

HAKEMLERİN TERAZİSİ & DEVLETİN KILICI: DEVLET YARGISININ ULUSLARARASI TİCARETİN ÖZNELERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİNİN MİKROEKONOMİK YAPISI

Yasin Uğur DİNÇ*

Öz

Tahkim sürecinin, kararların gereğinin görülmesini de kapsayacak bir şekilde, kamusal otoritelerin cebir tekeline dayanan olanaklarına ihtiyaç kalmadan kendi kendine işleyişi, devletin sağladığı sosyal kontrolün rolünü yeniden sorgulamaktadır. Bu çalışmada özel sosyal kontrol sisteminin devletten bağımsızca yürüyormuş izlenimi uyandırmasına sebep olan “tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışı”nın oluşumunda devletlerin hukuk sistemlerinin tahkim kararlarının icrasına verdiği desteğin rolü çeşitli somut veriler ışığında değerlendirilmektedir. Yapılan incelemelerde esas soru, farklı devletlerin tahkim anlayışları içerisinde tahkimin ne ölçüde yaşama alanı bulabildiği; bu kapsamda, tahkimin yukarıda bahsedilen başarısının içerisinde devlet yargısının payının niceliğinin ne olduğudur. Aynı zamanda özel sosyal kontrol sistemlerinin devletten bağımsız olarak gerçekleştirdikleri yaptırımların etkililiği de ele alınmıştır. Uluslararası ticaretin öznelere stratejik davranışlarında, devletlerin tahkim kararlarına karşı aldıkları tavrın belirleyiciliğinin son derece yüksek olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

* Lisans Öğrencisi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
| Undergraduate Student. Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye.

✉ yasinugurdinc@gmail.com • ORCID 0009-0007-8170-3259

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: DİNÇ, Yasin Uğur: “Hakemlerin Terazisi&Devletin Kılıcı: Devlet Yargısının Uluslararası Ticaretin Öznelere Üzerindeki Etkisinin Mikroekonomik Yapısı”, SÜHFD, C. 32, S. 2, 2024, s. 1097-1156.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

- Uluslararası ticari tahkim • Uluslararası ticaret örgütleri • Sosyo-ekonomik yaptırımlar • Mikroekonomik analiz • Hukuki yorum

SCALES OF THE ARBITRATORS & SWORD OF THE STATE: MICROECONOMIC STRUCTURE OF STATE JUDICIARY'S IMPACT ON THE SUBJECTS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

Abstract

The self-reliance of the arbitration process, including the fulfillment of the decisions, challenges the role of state-provided social control. This study evaluates the role of state legal systems' support for the enforcement of arbitral awards, in the formation of "voluntary compliance behavior" that -at first glance- gives the impression of functioning independently of the state, using various concrete data. The fundamental question has been the extent to which arbitration can find a space within the arbitration understandings of different states; in this context, the evaluation of the quantity of the contribution of state judiciary in the success of arbitration mentioned above. The effectiveness of sanctions imposed independently by private social control systems is also considered. The stance taken by states towards arbitral decisions is a key determinative factor in the strategic behaviors of the subjects of international trade.

Keywords

- International commercial arbitration • International trade organizations • Socio-economic sanctions • Microeconomic analysis • Legal interpretation

GİRİŞ

Antisiteden beri kamusal ve özel sosyal kontrol sistemleri bir arada yaşamıştır. Devletin yanı sıra aileler, aşiretler, loncalar, cemaatler ve daha pek çok toplumsal birim, bünyesinde barındırdığı güven ilişkilerinin sağlıklı yürümesi için kendine has bir sosyal kontrol mekanizmasına sahip olagelmiştir.¹

¹ Sosyal kontrol, Oxford Bibliyografisi'nde şöyle tanımlanmıştır: "Sosyal kontrol, toplumun sosyal düzen ve uyumu sağlamak için kullandığı çeşitli baskı yöntemlerinden ibaret olan mekanizmaları araştırır. Bu mekanizmalar toplumdaki bireyler için standart bir davranış kalıbı oluşturur ve bunu utandırma, cebir, güç, kısıtlama ve ikna gibi yollarla icra eder. Sosyal kontrol, aileden akranelara, oradan işyeri, okul,

Günümüzde uluslararası ticaret ilişkileri, ulus devletlerin ve uluslararası ticaret örgütlerinin sağladığı sosyal kontrol mekanizmalarının kesişimi altında bulundurmaktadır. Ticaret örgütlerinin bu kontrolü sağlamasında, bünyelerinde gerçekleştirilen başta tahkim olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve bu çözüm yollarına uymayanlara uygulanan başta kara listeye almak olmak üzere çeşitli sosyo-ekonomik yaptırımlar önemli bir yer tutmaktadır.

Özellikle 1958 New York Sözleşmesi² rejimi içerisinde uluslararası ticarete kamusal ve özel sosyal kontrol sistemi -kesişmenin ötesinde- iç içe geçmiş durumdadır; tipik bir uluslararası ticari uyuşmazlığın çözüm ayağını tahkim, bu çözümün cebren icrasını devlet sağlayabilmektedir. Uyuşmazlığın sebep olduğu sosyal zarar da esas olarak bu iki aşamanın gerçekleşmesiyle giderilebilir gibi gözükmektedir. Fakat tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışının yaygınlaştığı, bu yaygınlaşmanın da tacirler arası toplumdaki itibarın zedelenmemesi saiki ve ticaret örgütlerinin sosyo-ekonomik müeyyidelerinin caydırıcılığına bağlanabileceği bir ortamda, tahkim yargılamasına kararın icrasında katılmak durumunda olan devletin, uluslararası ticaretin sosyal kontrolündeki yerinin çok azaldığı çıkarımı yapılabilir zira böylesi bir ortamda tahkimin yetkilendirilmesi, heyetin teşekkülü, yargılama süreci ve nihayet karara uyulması gibi yargı erkinin cebre dayanan kontrolü altında olması beklenen tüm basamaklar hep gönüllülük esasınca ve yargı erkinin nüfuz alanının dışında cereyan etmektedir. Bu durum, büyük maliyetler ödenerek ve risklere katlanılarak inşa edilen devlet organizasyonunun altında vazgeçilmez ve yeri doldurulamaz olmadığı, işte tahkim ve tahkim kararlarına gönüllü uyulması özelinde görüldüğü gibi özel hukuk kişilerinin devlet olmadan sosyal kontrolü çok daha az sosyal maliyet ve riskle sağlıklı bir şekilde tesis edebildiği gibi düşünceleri akla getirmektedir. Zira dışarıdan bakıldığında, devletin önce yargı sonra da (cebrî icra niteliğinde olmasa da) kararların uygulanmasını sağlama fonksiyonu özel sosyal kontrol sistemine geçiyor izlenimi uyanmaktadır.

