tahkimle ilgili 178/2. maddesi ile yetkili kılınan hukuk, anlaşmanın geçerliliği açısından en elverişli olması nedeni ile uygulanarak tesbit edilir. Bu maddeye göre, tahkim anlaşması, ya taraflarca seçilen veya ihtilâfa, özellikle ana sözleşmeye uygulanan hukuka, veyahut da İsviçre hukukuna uygunsuzsa geçerlidir. Bu sisteme göre ilk varsayım ancak taraflar tahkim anlaşmasına, ana sözleşmeye uygulanan hukuktan farklı bir hukuk seçmişlerse, nazara alınır. Tahkim anlaşması için özel bir hukuk öngörülmemiştir; ana sözleşmeye uygulanan hukuk, yani tarafların anlaşmalarında yetkili kıldıkları, İsviçre hukuku, tahkim şartı hakkında uygulanacaktır, Anlaşmada yer alan temlikin men'ine dair şart, anlaşmadan doğan tüm talepleri kapsar... dolayısı ile davacı, temlikin men'i nedeni ile, tahkim şartından hiçbir hak elde edemiyorsa, hakem mahkemesinin kendisini yetkisiz kılması isabetlidir...; ana sözleşmenin 11. maddesindeki tahkim şartı, temlikin men'ine dair 13.3. maddenin ışığında, ilk âkit tarafların başlangıçtaki girişimleri gözetilerek, etkinleştirildiğinde, tahkimin temlik edilemezliği, ortaya çıkmaktadır.*

Dolayısı ile, tahkim şartının intikali bertaraf edilmekle, hakem mahkemesinin yetkisizlik kararına karşı başvurunun reddine, karar verilmiştir(s. 713-714).

Bu kararın yorumunda²⁶, İsviçre doktrininin, İsviçre DÖH Yasasının 178. maddesinin, tahkim şartının dahil edildiği sözleşme açısından

²⁶ Rev. arb. 1991. 718-719, yorum: TSCHANZ, P.X.Y.; Cenevre ve New York Barolarında avukat.

fer'i olma karakterini taşıdığı ifade edilmiştir. Ve Federal Mahkemenin nakledilen kararında, bu bağlamda iki teoriyi anımsattığı belirtilmiştir, şöyle ki, tahkim şartı ya da temlik edilen bir alacağın *vasfidir* (modalité), ya da İsviçre Borçlar Kanununun 170/1. maddesi anlamında bir *fer'i hak benzeridir*. Bu *fer'i* olma özelliği, genelde tarafların iradesine uygundur²⁷.

Ancak, kararı eleştiren yorumcunun saptamalarına ana hatları ile yer vermekte yarar görmekteyiz; Federal Mahkemenin kararında, *hakemlerin yetkisizliği nedeni olarak, bizzat tahkim şartının temlik edilemezliği değil, fakat davacının, temlikin men'i nedeni ile, tahkim şartından, davada hiçbir hak elde edemeyeceği*, gösterilmiştir. Bu demektir ki, şayet temlik alacaklıya hiçbir hak intikal ettirmiyorsa, sonuncu tahkim şartından yararlanamaz. *Bu muhakeme tarzı tahkim şartının ana sözleşmeye karşı bağımsızlığını öngören, yasanın 178/3. maddesine aykırı görülebilir*. Hakem mahkemesi pekala sözleşmenin batıl ya da geçerli olarak intikal etmediğine karar vermek için yetkili olabilir.

Burada ana sözleşmenin *geçerli olmadığı* şık ile, onun geçerli olarak *temlik edilmediği şık arasında*, bağımsızlık ilkesinin bu son durumda istisna oluşturacağı nedeni ile, *yeni bir ayırımın getirilmesi, haklı görülemez*²⁸.

Dolayısı ile, ana sözleşmenin temlik edilmemesi durumundan, tahkim şartının da *ipso facto* intikal etmediği sonucuna varılamaz. Nitekim tahkim şartının intikaline uygulanacak hukukun saptanmasında İsviçre DÖH yasanının 178/2. maddesi uygulanmıştır; burada gerçekten tahkim şartının geçerliliği sorunu bahis konusudur, binnetice, *tahkim şartının intikali bizzat bu şart açısından incelenmeli ve ana sözleşmenin temlikine verilecek cevaptan çıkarılmamalıdır*. Aksi halde aynı yasanın 178/3. maddesinde öngörülen bağımsızlık ilkesi ihlâl edilmiş

²⁷ Burada MAYER'in tahkim şartının ana sözleşmeden "ayrılabilirliği"ne göndermede bulunulup, ancak bu saptamanın şartın mutlak olarak sözleşmeden bağımsızlığını tazammun etmediği vurgulanmıştır, s. 717, a.g.m.

