

KOMPETENZ-KOMPETENZ İLKESİ VE OLUMSUZ ETKİSİ*

Dr. Öğretim Üyesi Işıl EGEMEN DEMİR**

ÖZ

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesine ilişkin Kompetenz-Kompetenz ilkesi yaygın olarak kabul edilen ve milletlerarası ticari tahkimi ayakta tutan ana prensiplerden biridir. İlkenin olumlu ve olumsuz iki etkisinden bahsedilmektedir. Olumlu etkisi hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesine ilişkin; olumsuz etkisi mahkemelerin hakemlerden önce hakemlerin yetkili olup olmadığına karar veremeyeceği; hakemlerin yetkileri hakkında karar verme önceliğine sahip olmalarını ifade eder. İlkenin olumsuz etkisi bazı ülke hukuklarında ve mahkeme içtihatlarında henüz yeni yeni kabul edilmekte olan bir kavramdır; dolayısıyla ilkenin olumlu etkisinin aksine yaygın bir kabulden bahsetmek zordur. Çalışmamızda Kompetenz-Kompetenz ilkesi, milletlerarası tahkim anlaşmaları, çeşitli ülkelerin hukuki düzenlemeleri ve mahkeme içtihatları çerçevesinde incelenmiş, en sonunda da Türk hukuku açısından bir inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kompetenz-Kompetenz ilkesi, olumsuz etki, hakemlerin karar verme önceliği, milletlerarası ticari tahkim, tahkim anlaşması.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01/10/2020

Kabul Edildiği Tarih: 27/05/2021

** Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı
E-Mail: demir@tau.edu.tr,
ORCID: 0000-0002-7007-211X

KOMPETENZ-KOMPETENZ PRINCIPLE AND ITS NEGATIVE EFFECT

ABSTRACT

The Kompetenz-Kompetenz principle regarding deciding power of the arbitrators on their own competence is one of the main principles which is widely accepted and sustains international commercial arbitration. There are two aspects of the principle: positive and negative effects. While the positive effect is related to the deciding power of the arbitrators about their own powers; the negative effect means that the courts cannot decide about the competence of the arbitral tribunal before the arbitrators; in other words it refers to the priority of the arbitrators to decide about their own competence. The negative effect of the principle is a concept that is accepted in some countries' legislations and some court decisions; therefore, contrary to the positive effect of the principle, it is difficult to talk about a widespread acceptance. In our study, the Kompetenz-Kompetenz principle was examined within the framework of international arbitration agreements, legal regulations and court jurisprudence of various countries, and finally a review was made in terms of Turkish law.

Keywords: Kompetenz-Kompetenz principle, negative effect, priority of arbitrators, international commercial arbitration, arbitration agreement

GİRİŞ

Kompetenz-Kompetenz ilkesi hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme salahiyetini ifade etmekle birlikte, etkileri bakımından olumlu ve olumsuz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesi hem Kompetenz-Kompetenz ilkesinin özünü hem de ilkenin olumlu etkisini oluşturur. İlkenin olumlu etkisinin milletlerarası tahkim hukukunda genel kabul gördüğünü söyleyebiliriz. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermede önceliğe sahip olmaları ya da başka bir ifadeyle devlet mahkemelerinin hakemlerin yetkileri hususunda hakemlerden önce karar verememelerini ifade eden Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisinin Türk hukukundaki yeri, diğer ülke hukukları ve uygulamaları da dikkate alınarak incelenecektir. Türk hukuku bakımından tahkim kararlarının tabi tutuldukları hukuki rejimi üçe ayırabiliriz: Yabancılık unsuru içermeyen ve unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar ve nihayet yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği ve uyuşmazlığın çözümünün de Milletlerarası Tahkim Kanunu'na (MTK) tabi kılınmadığı uyuşmazlıklar. Birinci grup uyuşmazlıklar, yerel tahkime yönelik bir düzenleme olan 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 413¹ ve ikinci grup uyuşmazlıklar MTK madde 5²'e tabidir. Her iki düzenleme de geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı karşısında mahkemelerin işin esasına giremeyeceklerini düzenlemiştir. Üçüncü gruptaki yabancı hakem kararları, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 tarihli New York Konvansiyonu³ ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna tabidir⁴. Çalışmamızda, çeşitli ülkelerdeki Kompetenz-Kompetenz ilkesine

¹ 4/2/2011 t., 27836 s. RG, HMK madde 413 "(1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. (2) Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir."

² 5/7/2001 t., 24453 s. RG, MTK madde 5 – "Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder. Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir."

³ 25.09.1991 T., 21002 S. RG

⁴ Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulanması söz konusu olan iki hukuki metin vardır. New York Konvansiyonu 08.05.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanunla onaylanmış ve 25.09.1991 tarih ve 20877 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Anlaşmanın 12. Maddesinde yer alan prosedür tamamlandıktan sonra, 30.09.1992 tarihi itibarıyla anlaşma Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş ve iç hukuka aktarılmış bir milletlerarası anlaşma, aynı konuda yürürlükte olan iç hukukta yer alan düzenlemeyi zımnen yürürlükten kaldırır. New York Konvansiyonu ve MÖHUK'un tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri aynı konuyu düzenlemekle birlikte, Türkiye söz konusu anlaşmayı, sadece taraf devletlerde verilen hakem kararlarına uygulanacağı çekincesiyle onaylamıştır. Bu nedenle New York Konvansiyonu sadece taraf devlette verilen hakem kararlarının tanıma ve tenfizinde uygulanacak; MÖHUK'un tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri ise New York Konvansiyonu'na taraf olmayan yabancı devlette verilen ve Türk hakem kararı da sayılmayan hakem kararlarının tanıma ve tenfizinde uygulanacaktır.

yaklaşım irdelenecek ve New York Konvansiyonu'nun yanı sıra HMK ve MTK'nın hazırlanmasında dikkate alınan UNCITRAL Model Kanunu da dikkate alınacaktır⁵.

I. KOMPETENZ – KOMPETENZ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Hakem heyetinin / hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesini ifade eden Kompetenz – Kompetenz ilkesi⁶, ihtiyarî nitelikteki milletlerarası tahkimin etkili ve özerk bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olabilmesi açısından vazgeçilmez bir temel ilkedir. Tahkimin ihtiyari olması, tarafların bir uyuşmazlığı, devlet mahkemeleri dışında bağlayıcılığı ve icra edilebilirliği, devlet tarafından da kanunlarda kabul edilmiş bir başka kuruma götürebilmesini ve uyuşmazlığı esasından çözen bir karar alabilmesini ifade eder⁷. Dolayısıyla tahkim anlaşması bir tarafın uyuşmazlığı tahkime götürebilmesinin olmazsa olmaz şartıdır.

Geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı sayesinde, mahkemelerin tahkim sürecine müdahalesi engellenmiş olur. Tahkim yargılaması geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanmak zorunda olmakla birlikte, tahkime hukuki varlığını kazandıran, taraflar arasında akdedilen herhangi bir özel hukuk anlaşmasından farkı olmayan

⁵ New York Konvansiyonu ve MÖHUK ile HMK ve MTK'nın bu noktadaki farklılığına aslında şu açıdan bakmak gerekir: MTK hazırlanırken UNCITRAL'in 1985 tarihli Model Kanunu dikkate alınmıştır. HMK'nın hazırlanma aşamasında, iç tahkime ilişkin kuralların da yenilenmesi ve MTK ile uyumlu hale getirilmesi amacı dile getirilmiş, iç tahkimde de UNCITRAL Model Kanunu dikkate alınmıştır. MTK genel gerekçesi için bkz: https://www.tbmmaddegov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c067/tbmm21067122_ss0712.pdf, (27.02.2020). HMK Genel Gerekçe için bkz: http://www.kg_maddeadalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf, (27.02.2020).

⁶ Alman hukuk tarihinde Kompetenz-Kompetenz ilkesi Kayzerlik döneminde tartışılmış, hem öğreti hem de mahkeme içtihatlarında reddedilmişti. Alman hukukunda 1998'de UNCITRAL Model Kanununun hukuka uyarlanmasıyla önce, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte Almanya'daki mahkeme içtihatlarında tarafların hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmelerine cevaz veren anlaşmalar yapmaları kabul edilmişti. Böylelikle taraflar hakemlere kendi yetkileri (Kompetenz) hakkında karar verebilmeleri için yetki (Kompetenz) veriyordu. Bu şekilde adlandırılan Kompetenz – Kompetenz anlaşması bugünkü anlamından farklı bir anlam ifade etmekteydi. Alman Hukukunda Kompetenz-Kompetenz ilkesinin gelişimi hakkında daha geniş bilgi için bkz: Achim Ahrendt, *Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren* (J.C.B Mohr (Paul Siebeck) 1996) 21 vd.

⁷ Kanunen gösterilen belirli hallerle sınırlı olan ve tarafların bu yönde bir anlaşması olmasa bile tahkime gidilmesini ifade eden zorunlu tahkimin karşısında yer alan ihtiyarî tahkimde, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde tahkime gitmek mecburîdir. Bu bakımdan ihtiyarîlik sadece, tarafların bir uyuşmazlığın halli hususunda tahkim anlaşması yapıp yapmamasını ifade eder; yoksa geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan biri, tek taraflı olarak uyuşmazlığı tahkime götürmekten vazgeçemez. Zorunlu tahkime örnek olarak 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu madde 25'te yer alan *tütün ekicisi ile alıcısı arasında, yazılı alım - satım sözleşmesinin uygulama ve yürütümünden doğacak uyuşmazlıklar* gösterilebilir. Hakan Pekcanitez - Ali Yeşilirmak, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt III, On İki Levha 15. edn, 2017, s. 2614-2615.; Ergin Nomer – Nuray Ekşi – Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, 9-12. Sözleşmenin devri halinde tarafların değişmesi halinde dahi, geçerli tahkim anlaşması varlığını sürdürür ve uyuşmazlık devlet mahkemesinde ileri sürülemez. Yargıtay 19. HD, E. 2014/11942, K. 2014/17697, T. 6.2.2014 (Karar yayımlanmamıştır.). Naklen Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 5. bası, Vedat Kitapçılık 2020, s.146.

tahkim anlaşması değildir. Tahkimle devlet mahkemelerinde yürütülen yargılamayı karşılaştırdığımızda, mahkemeler devletin resmi organları olarak yargılama yetkisiyle donatılmışlardır. Tahkimin, devlet mahkemeleri yanında hukuki varlığının kabul edilmesi, hakem kararına icrailik gücü verilebilmesi ancak tahkim yargılamasının, devlet mahkemelerine benzer şekilde hukuki bir güçle donatılması ile mümkündür. Tahkimin hukuken tanınmadığı bir devlette, taraflar aralarında yaptıkları tahkim anlaşmasına binaen tahkime gitseler, tahkim yargılaması sonucunda verilen kararı icra etmek isteseler bile bu sonuca ulaşamayacaklardır. O halde geçerli bir tahkim anlaşması bir tahkim yargılamasının olmazsa olmaz koşulu olmakla birlikte, tahkime hukuken varlık kazandıran temel olarak devletlerin tarafı olduğu uluslararası andlaşmalar ve iç hukuk mevzuatlarıdır.

Yerel mahkemeler de New York Konvansiyonu madde 2(3)'te belirtilen sınırlar dahilindeki bir tahkim anlaşmasına istinaden verilmiş bir tahkim kararını tanımak ve ayakta tutmak zorundadırlar. Akit devlet mahkemesi, New York Konvansiyonu madde 2(3) anlamında bir tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, söz konusu anlaşmayı geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun bulmadığı müddetçe, tarafları tahkime yönlendirmek zorundadır. Konvansiyonda bu şekilde bir belirleme yer almasına rağmen, geçersiz, etkisiz ve icra kabiliyetinden yoksun terimlerinin anlamı konusunda bir tanımlama yapılmamıştır.

New York Konvansiyonu'nda yer alan "tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğünden" genel olarak irade sakatlığı, ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarını aykırılık gibi borçlar hukuku kaynaklı hükümsüzlük nedenlerinden dolayı tahkim anlaşmasının muteber olmadığı anlaşılmaktadır⁸. Madde 2(3) anlamında etkisizlik ise başlangıçta geçerli olan ancak daha sonra tahkim anlaşmasının geçerliliğini yitirmesini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle etkisizlik kavramı tahkim anlaşmasından tarafların feragat ettikleri, tahkim anlaşmasının iptal edildiği veya geri alındığı durumlarda oluşmaktadır. Benzer olarak tahkim anlaşmasının varlığına rağmen tarafların iddia ve savunmalarını devlet mahkemelerinde ileri sürdükleri durumlarda yine tahkim anlaşmasının etkisiz olduğu kabul edilmektedir⁹. İfa kabiliyetinden yoksunluk ise tahkim anlaşmasının daha çok fiziken uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde söz konusu olmaktadır. Örneğin, hakem olarak belirlenmiş olan kişinin vefat etmesi veya hakem olarak belirlenmiş kişinin davayı reddetmesi ve tarafların davanın başka bir hakem aracılığıyla görülmesini istememesi gibi durumlarda söz konusu olmaktadır¹⁰.

Ancak söz konusu geçersizlik halleri net bir şekilde tasnif edilememekte ve uygulamada özellikle patolojik klozların varlığı hâlinde birçok geçersizlik halinin varlığı ileri sürülmektedir. Seçilen tahkim mahkemesinin mevcut olmaması, devlet mahkemelerin de tahkim mahkemesinin yanında davayı görmek konusunda yetkili kılınmış olması, tahkim şartında davanın sona erdirilmesi için son derece kısa bir

⁸ İpek Sarıöz Büyükalp, "Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, ss. 2015-2061, s. 2033.

⁹ 1958 New York Sözleşmesi'nin Yorumlanmasına İlişkin ICCA Rehberi: Hakimler İçin El Kitabı, ICCA International Council for Commercial Arbitration, 2015, s. 53, <www.arbitration-icca.org> (27.02.2020), (ICCA Rehberi olarak kısaltılmıştır).

¹⁰ ICCA Rehberi, s. 53.

zamanın belirlenmiş olması gibi birçok konuda patolojik tahkim anlaşmalarının varlığı gündeme gelmektedir¹¹.

Akit devletler söz konusu geçersizlik hallerini nasıl değerlendirecekleri konusunda serbest bırakılmış ve akit devlet mahkemelerine hangi durumlarda yerel mahkemelerin uyuşmazlığı tahkime yönlendireceği konusunda takdir hakkı verilmiştir. New York Konvansiyonu madde 2(3)'te yer alan terimlerin kapsamı ile ilgili akit devletlere tanınan takdir hakkının kapsamı, tahkimi ayakta tutan ana prensip olan Kompetenz-Kompetenz ilkesini bir anlamda zayıflatmaktadır.

Tahkim tarafların, aralarında doğmuş ya da doğacak uyuşmazlıkları milli mahkemeler yerine özel bir muhakeme sistemine tabi kılmak üzere rıza gösterdikleri bir sözleşmeye dayanır¹². Rizai ve ihtiyari niteliği, tahkimi, uyuşmazlıkların çözümü konusunda çok önemli bir çözüm mekanizması haline getirmekle birlikte, tahkimin varlığı ve işlerliği bir hukuk sistemiyle bağlı olmasını ve bu hukuk sisteminin desteğini gerektirir. Dolayısıyla tahkim mekanizmasının etkin olması, kararlarının icra edilebilmesi bağlı olduğu hukuk sisteminde tahkimi destekleyen hukuki altyapının olması ile alakalıdır. Uluslararası tahkim sürecini ayakta tutan en önemli hususlardan birisi de, hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve kapsamı da dâhil olmak üzere hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkilerini ifade eden Kompetenz – Kompetenz ilkesidir¹³. Kompetenz-Kompetenz ilkesi de tahkim sözleşmesine değil; tahkimi ayakta tutan ülkenin tahkim mevzuatına ve taraf olduğu uluslararası anlaşmalara dayanır¹⁴.

¹¹ Ali Yeşilirmak, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 34; Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, 7. Bası, Beta Yayınevi, 2019, s. 362.