dini yapılar ve devlet gibi organizasyonlara kadar, hem bireyler hem de kurumlar tarafından uygulanabilir. Kaynağından bağımsız olarak sosyal kontrolün amacı kurallar ve yasalar aracılığıyla uyumu sağlamaktır." Jason Carmichael, "Social Control", Oxford Bibliographies in Sociology, 2012, <<https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199756384/obo-9780199756384-0048.xml>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

² 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Gelgelelim tahkim kararlarına gönüllü uyulması,

a. Ticari ilişkilerin sürdürülebilirliğinin sağlanmasının ekonomik faydası ve tahkimin görüldüğü ticaret örgütlerinin sosyo-ekonomik müeyyidelerinin caydırıcılığıyla³ -açıklanabileceği gibi-

b. Tahkim kararlarının devlet yargısınca tanınacak ve icra edilecek olmasının caydırıcılığıyla -da, veya daha bütüncül bir ifadeyle-

c. a şıkkındaki sosyo-ekonomik ve b şıkkındaki hukuki yaptırımların müşterek etkisiyle

açıklanabilir. Bu şıkların teorik düzeyde arz ettikleri farklılıkların yanı sıra pratikte de şöyle bir farklılık göstermeleri beklenmelidir: eğer tahkim kararlarının gücünün esas kaynağı; ticaret örgütlerinin sosyo-ekonomik yaptırımları ise, kararların tahkim kararlarına kendi ülkesinde hukuki güç verme konusunda çekimser davranan ülkelerde de gücünü ortaya koyabiliyor olması gerekir; hukuki yaptırımlar ise, ülkelerin tahkim kararlarının icrasına verdikleri destek ile kararların gücü doğru orantılı olmalıdır; yani, tahkim kararlarından cebrî icra desteğini esirgeyen ülkelerde kararlar kendi kendine uygulanma gücünü de yitirmelidir, çünkü devletlerin, tahkim kararlarının cebren icrasına verdikleri destek iki yönlü etki yaratacaktır:

A. Doğrudan etki: Tahkime hasmane tavır, tanım gereği, kararın devlet eliyle cebren icra edilmemesiyle sonuçlanacak, tahkime taraftar tavır da aynı şekilde kararın icra edilmesi ve uygulanmış olmasını beraberinde getirecektir. Böylece devletin tavrı, spesifik bir kararın uygulanması veya uygulanmaması olgusunu doğrudan doğruya doğurur.

B. Dolaylı etki: İçinde bulunduğu devletin, kendisi aleyhinde verilmiş tahkim kararlarını cebren icra etmeyeceğine güvenen ve kendi taraf olduğu bir tahkim yargılamasını kaybeden diğer kişiler, kararı gönüllü ifa etmekten kaçınacaktır; çünkü zaten cebren icra edilmeme ihtimali vardır. Tam tersi olduğunda ise, bir gün cebren icra edileceğinin caydırıcılığıyla karar gönüllü olarak ifa edilebilecektir. Dolayısıyla tenfiz desteğinin esirgenmesi, hem o spesifik da-

³ Bu yönde bir açıklama için bk.: **BERNSTEIN**, Lisa: "Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions", Michigan Law Review, C.99, 2001, s. 1737.

vada hem de genel olarak o ülkede malvarlığı olan tacirler nezdinde kararlara gönüllü uymama davranışını cazip kılarak dolaylı yoldan onların uygulanmaması sonucuna sebebiyet verir.

Eğer cebrî icra desteği eksildiğinde -dolaylı etki de eksileceği için- gönüllü ifa davranışında düşüş gözlemlenirse, sosyo-ekonomik müeyyidelerin tenfiz desteğinden mahrum tahkim kararlarını yaptırma bağlamak hususunda zaafiyete düştükleri ve bu durumun özel sosyal kontrol mekanizmasının -en azından günümüzde- kamusal sosyal kontrol sisteminden müstakil ve müstağni olmadığını gösterecektir⁴.

Devletlerin cebren icrasının dolaylı etkisi ile ticaret örgütlerinin sosyo-ekonomik müeyyidelerinin tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışını üzerindeki belirleyiciliği, birbirlerine ne kadar bağımlı ve bir diğerinden ne kadar bağımsız oldukları ampirik veriler üzerinden sorgulanabilir: Tahkim kurumlarının, verdikleri kararları uygulamayan kişileri yayınladıkları kara listelerdeki tacirlerin belirli ülkelerde kümelenişi, o ülkenin hukukunun tahkim kararlarına cebren icra desteğinin azlığına ilişkin bir tespitle eşleştirilebilirse, tahkime taraftar tutumların dolaylı etkisinin yokluğu halinde gönüllü uyma davranışının yokluğu tespitine, bu sebeple gerçek sebebin cebren icra desteği olduğu sonucuna ulaştırabilir. Fakat bazı ülkelerden tahkim kurumunun yargılamasında taraf olan kişilerin çok, bazı ülkelerden ise az olması olgusu, kara listeye girme sayılarının bu etkiden arındırılmasını gerekli kılmaktadır. Hem kara listesi, hem de tahkime taraf olan kişilerin geldiği ülkeler istatistiğini kamuya açık olarak internet sitesinde yayınlayan Uluslararası Pamuk Birliği'nin (ICA) verileri bu bakımdan değerlendirmeye müsait niteliktedir.