²⁸ Bu istisnanın, ana sözleşmenin yokluğu halinde, *ipso facto* tahkim anlaşmasının yokluğu sonucunu doğurması durumunda, geçerliliği Fransız içtihadında yer almıştır, Fr. Yargıtayı, I. Huk. D., 10 Temmuz 1990, Rev. arb. 1990. 860, 862.

olacaktır. Nitekim bu prensip, bir hakem mahkemesinin etkisiz kılınmasını engeller ve her varsayımda tahkim şartının intikalinin araştırılmasını zorunlu kılar (s. 718)²⁹.

Alacağın temlikinin ana sözleşmede yer alan tahkim şartının da devralana intikali sonucunu doğurup, doğurmayacağı konusunda Fransız ve İsviçre mahkemelerinin kararlarını, yorumlarını, doktrindeki görüşleri, önerileri açıklamış bulunuyoruz.

İçtihat yolu ile gelişen Fransız milletlerarası tahkim alanında, alacağın temliki ile tahkim şartının da intikali bir yandan milletlerarası tahkim şartının “meşruiyeti” prensibinden hareketle, bu hukuk sisteminin kabul ettiği, milletlerarası kamu düzeni ile sınırlı olmak üzere, kabul edilirken, tahkim şartının “geçerliliği” nin belirli bir yasaya göre saptanması gereğinden bahseden görüş, bu şartın “ayrılabilirliğinden” hareketle, bizatihi *fer'i* olması nedeni ile, alacağa bağlı olarak, intikalinin savunulabileceğini ileri sürmüşlerdir.

Pozitif hukuk sistemlerinde ise, milletlerarası tahkim şartının “geçerliliği” belirli hukuk kuralları ile saptanan yasalara bağlı kılınmasına karşın, bizatihi ana sözleşme karşısında, bağımsızlığı da, açıkça vurgulanmıştır(örneğin İsviçre yasası m. 178/2,3; Alman Usul Yasası, m. 1040; Türk Milletlerarası Tahkim Tasarısı(II), m. 5/3,4, 14/1).

Diğer yandan, İsviçre Federal Mahkemesinin kararında görüldüğü gibi, alacağın temliki olayında, tahkim şartının, bu hakkın *fer'isi*, bir *vasfi* olarak da tanımlanarak, intikali benimsenmektedir.

Federal Mahkemenin son kararına getirilen eleştirel yorumun haklı noktaları içerdiği yadsınamaz; ancak eklemekte yarar var, alacağın temlikinde, tahkim şartının intikali sonucunun çözümünde, hukukî ilişkinin özelliği gözönünde tutularak bu şartın alacakla olan bağlan-

²⁹ Yorumda son bir mülahazaya da yer verilmektedir; şöyle ki, iflas masası tarafından bir talep hakkının, alacaklılardan birine temliki, bir hakkın temlikine teşbih edilebilir mi? Karar bu konuda suskundur. Olayda bir İsveç iflâsı bahis konusu idi. Şayet bir İsviçre iflâsı bahis konusu olsaydı, hakkın temliki biçimindeki analiz, hatalı olurdu. Zira temlik edilen alacaklı, hakikati halde iflas masasında haklarını ileri sürmektedir ve iflas eden tarafından imzalanan tahkim anlaşması, ona karşı ileri sürülebilir (LALIVE); Tribunal cantonal, 8 Ekim 1981, 9 Temmuz 1986; Rev. arb. 1991. 719'dan naklen.

tısının da, değişik vasıflandırmalardan hareketle, saptanarak, hukukî dayanak olarak benimsenmesi, yapıcı bir rol oynayabilir.

Türk milletlerarası özel hukukunun, milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemesinin, üzerinde durduğumuz türden ihtilafların çözümüne yardımcı olabilecek kuralları da içermesini umut ve temenni ederiz.