¹² Ashley Cook, “Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches and a Proposal for a Limited Form of Negative Kompetenz-Kompetenz”, Pepperdine Law Review, Volume 2014, Issue 1, 2014, ss. 17-34. s. 17; Özlem Süsler, “Jurisdiction of Arbitration Tribunals: A Comparative Study” (La Trobe University 2012)(Study)<[https://international-arbitration-attorney.com/wpcontent/uploads/arbitrationlaw Master Version.pdf](https://international-arbitration-attorney.com/wpcontent/uploads/arbitrationlaw%20Master%20Version.pdf)> (03.03.2020).

¹³ Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmelerini ifade eden Kompetenz-Kompetenz ilkesi almanca bir terim olarak öğretide sıklıkla kullanılmaktadır. Aynı anlamı ifade etmek üzere İngilizce “competence–competence” veya Fransızca “Compétence de la Compétence” terimleri de kullanılmaktadır. Türk öğretisinde de ilkenin Almancası sıklıkla kullanılmakla birlikte, “yetkiye hükmetme yetkisi” şeklinde Türkçe ifade de tercih edilmektedir. Bilgehan Yeşilova, “Tahkim İlk İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisi ile İlgili Olarak- Mahkemelerin Yapacakları Denetim ve Sonuçları” (2009) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi s. 739,742. Alman hukukundaki önceki kullanımıyla bir karışıklığa mahal vermemesi amacıyla bilinçli olarak almanca terimin kullanılmasından kaçınanlar da vardır. Sandra Synkova, Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage, Springer Verlag, 2013, s. 38; Aysel Çelikel – B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 823; Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2011, s. 355 vd.; Recep Çakrak, “Kompetenz – Kompetenz Prensibi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8, Sayı:31, Temmuz 2017, s. 659 vd.

¹⁴ Hakem heyetinin yargılama gücünün dayanağı konusunda çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bu teoriler, sözleşmesel, yetkisel, karışık ve müstakil teoriler olarak dört gruba ayrılmıştır. Klasik sözleşmesel teori, tahkim anlaşması ve hakem kararının birliğine dayanır; yani tahkim kararı bir sözleşmeden ötesi değildir. Taraflar arasındaki anlaşma, hakemlerin yargılama yetkisinin tek dayanağıdır ve hakemlerde

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine dair New York Konvansiyonunun geniş kabul görmesi ile tahkimdeki çoğu ilke uluslararası nitelik kazanmıştır. Tarafların aralarında doğmuş ya da doğacak bir uyuşmazlıkları tahkime götürmeleri kesinlikle tarafların bu yöndeki rızasına; nitekim tahkim anlaşmasına dayanır. Tarafların tahkim süreci üzerindeki kontrolü ancak taraflardan birinin anlaşmanın geçersizliğini ileri sürmesi halinde mahkemenin de bu yönde karar vermesi halinde sona erebilir.

İlk olarak Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 36(6)'da yer alan, “mahkemenin yetkili olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlıkta, sorun mahkemenin kararıyla çözümlenecektir.” şeklinde ifadesini bulan Kompetenz – Kompetenz ilkesi, bugün itibarıyla tahkim hukuku alanında hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilme yetkisini ifade eden evrensel bir ilkedir¹⁵. Söz konusu ilkeyle birlikte mahkemelerin müdahalesini engelleyen bir diğer kavram da tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden ayrılabilirliği ilkesidir¹⁶. Ancak iki ilkeyi birbirinden ayıran nokta, ayrılabilirlik ilkesinin içeriği konusunda büyük ölçüde bir mutabakat varken; Kompetenz – Kompetenz ilkesinin kapsamı tartışmalı olması ve uygulamasının da ülkeden ülkeye değişkenlik

tarafların vekili sıfatıyla tahkim yargılamasını yürütürler. Yetki teorisinde, hakemin görevine vurgu yapılmış; bu görevin hakimin görevine benzediği ifade edilmiştir; bu nedenle teoriyi destekleyenler, hakem kararının bir mahkeme hükmü gibi muamele görmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Bu görüşe göre, hakemlerin yetkisinin kaynağı, onlara bu yetkiyi devreden devlettir. Karma teori, yukarıda açıklanan iki teoriye getirilen eleştirilerden doğmuştur. Bu teoriye göre, tahkimin geçerliliği her ne kadar taraflar arasındaki bir anlaşmadan kaynaklansa da, doğası gereği bir yargılama faaliyetidir. Hakemler ne kamusal bir faaliyette bulunmaktadır ne de tahkim süreci sonunda verilen karar bir sözleşme niteliğindedir. Doğası gereği karma yapıdadır. Son olarak da özerk teori ortaya çıkmıştır. Bu teori, varolan bütün geleneksel yaklaşımları reddetmiş ve sözleşme ve yetki gibi klasik kavramlardan ayrılmış; tahkimi, işlevi ve amacına bakarak tanımlama yolunu seçmiştir. Benzer yönde bkz: Gary Born, International Commercial Arbitration, 2. edn, Wolters Kluwer 2014, s. 1067; Philippe Fouchard - Emmanuel Gaillard - Bertold Goldman, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, s. 401.

¹⁵ Süsler, Study, s. 87 <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawMasterVersion.pdf>, (03.02.2020). İlkenin genel kabul görmüş olduğu, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerini reddeden bir otoritenin yokluğu ve ilkenin uzun zamandır devletlerarası ve yatırım tahkiminde tanınmış olması ile de tasdik edilmiş olduğu hakkında bkz: Born, 2014, s. 1051. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkilerinin, yani Kompetenz-Kompetenz ilkesinin hangi hukuki kuruma dayandırıldığı hususunda görüş birliği yoktur. Hakemlerin yürüttüğü faaliyet, devlet mahkemelerinde hakimlerin yürüttüğü yargılama faaliyetine benzer. Resmi bir faaliyet olan yargı yetkisi dayanağını devletin egemenlik hakkından alırken, geçerli bir tahkim anlaşması olmaksızın uyuşmazlığı çözemeyecek olan hakem heyetinin yetkisinin dayanağı konusu da tartışılmıştır.

¹⁶ Tahkim şartı veya anlaşmasının geçerliliği inceleme konusu olduğunda, hakemler esas sözleşmeden bağımsız olarak tahkim anlaşmasını değerlendirirler. Tahkim anlaşması hukuken esas sözleşmeden bağımsızdır. Sözleşmeler ehliyet, hukuka aykırılık, temsil, iradeyi sakatlayan haller, sözleşmenin sona ermiş olması vs. gibi nedenlerle geçersizliği ya da bir hakkın geçerli bir dayanağı olmaktan çıktığı tartışılabilir. Esas sözleşmenin geçersizliği, sona ermiş olması halinde dahi, tahkim anlaşması ya da şartının geçerli olarak varlığını koruyabilmesine; esas sözleşme ile tahkim şartının kaderinin ayrı olmasına ayrılabilirlik ilkesi denir. Mustafa Erkan, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 539 vd.

göstermesidir¹⁷. Kompetenz – Kompetenz ilkesi bakımından, üzerinde evrensel bir uzlaşının bulunmadığı hususlar, yetki konusunda hakem heyetinin ve mahkemelerin ne zaman karar verebilecekleri ve hakem heyetine yetkileri hakkında zamansal olarak karar verebilme önceliğinin sonuçlarıdır¹⁸. İlke milli hukuklara uyarlandığında, devletin yetkiye ilişkin hukuki altyapısı Kompetenz-Kompetenz kuralının nasıl yorumlanacağı konusunda da etkileyici olmaktadır¹⁹.

Kompetenz-Kompetenz ilkesi özellikle tahkim kararının geçerliliğinin tartışıldığı yetkiye ilişkin itirazlarda önem taşır²⁰. Hakem heyetlerinin yetkiye dair verdikleri tüm kararlar aslında yargısal denetime tabidir ve son sözü mahkeme söylemektedir; çünkü hakem heyetinin yetkisini aşmış olduğuna ya da verdiği hakem kararının geçerli olup olmadığına ilişkin mahkeme önünde yapılacak bir inceleme aslında son sözü mahkemeye vermiş olmaktadır. Bu da tahkim kararının etkisini azaltmaktadır. Tahkim alanında yetki kavramı, hakem heyetinin vakaları inceleme, tespit etme, yorumlama ve hukuku uygulama konusundaki gücünü ifade eder. Hakem heyeti yetkili olup olmadığına ilişkin kararı bir ara karar ya da nihai karar niteliğinde olabilir. Örneğin hakem heyeti, yetkiye ilişkin kararını esasa ilişkin bir inceleme yapmadan ara kararda veya esasa ilişkin değerlendirmeleriyle birlikte nihai kararda verebilir. Hakem heyetinin bu seçimi, tarafların isteği, uyuşmazlığın çok karmaşık olması, yetkiye ilişkin hususların esasa ilişkin hususlarla iç içe geçmiş olması gibi çeşitli etkenlere dayanabilir. Taraflardan birinin mahkemede hakem heyetinin yetkisine itirazda bulunması karşısında verilecek en etkin cevaplardan biri de hakem heyetinin vereceği yetkiye ilişkin bir ara karar olabilir. Genellikle tahkim yargılamasının başında değil de; nihai hakem karardan sonra tahkim anlaşmasının geçersizliğinin devlet mahkemelerinde tartışılması, kararın icra aşamasına geçilmesi nedeniyle olur. Karar aleyhine olan taraf, hakem kararının icra edilmesini istemez, bu nedenle başvurabileceği ve tartışabileceği en temel husus hakem heyetinin yetkisizliği ve buna dayalı olarak hakem heyetinin verdiği kararın da geçersiz olduğudur²¹.

¹⁷ Cook, “Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches, s. 20; Born, 2014, s. 1048 vd.; John James Barcelo, “Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect—A Comparative View”, (September 11, 2017). Cornell Legal Studies Research Paper No. 17-40, <https://ssrn.com/abstract=3035485>, (03.03.2020) s. 6; Nigel Blackaby - Constantine Partasides - Alan Redfern - Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. edn, Oxford University Press, 2015, s. 341. Hatta Kompetenz – Kompetenz ilkesinin uygulamasının milli ve kurumsal arka planına göre değişiklik göstermesi nedeniyle bukalemuna benzetilmiştir. William W. Park, “Determining an Arbitrator’s Jurisdiction: Timing and Finality in American Law”, Nevada Law Journal, 2007, Vol. 8, Issue 1, s. 135-136.

¹⁸ Born, 2014, s. 1052

¹⁹ Süssler, Study, s. 87.

²⁰ Tahkim kararının geçersizliğinin tartışıldığı durumlar arasında, tahkim anlaşmasının akdedilmesi, geçerliliği ve yorumuna ilişkin hususlar büyük önem taşır ve genellikle devlet mahkemelerinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin hususlar tahkim kararının geçerliliği hakkında belirleyicidir. Tahkim kararının geçerliliğine ilişkin en önemli hususları şu başlıklar altında sıralayabiliriz: Tahkim kararının geçerliliği ve bağlayıcılığı, tahkim anlaşmasının yokluğu, tahkim usulüne uygun olarak uyuşmazlığın çözülmemiş olması, hakem heyetinin oluşturulmasında usulsüzlük, hakem kararının kamu düzenine aykırı olması, kararın icra edilmesinin hukuki veya gerçek bir hataya sebebiyet vermesi ya da kararın konusunun tahkime elverişli olmamasıdır. Blackaby vd., 2015, s. 160 vd.

²¹ Süssler, Study, s. 26.

B. Hakemlerin Kendi Yetkileri Hakkında Karar Verme Salahiyeti

Kompetenz-Kompetenz ilkesi, uluslararası andlaşmalarda, ulusal mevzuatta, yargı kararlarında, kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında ve uluslararası tahkim kararlarında genellikle kabul edilmiştir²². İç hukukumuzdaki düzenlemeleri daha sağlıklı değerlendirebilmek açısından ilkenin uluslararası düzenlemelerde; özellikle 1958 New York Konvansiyonu, 1961 Cenevre Konvansiyonu ve UNCITRAL Model Kanunu'nda nasıl yer bulunduğunu incelememiz gerekir.

1. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfize İlişkin 1958 tarihli New York Konvansiyonu²³

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfize dair New York Konvansiyonu, esas olarak âkit bir devlette verilmiş bir hakem kararının diğer bir âkit devlette icrasına yönelik düzenlemeleri içermekle birlikte, Konvansiyon çerçevesinde tahkimin dayanağı olabilecek geçerli bir tahkim sözleşmesine ilişkin hükümler de içermektedir. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebileceklerine ilişkin açık bir ifade Konvansiyon metninde yer almamasına karşın, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbikinin imkânsız olmadıkça mahkemenin uyuşmazlığı hakem heyetine tevdi etmesine ilişkin Konvansiyon madde 2(3) hükmü ve hakem kararının tanıma ve tenfize ilişkin olarak, tahkim anlaşmasının geçersizliği, hükümsüzlüğü veya kapsamının aşılmış olduğu hallerde özellikle madde 5(1) a ve c bentlerindeki ifadelerden, mahkemelerin, hakemlerin yetkisi hususunu inceleyebilecekleri sonucuna ulaşılabilir²⁴. Hükümler birlikte değerlendirildiğinde hem mahkemelerin hem de hakemlerin, yetki uyuşmazlıklarını inceleyebilmeleri ve bu konuda karar vermelerinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle hem devlet mahkemesinin hem de tahkim mahkemesinin birbirinden bağımsız olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemesi söz konusu olmaktadır. Doktrinde bu durum yarışan yargılamalar (concurrent jurisdiction) olarak adlandırılmaktadır²⁵.

²² Born, 2014, s. 1052. Kurumsal tahkim mekanizmalarından bazıları ilkeye kendi kurallarında da yer vermiştir. Uluslararası Ticaret Odası Tahkimi (International Chamber of Commerce) – ICC Kurallarında yer alan tahkim anlaşmasının etkisine dair madde 6, tarafların ICC tahkimine rıza vermekle, tahkim mahkemesinin yetkisini kabul etmiş olduklarını, aleyhine tahkime gidilen tarafın cevap vermemesi veya bir tarafın tahkim anlaşmasının varlığına, geçerliliğine veya kapsamına ilişkin bir veya daha fazla itirazda bulunması üzerine tahkimin devam edip etmemesi veya yetkiye ilişkin herhangi bir sorun hakkında, Genel Sekreterlik, madde 6/(4) uyarınca mahkemeye yönlendirmedikçe, hakem heyeti tarafından karar verilir. ICC Kuralları madde 6/(3) uyarınca ICC mahkemesine yönlendirilen bütün uyuşmazlıklarda, mahkeme tahkimin devam edip etmeyeceğine, edecekse ne kapsamda devam edeceğine hükmeder. İlk bakışta (prima facie), ICC Kuralları uyarınca geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı konusunda tatmin olursa tahkim sürecinin devamına karar verir. ICC Tahkim Kuralları için bkz: <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules/>, (03.02.2020).

²³ 21.05.1991 t., 20877 s. RG

²⁴ Born, 2014, s. 1053. Yazar'a göre, yetkinin mahkemeler tarafından gözden geçirilmesine ilişkin bu hüküm, hakemlerin, kendilerinden önce başka makamın yetki tespiti yapmaksızın, kendi yetkileri hakkında karar verme imkanını ifade eder. Bu hükümden, yazar, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerine ilişkin bir imkân getirildiği sonucunu çıkartmıştır.