Çalışmamızda ICA verilerinden yola çıkarak, hangi ülkelerden kara listeye en çok giriş yapıldığını ülkelerin ICA tahkimine taraf olma durumundan arındırılmış olarak tespit ettikten sonra, bu tespitimizi tahkim alanında gerçekleştirilen anketlerden elde edilen verilerle birleştireceğiz. Ardından, tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışının nispeten az olduğu ülkelerin hukuk sistemlerinde tahkim kararlarının icrasına engel olan unsurlara değinerek, devlet yargısının bilhassa icra aşamasında oynadığı kritik rolün; önceki bölümlerde ampirik veriler üze-

⁴ Tahkimin "müstakil ve müstağni" niteliğine devlet yargısının engel olduğu yönünde bir değerlendirme: ZEKOS, Georgios I., International Commercial and Marine Arbitration, Oxon 2008, s.12.

rinden izlediğimiz tahkim kararlarına gönüllü uyma olgusunun oluşumundaki önemine temas edeceğiz.

Çalışma, bir yandan uluslararası ticaretin öznelinin belirli bir davranış kalıbını incelerken bir yandan da devlet yargısının icra gücünden yani cebrî nitelikteki kamusal müeyyidelerden mahrum kaldığında ticaret örgütlerinin sosyal kontrol gücünün nelerle sınırlı olacağı gibi teorik bir soruya da cevap aramaktadır. Aslında bu “mahrum kalma”, ele aldığımız tüm devletler 1958 New York Sözleşmesi’ne taraf olduklarından mutlak anlamda bir mahrum kalma değil, Sözleşme’nin tahkim kararlarının uygulanmayabileceği şartlar bakımından devletlere verdiği takdir yetkisinin kullanımına yön veren bakış açısından kaynaklanan bir destek noksanıdır. Sözleşme hükümleri gereğince devletlerin yabancı tahkim kararlarını tanıma-tenfiz etme yönündeki yükümlülükleri, tanıma-tenfizin reddi ve iptal kararı olanaklarıyla dengelenmiş olduğundan, farklı devlet yargılarının her somut olayda bu dengeyi hangi uca yakın yorumladığı, tahkim kararlarına devletlerin temsil ettiği kamusal sosyal kontrol sisteminin bağlantı noktasını oluşturmaktadır. Farklı devlet yargılarında tanıma-tenfiz talebinin reddi ve iptal gerekçeleri, farklı bakış açılarıyla değerlendirilmiş ve bu durum tahkim kararlarının icrasına farklı kuvvetlerde desteğin verilmesiyle sonuçlanmıştır. Biz bu farklılaşan kuvvetteki desteği, ülkelerin özellikle içtihatlarından takip ederek, ICA ve anket verilerinden elde ettiğimiz sonuçları değerlendirmek amacıyla kullandık; desteğin düştüğü ülkelerde gönüllü uyma davranışının da istikrarlı bir şekile düştüğünü gözlemledik.

Sabit tutulan (Kontrollü) değişken	Bağımsız değişken	Bağımlı değişken	Bağımlı değişken veri tabanı	Bağımsız değişken veri tabanı
Tanıma-tenfiz/İptal davası	Ülkelerin hukuk sistemleri	Tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışı	Kara liste	Yerleşik içtihatlar ve mevzuat

I. PAMUK EKONOMİSİ, TAHKİMİ VE ICA VERİLERİ

PAMUK TARIMI

Donsuz geçen uzun bir evreye, yüksek sıcaklığa ve bol güneş ışığına ihtiyaç duyan bir bitki olan pamuğun aktif büyüme zamanı sıcak-

lıklığın 21-37 derece olması, olgunlaşma (yaz) ve hasat (sonbahar) zamanı yağış olmaması gerekir⁵. Bu iklim gereksinimleri pamuk üretiminin Güneydoğu Asya, İndus Vadisi, Akdeniz ve Kuzey Amerika'da bazı bölgelere hasrolmasına sebep olmuştur⁶.

PAMUK SANAYİ⁷

Hasat edildiğinde çekirdek, yaprak ve liften oluşan kütlü pamuk, çırçırılarak ham pamuk elde edilir. Ham pamuk uluslararası pamuk ticaretinin %30'unu kapsamaktadır.

Ham pamuktan, farklı kullanım amaçlarına yönelik olarak çeşitli özelliklerde kumaş ve iplik üretilir. Bu üretim İngilizce'de "mill" adı verilen bez ve iplik fabrikalarında yapılır. Ticaretin %70'i pamuğun bu haliyle gerçekleşir. Dokuma sanayisine ev sahipliği yapan ülkelerde yerli veya ithal pamuktan çeşitli tekstil ürünleri üretilir. Böylece pamuk ticaretinin son durağı, dokuma sanayisine giriş kapısı olmuş olur. Yakın geçmişte üretimin, düşük maliyetli Güneydoğu Asya ülkelerine kayması olgusunun bir parçası olarak dokuma sanayisinin de önemli ihracatçılarının buradan çıktığı söylenebilir. Bu yüzden bu ülkelerin, pamuk ithalataında da önemli bir yer aldığı görülmektedir.

PAMUK TİCARETİ

Gerek ham pamuğu, gerekse bez ve iplik gibi ara mamulleri büyük emtia tacirleri ithalatçı ülkelerden satın alıp dokuma sanayisinin talebine arz etmektedir. Tarihte, sanayi devriminin Avrupa'da ortaya çıkması, dokuma sanayisinin de burada gelişmesi Avrupalı emtia tacirlerinin önünü açmıştır. Bugünse güçlü finans, hukuki öngörülebilirlik, vergi kolaylıkları gibi işletme dostu hususlar dünya piyasasındaki büyük emtia taciri şirketler için Batı Avrupa, Kuzey Amerika, Singapur ve Hong Kong'u cazip kılmaktadır.