²⁵ Stavros Brekoulakis, "The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict Has to be Negative", Austrian Arbitration Yearbook, 2009, ss. 238-258, s. 251; Nazlı Töre, "Tahkim

New York Konvansiyonu madde 2(3)'e göre, mahkeme, tahkim anlaşmasını, geçersiz, hükümsüz veya tatbikini gayrimümkün bulmadığı müddetçe, uyuşmazlığı hakem heyetine tevdi eder. Hüküm, mahkemenin prima facie bir inceleme mi yoksa kapsamlı bir inceleme mi yapacağı sorusuna bir cevap getirmemiştir²⁶.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin devlet mahkemesince prima facie olarak incelenmesi, devlet mahkemesinin hızlı bir inceleme yapmasını sağlayarak yargılama sürecini uzatmaya yönelik art niyetli girişimlerin önüne geçmektedir. Devlet mahkemesi prima facie incelemeyle tahkim anlaşmasının “muhtemelen geçerli” olduğuna karar verebilir²⁷. Bu sebeple tahkim mahkemesinin, anlaşmanın geçerli olduğuna karar vererek davayı görmesi hâlinde dahi tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçerliliği devlet mahkemesince denetlenebilir. Devlet mahkemesinin bu aşamada tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna karar vermesi hâlinde ise süreç daha da uzamış olur. Mahkemenin tam bir inceleme yapmamasının oluşturabileceği sorunların çarpıcı bir örneğini ICC nezdinde görülmüş olan *Devas v. Antrix* davası oluşturur²⁸. Söz konusu karar Kompetenz-Kompetenz doktrinin negatif yönünün kullanılmasının ortaya çıkarabileceği sakıncaya örnek teşkil etmesi bakımından önemli

Yargılamasında Kompetenz- Kompetenz Prensibi”, *Journal of International Management and Social Researches Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 6, S. 11, 2019, ss. 208-216, s. 210.

²⁶ Born, 2014, s. 1053. Sadece hükmün lafzına değil, hazırlık çalışmalarına baktığımızda da, bu soruya bir cevap bulamıyoruz. Mahkemenin hakemlerin yetkisi konusundaki incelemesinin mahiyeti konusunda bir açıklık olmaması, çeşitli ülkelerin uygulamalarının bu konuda farklılık göstermesinden de anlaşılabilir.

²⁷ Brekoulakis, “The Negative Effect”, s. 251.

²⁸ Davada, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına göre tahkim yeri New Delhi ve davaya uygulanacak tahkim kuralları ICC veya UNCITRAL Kuralları olarak belirlenmiştir. Ayrıca uyuşmazlık yaşanması hâlinde tahkimden önce tarafların uyuşmazlığı yönetim kurulu tarafından yapılacak olan müzakerelerle çözmeleri gerektiği belirlenmiştir. Ancak *Devas* doğrudan ICC'ye başvurmuş ve davanın ICC'de görülmesini istemiştir. ICC ise *Antrix*'e hakem ataması için bildirimde bulunmuştur. Ancak *Antrix* ICC'ye cevap vermemiş, *Devas* ile iletişime geçerek uyuşmazlığın öncelikle müzakere aracılığıyla giderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Taraflar müzakere usulünü denemiş ancak sonuç alamamışlardır. Bunun üzerine *Antrix*, UNCITRAL Kuralları'na göre görülecek şekilde tahkim yargılaması başlatmak istemiş ve *Devas*'ın hakem atamasında bulunmasını istemiştir. *Devas* ise davanın zaten ICC nezdinde ICC Kuralları'nca başlatılmış olduğunu söyleyerek hakem atamasında bulunmamıştır. *Devas v. Antrix*, ICC Case No. 18051/ CYK of 2011, Final Award - 14 Sept 2015. Bunun üzerine *Antrix* davayı Hindistan devlet mahkemesine taşıyarak 1996 Tahkim ve Uzlaşma Yasası (The Arbitration and Conciliation Act, 1996) uyarınca ICC'nin görevli olmadığına ve *Devas* için hakem ataması yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Hindistan Yüksek Mahkemesi ise Kompetenz-Kompetenz doktrininin negatif yönünü izlemiş ve ICC Kurallarına göre yönetilen davada tahkim mahkemesinin görevli olup olmadığına tahkim mahkemesinin karar vermesi gerektiğine hükmetmiştir (In the Supreme Court of India Original Civil Jurisdiction Arbitration Petition No. 20 of 2011, <https://main.sci.gov.in/jonew/judis/40399.pdf>). Akabinde *Antrix* ICC nezdinde tahkim anlaşmasının patolojik olduğunu ileri sürmüş ve anlaşmanın geçersiz olduğuna hükmedilmesini istemiştir. Ancak tahkim mahkemesi bu itirazı kabul etmeyerek davanın tahkimde görülmesine karar getirmiştir. İlgili kararı *Devas Paris İstinaf Mahkemesinde* onaylatmıştır. *Antrix* ise söz konusu kararı Paris Temyiz Mahkemesine taşımıştır. Temyiz mahkemesi de kararı tahkim mahkemesinin teşekkülünün uygun bir şekilde gerçekleşmediğine karar vermiştir (“*Antrix Corporation Limited v. Devas Multimedia Private Limited*, Court of Cassation of France”, First Civil Law Chamber, Case No. F 18-22.019, 4 March 2020, Court of Appeal of Paris, Case No. 16/03596, 27 March 2018”, in João Bosco Lee and Flavia Mange (eds), *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB; Kluwer Law International 2020, Volume XVII, Issue 67, ss. 170-178.

bir karardır. Zira devlet mahkemesi prima facie inceleme yerine tam bir inceleme yaparak tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmetmiş olsaydı, sürecin uzamasının önüne geçilmiş olurdu²⁹.

2. Milletlerarası Ticari Tahkime ilişkin Avrupa Konvansiyonu

New York Konvansiyonundan farklı olarak, Avrupa Konvansiyonu³⁰ m. 5'te Kompetenz-Kompetenz ilkesine ve mahkemeler ile hakem heyeti arasındaki bu ilkenin ayırımına yer vermiştir³¹. Avrupa Konvansiyonu m. 5, özellikle tahkim anlaşmasının geçersizliğine veya yetki aşımına ilişkin itirazlara ilişkindir. Tahkim anlaşmasının yokluğu, geçersiz veya hükümden düşmüş olduğu gerekçelerine dayalı olarak, hakemin yetkisine, dava dilekçesinin tevdiinden veya esasa ilişkin savunmanın verilmesinden daha sonra itiraz edilemez³². Esasa ilişkin müteakip mahkeme sürecinden kasıt, hakem

²⁹ Sai Anakuran - Niyati Raval, "The Negative Affect of Negative Effect of Kompetenz-Kompetenz on International Arbitration: Notes from the Devas v. Antrix Saga", Kluwer Blog, 9 June 2020, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/09/the-negative-affect-of-negative-effect-of-kompetenz-kompetenz-on-international-arbitration-notes-from-the-devas-v-antrix-saga/>> (03.10.2020)

³⁰ 21 Nisan 1961'de Cenevre'de imzalanan ve imzacı devletler arasında Türkiye'nin de bulunduğu "Milletlerarası Ticari Tahkime ilişkin Avrupa Konvansiyonu" 91/2138 8/5/1991 tarihli ve 33730 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş, 23.09.1991 t., 21000 S. Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Avrupa Konvansiyonu Cenevre'de imzalanması nedeniyle Cenevre Konvansiyonu olarak da anılmaktadır.

³¹ Avrupa Konvansiyonu madde 5'e göre, tahkim anlaşmasının yokluğu, butlanı veya hükümden düşmüş olduğu nedenlerine dayalı olarak, hakemin görevsiz olduğuna ilişkin itiraz, hakem yargılaması sırasında, esasa ilişkin iddia veya savunmasını tevdiinden daha geç yapılamaz. Hakemin yetki sınırlarını aştığı hususuna dayalı görevsizlik itirazı ise, tahkim yargılaması sırasında hakemin yetkisiz olduğu iddia edilen mesele ortaya atılır atılmaz, yapılmalıdır. Birinci fıkrada öngörülen sebep ve sürelerle bağlı olarak ileri sürülmeyen itirazlar, kural olarak tahkim yargılaması sırasında daha sonra ileri sürülemez. Bu hüküm, Türk Hukuku açısından büyük bir yenilikti. Nitekim bu hususla ilgili mülga HUMK madde 519, uyuşmazlığın hakemler eliyle çözümlenip çözümlenemeyeceğine yönelik bir uyuşmazlık mahkemelerce inceleneceği hükmünü getirmişti. Özellikle bir uyuşmazlığının tahkim anlaşmasının kapsamında olup olmadığı, tahkim anlaşmasının geçersizliği, sahteliği veya tahkimin caiz olmadığı nedenlerinden birine dayandırıldığı hallerde, eski düzenlemeye göre, hakemler uyuşmazlık üzerinde karar veremiyordu. Bu durumda, yetki itirazında bulunan davalıya mahkemede tespit davası açması için süre tanınıyordu. Ancak hakemin davalıya süre vermeyip, kendi yetkisi hakkında karar vermesi durumunda ne olacağı hususunda mülga HMUK'ta düzenleme yoktu. Bu durumda Yargıtay bazı kararlarında hakemler yetkilerinde olmayan bir konuda karar vermiş olacakları için kararın bozulması gerektiğini; bazı kararlarında ise, şayet davaya bakma yetkisi zaten hakemlerde ise, hükmün bozulmaması gerektiği yönündeydi. Her iki halde de, aslında hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisi hukukumuzda tanınmış bir kurum değildi. Bu nedenle, Kompetenz-Kompetenz ilkesi açısından Avrupa Konvansiyonu ile Türk hukuku arasında önemli bir farklılık vardı. Ejder Yılmaz, "Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu" (1990), s. 21.

³² Maddenin amacı, yetki itirazlarının esasa girilmeden önce yapılması ve bu sayede yetki itirazına ilişkin tartışmaların yargılamayı uzatmaya yönelik kötüye kullanımının önlenmesidir. Konvansiyona taraf bazı ülkelerde, maddede belirtilen süreler hak düşürücü süre olarak değerlendirilmiş ve bu süre zarfında yapılmayan itirazların daha sonrasında ne hakem yargılamasında ne de mahkeme nezdinde ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Hatta geçersiz tahkim anlaşmasına dayalı yetki itirazında bulunulmamasının, geçersiz olan anlaşmayı "düzeltceği"; icra aşamasında da itiraz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak burada kamu düzeni, tarafların ehliyetsizliği, uyuşmazlığın tahkime elverişli

heyeti kararının mahkeme nezdindeki iptal süreci değil; icrasına yönelik olan süreçtir³³. Cenevre Konvansiyonu madde 5(3) hakemin kendi yetkisini incelerken ve tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliğine karar verirken, mahkemenin bu yönde bir karar vermesine kadar tahkim sürecini durdurmayacağına ilişkindir. Hakemin kendi yetkisi hakkında karar verme salahiyetine ilişkin düzenlemenin amacı tahkim sürecinin haksız yere baltalanmasını engellemektir³⁴.

Avrupa Konvansiyonu madde 5(2)'de hakemlerin yetkisine ilişkin itirazların tahkim yargılaması sırasında yapılacağı ifade edilmektedir. Avrupa Konvansiyonu madde 5(3)'e göre, *lex fori*ye dayalı herhangi bir yargısal denetim nedeniyle, yetkilerinin inceleme konusu olduğu hakemler tahkim yargılamasına devam edecekler, kendi yetkileri hakkında ve tahkim anlaşmasının veya ana anlaşmanın geçerliliği veya varlığı hakkında karar verebileceklerdir. Avrupa Konvansiyonu madde 5(3)'ün, hakemin yetkiye ilişkin kararının "müteakip" yargısal denetiminden bahsederek, bir zamanlama önceliği getirdiğini söyleyebiliriz³⁵. Nitekim Avrupa Konvansiyonu madde 5(2)'de, yetkiye ilişkin itirazın tahkim yargılaması sırasında yapılacağı söylenmiş ve müteakip mahkeme sürecinden bahsedilmiştir. Bu husus, madde 6(3)'te daha açık belirtilmiştir. Hükme göre, devlet mahkemeleri, yeterli ve iyi sebepleri olmadıkça, tahkim anlaşmasının "var olmadığı, geçersiz, iptal edilmiş veya hükümden düşmüş" olduğuna ilişkin uyuşmazlığı, hakemlerin yetkiye ilişkin kararından önce çözmeyeceklerdir. Ancak çok kısıtlı hallerde, özellikle dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde, mahkeme hakemin kararından önce yetkiye ilişkin itirazı inceleyebilir. Hükümün mefhumu muhalifinden de, hakemlerin, devlet mahkemelerinden önce, yetkiye ilişkin hususları inceleme ve karar verme konusunda önceliği olduğunu söyleyebiliriz. Avrupa Konvansiyonu bu hükmüyle, New York Konvansiyonu'ndan daha ileri bir düzenleme getirerek, hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk inceleyici ve karar verici olduklarına

olmaması gibi tarafların uzlaşmalarının söz konusu olamayacağı halleri ayrı tutmak gerekir. Hükümdeki hak düşürücü sürenin uygulamasının sınırı, tahkim yargılamasında bulunmayan tarafın zararına uygulamamaktır. Bundesgerichtshof, 2 Dezember 1982 (Wünsche Handelsgesellschaft v. S. Maria srl) Yearbook XV (1990) pp. 660-666; Oberlandesgericht, Dresden, 18 February 2009 (Czech Principal v. German Sales Agent) Yearbook XXXV (2010) pp. 582-584; Tribunal Supremo, 14 January 1983 (X SA v. Y) Yearbook XI (1986) pp. 523-525; Oberster Gerichtshof, 20 October 1993 and 23 February 1998 (KajoErzeugnisse Essenzen GmbH v. DO Zdravilisce Radenska) Yearbook XXIV (1999) pp. 919-927. Diğer mahkeme kararları için bkz: Dominique T. Hascher, "European Convention on International Commercial Arbitration of 1961", *Commentary*, Yearbook Commercial Arbitration, 2011, Vol. XXXVI, s. 524, https://www.arbitrationicca.org/media/1/13534204360520/hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf, (20.03.2020).

³³ Hascher, "European Convention On International Commercial Arbitration of 1961", s. 525.

³⁴ Hascher, "European Convention On International Commercial Arbitration of 1961", s. 525. Tahkim sürecinin baltalanması çabalarına ilişkin olmak üzere, hüküm sadece hakemin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesini düzenlememiş; aynı zamanda tahkimin geçersizliğinin iddia edildiği hallerde bile, hakemin tahkim yargılamasına ara vermesine gerek olmadığı belirtilmiştir. Hakemin yetkiye ilişkin kararı, *lex fori*ye göre yargısal denetime tabi olduğundan, mahkemeyi bağlamaz.

³⁵ Aynı yönde bkz: Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Hukuk Yayınları, 2008, s. 448; Süssler, *Study*, s. 97.

ve devlet mahkemelerinin istisnaen ara karar niteliğinde bir karar³⁶ verebileceğine dair genel bir kural ortaya atmıştır³⁷.

Mahkemelerin tahkim süreci boyunca yetkisini düzenleyen madde 6'da, hakem ve mahkemeler nezdindeki derdestlik hali düzenlenmiştir. Buna göre, mahkemeye herhangi bir başvuru yapılmadan önce, tahkim anlaşmasının taraflarından biri tarafından tahkim süreci başlatılmasına müteakip, akit devlet mahkemelerine, aynı taraflar arasındaki aynı konu ile ilgili veya tahkim anlaşmasının geçersiz, iptal edilmiş veya hükümden düşmüş olup olmadığına ilişkin sorunların halli için başvurulduğunda, mahkemeler hakemin yetkisine ilişkin yargılamasını, aksine iyi ve önemli sebepleri olmadıkça hakem hükmüne kadar durduracaklardır. O halde Avrupa Konvansiyonu madde 6(3) tahkim sürecinin başlamasından sonra, mahkemenin yetkiye ilişkin kararını hakem heyetinin kararına (award) kadar bekleteceğini ifade etmektedir. Maddede geçen "iyi ve önemli" ifadesi kısıtlayıcı bir yorum tarzını gerektirir. Mahkeme, eğer müdahale etmesini gerektiren çok ciddi bir sebep varsa, hakemin esasa ilişkin karar vermesini beklemeksizin, hakemin yetkisi hakkında karar verecektir. İyi ve önemli sebeplere örnek olarak, uyuşmazlığın yargı kararıyla çözülmüş olması (res judicata) veya devam eden bir yargılamadan karar bekleniyor olması gösterilebilir³⁸.

3. UNCITRAL Model Kanunu

UNCITRAL Model Kanunu madde 16, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilme yetkilerine ilişkindir. Maddeye göre hakem heyeti, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin itirazlar dahil olmak üzere, kendi yetkisine karar verebilir. Ancak bu durum devlet mahkemesinin de tahkim anlaşması hakkında karar vermesine engel oluşturmamaktadır. Öyle ki devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar verse dahi tahkim mahkemesi davayı görmeye devam edebilir. Zira böyle bir durumda tahkim mahkemesinin vereceği karar üçüncü bir devlette tenfize konu olabilir.

Maddede hakem heyetinin, ana sözleşmenin geçersiz veya hükümsüz olduğuna karar vermesinin, kendiliğinden tahkim anlaşmasının geçersiz olmasını gerektirmeyeceği belirtilerek, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı açıkça ifade edilmiştir. Hakem heyetinin yetkili olmadığı itirazı savunma dilekçesinin verilmesinden daha sonra yapılamaz. Bir tarafın hakem atamış ya da hakem atamasına iştirak etmiş olması, tarafı böyle bir itirazda bulunmaktan alıkoymaz. Hakemin yetki sınırını aştığına ilişkin itiraz, tahkim yargılaması sırasında yetki aşımına ilişkin husus ortaya çıkar çıkmaz, yapılmalıdır. Hakem heyeti, yetkisine ilişkin inceleme ve kararını bir ön sorun olarak karara bağlayabileceği gibi esasa ilişkin kararıyla birlikte de hükme bağlayabilir. Hakemin yetkili olduğuna karar vermesi halinde, taraflardan biri mahkemeye başvurarak hakemin yetkisine itiraz edebilir. Mahkemenin hakemin yetkisi ile ilgili inceleme ve karar süreci devam ederken, hakemler yargılamaya devam ederek

³⁶ Maddede mahkemenin vereceği kararın, ara karar olarak Türkçeye çevirebileceğimiz "interlocutory judicial proceeding" sonucu verileceği söylenmiştir. Mahkemenin karar duruşması hariç bütün duruşmalarında verilen kararlar ara karar niteliğindedir. Ancak mahkemenin bir ara kararla, hakemin yetkisi hakkında kararı nihai değil, geçicidir.

³⁷ Born, 2014, s. 1058.

³⁸ Hascher, "European Convention On International Commercial Arbitration of 1961", s. 530.

uyuşmazlığı karara bağlayabilir. Taraflar hakemlerin yetkisi hakkındaki kararına ilişkin yazılı ihbarı aldıktan 30 gün içinde mahkemelere başvurarak yetki hakkında karar verilmesini talep edebilir. Bu karar temyize tabi değildir. Bu konudaki talep derdest iken hakem mahkemesi yargılamaya devam ederek karar verebilir. Böylelikle tahkim sürecinin baltalanmaması da sağlanmış olmaktadır.

Mahkeme, bazı durumlarda ilk bakışta inceleme sonucunda, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna ya da mevcut olduğuna karar veremeyebilir. Özellikle imzacı olmayan tarafların da yer aldığı karmaşık yapıdaki çok taraflı tahkim anlaşmalarında ilk bakışta inceleme yeterli gelmeyebilir. Detaylı bir inceleme ise, tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hükmetme yetkisini yani Kompetenz-Kompetenz ilkesini zedeleyebilir. Model Kanun, incelemenin kapsamı konusunda aydınlatıcı bir bilgi içermemekte; Model Kanunu iç hukuklarına aktaran devletlerin de, Model Kanun madde 8 uygulaması birbirinden farklılık arz etmektedir. Bazı ülkelerde Model Kanun madde 8 uygulaması ilk bakışta denetim şeklinde yapılırken bazı ülkelerde ise tam bir inceleme yapılmaktadır³⁹.

II. KOMPETENZ – KOMPETENZ İLKESİNİN OLUMLU VE OLUMSUZ ETKİSİ

Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumlu ve olumsuz olarak nitelendirilen iki etkisi vardır. İlkenin olumlu etkisi, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesini; olumsuz etkisi ise, mahkemenin hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine tahkim sürecinin başında müdahalesinden alıkonulmasını ifade eder⁴⁰. Mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin değerlendirme yapabilmelerine ilişkin Kompetenz – Kompetenz ilkesinin olumlu etkisi, uluslararası tahkim hukukunda kabul edilmiş bir hususken; olumsuz etkisi bakımından böyle bir ifadede bulunmak zordur⁴¹. Kompetenz-Kompetenz ilkesinin çoğu ülkede tanınan olumlu yönünün aksine, ilkenin olumsuz yönü ise hakem heyetinin nihai kararından sonra bile hakem heyetinin yetkisi hakkında mahkemenin karar verme yetkisini kapsadığından bütün ülkeler tarafından kabul edilmemektedir⁴².

İlkenin olumsuz etkisi bakımından iki temel problem ortaya çıkmaktadır. Birincisi mahkeme hakem heyetinin yetkisizliği hakkında ne zaman karar verebilir? İkincisi mahkeme incelemeyi ne kapsamda yapabilir? Hakem heyetinin yetkisine dair uyumsuzluklar tahkim sürecinin başlangıcında, tahkim süreci sırasında veya hakem heyetinin nihai kararından sonra ortaya çıkabilir. Kompetenz–Kompetenz ilkesinin kapsamının tespit edilmesinde sorun, mahkemenin müdahalesinin zamanı ve hakem heyetinin yetkisine ilişkin kararının ne kapsamda gözden geçirileceği hususudur⁴³.

³⁹ Frederic Bachand, “Does Article 8 of the Model Law Call for Prima Facie or Full Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction?”, 2006, Vol. 22, Issue 3 Arbitration International 463-476, s. 463.

⁴⁰ Emmanuel Gaillard - Yas Banifatemi, ‘Negative Effect Of Competence-Competence: The Rule Of Priority in Favour Of The Arbitrators’ in Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (eds), Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, 2008, s. 254; Cook, “Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches, s. 20; Barcelo, “Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect—A Comparative View”, s. 1 vd.; Süssler, Study, s. 95.

⁴¹ Gaillard - Banifatemi, “Negative Effect Of Competence-Competence”, s. 259.

⁴² Cook, “Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches, s. 21.

⁴³ Cook, “Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches, s. 21; Süssler, Study, s. 95.

A. Kompetenz-Kompetenz İlkesinin Olumsuz Etkisi

Mahkemelerin hakemlerin yargı yetkisi hakkında hakemlerden önce karar verememelerine Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz (negatif) etkisi denir⁴⁴. New York Konvansiyonu madde 2(3)'de yer alan mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun bulunmadığı müddetçe, tarafları tahkime yönlendirmesi ifadesinin mefhumu muhalifinden çıkan sonuç, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğu durumlarda tahkime yönlendirmeyeceğidir. Mahkemenin "tahkime yönlendirilmesi"nden anlaşılması gereken mahkemenin uyumsuzluğun esasına girmeyerek yetkisizlik kararı vermesi, davayı usuli nedenlerle reddetmesi veya ertelemesidir. Dolayısıyla Kompetenz-Kompetenz ilkesi, mahkemelerin müdahalesini önemli ölçüde engellemiş olmakla birlikte, mahkemelerin hakemlerin yetkisine ilişkin karar verebilmeleri mümkündür. Mahkemelerin hakem heyetinin yetkisine ilişkin olarak, tahkimin hangi safhasında müdahalede bulunabileceği tartışılabilir. Taraflardan birinin tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik itirazda bulunması veya tahkim şartına rağmen aralarındaki uyumsuzluğu devlet mahkemeleri önünde ileri sürmesi halinde, tahkim süreci henüz başlamadan; ya da tahkim süreci başlamış olmakla birlikte tahkim süreciyle eş zamanlı olarak devlet mahkemesinde yargılama sürecinin başlatılması ya da tahkim süreci sonunda verilen kararın icrası aşamasından önceki tanıma ve tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkündür. Kompetenz-Kompetenz ilkesine dayalı olarak hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi, mahkemenin denetiminden uzak, mutlak ve nihai bir karar değildir. İlkenin olumsuz etkisi, hakemlere mutlak bir üstünlük sağlamamakta; sadece zamansal olarak bir öncelik sağlamaktadır.

1. Mahkemenin İnceleme Yetkisinin Kapsamı

Tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazıyla karşılaşan mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar verebilir, ancak mahkemenin bu belirlemeyi yaparken nasıl bir usul izlemesi gerektiği konusunda bir ibare yoktur⁴⁵. Mahkemenin detaylı bir inceleme yapmasının mı yoksa detaylı inceleme yapmadan ilk bakışta mı tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz ya da icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar vermesinin mi istendiğini New York Konvansiyonu'nun ifade tarzından çıkarmak mümkün gözükmemektedir.

⁴⁴ Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 258; Fouchard - Gaillard - Goldman, 1999, s. 401; Born, 2014, s. 1049; Daniel Girsberger - Nathalie Voser, *International Arbitration (Comparative and Swiss Perspectives)* (3. edn, Schulthess Verlag 2016), s. 134- 135.; İpek Sarıöz Büyükalp, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları" (2014) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 205-206; Âlim Taşkın, "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi" Prof Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1999, s. 169; George A. Bermann, "The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, Issue 1, 2011, ss.1-50, s. 16.

⁴⁵ Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 258.

2. Hakem Heyetlerinin Kendi Yetkileri Hakkında Karar Verme Önceliği

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi, mahkemeleri, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun bulunması nedenleriyle hakem heyetinin yetkisi hakkında karar vermekten alıkoyar mı? Yoksa mahkemenin önce hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerini beklemeleri mi gerekir? Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme önceliklerini ifade eden bu kurala, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisi denir. Yetkileri hakkında karar verme hususunda hakemler lehine kabul edilen öncelik, uluslararası tahkimin kendine özgü yapısı, özerkliği ve New York Konvansiyonunun özü ile de uyum hâindedir⁴⁶.

a. İsviçre Tahkim Hukuku

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPRG) madde 7⁴⁷ ve benzer hüküm içeren ZPO madde 61'e⁴⁸ göre, a. davalının herhangi bir itiraz ileri sürmemiş olması, b. Mahkemenin tahkim anlaşmasının hükümsüz, geçersiz veya ifa edilemez olduğunu tespit etmesi veya c. Davalının tahkim sürecinde açıkça garanti ettiği nedenlerden ötürü tahkim mahkemesi teşkil edilemiyor olması durumları hariç olmak üzere, taraflar tahkime elverişli bir uyuşmazlık hakkında tahkim anlaşması akdetmişlerse, davanın açıldığı İsviçre mahkemesi yetkisini reddeder. İsviçre Federal Mahkemesi tarafların tahkim anlaşmasına istinaden gerçekleştirdikleri tahkim sürecinde, hakem kararlarına oldukça fazla değer atfetmiş, hatta İsviçre merkezli hakem kararlarına karşı sadece en yüksek yargı organı olan Federal Mahkeme nezdinde itiraz edilebilmesini öngörmüştür⁴⁹. Hakem kararına ilişkin yapılan itiraz, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine⁵⁰, tahkim öncesi şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine⁵¹ ilişkin

⁴⁶ Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 258.

⁴⁷ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. April 2020), <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/202004010000/291.pdf>, (11.06.2020).

⁴⁸ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 (Stand am 1. Januar 2020), <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html>, (12.06.2020). İsviçre IPRG madde 7 ve ZPO madde 61'deki hükümler hemen hemen birbirinin aynı olmakla birlikte, ZPO madde 61/ (b)'deki hükümden tahkim anlaşmasının "açıkça" (offensichtlich) hükümsüz, geçersiz veya ifa edilemez olduğunun tespiti ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeye dayalı olarak İsviçre mahkemeleri, İsviçre merkezli tahkimler açısından sınırlı bir inceleme yapmaktadır. Esen, "Uluslararası Tahkim", s. 373.

⁴⁹ Mladen Stojiljkovic, "Arbitral Jurisdiction and Court Review, Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider" (2016) 34 ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International 897, 900.

⁵⁰ BGE 142 III 239, 4A_84/2015, 18.02.2016, www.bger.ch, (11.06.2020). İsviçreli olmayan taraflar sözleşme görüşmeleri esnasında birbirlerine gönderdikleri yazışmalarda, A, taslak metine tahkimin Lugano'da ve İsviçre Tahkim Kurallarına göre gerçekleşeceğini yazmış; B ise A'nın gönderdiği taslak metni düzelterek tahkimin Paris'te ve ICC Fransa nezdinde gerçekleşeceği açıklamasını yapmıştır. Daha sonrasında taslak metinde çeşitli değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, tahkim şartında değişiklik yapılmamıştır. A tek hakem nezdinde Lugano'da İsviçre Tahkim Kurallarına göre tahkime başvurmuş; hakem de tarafların gerçek ve ortak tahkim iradesinin Lugano'da İsviçre Tahkim Kurallarına göre tahkimin gerçekleştirilmesi olduğunu ve dolayısıyla yetkili olduğunu ara kararlarla açıklamış, B'nin hakemin ara kararına karşı mahkemeye yaptığı itiraz üzerine, mahkeme hakemin kararını onamış ve hakemin yetkili olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, yerleşmiş içtihatlarına uygun olarak, İsviçre hukukunda, tahkim anlaşmalarının yorumunun, sözleşmenin akdedilmiş olup olmadığı

olabilir. Hakem heyetinin yetkisine ilişkin iki kararda farklı yönde bir sonuca varmış olsa da, İsviçre merkezli tahkimler açısından, mahkemenin yetkiye ilişkin ve yetkiye ilişkin olmayan itirazlar arasında bir ayırım yaptığını; yetkiye ilişkin olan yani yargılama merciini (forum) ilgilendiren itirazlara ilişkin karar verdiğini; ancak taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dair yetkiye ilişkin olmayan itirazlar hakkında karar vermediğini ve yetkiye ilişkin itirazlarda da tam bir denetimden ziyade ilk görünüş değerlendirmesi yaptığını söyleyebiliriz. Sınırlı bir denetimin nedeni olarak, açıkça geçersiz bir tahkim anlaşması haricinde hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk kapsamlı incelemeyi yapmaları; bu şekilde bir sınırlı denetimin tahkim anlaşmalarının etkinliğini artıracığı ifade edilmiştir. Bu şekilde bir öncelik, tarafların, yetki de dahil olmak üzere, aralarında çıkacak tüm uyuşmazlıkları devlet mahkemeleri yerine tahkim mahkemelerine bıraktıklarını söyleyebiliriz. Taraflar paralel davaların olmadığından ve devlet mahkemelerinin tahkimi baltalamayacağından emin olmalılardır⁵². Federal

sorunu da dahil olmak üzere, sözleşmenin yorumuna ilişkin genel kurallara tabi olduğunu belirtmiş; hakemin kendi yetkisine karar verirken, önündeki delillere göre tarafların gerçek ve ortak bir tahkim iradesi olup olmadığını tespit etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunu yaparken hakem, akdedildiği iddia edilen sözleşmenin şartlarına, tarafların önceki ve sonraki tutumlarına bakacaktır. Eğer tüm bunlara istinaden, gerçek ve ortak bir tahkim iradesinden eminse, bu bir vaka tespiti niteliğinde olacağından, mahkemenin vaka tespitlerine ilişkin tüm kararları gibi mahkeme denetiminden muaf olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafların İsviçreli olması ve olmaması açısından bir ayırım yapmaktadır. İsviçre hukuku, İsviçreli olmayan taraflara, tahkim kararının mahkeme tarafından denetlenmesi yolunun, tarafların açık rızalarına dayalı olarak kapatılmasına izin veriyor. Ancak burada açık ya da zımni bir anlaşmaya rastlayamıyoruz. Bu karar kanaatimce, iki açıdan isabetli değildir. Birincisi bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan öneri ve kabul beyanlarının uyuşup uyuşmadığı bile tespit edilmemiştir. Anlaşma imzalanmamış ve yazışmalardan da - kanaatimce- tarafların tahkim yeri ve uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşmaya varamamışlardır. İkincisi akdedilmiş olup olmadığı hususu bile tartışmaya açık olan tahkim anlaşmasına dayalı olarak tek hakemin verdiği bir ara kararın üstünlüğü mahkeme tarafından tartışmasız kabul edilmiştir. Ancak kanaatimce, hakemlere herhangi bir yerel mahkemeden bile daha üstün yetki verilmesi isabetli değildir. Bu kararda mahkeme, tarafların ortak ve gerçek bir tahkim iradesinin bile olup olmadığını tartışmamış, hakemin gerçek ve ortak tahkim iradesine ilişkin olarak yaptığı öznel bir değerlendirmeyi vak'a tespiti olarak görmüş ve denetlememiştir. Kararın daha detaylı eleştirisi ve analizi için bknz: Stojiljkovic, "Arbitral Jurisdiction and Court Review", s. 900.