⁵ Wikifarmer Editorial Team, "Cotton Growing Conditions" <<https://wikifarmer.com/cotton-growing-conditions/>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

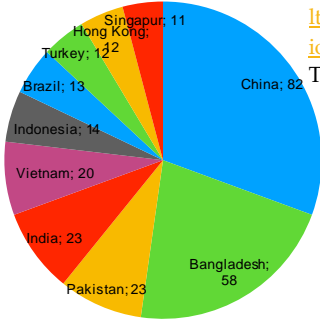
⁶ MONFREDA, Chad/RAMANKUTTY Navin/FOLEY Jonathan A.: "Farming the planet: 2. Geographic distribution of crop areas, yields, physiological types, and net primary production in the year 2000", Global Biogeochemical Cycles, C.22, 2008, GB1022.

⁷ OEC (The Observatory of Economic Complexity, MIT), 'Cotton' <<https://oec.world/en/profile/hs/cotton>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Böylece uluslararası pamuk ticaretinin -ve dolayısıyla tahkiminin- üç temel öznesi ortaya çıkmış olmaktadır: pamuk üreticisi, emtia taciri ve dokuma sanayii işletmecisi.

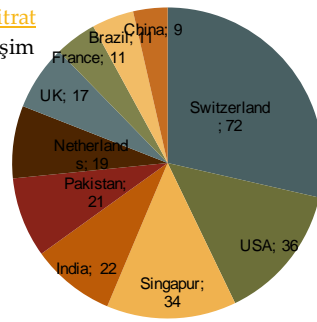
ICA'DA TAHKİME TARAF OLARAK EN SIK KARŞILAŞILAN ÜLKELER İSTATİSTİĞİ

Davalıların en sık çıktığı 10 ülke (2018-2022)



Kaynak:ICA<<https://ica-ltd.org/arbitration/arbitration-statistics/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Davacıların en sık çıktığı 10 ülke (2018-2022)



Pamuk tarımı, sanayisi ve ticaretine ilişkin bilgilerle ICA istatistiği beraber ele alındığında, ülkelerin pamuk tahkimiyile arasındaki ilişkinin;

- bir kısmı için (Çin, Bangladeş, Pakistan, Hindistan, Vietnam, Endonezya, Brezilya, Türkiye, ABD) ithalatçı veya ihracatçı ülke olmak
- diğer bir kısmı için ise (İsviçre, ABD, Singapur, Hollanda, Birleşik Krallık, Fransa, Hong Kong) emtia ticaretiyle uğraşan şirketlerin merkezine ev sahipliği etmek

hasebiyle kurulduğu genellemesi yapılabilir.

Göze çapran bir diğer husus, büyük çoğunlukla davacı tarafı emtia tacirlerinin, davalı tarafı ise ithalatçı/ihracatçı ülkelerin teşkil ettiğiidir.

Girişte izah edildiği üzere ülkesel bazda taraf olma sayısı verisi, kara liste verisini anlamlı bir zemine oturtmak için hayati önem taşımaktadır. Ülkelerin uyruklarının taraf olma sıklıkları bilinmeden, olsa olsa, ticaretteki paylarına göre kara listeye girme sıklıkları anlamlı bir mukayeseye tabi tutulabilirdi. Fakat emtia ticaretinde şirket ve ülkelerin market payları kamuya açık bilgi kaynaklarında detaylı bir şekilde yer al-

madığından bu kıyaslama ancak ithalatçı ve ihracatçı ülkeler arasında yapılabilirdi.

ICA KARA LİSTESİ (LIST OF UNFULFILLED ARBITRAL AWARDS)

ICA kara listesi, ICA tarafından verilen kurumsal tahkim kararlarının uygulanmaması ve tarafların karar sonrasında herhangi bir uzlaşmaya da varamamaları halinde uygulanan bir sosyo-ekonomik müeyyidedir. Kara listeye girişı yapılmış bir durum şu 3 halden birine işaret edebilir:

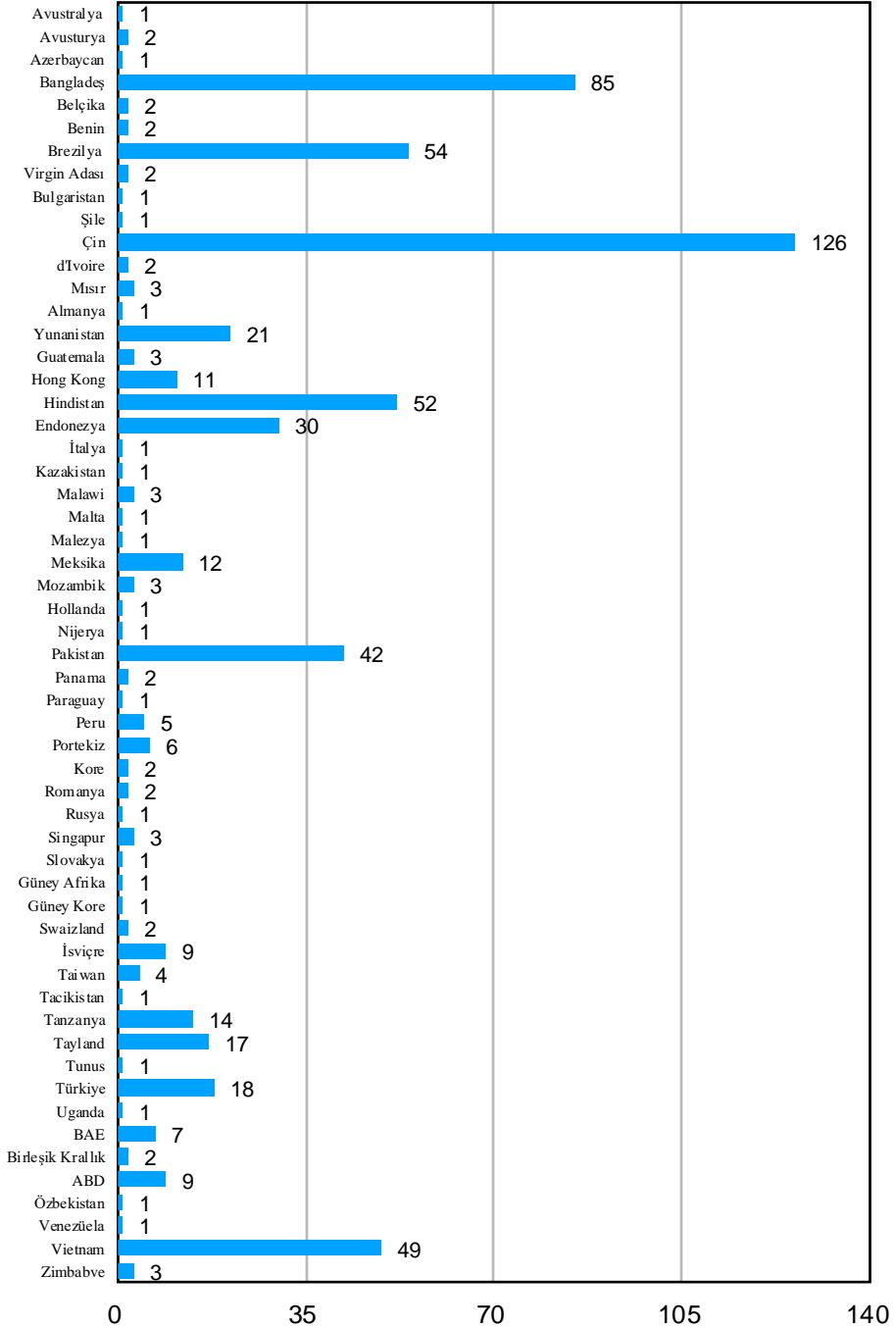
- a. Karara gönüllü olarak uyulmamıştır, kararın lehtarını tenfiz sürecine başvurmamıştır
- b. Karara gönüllü olarak uyulmamıştır, tenfiz talebi reddedilmiştir
- c. Karara gönüllü olarak uyulmamıştır, tenfiz talebi kabul edilse de cebrî icra başarılı olmamıştır⁸

Aşağıda önce ICA kara listesine yapılan girişlerin ülkesel bazda sayıları, sonra da dairesel grafikte yüzdelik oranları gösterilmiştir.

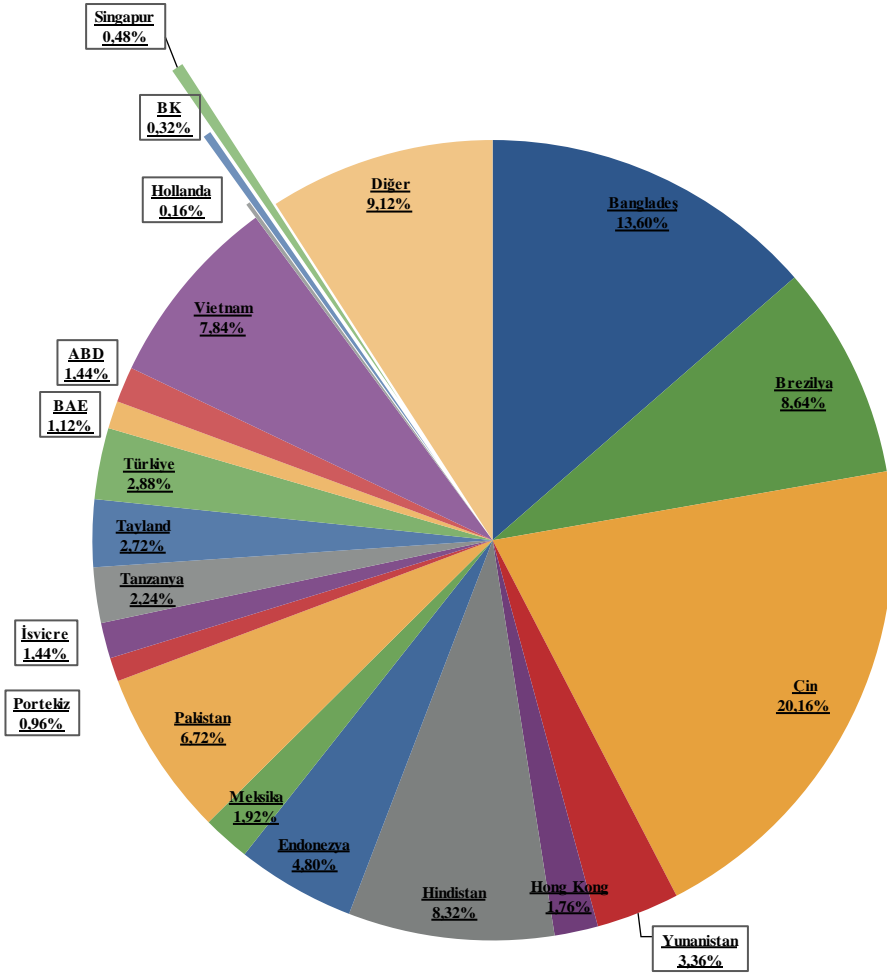
⁸ Bu ihtimalin önemi ile önemine rağmen çalışmamızda göz ardı edilmiş olması hakkında bk.: bu çalışma, bölüm 2.B ve dipnot 10 ile 59. Kara listeye giriş usulü hakkında detaylı bilgi için bk. <<https://ica-ltd.org/arbitration/arbitration-process/>>, ICA tahkimi ve yaptırımları için en geniş bilgi (ICA Bylaws&Rules): <<https://ica-ltd.org/safe-trading/bylaws-rules/>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Kaynak: ICA <<https://ica-ltd.org/safe-trading/list-of-unfulfilled-awards/>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

ICA uygulanmayan tahkim kararları listesi, kaybeden tarafın ülkesine göre.