⁵¹ BGE 142 III 296, 4A_628/2015, 16.03.2016 Karara konu olayda, taraflar, tahkime başvurmadan önce ICC alternatif uyuşmazlık çözüm kurallarına (ADR) başvuracakları hususunda anlaşmışlar. Uyuşmazlık çıktıktan sonra, taraflardan biri ICC ADR usulüne başvurmuş, ancak henüz daha uzlaşma usulüne ilişkin görüşmeler devam ederken, diğer taraf tahkime başvurmuştur. Tahkim öncesinde uzlaşma aşamasının zorunlu olduğu ve bu aşamanın tamamlanmadan tahkime başvurulamayacağı; dolayısıyla tahkim merkezinin yetkisiz olduğu itirazı üzerine hakem heyeti yetkili olduğuna ve talebin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Federal mahkeme, hakem heyetinin yetkisinin oluşmadığı itirazı üzerine, tahkim mahkemesinin süreci durdurmasına ve öncelikle uzlaşma görüşmelerinin sona ermesi gerektiğine hükmetmiştir. Burada dikkat çeken nokta, Federal Mahkemenin, tahkim heyetinin yetki kazanabilmesi için gerekli ön koşulların yerine getirilmemesi hususunu denetime tabi tutmuştur. Dolayısıyla tarafların gerçek ve ortak tahkim iradeleri olsa bile, mahkeme tahkim mahkemesindeki sürecin durdurulmasına karar verebilir. Stojiljkovic, "Arbitral Jurisdiction and Court Review", s. 904; H. Ercüment Erdem, "İsviçre Federal Mahkemesi Çok Aşamalı Tahkim Şartına Uyulmaması Nedeniyle Tahkim Sürecinin Durdurulmasına Karar Verdi" <erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/isvicre-federal-mahkemesi-cok-asamali-tahkim-sartina-uyulmamasi-nedeniyle-tahkim-surecinin-durdurulmasına-karar-verdi-/>, (12.06.2020).

⁵² Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü, derdestlik (lis pendens) açısından inceleyenler de vardır. İsviçre Federal Mahkemesi, bazı içtihatlarında konusu ve tarafları aynı olan bir uyuşmazlık

mahkemenin yerleşmiş içtihatlarında, mahkemenin İsviçre merkezli tahkim ile İsviçre merkezli olmayan tahkim süreçleri arasında ikili bir ayırım yapılmaktadır⁵³. Tahkim yerinin İsviçre dışında olduğu durumlarda, yani tahkim savunmasına New York Konvansiyonu madde II (3)'ün uygulandığı hallerde, İsviçre mahkemesi tam bir denetim yapacaktır. Ancak anlaşmada tahkim yeri İsviçre olarak öngörülmüşse, yani tahkim savunması İsviçre IPRG madde 7(b) hükmüne tabiye, mahkeme tahkim anlaşmasına ilişkin kısıtlı bir denetim yapacaktır⁵⁴. Mahkeme içtihatlarında, en azından İsviçre merkezli tahkim yargılamalarında ilk sözün hakeme ait olduğunu; bu anlamda

hakkında iki farklı hüküm verilmesinin kamu düzenine aykırı olacağını; bu nedenle tarafları ve konusu aynı olan iki yargılamanın aynı anda devam edemeyeceğini belirtmiş, kesin hükmün etkilerini derdestlik ile birlikte değerlendirmiştir. Ancak kanaatimizce Kompetenz -Kompetenz ilkesinin olumsuz yönü derdestlik kavramına dayalı olarak açıklanamaz. Derdestlik, uyumsuzluğun esasının iki farklı ve yargı yetkisini haiz merciide görülmesi sorununa ilişkindir. Burada ise, mahkemelerin hakemlerin yargı yetkisi hususunda hakemlerden önce karar verip veremeyeceği tartışılmaktadır. Derdestlik itirazında, diğer merciin yargı yetkisi itiraz konusu değildir. Burada ise birincisi hakemlerin yargı yetkisi olup olmadığı; ikincisi ise mahkemelerin hakemlerden önce tahkim anlaşmasının geçerliliği ve dolayısıyla hakemlerin yargılama yetkisi üzerinde karar verip veremeyeceği tartışmalıdır. Dolayısıyla makalemizin inceleme konusu ile derdestlik birbirinden farklıdır. İsviçre hukuku ve mahkeme içtihatlarındaki derdestlik hususuna ilişkin görüşler ve eleştirisi için bknz: Yeşilova, 2008, s. 438 vd.

⁵³ BGE 122 III 139, 26.04.1996 tarihli kararından bu yana Federal Mahkeme, istikrarlı bir şekilde tahkimin İsviçre merkezli olması halinde prima facie bir denetimi ve ilk sözün hakeme ait olmasını öngörmüş, yani Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü kabul etmiştir. İsviçre Federal mahkemesi 26.04.1996'da verdiği *Fondation M. v. Banque X* davasında, mahkemeleri hakemlerin yetkisi hakkında karar vermekten alıkoyarak ve mahkemenin incelemesini hakem kararı sonrasına erteleyerek, hakemlerin yetkisini koruyan bir kuralın gerekli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğunun, derinlemesine bir incelemeye ihtiyaç olmaksızın açıkça görüldüğü hallerde, tahkim heyeti gerekirse kendi yetkisi hakkında İsviçre IPR madde 186 doğrultusunda tahkim yerinin İsviçre olduğu hallerde karar verecektir. Mahkemenin inceleme yetkisi, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin ilk bakışta / prima facie incelemeyle sınırlandırılmıştır. Federal Mahkemeye göre, devlet mahkemesi hakem heyeti lehine kendi yetkisini reddetmesi yönünde bir taleple karşılaşır ve tahkim yeri de İsviçre ise, mahkeme, tahkim anlaşmasına genel bir incelemesi neticesinde anlaşmanın geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğu sonucu çıkmıyorsa, mahkeme yetkisiz olduğuna karar vermelidir. Federal mahkeme açıkça tahkim yerinin İsviçre olmasına atıf yapmıştır. Ancak bu kararda, tahkim yerinin İsviçre olmadığı hallerde mahkemenin yetkisi hakkında nasıl karar vereceğine değinilmemiştir.

⁵⁴ Bu kısıtlı inceleme yönündeki içtihatların aksine, Mahkemenin yeni bir içtihat geliştirmeye başladığını söyleyebiliriz. Burada 30.06.2014 tarihli BGE 140 III 367, 4A_560/2013 kararına değinmek gerekir. Uyuşmazlıkta konsorsiyumu oluşturan taraflar arasındaki sözleşmelerden birinde yer alan patolojik tahkim şartı mahkemece değerlendirmeye alınmıştır. Mahkeme tahkim şartını incelerken, öncelikle "uyuşmazlığın tahkime elverişliliğini" ve "tahkim anlaşmasının akdedilip akdedilmediğini" ZPO madde 61/ (b)'nin ön şartları olarak incelemişlerdir. Geçersizlik, hükümsüzlük ya da ifa edilemezliğin "açıkça" olup olmadığının incelenmesi, ancak ön şartların yerine getirildiğinin tespitinden sonra mümkündür. Dolayısıyla mahkeme burada iki aşamalı bir inceleme yapmış, öncelikle tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığını incelemiş ve bunu yaparken de ZPO madde 61 ilk cümlede "açıkça" gibi bir ifade yer almaması nedeniyle sınırlı bir inceleme yapmamış, tam bir denetim yapmıştır. Dolayısıyla mahkeme tahkim anlaşmasının mevcudiyeti ve uyumsuzluğun tahkime elverişliliğinin denetiminde kendi denetim yetkisini sınırlandırmamış; bu aşamada yaptığı tam denetimden sonra, geçersizlik, hükümsüzlük veya ifa edilemezliğin söz konusu olup olmadığı noktalarındaki denetimin sınırlı olacağını ifade etmiştir. Bernhard Berger "Negative effect of competence-competence revisited Note on 4A_560/2013, Judgment of 30 June 2014", ASA bulletin (Association suisse de l'arbitrage), 2014-09-01, 2014, Vol. 32 Issue 3 , ss. 539-542, 539 vd.

Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün, İsviçre merkezli tahkim süreci açısından kabul edildiğini söyleyebiliriz⁵⁵.

b. Fransız Tahkim Hukuku

Fransız tahkim hukuku, diğer ülke hukuklarına nazaran daha liberal bir tutum sergilemektedir. Buna göre; nasıl ki daimi kurumlar olan devlet mahkemeleri, kendi lehine yetki tesis eden yetki sözleşmelerinin geçerliliği ve kapsamı hakkında karar verebiliyor ve bunda herhangi bir zorlukla karşılaşmıyorlarsa; daimi bir kurum olmamasına ve tahkim anlaşmasına dayanan hakem heyetleri de, kendi yetkileri hakkında aynen mahkemeler gibi karar verebilmelidir. Bunun sonucunda, tahkim anlaşmasının varlığına ya da geçerliliğine itiraz edilmesi hakem heyetini, tahkim yargılamasına devam etmekten alıkoymayacak ve mahkemenin yetki ile ilgili bir müdahalesi olmaksızın yetkili olduğuna kanaat edip tahkim yargılaması sonucunda bir karar verebilecektir. Bu, ilkenin pozitif etkisidir. Fransız uygulamasında, mahkeme nezdinde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılması, hakemlerin tahkim sürecine devam etmelerini, kendi yetkileri ve esas hakkında karar vermelerini engellememektedir. Söz konusu olumlu etkinin kabulü, mahkemelerin eşzamanlı ve hakem heyeti ile aynı inceleme derecesiyle en azından tahkim sürecinin başında aynı husus hakkında karar verememesini gerektirmektedir. İlkenin olumsuz etkisi olarak bilinen bu husus, hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verenler olmasını ve mahkemenin yetkisinin ancak hakemlerin karar vermesinden sonraya ertelenmesini ifade eder. Bu durumda mahkeme, hakem heyetinin yetkisine dair esasa ilişkin itirazları dinlemekten kaçınmak zorundadır⁵⁶.

Fransa’da sınır aşan uyuşmazlıkların halli hususunda tahkim, ana çözüm mekanizması olarak görülmüş ve yabancı unsurlu tahkim mekanizması lehine hükümler getirilmiştir⁵⁷. Kanunlaştırma hareketlerinin yanı sıra, Fransız mahkemeleri de içtihatlarıyla tahkimin etkinliğini artıran kararlar vermiş; ilkeler getirmiştir. Mahkeme içtihatlarında kabul edilen ilkelerden bir tanesi de, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme önceliğine; yani Kompetenz – Kompetenz ilkesinin olumsuz yönüne ilişkin olmuştur. İchtihatlarında⁵⁸ mahkeme, tahkimin işlerliğinin artırılması için hakemlerin

⁵⁵ Berger, “Negative effect of competence-competence revisited”, s. 541; Gerhard Walter - Tanja Domej, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz: Ein Lehrbuch, 5. edn, UTB GmbH 2012, s. 547. Mahkeme yerel – yabancı tahkim ayrımı yapmakta; anlaşma yerel tahkimi öngörmekteyse Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü kabul etmektedir. Bu ayrıma ilişkin uluslararası tahkim camiasından gelen eleştiriler üzerine IPRG madde 7’de değişiklik yapılması teklif edilmiş, tahkim yerinin İsviçre’de olup olmamasına göre denetimin niteliğinin değişmemesi; her iki halde de sınırlı bir denetim yapılması teklif edilmiştir. Bernhard Berger, “Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels”, ASA Bulletin, (Kluwer Law International 2011, Volume 29, Issue 1 s. 33 vd.

⁵⁶ Bermann, “The “Gateway” Problem”, s. 16-17.

⁵⁷ Fransa’da tahkimin tarihi ve Fransa’yı bir tahkim merkezi olarak öne çıkaran hukuki dayanaklar için bknz: Özlem Süssler, “Arbitral Jurisdiction in France”, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, 2012, Vol: 16(2), s. 5 vd.

⁵⁸ Fransız Medeni Usul Kanununda hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verici olmalarına ilişkin 2011’de yapılan değişiklikten önce de, American Bureau of Shipping v Copropriété Maritime Jules Verne kararı, Fransız Medeni Usul Kanunu madde 1448’in şekillenmesinde etkili olsa da, Fransız Temyiz Mahkemesinin Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü tanıyan kararları vardı.

kendi yetkileri hakkında karar vermede önceliği olduğunu ifade ederek, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü tanımıştır. Mahkeme kararı, tahkimle ilgili yasama çalışmalarına da yön vermiş, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönü kanunda da yer almıştır⁵⁹. Buna göre, sadece tahkim sürecini destekleyici mahiyette kararlar almakla yükümlü olan mahkeme, tahkim sürecinin işleyişine müdahale etmeyecektir. Kanuna göre, tahkim heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verme hususunda münhasır yetkisi vardır. Bu aynı zamanda, tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermeden önce, tahkim anlaşması olmasaydı yetkili olacak olan devlet mahkemelerinin konu hakkında karar vermekten alıkonulduğu ve bu hususun tahkim heyetlerine bırakıldığı anlamını da taşır. Fransız Medeni Usul Kanunu⁶⁰ madde 1448'e göre, tahkim anlaşması kapsamındaki bir uyuşmazlık hakkında devlet mahkemeleri nezdinde dava açılması halinde, mahkeme, tahkim heyetinin teşekkül etmemiş olması ve tahkim anlaşmasının açıkça hükümsüz veya açıkça ifa edilemez olduğu haller dışında, yetkisini reddedecektir. Maddenin mefhumu muhalifinden, tahkim mahkemesinin henüz kurulmamış olduğu durumda, mahkemeler yetkileri

(American Bureau of Shipping v Copropriété Maritime Jules Verne, Cour de Cassation [French Court of Cassation] 7 June 2006 reported in (2006) Rev Arb 946. ('Jules Verne'). Copradag v Dame Bohin, kararında Temyiz Mahkemesi Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönüne ilişkin radikal bir yorum geliştirmiş ve tahkim mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemeyi yapması hususunda tam yetkili olduğunu kabul etmiştir. Söz konusu uyuşmazlığa ilişkin ilk derece mahkemesi, taraflardan birinin tahkim sürecinin başlatmış olmasını gözardı ederek, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ve tahkim mahkemesinin teşekkül edemeyeceğine karar vermiştir. (Copradag v Dame Bohin, Cour de Cassation [French Court of Cassation] (1995), reported in (1996) Rev Arb 617 the Cour de Cassation) İstinaf mahkemesi kararı onamış, Temyiz mahkemesi ise, "ilk derece mahkemesinin, tahkim anlaşmasının geçersizliğine dayalı olarak hakemlerin atanmaması gerektiğini söyleyemeyeceği; tahkim mahkemesinin önüne gelmiş olan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, kendi yetkisinin geçerliliği ve sınırları ile ilgili kendisinin karar verebileceği" gerekçeleriyle kararı bozmuştur. Karar Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün tanındığını açıkça göstermektedir. 1995'ten bu yana Mahkemenin içtihatlarında istikrarlı bir şekilde Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönü kabul edilmiştir. American Bureau of Shipping v Copropriété Maritime Jules Verne davasında, Kompetenz – Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün dikkate alınmadığı Paris İstinaf Mahkemesi kararına karşı Fransız temyiz mahkemesinin 2006 yılında verdiği karardır. Mahkeme kararında, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi kuralının Fransız uluslararası tahkim hukukunun ana ilkelerinden olduğu, tahkim anlaşmasının milli hukuktan bağımsız olduğunu ve tahkimin etkinliğinin, yetkisine itiraz edilen hakemin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi için öncelik tanımakla mümkün olduğunu belirtmiştir. Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 264; Ozlem Süssler, "The English Approach to Compétence-Compétence" (2013) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, s. 427 vd.

⁵⁹ Decree No. 2011-48 of Jan. 13, 2011. Tahkime ilişkin yeni düzenleme Fransız Medeni Usul Kanunu 1442 ilâ 1527 maddeleri arasında yer almaktadır. Düzenleme hem yerel hem de milletlerarası tahkimi kapsar nitelikte olup, ikisi arasında bir ayırım yapmamıştır. Düzenlemeyle birlikte, mahkemeler tahkime "müdahil" değil; tahkim mekanizmasının işlemesi için "destekleyici" mahiyettedir. Bu nedenle, maddelerin yorumunda da, Fransız mahkemelerinin tahkim sürecindeki rolünün "ikincil" ve "destekleyici" nitelikte olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Emmanuel Gaillard, "France Adopts New Law On Arbitration" 2011, Vol. 245 No. 15 New York Law Journal <www.nylj.com>. (17.06.2020); Süssler, UK, s.7.

⁶⁰ Fransız Medeni Usul Kanununda değişiklik yapan 13.01.2011 tarihli tahkimle ilgili yeni düzenlemenin İngilizce tercümesi için bkz: <http://www.parisarbitration.com/wp-content/uploads/2014/02/French-Law-on-Arbitration.pdf>, (17.06.2020).

hakkında ve sadece tahkim anlaşmasının açıkça hükümsüz veya açıkça ifa edilemez olduğunun prima facie / ilk görünüşte inceleme ile belirgin olduğu hallerde uyuşmazlık hakkında karar verebileceklerdir. Eğer tahkim mahkemesi teşekkül ettiyse, devlet mahkemeleri uyuşmazlığı tahkim mahkemesine yönlendirecektir. Bu durumda Devlet mahkemesinin yetki hususundaki uyuşmazlığı tahkim mahkemesine yönlendirmesi, tahkim süreci sonunda verilen kararın devlet mahkemesi denetiminden feragat edildiği anlamına gelmez. Kanunda yer alan düzenleme, tahkim mahkemesinin yetkisi hususunda, tahkim mahkemeleri lehine tanınan bir “öncelik”ten ibarettir⁶¹. Fransız Medeni Usul Kanunu madde 1448, yetki hususunda tahkim mahkemesine öncelik tanıyan Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü kabul eden emredici bir düzenlemedir⁶². Özetle, Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün tezahürü olarak, tahkim yeri neresi olursa olsun, taraflar arasında ilk bakışta geçersiz ya da ifa edilemez olduğu anlaşılmayan bir tahkim anlaşması mevcutsa, devlet mahkemesi, yetki hususunda karar vermeyecek, uyuşmazlığı tahkim mahkemesine gönderecektir. Dolayısıyla Fransız hakimi, yetki hususunda tahkim süreci bitmeden esaslı ve detaylı bir incelenme yapamaz. Devlet mahkemesi ilk bakışta tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna hükmetse bile, hakem gene de tahkim sürecinde uyuşmazlığı inceleyebilir ve bir karar verebilir. Böylelikle genel anlayış, hakemin kendi yetkisi hakkında karar verebilme yetkisini koruma ve mahkemenin denetimini karar sonrasına bırakma yönündedir.

c. Alman Tahkim Hukuku

UNCITRAL Model Kanunu’nu esas alarak değişikliğe giden Alman hukukunda, Alman Medeni Usul Kanunu m.1040⁶³ gereğince tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına ve tahkim mahkemesinin yetkili olup olmadığına karar verme yetkisi doğrudan hakem mahkemesine tanınmıştır. Buna göre, hakem mahkemesi, kendi yetkisi ve tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliği hakkında karar verebilir. Bu hükümlerle tahkim anlaşması, maddi hukuk anlaşmasının diğer hükümlerinden ayrı değerlendirilmiştir. ZPO m. 1040/3’e göre, şayet tahkim mahkemesi kendisini yetkili görürse, kural olarak buna bir ara kararla karar verir. Bu durumda her iki taraf da kararın yazılı olarak tebliğ edilmesinden itibaren bir ay içerisinde mahkemeye başvurabilir. Mahkemeye başvuru yapılmasından sonra, tahkim mahkemesi yargılamaya devam edebilir ve karar verebilir. Alman Medeni Usul Kanunu m. 1032/ (1) ve (2)’ye göre, devlet mahkemesi nezdinde tahkim anlaşmasının konusu olan bir ihtilafa ilişkin bir dava açılması durumunda, mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğunu tespit etmedikçe, davalının itirazı üzerine davayı reddetmelidir. Tahkim sürecinin geçerliliğinin ya da geçersizliğinin tespitine ilişkin talep en geç tahkim mahkemesinin teşkiline kadar yapılmalıdır. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, devlet mahkemesinin ancak tahkim mahkemesi oluşturulmadan önce tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına karar verme yetkisi

⁶¹ Gaillard, “France Adopts New Law On Arbitration”, s. 2; Gaillard - Banifatemi, “Negative Effect Of Competence-Competence”, s. 260 vd.; Süsler, UK, 447 vd.

⁶² Gaillard, “France Adopts New Law On Arbitration”, s. 2; Gaillard - Banifatemi, “Negative Effect Of Competence-Competence”, s. 257; Süsler, UK, s. 447.

⁶³ Zivilprozessordnung, <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo>, (25.05.2021).

bulunmaktadır. Hakem heyetinin karar vermesine kadarki süreçte, mahkemelerin tahkim sürecine müdahalesinin kabul edilmemesi, tahkime daha fazla sürat kazandıracak olsa da, Alman hukukunda bu görüş benimsenmemiştir; nitekim bu görüşün benimsenmesi uzun vadede tahkim süreci sonucunda hakemin yetkisizliğine mahkemenin karar vermesi halinde, kararın bozulmasına yol açacak, hem de daha büyük zaman kaybına ve maddi kayba sebebiyet verecektir. Bu nedenle Alman Medeni Usul Kanununda hakem heyeti teşkil etmediği müddetçe, hakemin yetkisine dair itirazda bulunma hakkı tanınmıştır. ancak bu da paralel yargılamaların önünü kesemeyecektir. Her ne kadar bu yönüyle Fransız hukukuyla benzerlik gösterse de Alman hukukunda Kompetenz-Kompetenz doktrininin negatif yönü büyük ölçüde reddedilmekte; diğer bir ifadeyle devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemesini prima facie bir incelemeyle sınırlı tutmamaktadır⁶⁴. Ayrıca Alman Medeni Usul Kanunu m. 1040 gereğince taraflar, hakemlerin yetkili olup olmadıklarına dair verdikleri kararın, devlet mahkemesince denetlenemeyeceği konusunda anlaşamazlar⁶⁵.

d. İngiliz Tahkim Hukuku

İngiltere tahkim hukukunda, içtihatlar hukuku öğretisine dayalı Anglo-Sakson hukuk anlayışında bir sapma sayılabilecek bir yaklaşımla, İngiliz hukukunu tek bir metin altında birleştirmek ve tahkimle ilgili birbiriyle uyumlu kararların alınmasına hizmet etmesi planlanan bir “tahkim kanunu” vaz’edilmiştir⁶⁶. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında mahkemeden önce karar vermesi hususunu düzenleyen açık bir madde olmamakla birlikte, Kompetenz-Kompetenz ilkesine ilişkin olarak İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 ve madde 30’dan bahsetmemiz konumuz açısından faydalı olacaktır. Mahkeme yargılamasının hangi hallerde duracağını düzenleyen İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 (1)’e göre, tahkim anlaşmasının bir tarafına karşı, tahkim anlaşması kapsamındaki bir uyuşmazlıkla ilgili mahkeme nezdinde dava açılması halinde, ilgili taraf mahkemeye yargılamanın durması için başvurabilir. İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 (4)’e göre, mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz ve hükümsüz, işlevsiz ya da icra kabiliyetinden yoksun olduğuna kanaat getirmediği takdirde, bu madde kapsamında yapılan bir başvuru üzerine yargılamanın durmasına karar verecektir. Hakemlerin kendi

⁶⁴ Bermann, “The “Gateway” Problem, s. 19; Selin Ece Tekin, Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esastan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 145.

⁶⁵ Nadja Erk Kubat, Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective, International Arbitration Law Library, 2014, Vol 30, ss. 25-70, s. 29-30.

⁶⁶ Arbitration Act 1996, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, (22.06.2020). Anglo-sakson hukuku, içtihatlar ve öğreti üzerine inşa edilmiştir; ancak, İngiliz mahkemeleri, kanunlara da dayanmışlardır. Bu kanunlardan biri de tahkim uyuşmazlıkları hakkında 31.01.1997’de yürürlüğe giren Tahkim Kanunudur. Kanunun temel amacı, önsözünde belirtildiği üzere, İngiliz tahkim hukukunu yeniden inşa etmek ve geliştirmektir. Kanun UNCITRAL Model Kanununu temel almamasına rağmen büyük ölçüde benzerlikler taşımaktadır. Kanundan önce ise, İngiltere’de, hakemlerin yetkisi münhasıran mahkemelerin denetimindeydi. Mahkemeler, tahkim kararı öncesinde ve sonrasında, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına ve tahkime müdahale edip edemeyeceklerine karar verebiliyorlardı. Kanunla ilgili danışma komitesinin hazırladığı raporda da, tahkim mahkemesinin yetkiye ilişkin kararının, bir görüş beyan etmekten öte bir anlam taşımadığı ifade edilmişti. Departmental Advisory Committee, Parliament of United Kingdom, Report on Arbitration Act 1996 9 (2006); Süsler, UK, s. 429.

yetkileri hakkında karar verebilme yetkisi, İngiliz Tahkim Kanunu madde 30'da düzenlenmiştir. Buna göre, tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisine ilişkin Tahkim Kanunu madde 30/1'e göre, taraflarca başka şekilde kararlaştırılmamışsa, hakemler, geçerli bir tahkim anlaşması olup olmadığı, tahkim mahkemesinin usulüne uygun kurulup kurulmadığı, tahkim anlaşmasıyla hangi sorunların tahkime tabi tutulduğu hususlarında karar verebilir⁶⁷. Her iki maddeye baktığımızda, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumlu yönü İngiliz Tahkim Kanunu madde 30'da düzenlenmişken, hakemlerin kendi yetkileri ile ilgili karar vermede önceliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin ve denetimin kapsamına yönelik doğrudan bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Tahkim anlaşmasının hükümsüz, etkisiz ya da icra kabiliyetinden yoksun olduğunun mahkemece tespit edilemediği hallerde, İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 (4)'e göre, yargılamanın durmasına karar verilmesi ile ilkenin olumsuz yönü bakımından bir bağlantı kurulabilir mi? İngiliz Tahkim Kanunu madde 9(4) New York Konvansiyonu madde 2 (3) ile UNCITRAL Model Kanunu madde 8 (1) ile benzerlik taşımaktadır. Maddenin yorumuna ilişkin İngiliz mahkeme içtihatlarında farklı yaklaşımlar vardır.

Mahkemeler, tahkimle ilgili uyuşmazlıklarda kanunu Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönü ve mahkemenin denetim yetkisinin kapsamına ilişkin birbirinden farklı yönde mahkeme içtihatları vardır. Bazı mahkeme içtihatları geçerli olup olmadığı tartışmalı olan bir tahkim anlaşmasına dayalı olarak yetki uyuşmazlığının halli meselesinin ilk önce hakemlerce incelenmesinin ne yasa da ne de New York Konvansiyonunda yer almadığını belirtmişlerdir. Buna göre New York Konvansiyonu madde II(3) mahkemenin hakemden önce tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar vermesi gerektiği anlamına gelecek şekilde yorumlanmamıştır⁶⁸. Bazı mahkeme kararlarında ise hakemlerin kendi yetkileri

⁶⁷ Arbitration Act 1996, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, (22.06.2020). Section 9: Stay of legal Proceedings, Section 30: Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.

⁶⁸ Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 265. Birse Ltd. v. St. David kararında (Birse Construction Ltd v St David Ltd [1999] ABC.L.R. 02/12) ise, farklı bir yaklaşım benimsenmiş, İngiliz Tahkim Kanunu madde 30'da düzenlenen hakemlerin kendi yetkilerine hükmetme yetkisinin emredici bir hüküm olmadığını ileri sürülmüştür. <https://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstructionAdjudicationLawReports/Birse%20v%20St%20Davids%201999.pdf>, (30.06.2020). Buna göre, bir hakemlerin yetkisinin varlığı, mahkemenin tahkim anlaşmasının mevcudiyetine dair bir uyuşmazlığı her daim yetkisi olup olmadığı tartışmalı olan hakemlere tevdi mecburiyeti anlamına gelmez. Öncelikle mahkemenin İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 çerçevesinde geçerli bir tahkim anlaşması olduğu hususunda tatmin olması gerekir. Mahkeme tahkim anlaşmasının mevcudiyet olduğuna -hemen hemen- eminse ve sadece tahkim anlaşmasının kapsamı ve sınırları konusunda bir uyuşmazlık varsa, bu durumda uyuşmazlığı hakeme tevdi edebilir. Ahmad Al Naimi v. Islamic Press Agency (Ahmad Al-Naimi v. Islamic Press Agency [2000] 1 Lloyd's Rep 522, 525.) kararında da mahkeme, Birse Ltd. v. St David kararındaki gerekçeyle, yetkili olup olmadığı dahi ihtilafli olan hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verici olmaları şeklinde yorumun isabetli olmadığını görüşü benimsenmiştir. <https://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawR/Al-Naimi%20v%20Islamic%20Press%202000.pdf>, (30.06.2020). L0a0w Debenture Trust Corp. Plc v. Elektrim Finance BV (Law Debenture Trust Corp Plc v Elektrim Finance BV [2005] APP.L.R. 07/01) kararında da İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 kapsamında, mahkeme yargılamanın durdurulması ve hakemlere uyuşmazlığın tevdi edilmesi talebi yapılmış; fakat mahkeme, hakemlerin yetkisine ilişkin uyuşmazlığın mutlaka hakemlere tevdi edilmesine ve yargılamanın durdurulmasına dair açık bir

hakkında karar verme önceliğinin Birleşik Krallığın uluslararası hukuk alanında taahhütlerinin gereği olduğunu, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği hakkında mahkemece yapılacak denetimin kapsamının dar yorumlanması gerektiği, mahkemece yapılacak ilk görünüşte inceleme sonucu tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve dolayısıyla hakem mahkemesinin yetkili olduğunun tespit edildiği hallerde İngiliz Kanunu madde 9'a göre yargılamaya ara verilmesi yönünde karar verilmiş; tahkim şartı ve İngiliz Tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde tahkim anlaşmasının ilk görünüşte geçerli olduğuna ve bu nedenle tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin son kararı, ihtilafın şekle değil; esasa ilişkin bir mesele olması ve tarafların tahkim yeri olarak Londra ve uygulanacak hukuk olarak da Birleşik Krallık hukukunun belirlendiği tahkim şartını ihtiva eden bir anlaşmanın akdedildiği hususunun açık olması ve usul ekonomisi nedenlerine dayanarak tahkim mahkemesine iletmıştır⁶⁹.

İngiliz hukukunda Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisine ilişkin içtihatlar farklı yöndedir. Mahkemenin inceleme yetkisinin dar yorumlandığı kararlar olduğu gibi geniş yorumlandığı kararlar da vardır. Bu nedenle Kompetenz-Kompetenz ilkesinin Birleşik Krallık uygulaması bakımından, istikrarlı mahkeme içtihatlarından söz etmek zordur. İngiliz Tahkim Kanunu tahkim dostu hükümler getirmiş olsa da, mahkeme içtihatlarının farklılığı en azından Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisi bakımından başarıya ulaşamadığını söylemek kanaatimizce yanlış olmaz.

dayanağın olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiş; hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar vericiler olmasının emredici olmadığını belirtmiştir. <https://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Law%20v%20Elektrim%202005.pdf>, (30.06.2020). Süssler, UK, s. 447 vd.