ICA kara listesinin ÷lkesel bazda y÷zdelik grafiđi



Tahkime taraf olma durumlarından arındırılmış olarak tahkim kararlarının ÷lkelere göre uygulanabilirliği

Vietnam: 20/7.8=	2.56	Hong Kong: 12/1.76=	6.81(bk.dipnot 10)
Brezilya:24/8.6=	2.79	Hollanda: 19/0.16=	>10
Endonezya: 14/4.8=	2.91	Birleşik Krallık: 17/0.32=	>10
TR: 12/2.88=	4.16	Singapur: 45/0.48=	>10
Bangladeş: 58/13.6=	4.26	ABD: 36/1.44=	>10
Çin: 91/20.16=	4.51	İsviçre: 72/1.44=	>10
Hindistan: 45/8.32=	5.4	Fransa: 11/0=	>10
Pakistan: 45/6.72=	6.69		

Oranlara⁹ bakıldığında derhal anlaşılmaktadır ki, bazı ülkelerde tahkim kararlarının uygulanabilirliği tereddüde yer bırakmayacak şekilde yüksek bir başarıya sahiptir: Hollanda, Birleşik Krallık, ABD, Singapur, İsviçre, Fransa, Hong Kong¹⁰. Diğer ülkelerde ise tahkim kararla-

⁹ Aslında kara listeye giriş sayısını, davaları kaybetme sayısına bölerek daha sağlıklı bir bulguya ulaşabilirdik fakat ICA bu istatistiği tutmamaktadır. Mesela, eğer İsviçre'den çok taraf çıkmasına rağmen bu taraflar genelde davayı kazanıyorsa, zaten karara uymama davranışı gösterme imkanı bulamazlar; bu sebeple uygulanabilirlik oranları yanlış bir şekilde yüksek gözükmüş olur. Ama bu bulgu, çok davaya taraf olan bir ülkenin tahkim sisteminin gelişmişliğinin tarafları sözleşmeye uygun davranmaya sevk ettiği, dolayısıyla dava kaybetmekten alıkoyduğu şeklinde yorumlanabilir.

¹⁰ Hong Kong, tahkim alanında yapılan anketlerde istikrarlı bir biçimde tahkime taraftar özelliğiyle tahkimin en ön saflarında yer alan bir bölge olsa da ICA verilerinde kararların uygulanabilirlik oranının düşük çıkması bizi verileri daha detaylı ele almaya sevk etmiştir: kara listeye giren Sun Hing Lee Holdings Textile Ltd, bürosu Hong Kong'da lakin fabrikaları Çin ankarasında Lufeng şehrinde bulunan bir pamuk imalatçısıdır; iplik ve bez üretimi yapmaktadır <<https://www.tradeeasy.com/supplier/703023/sun-hing-lee.html>>. Dolayısıyla kara listeye girme sebebi büyük ihtimalle Hong Kong'da aleyhindeki tahkim kararının tenfiz edilememesi değil mallarının Çin'de olması sebebiyle Hong Kong'da icranın başarısız olmasıdır. Kara listedeki bir diğer şirket olan Quinsah, Amerika Pamuk İhracatçıları Birliği'nin (ACEA) kara listesine ülke kategorisi olarak Çin üzerinden girmiştir <<https://acea-cotton.org/list-of-parties-reported-to-be-in-default-2/>>, çeşitli internet sitelerinde merkezi Şangay, Çin olarak gösterilmiştir <<https://en.52wmb.com/buyer/82246300>>, <<https://spec.sustainabilitymap.org/global-organic-textile-standard/listing/shanghai-quinsah-international-trading-co-ltd/>>. Zaten ICA listesinde de "Quinsah (HK)" olarak geçmektedir, (HK) ibaresi merkezi Şangay'da olan şirketin Hong Kong şubelerini ifade ediyor olabilir. Bu durumda da, belki, Hong Kong şubesi veya bürosunda icraya kabil mal bulunamamıştır. Benzer bir durum, merkezi British Virgin Islands'da olan Meritex International Ltd için de söylenebilir. Ayrıca kara listeye girişlerden 3'ü aynı şirket aleyhindedir: Viewer Development Co Limited ve bu şirketin de merkezi ve ticaret sicil kaydı ABD'de olan, Hong Kong'da da bir işletmesi bulunan bir ithalatçı-ihracatçı şirket olduğu anlaşılmaktadır <<https://connect2india.com/global/VIEWER-DEVELOPMENT-CO-LIMITED/106078438>>. Dolayısıyla esas malvarlığı ABD'de olabilir. Anketlerde (bk. Bu çalışma, 2.Bölüm B başlığı) alacaklıların tahkim kararlarının icrasında en çok karşılaştığı sorun olarak borçlunun mallarının bulunamaması ifade edilmiştir. Çalışmamız bu husus üzerinde yeterince duramasa da (bk. Bu çalışma, dipnot 59), Hong Kong'da hem kara listeye girme hem de davalara taraf olma sayıları küçük olduğu için icra probleminin veri üzerindeki belirleyiciliğini çok daha artırdığı kanaatindeyim. Buna Hong Kong ülkesinin nevi şahsına münhasır siyasi ve ekonomik özellikleri de katkı sağlamış olabilir (özellikle sicile kaydolunan ülke-merkezin bu-

rı farklı uygulanabilirlik oranlarına sahip olmuş, fakat tahkim taraftarı ülkelerde göze çarpan bariz yüksek seviyesine çıkmamıştır: Çin, Brezilya, Bangladeş, Vietnam, Türkiye, Pakistan, Endonezya ve Hindistan'dır¹¹.