⁶⁹ Premium Nafta Prods. Ltd. v. Fili Shipping Co. Ltd. [2007] (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2007/40.html>, (01.07.2020) davasında, Lordlar Kamarası, uyuşmazlığın tahkim anlaşması çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespitinde, mahkeme yargılamasının durdurulmasının İngiliz Tahkim Kanunu madde 9(4)'ün lafzı gereği zorunlu olduğuna hükmetmiştir. (Davanın İngiliz Ticaret Mahkemesinde görülmesi sırasında künyesi Fiona Trust & Holding Corp. v. Yuri Privalov şeklindeydi.) Kararda, Birleşik Krallık'ın, New York Konvansiyonunun tarafı olmasının getirdiği yükümlülüklerle değinilmiştir. Bu nedenle Birleşik Krallık'ın tahkim lehine tavrının ve tahkim mahkemelerine kendi yetkileri hakkında hükmetme hususunda öncelik verilmesinin önemi vurgulanmıştır. Hakemin yargılama yetkisi olduğu bir davada, hakem ihtilafı incelemekten alıkoşulur ve mahkeme nezdindeki yargılamaya ara verilmezse, bu, 1996 Kanununa hükümleri işlenen New York Konvansiyonundaki ticari tahkimlere ilişkin Birleşik Krallığın uluslararası yükümlülüklerinin ihlali gibi olur. Lordlar Kamarası ayrıca, 1996 Tahkim Kanunu uyarınca hakemlerin yetkileri hakkında karar verme noktasında kural olarak ilk yargılama makamı olmaya haklarının olduğunu; İngiliz Tahkim Kanunu'nun da genel olarak hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar vericiler olmalarını niyet ettiğini ifade etmiştir. Ancak tahkim anlaşmasının geçerliliği, varlığı ve kapsamı konusunda İngiliz mahkemelerine verilen inceleme yetkisinin genişliği, Kompetenz – Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün İngiltere tarafından ne derecede tanındığı noktasında belirsizliğe yol açmıştır. Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 266 vd; Süssler, UK, s. 446. XL Insurance davasında, gelenekselden ayrılan yeni bir bakış açısı geliştirilmiştir. Buna göre, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuku, geleneksel olarak İngiliz hukukunun kaynakları arasında yer almayan tahkim kararlarına da genişletmiş ve tahkim dostu bir anlayış sergilemiştir. Mahkeme kararında, kendi denetim yetkisi hakkında dar bir yorum benimsemiştir. Buna göre mahkemenin inceleme konuları; taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının mevcudiyeti, varlığı iddia edilen tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, hangi tahkim mahkemesinin geçerliliği hakkında karar vereceği ve mahkemenin değerlendirme yetkisinin nasıl tespit edileceği ile sınırlıdır. Süssler, UK, s. 427 vd.

e. ABD Tahkim Hukuku

ABD’de ulusal ve uluslararası tahkime 1925 yılında vaz’edilen Federal Tahkim Kanunu uygulanır⁷⁰. Kompetenz-Kompetenz ilkesine ilişkin açık bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Ancak taraflar yetkiye ilişkin itirazların hakem mahkemesince düzenleneceğini aralarında akdedecekleri bir sözleşmeyle düzenleyebilirler. Kanunun 3. maddesine göre, ABD mahkemesinde görülmekte olan bir yargılama esnasında, mahkeme tarafların arasındaki tahkim anlaşmasının, görülmekte olan uyuşmazlıkla bağlantılı olduğu hususunda tatmin olursa, talep üzerine yargılamaya ara vererek, uyuşmazlığı tahkime yönlendirir⁷¹. Yetkiye ilişkin uyuşmazlıklarda da, özellikle tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ya da geçersizliğine ilişkin itirazlar da bu kapsamda değerlendirilir. Mahkeme yetki itirazı sonucunda taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğuna kanaat getirirse Federal Tahkim Kanunu madde 3’e göre yargılamayı durdurup uyuşmazlığı tahkime yönlendirebilir. Ancak bunun için tarafların açık ve hiçbir yanlıştır anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde uyuşmazlığı tahkime götürme isteğinin tahkim anlaşmasında yer alması gerektiği mahkeme içtihatlarında belirtilmiştir. Mahkemenin denetimin kapsamı konusunda, Federal Tahkim Kanunu madde 201 atfıyla kanunun parçası haline gelen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin 10.06.1958 tarihli New York Konvansiyonu’nun kanunla birlikte değerlendirilmesi gerektiği için Konvansiyon madde 2(3)’ün dikkate alınması gerekir⁷². Konvansiyon madde 2(3)’ün lafzından mahkemenin yapacağı incelemenin ilk görünüş incelemesi olacağı anlaşılrsa da, ABD mahkeme içtihatlarında bu yaklaşımın her zaman kabul edilmediği; bazı kararlarda tam denetim bazılarında ise ilk görünüş incelemesi yapıldığı görülmektedir⁷³.

ABD mahkeme içtihatlarında ise, eğer tarafların hakemin kendi yetkisine karar verebileceğine ilişkin bir anlaşmaları yoksa, yargılamanın herhangi bir aşamasında

⁷⁰ Federal Arbitration Act 9 USC (1925), <https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>, (03.07.2020). Ozlem Süsler, “Closing the Gap: The Quest for Consistency in Compétence - Compétence in the U.S.”, *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2015, Vol. 19, s. 121 vd.. Kanunun kabulüyle mahkemelerin tahkime şüpheyile bakmalarının önüne geçilmek istenmiş, tahkim anlaşmalarının geçerliliği ve etkinliğinin artması, sözleşme serbestisinin korunması ve etkili alternatif uyuşmazlık çözüm sisteminin geliştirilmesi amaçlanmıştır. 1970’te New York Konvansiyonunun kabulüyle, kanunun tahkim dostu politikası daha da güçlenmiştir. Kanunda tahkimin geçerliliği açısından iki tip itiraz öngörülmüştür. Birincisi tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin; ikincisi ise taraflar arasındaki ana sözleşmenin geçerliliğine ilişkin itirazlardır. Kanun böylelikle tahkimin işlerliğini sağlayan ana ilkelerden olan ayrılabilirlik ilkesini kabul etmiştir.

⁷¹ Federal Arbitration Act 9 USC (1925), <https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>, (03.07.2020), Chapter 1. General Provisions / Section 3 Stay of proceedings where issue therein referable to arbitration. ABD içtihatlarında, “tahkim edilebilirlik” (tahkime elverişlilik) ile yetki ihtilafı birbirinden kesin olarak ayrılmış değildir. Tahkim edilebilirlik bir üst kavram olarak tahkim mahkemesinin yetkisine ilişkin meseleleri de içine alır. Bu durumda hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi de mahkeme içtihatlarında, “arbitrability” / “tahkim edilebilirlik” kavramı altında incelenmektedir. Taraflar uyuşmazlığın hakemlerce çözüleceği hususunda anlaşmamışlarsa, bu durumda hakemlerin kararı, mahkemece tahkim edilebilirlik kavramı altında değerlendirilecek ve yetki aşımı nedeniyle iptal edilecektir. Süsler, US, s. 124.

⁷² Federal Arbitration Act 9 USC (1925), <https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>, (03.07.2020), Süsler, Study, s. 177.

⁷³ Süsler, US, s.145.

mahkeme, hakem heyetinin yetkisi hakkında karar verebilmektedir⁷⁴. Dolayısıyla ABD mahkeme içtihatlarının Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisini kabul etmekten şu an için uzak olduğunu söylemek mümkündür.

B. Türkiye Yargı İçtihatlarında Kompetenz-Kompetenz İlkesinin Olumsuz Yönü

Kompetenz – Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisi, ilkenin olumlu etkisinin aksine çoğu ülkenin hukuk düzenlerinde ve mahkeme içtihatlarında kabul edilmiş değildir. Ülkelerin hukuki düzenlemeleri genel olarak birbirine benzer olsa da, mahkeme içtihatları birbirinden farklılık göstermektedir. Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisinin Türk hukukunda tanınıp tanınmadığı ve mahkeme içtihatlarındaki yansımalarının çeşitli olasılıklar göz önüne alınarak irdelenmesi gerekir.

1. Yerel Tahkimler

Yabancılık unsuru içermeyen yerel tahkimlerde HMK madde 422 uyarınca, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri ve mahkemenin, tahkim ilk itirazını belirli sebeplerle sınırlı olarak incelemesi kabul edilmiştir⁷⁵. HMK uluslararası tahkim hukukundaki gelişmelere ve UNCITRAL Model Kanuna uygun olarak hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi esasını benimsemiştir. HMK madde 413'e göre, *tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder*⁷⁶. HMK madde 413'de mahkemelerin tahkim ilk itirazının kabul edileceği sebepler sayılmış ve dolayısıyla mahkemenin sadece bu sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapabileceği kabul edilmiştir. Ancak tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz ya da uygulanmasının imkansız oluşu usuli nedenlere dayanabileceği gibi maddi nedenlere de dayanabilir⁷⁷. Bu durumda bu maddeden kanaatimce mahkemenin incelemesinin niteliği konusunda;

⁷⁴ ABD Yüksek Mahkemesi First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan kararında tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi için tarafların bu yönde bir anlaşmasının olması gerektiğini belirtmiştir. First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan, 514 U.S. 938, 939, U.S. S.Ct. 1995; Efe Direnisa, Functions of an Arbitration Agreement, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 4, S. 2, ss. 107-119, s.112. Bu açıdan ABD Mahkemeleri'ne göre tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi için tarafların bu yönde açık ve net iradelerinin olması gerekmektedir. Ancak söz konusu "açık ve net (clear and unmistakably) irade" kavramından ne anlaşılması gerektiği mahkemelerin farklı yorumlarda bulunmasına açıktır. Özellikle davanın tahkime elverişli olup olmadığı konusunda farklı yorumlar ortaya çıkabilmektedir. Konuyu ABD Yüksek Mahkemesi Henry Schein, Inc. v. Archer & White Sales, Inc. davasında tartışmıştır. Söz konusu davada, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına göre ihtiyati tedbir, marka, ticari sır ve fikri mülkiyete ilişkin meseleler tahkim yargılamasının dışında olacak şekilde, davalar Amerikan Arbitration Association (AAA) Kuralları çerçevesinde görülecektir. Viktoria Korynevych, "Revisiting Kompetenz-Kompetenz and Arbitrability in the U.S. Supreme Court: Vicious Circle of Delegation Clauses and Carve-out Provisions in Henry Schein Inc. v. Archer and White Sales Inc.", ed. Stavros Brekoulakis, Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Kluwer Law International; Sweet & Maxwell 2021, Volume 87, Issue 1, ss. 121-139, 124. Henry Schein, Inc. et al. v. Archer & White Sales, Inc., Supreme Court of the United States, No. 17-1272, 8 January 2019, Yearbook Commercial Arbitration 2019-Volume XLIV, ss. 933-935.

⁷⁵ Hakan Pekcanitez, "Tahkim İlk İtirazı", Makaleler, On İki Levha Yayıncılık 2016, 807; Çakrak, "Kompetenz – Kompetenz Prensibi", s. 662.

⁷⁶ Pekcanitez, "Tahkim İlk İtirazı", s. 820 vd.; Çakrak, "Kompetenz – Kompetenz Prensibi", s. 663.

⁷⁷ Pekcanitez, "Tahkim İlk İtirazı", s. 821 vd.

yani tam bir denetim mi yoksa ilk görünüş incelemesi mi olduğu hususunda bir açıklık yoktur. Mahkemelerin, hakemlerden önce hakemlerin yetkisine karar veremeyeceği hususunda ise HMK'da bir düzenlemeye rastlayamamaktayız. HMK madde 413 ile birlikte değerlendirildiğinde, mahkemenin tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz ya da uygulanmasının imkansız oluşu hakkında bir karar vermesi gerektiği, tahkim itirazının kabulü halinde davanın usulden reddine; tahkim itirazının reddi halinde ise davanın kabulüne karar verir⁷⁸.

2. MTK Kapsamındaki Tahkimler

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanı MTK m. 1 ve 2'de düzenlenmiştir. Buna göre MTK, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflar veya hakemlerin uyuşmazlığı MTK hükümlerine tabi tutmak hususunda anlaşmış olmaları halinde uygulanır⁷⁹. MTK madde 5'te tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi HMK'nın ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabi tutulmuştur. HMK madde 117 gereğince, ilk itirazlar en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir, aksi takdirde dinlenmezler; dolayısıyla esasa cevap süresi içerisinde bile olsa, cevap dilekçesinden sonra ileri sürülen tahkim itirazı dinlenmez. HMK madde 413'te de ilk itirazlar arasında sayılan tahkim itirazı, tahkim sözleşmesine rağmen, taraflardan birinin sözleşme kapsamındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi için devlet mahkemesine başvurması halinde, karşı tarafın buna karşı koyarak, tahkim sözleşmesinin mevcudiyetini ve davanın devlet mahkemesinde görülemeyeceğini ileri sürmesidir. İlk itirazların dava şartlarından sonra incelenmesi ve en geç ön inceleme aşamasında tamamlanması ve ilk itirazlar hakkında bir karar verilmesi şarttır. Mahkeme tahkim ilk itirazının kabulü halinde davanın usulden reddine karar verir⁸⁰. O halde HMK'da mahkeme, tahkim ilk itirazı üzerine ön inceleme aşamasında tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve mevcudiyeti hakkında karar vermek zorundadır. Dolayısıyla hakemlerin yetkisi hakkında bir muhakeme ve karar sürecinin mahkemeler tarafından yerine getirilmesinin gerekliliği kanun tarafından öngörülmüştür. O halde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme önceliğinin kanunda tanınmadığını söylemek yanlış olmaz.

Yabancı unsurlu ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim süreçlerinde, hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri karar, tahkim sonunda verilen karardan önce denetlenememektedir. MTK madde 15'te hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılacağı öngörülmüş ve iptal sebepleri arasında tahkim anlaşmasının Türk hukukuna göre geçersiz olması ve hakem ya da hakemlerin hukuka aykırı olarak yetkili ya da yetkisiz olduklarına karar vermeleri gösterilmiştir. Tahkim itirazının ilk itiraz olmasını MTK madde 15 ile birlikte değerlendirdiğimizde, hakemin yetkisine ilişkin kararın nihai kararlarla birlikte sadece iptal davasına konu olabilmesi,

⁷⁸ Murat Atalı - İbrahim Ermenek - Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları 2019, s. 734; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt II, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1258 vd.; Çakrak, "Kompetenz – Kompetenz Prensibi", s. 662.

⁷⁹ Cemal Şanlı - Emre Esen - İnci Ataman Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 652 vd.; Çelikel –Erdem, 2020, s. 818; Hatice Özdemir Kocasakal, "Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 343 vd.

⁸⁰ Atalı – Ermenek - Erdoğan, 2019, s. 327 vd.; Kuru, 2020, s. 1258 vd.

mahkemenin hakemlerden önce hakemin yetkisi hakkında karar veremeyeceği anlamına gelmemekte; hakemin bir ara kararla yetkili olduğuna verdiği karara karşı devlet mahkemeleri nezdinde hakem nihai kararından önce iptal davasına konu olamayacağı düzenlenmektedir. Böylelikle tahkim sürecinin baltalanması engellenmiş olmakla birlikte, maddenin hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verici olmalarını sağladığı şeklinde yorumlanmaya açık değildir.

3. MTK Kapsamında Olmayan Yabancı Unsurlu Tahkimler

MTK kapsamında olmayan yabancı unsurlu tahkimler bakımından, Türkiye'nin taraf olduğu iki milletlerarası andlaşmadan bahsetmemiz gerekir. İlki 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime ilişkin Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu, ikincisi 1959 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine dair New York Konvansiyonu'dur. New York Konvansiyonu madde 2(3)'te hakemin kendi yetkisine hükmetme salahiyeti bakımından bir önceliğe yer verildiği şeklinde açık bir ifade tarzının benimsenmemiştir. Bu şekilde açık bir ifadenin olmayışı ülkelerin mahkeme içtihatlarında farklı uygulamalara sebebiyet vermiştir⁸¹. Avrupa Konvansiyonu madde 6(3) hükmü hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verme salahiyeti hususunda, kanaatimizce, bir öncelik vermektedir⁸². O halde hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verme konusunda farklı ifadeler içeren ve ülkemizin taraf olduğu iki milletlerarası sözleşme nasıl yorumlanmalıdır? Burada her iki konvansiyonun uygulama alanlarının ve

⁸¹ Türk hukukunda Yargıtay 9. H.D. bir kararında "Davacı vekili, işveren tarafından sunulan ve fesih tarihinde düzenlenen iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokolün, davalı işverenin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiğini, Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20..maddesi uyarınca tahkim sözleşmesinin geçerli olmadığı itirazında bulunmuştur. Mahkemece davacı tarafın tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı itirazı üzerinde durulmamış, bu konuda davacının delilleri toplanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, geçersiz tahkim sözleşmesinin dayanılarak görevsizlik kararı verilemez. Bu nedenle, davacı tarafın bu iddiası üzerinde durulmalı, bu konuda kanıtlar toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenmeden, görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır." diyerek tahkim anlaşmasının varlığına rağmen devlet mahkemesinin söz konusu anlaşmanın geçerliliğine karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 9. HD., E. 2006/25759 K. 2007/109 T. 22.01.2007. Görüldüğü üzere Yargıtay söz konusu davada tahkim itirazının varlığı hâlinde, mahkemenin taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını incelemesi gerektiğini ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verirse, tahkim itirazını kabul ederek uyuşmazlığın tahkimde görülmesi gerektiğine karar vermek gerektiğini belirtmiştir. Hatice Özdemir Kocasakal, "Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 2017, ss. 511-533, s. 530. Bölge Adliye Mahkemesi de bir kararında "Mahkemece, taraflar arasında imzalanan taşıma sözleşmesinin 23. Maddesinde "Arbitrasyon gerekirse Londra da yapılacak ve İngiliz Hukuku Kuralları ana kanunlar olarak geçerli olacaktır" kaydı yer aldığını, tahkim şartının ayrılabirliği ilkesi nedeni ile tahkim şartının geçerli olup olmadığının asıl sözleşmede değerlendirilecek olup bu konuda karar verme yetkisinin Kompetenz-Kompetenz ilkesi uyarınca hakem heyetinde olduğu gerekçesiyle taraflar arasında tahkim anlaşması bulunduğu kabul edilerek mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir."..... Mahkemece yukarıda açıklanan hususlar uyarınca geçerli bir tahkim şartı nedeniyle dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine de isabetsizlik görülmemiş,davacı vekilinin hükme yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir." Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 12. HD., E. 2019/1503 K. 2019/1611 T. 19.12.2019.

⁸² Aynı yönde bkz: Yeşilova, 2008, s. 448; Süsler, Study, s. 97.

konularının iyi irdelenmesi gerekir. Avrupa Konvansiyonu konu bakımından hakem kararının tanınması ve tenfizinden önceki safhaya ilişkin hükümler içermektedir. New York Konvansiyonu yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hususuyla alakalı olmasına rağmen, Avrupa Konvansiyonu'ndakine benzer şekilde, New York Konvansiyonu madde 2(3)'te, *devlet mahkemesinin tahkim anlaşmasının hükümsüz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğunu tesbit etmedikçe hakeme sevkedeceğini* belirtmektedir. Burada hakeme sevketme hususunda mahkemenin takdir hakkı yoktur. Eğer mahkeme tahkim anlaşmasının hükümsüz, etkisiz ya da icra kabiliyetinden yoksun olduğunu tespit ederse, uyuşmazlığı hakeme tevdi etmek zorundadır. Bu da mahkemenin tahkim anlaşmasına bağlı olarak hakemin yetkisi hususunda bir değerlendirme yapmasını ve hakemin yetkisi hususunda bir karar vermesini zorunlu kılar.

Avrupa Konvansiyonunun uygulama alanını düzenleyen madde 1'e göre, tahkim anlaşmasının Avrupa Konvansiyonu kapsamında değerlendirilebilmesi için, tahkim anlaşmasının yapıldığı sırada tarafların mutad meskenlerinin veya yerleşim yerlerinin farklı âkit devletlerde bulunması ve uyuşmazlığın milletlerarası ticari işlerden doğması gerekir. O halde Avrupa Konvansiyonu tarafı olan farklı âkit devletlerde akdedilen milletlerarası ticari âkitler bakımından Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisinin dikkate alınması ve mahkemenin hakemden önce hakemin yetkisi hakkında karar vermemesi gerekir. Bu durumda, taraflar arasında tahkim anlaşmasının olduğu, ilk itiraz şeklinde mahkeme nezdinde ileri sürüldüğünde, mahkeme, bunu bekletici mesele yapmalı ve yargılamanın geciktirilmesinin önüne geçme amacıyla, kanaatimizce, hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi için makul bir süre vermelidir. Eğer taraflar arasındaki tahkim anlaşması New York Konvansiyonu kapsamında değerlendirilebiliyorsa, o halde Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisinden söz etmek mümkün olmamalı; mahkeme hakemden önce hakemlerin yetkisi hakkında karar verebilmelidir.

SONUÇ

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi, mahkemelerin hakemin yetkili olup olmadığına karar vermesine gerek bırakmamakla birlikte; hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin kararın kesin ve nihai olduğu; mahkemelerin hakemlerin yetkisi hakkında verilen kararlarla nihai olarak bağlı oldukları anlamını taşımamaktadır.

Kompetenz – Kompetenz ilkesinin hem olumlu hem de olumsuz yönü uluslararası tahkim hukukunu ayakta tutar niteliktedir. İlkenin olumsuz etkisi, mahkeme nezdinde tahkim anlaşmasına yönelik bir itiraza veya mahkeme nezdinde aynı uyuşmazlığa ilişkin devam eden bir yargılama sürecine rağmen, hakemlerin kendi yargılama yetkileri hakkında öncelikli olarak karar verebilmelerini sağlar.

Fransa taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin tahkim anlaşmasına ilişkin denetim yetkisi konusunda mahkemenin müdahalesini genel olarak tahkime ilişkin diğer meselelerde de olduğu gibi sınırlandırmış, tahkim sürecine mahkeme müdahalesini sadece tahkimin işleyişini desteklemek amacıyla sınırlı tutmuştur. İngiltere'de tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunda tam denetim fikri daha ağır basmaktadır. ABD'de mahkemenin denetim yetkisinin niteliği hususunda

istikrarlı bir uygulama olmamakla birlikte, tam denetim fikri ağır basmaktadır. Genel olarak, ABD’de ve İngiltere’de ilk görünüş incelemesi lehine yeni kararlar olmakla birlikte, her iki ülke mahkemeleri de, Fransa uygulamasının tersine, tam denetimden vazgeçmemişlerdir. İsviçre ise, İsviçre merkezli tahkimler ve İsviçre merkezli olmayan tahkimler açısından bir ayırım yapmakta; birinci gruptakiler için ilk görünüş değerlendirmesi yaparken; ikinci gruptakiler için tam denetim yapmaktadır. İlkenin olumsuz yönünün ise İsviçre’de sadece birinci grup tahkim süreçleri açısından kabul edildiğini söyleyebiliriz.

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında “ilk” sözü söylemeleri mahkemenin tahkime müdahalesini en aza indirgeyecek önemli tedbirlerden biridir. Ancak kendi içinde önemli bir sorunsalı da barındırmaktadır. Mahkemenin ilk görünüş incelemesiyle hakeme tevdi ettiği bir uyuşmazlık hakkında hakem/ler, ya kendilerinin yetkili olduğuna ya da yetkisiz olduğuna karar verebilir. Yetkili olduğuna karar verirse bu, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisini destekleyici bir durumdur. Ancak hakem/lerin kendisini yetkisiz görmesi durumunda, kendisini yetkisiz gören hakem ya da hakemlerin kendi yetkileri hakkında yetkisizlik kararı vermiş olacaktır. Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisinin kabul edilmesinde en önemli etken, devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesinin en aza indirgenmesidir. Hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verme önceliğinin tanınmasının bir nedeni de, tarafların uyuşmazlığın çözümüne ilişkin süreci geciktirme taktiklerini engellemektir.

Türk hukukunda, tahkim kararlarının tabi olduğu hukuki rejime göre bir inceleme yapıldığında, HMK’ya tabi yerel tahkim kararları ve MTK’ya tabi tahkim kararları bakımından hakemlere öncelik verilmesine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Tanıma ve tenfize tabi yabancı tahkim kararları açısından ise, tabi oldukları rejim bakımından bir ayrıma gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Eğer New York Konvansiyonuna tabi bir tahkim kararı söz konusuysa hakemlere bir öncelik verildiğinden bahsetmek kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Ancak tahkim kararı, Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu çerçevesinde verilmiş ise, o halde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkileri bakımından önceliğe sahip olduklarını söyleyebiliriz.

Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün tahkim hukukunda tanınıp tanınmaması noktasında en çok ileri sürülen gerekçelerden biri usul ekonomisine ilişkindir. Buna göre yargılama masraflarının en aza indirgenmesi amacıyla, hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verici olmaları sağlanmalıdır. Bu nedenle mahkeme ilk görünüş incelemesiyle yetinmelidir. Halbuki, ilk görünüş incelemesiyle, sonrasında haksız olduğu anlaşılan hakemin yetkili olduğuna ilişkin bir mahkeme kararı yargılama sürecini daha da uzatacaktır. Bunun karşısında mahkemelere tam denetim yetkisi verilmesi de, tahkim sürecini mahkemenin insafına bırakmak anlamına gelecektir. Kanaatimizce hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verici olmalarının temin edilmesi ve bir yandan da usul ekonomisi değil; adaletin tecelli etmesi amaçlanmalıdır. Bu nedenle, mevzuatta, mahkemenin, tahkim itirazında, taraflara, hakem heyetinin yetkisi hakkında karar vermesi için bir süre vermesine ilişkin bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Ahrendt, Achim, *Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren*, Tübingen, Mohr, 1996.
- Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Anakuran, Sai - Raval, Niyati "The Negative Affect of Negative Effect of Kompetenz-Kompetenz on International Arbitration: Notes from the Devas v. Antrix Saga", *Kluwer Blog*, 9 June 2020, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/09/the-negative-affect-of-negative-effect-of-kompetenz-kompetenz-on-internationalarbitration-notes-from-the-devas-v-antrix-saga/>> (03.10.2020).
- Atalı, Murat - Ermenek, İbrahim - Erdoğan, Ersin, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları 2019.
- Bachand, Frederic "Does Article 8 of the Model Law Call for Prima Facie or Full Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?", 2006, Vol. 22, Issue 3 *Arbitration International* 463-476, s. 463.
- Barcelo, John James, *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect—A Comparative View*, (September 11, 2017). Cornell Legal Studies Research Paper No. 17-40, <https://ssrn.com/abstract=3035485>, (03.03.2020), ss. 1-36.
- Berger, Bernhard, "Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels", *ASA Bulletin*, (Kluwer Law International 2011, Volume 29 Issue 1, ss. 33 – 44.
- Berger, Bernhard, "Negative effect of competence-competence revisited. Note on 4A_560/2013, Judgment of 30 June 2014" *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage; *Kluwer Law International*, 2014, Volume 32 Issue 3 ss. 539 – 542.
- Bermann, George A., "The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, Issue 1, 2011, ss.1-50.
- Blackaby, Nigel - Partasides, Constantine - Redfern, Alan - Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. edn, Oxford University Press, 2015.
- Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2. edn, Kluwer Law International, 2014.
- Brekoulakis, Stavros "The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict Has to be Negative", *Austrian Arbitration Yearbook*, 2009, ss. 238-258
- Cook, Ashley, "Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches and a Proposal for a Limited Form of Negative Kompetenz-Kompetenz", *Pepperdine Law Review*, Volume 2014, Issue 1, 2014, ss. 17-34.
- Çakrak, Recep, "Kompetenz – Kompetenz Prensibi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:8, Sayı:31, Temmuz 2017, ss. 659-668.
- Çelikel, Aysel - Erdem, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Direnisa, Efe "Functions of an Arbitration Agreement", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 4, S. 2, ss. 107-119, s. 112.

Erdem, H. Ercüment, “İsviçre Federal Mahkemesi Çok Aşamalı Tahkim Şartına Uyulmaması Nedeniyle Tahkim Sürecinin Durdurulmasına Karar Verdi” <erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/isvicre-federal-mahkemesi-cok-asamali-tahkim-sartina-uyulmamasini-nedeniyle-tahkim-surecinin-durdurulmasına-karar-verdi-/>, (12.06.2020).

Erk Kubat, Nadja, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, 2014, Vol. 30, ss. 25-70.

Erkan, Mustafa, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, ss. 535-562.

Esen, Emre, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2011, ss. 355-380.

Fouchard, Philippe – Gaillard, Emmanuel - Goldman, Bertold, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

Gaillard, Emmanuel - Banifatemi, Yas, “Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators / Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards”, *The New York Convention in Practice*, E. Gaillard and D. Di Pietro eds., 2008.

Gaillard, Emmanuel, “France Adopts New Law On Arbitration”, Vol. 245, No: 15, 24.01.2011, *New York Law Journal* <www.nylj.com>, (17.06.2020)

Hascher, Dominique T. “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961”, *Commentary*, *Yearbook Commercial Arbitration*, 2011, Vol. XXXVI, https://www.arbitrationicca.org/media/1/13534204360520/hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf, (20.03.2020).

Korynevych, Viktoria “Revisiting Kompetenz-Kompetenz and Arbitrability in the U.S. Supreme Court: Vicious Circle of Delegation Clauses and Carve-out Provisions in *Henry Schein Inc. v. Archer and White Sales Inc.*”, ed. Stavros Brekoulakis, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Kluwer Law International; Sweet & Maxwell, 2021, Vol. 87, Issue 1, ss. 121-139.

Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt II, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Nomer, Ergin - Ekşi, Nuray – Öztekin - Gelgel, Günseli, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. 1, 5. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2016.

Özdemir Kocasakal, Hatice, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, ss. 343 – 369.

Özdemir Kocasakal, Hatice, “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 2017, ss. 511-533.

Park, William W., "Determining An Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law", *Newada Law Journal*, Vol: 8, Issue 1, 2007.

Pekcanitez Hakan - Yeşilirmak, Ali, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt III, On İki Levha 15. edn, 2017.

Pekcanitez, Hakan, "Tahkim İlk İtirazı", *Makaleler*, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Sarıöz Büyükalp, İpek, "Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, ss. 2015-2061.

Sarıöz Büyükalp, İpek, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları" (2014) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 205-206.

Sarıöz Büyükalp, İpek, "Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, ss. 2015-2061.

Stojiljkovic, Mladen, "Arbitral Jurisdiction and Court Review, Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider", *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, *Kluwer Law International* 2016, Volume 34, Issue 4, ss. 897-913.

Süsler, Ozlem, "Arbitral Jurisdiction in France", *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2012, Vol: 16(2), ss. 1-24. (France).

Süsler, Ozlem, "Closing the Gap: The Quest for Consistency in Competence-Competence in the U.S.", 2015, ss. 121-146. (US).

Süsler, Ozlem, *Jurisdiction of Arbitration Tribunals: A Comparative Study*, <https://www.international-arbitration-attorney.com/wpcontent/uploads/arbitration-lawMasterVersion.pdf>, (03.02.2020) (Study).

Süsler, Ozlem, *The English Approach to Compétence Compétence*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2013, Volume 13, Issue 3, ss. 427-452, <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=dr lj>, (20.06.2020) (UK).

Şanlı, Cemal – Esen, Emre - Ataman-Figanmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

Synkova, Sandra, *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, Springer Verlag, Zürich, 2013.

Taşkın, Âlim, "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi", Prof Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1999, ss. 169-183.

Tekin, Selin Ece, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esasan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Walter, Gerhard - Domej, Tanja, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz: Ein Lehrbuch*, 5. neu bearbeitete Fassung, Haupt Verlag, Bern, 2012.

Yeşilirmak, Ali, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Yeşilova, Bilgehan, "Tahkim İlk İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisi ile İlgili olarak- Mahkemelerin Yapacakları Denetim ve Sonuçları", s. 742, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, ss. 739-818.

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

Yılmaz, Ejder, "Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler", Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, ss. 13-24.

İnternet Kaynakları:

<http://www.kgmaddeadalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, (27.02.2020).

<https://www.tbmmaddegov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c067/tbmm21067122ss0712.pdf>, (27.02.2020).