Tahkim taraftarı ülkelerin ortak özelliği, bunların pamuk üretimi, ithalatı, ticareti yahut pamuk tahkimine taraf olmaktadır. Tahkim taraftarı olmayan ülkelerde ise, tahkim kararlarının gereklerinin bir şekilde görülememesi, ülkenin pamuk ticareti hacmindeki ve tahkim yargılamalarındaki taraf statüsündeki rakam büyüdükçe doğru orantılı bir şekilde artmaktadır.

Kara listeye girme şartları gereği bu olgu hem tahkim kararına gönüllü olarak uyulmama hem de kararın cebren icra edilme/edilememe ihtimallerini kapsamaktadır. Çalışmanın geri kalan bölümünde bu olgunun, tahkime taraftar tavrın dolaylı etkisinin yokluğunun yarattığı sosyal kontrol açığının tacirler arası toplumun sosyo-ekonomik yaptırımlarıyla doldurulamamasından kaynaklanan boyutu üzerinde duracağız. Tahkime hasmane tavrın doğrudan etkisinin kara listeye girme olgusunu doğuracağı zaten bir totoloji olduğundan, tartışmalarımızı hasmane tavırların gönüllü uyma davranışını caydırması meselesine yoğunlaştıracaktır.

II. BULGULARIN TAHKİM ALANINDAKİ ANKETLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Bu bölümde, ICA istatistiklerinden ulaştığımız bulguları uluslararası tahkim alanında Queen Mary University of London The School of International Arbitration (SIA) tarafından tahkim yargılamalarının özneliyle yapılmış anket çalışmalarının¹² verileriyle mukayese edeceğiz. Bu

lunduğu ülke-ticari işlerin yürütüldüğü şubenin bulunduğu ülke-malvarlığının bulunduğu ülke farklılaşması Hong Kong'da çok daha dinamik olduğu için). (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

¹¹ Yunanistan, Meksika, Tanzanya ve Tayland; kara listeye girme sayıları Hong Kong'tan yüksek olup taraf olma oranları Hong Kong'tan düşük olduğuna göre kararların uygulanabilirlik oranı 6.81'den daha düşük olacaktır.

¹² Çalışmamda, kuruluşun Corporate Attitudes and Practices (2006), Corporate Attitudes: Recognition and Enforcement of Foreign Awards (2008), Choices in International Arbitration (2010, White & Case LLP sponsorluğuyla), Current and Preferred

başlık altında verilen (yayınlanma yılı; sayfa sayısı şeklindeki) metin içi atıflar, 12.dipnotta belirtilen kaynaklara gönderme yapmaktadır.

A. Ülkeler ve Şehirler

Pek çok kurumsal danışman, Afrika ve Orta Amerika'dan ülkeler ile Çin, Hindistan ve Rusya'yı "yabancı tahkim kararlarının icrasına hasmane" olarak algıladıklarını ifade etmiştir. En çok Çin olmak üzere, Brezilya, Hindistan ve Güney Kore müteaddit kez bu kapsamda zikredilmiştir. Daha geniş coğrafi ölçekte de Orta Amerika, Güney Amerika ve Afrika'ya işaret edilmiştir. Fakat pek çok durumda bu algı gerçek bir hasmane tutum olarak tecrübe edilmemiştir. Tahkim kurumları ise; Çin, Türkiye ve Tayvan'ı, tahkim kararlarının icrasında tarafların en çok zorluk yaşadığı ülkeler olarak belirtmiştir. (2008; 11) Katılımcıların tahkim yeri olarak 1.sırada tercih ettikleri 4 ülke: İngiltere (29), İsviçre (9), Fransa (8) ve ABD (9). Bu ülkeleri tahkim yeri ülkesi olarak tercih etme saiklerinde 29 kişi hukuki gerekçeleri 1.sıraya koyarken, 25 kişi suhuleti, 17 kişi tarafsızlığı ve 6 kişi delillere yakınlığı 1.sıraya koymuştur. (2006; 14)

Bu veride -çalışmamızın kapsamına girmeyen Rusya, G.Kore, Tayvan, Orta Amerika ve Afrika değerlendirmeden hariç tutulursa- bulgularımız ile uyumlu olarak Çin, Hindistan, Türkiye ve Brezilya tahkime hasmane; mezkur Batı Avrupa ülkeleri ve ABD de tahkime taraftar özelliğiyle öne çıkmıştır. Tahkim için tercihe şayan görülen ülkelerin niçin böyle görüldüklerinin birinci sırada hukuki gerekçelere dayanması, bu ülkelerin hukuk sistemlerinin uluslararası tahkim müesseselerini ele alış biçiminin önemini vurgulamaktadır.

Tahkim yeri tercihleri: Londra %30, Cenova %9, Paris %7, Tokyo %7, Singapur %7, New York %6, Diğer %34. Katılımcıların, daha önce tahkim yeri olarak gitmedikleri yerler hakkındaki algılarının ölçüldüğü bir soruda, Singapur en iyi algılanan yer olarak belirtilmiş ve onu Hong Kong takip etmiştir. Moskova ve Çin ise en düşük puanı alan iki yer olmuştur. (2010; 19)

Practices in the Arbitral Process (2012, White & Case LLP sponsorluğuyla), Improvements and Innovations in International Arbitration (2015, White & Case LLP sponsorluğuyla), International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration (2018, White & Case LLP sponsorluğuyla) ve International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World (2021, White & Case LLP sponsorluğuyla) çalışmalarından yararlanılmıştır: <<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023).

Son 5 yılda sizin veya kurumunuzun en çok kullandığı tahkim yeri nedir? %45 Londra, %37 Paris, %22 Hong Kong, %19 Singapur, %14 Cenova, %12 New York, %11 Stockholm.

Sizin veya kurumunuzun en çok tercih edeceği 3 tahkim yeri hangileridir? %47 Londra, %38 Paris, %30 Hong Kong, %24 Singapur, %17 Cenova, %12 New York, %11 Stockholm.

Niçin bu yerler en çok tercih edilen yerler oldu? %65 Tahkim yerinin ünü ve tanınırlığı (reputation and recognition), %42 Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, %33 Sözleşmenin veya uyuşmazlık tipinin özellikleri, %28 O yerle kişisel bağ, %28 Kurumun politikası/standart şart ve maddeler, %17 Karşı tarafın direktmesi, %12 Diğer, %11 Harici danışmanın tavsiyesi. (2015; 12, 13) 2018 ve 2021 anketlerinde (2018->2021) tahkim yeri tercihleri: Londra (%64->%54), Paris (%53->%35), Singapur (%39->%54), Hong Kong (%28->%50), Cenova (%26->%22), New York (%13->%12). 2018 anketinde ayrıca Sao Paulo, Rio de Janerio ve Miami bilhassa Latin Amerika'da popüler tahkim yerleri arasında yerini almıştır. 2021 anketinde ise Beijing (%12), Şangay (%8), Stockholm (%6), Dubai (%5), Zürih, Viyana, Washington DC, Miami, Shenzen, Sao Paulo, Frankfurt ve Lahey %2-4 arasında değişen tercih edilirlilik oranlarıyla kaydedilmiştir. 2021 anketinde Çin anakarasından Şangay, Shenzen ve Beijing'in geçmiş anketlere nispetle öne çıkışı not edilmiştir.

Bütün anketlerde, tahkim yeri tercihlerinin böyle olmasına sebep olan en büyük saikin, ün ve tanınırlık (reputation and recognition) olduğu ifade edilmiştir. (2018; 9,10 2021; 6,7)

Anketler, tahkim yeri olarak seçilen şehir ve ülkeler bakımından detaylı veriler içermektedir. Tahkim yeri tercihleri istikrarlı bir şekilde tahkim taraftarı ülkeleri işaret etmiştir. Latin Amerika ve Çin anakarasının öne çıkışı, kanaatime göre, bu bölgelerde tahkime başvuru sayısının çokluğunun, taraflara yakınlık bakımından büyük konfor sağlayan (suhuletin bir tahkim yeri tercih kriteri olduğu bu başlıktaki 1.veriden de anlaşılmalıdır) bölgesel tahkim yerlerine de "taşması" şeklinde açıklanabilir zira bu tahkim yerleri, bu bölgeler dışından yoğun talep görmemiş, kendi bölgelerinden kaynaklanan talepte de dünyaca meşhur tahkim yerlerinin arkasında kalmışlardır (2021; 7). Fakat Çin ve Brezilya hukuk sistemleri üzerinde yapılacak kronolojik ve bütüncül bir çalışma, tahkimin kavranışında son zamanda yaşanan bir gelişmenin varlığını tespit edebilirse bu oranlardaki artışa kaynak olarak gösterilebilir.

2021 anketinde, diğer tahkim yerlerinin katılımcılar tarafından tercih edilebilmesi için hangi şartları taşıması gerektiği sorulmuş, katılımcılara en çok üç şart belirtme hakkı tanınmıştır: %56 Tahkimin yerel mahkemeler ve yargı tarafından daha fazla destek görmesi, %54 Yerel hukuk sisteminin tarafsızlığı ve nötrlüğü, %47 Tahkim anlaşmalarının ve verdikleri tahkim kararlarının icra edilebilirliğine ilişkin daha iyi kayıt tutmaları, %39 Acil durum hakemlerinin geçici hukuki koruma kararları ve ara kararların icra edilebilirliğinin artması, %28 Yerel mahkemelerin tahkimle ilgili meselelerle uzaktan uğraşabilme yeteneği, %25 Yargının politik stabilitesi, %14 Tahkim kararlarının elektronik ortamda kaydedilmesi, %8 Kabil-i rücu olmayan üçüncü kişi finansmanına izin verilmesi, %3 Diğer. (2021; 8)

Bu veriler, katılımcıların tercih etmedikleri tahkim yerlerini hangi şartlar altında tercih edeceklerini göstermenin yanı sıra halihazırda tercih ettikleri tahkim yerlerinin hangi başarıları elde etmiş olduğunu düşündüklerini de dolaylı olarak göstermektedir. En çok öne sürülen “tahkimin yerel mahkemeler ve yargı tarafından daha fazla destek görmesi” hiç şüphesiz ki tahkim kararlarının icra edilme aşamasını evleviyetle kapsamaktadır. Pek çok katılımcının, tahkim anlaşmalarının ve kararlarının o yerde ne kadar icra edilmekte olduğuna ilişkin somut verileri görmek istemesi (%47), katılımcıların tahkime icra ve icbar boyutunda verilen desteğin boyutunu o yere duydukları güvene esas kıldıklarını ortaya çıkarmaktadır. Yargının politik stabilitesi ve yerel hukuk sisteminin tarafsızlığı dolaylı yoldan icra aşamasını ilgilendirmektedir; politik yönlendirmelere açık, taraflı bir yargıda tahkimin kazanan tarafı için kazancını materyalize etmek bakımından büyük bir öngörülemezlik oluşacaktır. Tahkim yerinin seçiminde devletin tahkime desteği, yerel hukuk sisteminin tarafsızlığı ve tahkimin icrasına ilişkin beklentilerin, özellikle iptal davası tahkim yerinde açılabilmesi için önem taşımaktadır.

Katılımcıların tahkimde elde ettikleri geçici hukuki korumaların ortalama uygulanırlık oranı %35 olmuş, bu uygulanırlığın %62'si gönüllü olarak gerçekleştirilmiştir. Geçici hukuki koruma kararlarına gönüllü uyma yüzdesi en yüksek batı Avrupa'da (%68) en düşük doğu Avrupa'da (%39) gerçekleşmiştir. Geçici koruma kararlarının ortalama %10'unun tenfizi için mahkemeye başvurulmuştur, bölgesel olarak bu oran; Kuzey Amerika'da %3, batı Avrupa'da %6, Asya'da %10, Afrika ve Orta Doğu'da %19, doğu Avrupa'da %23, Latin Amerika'da da %23 olarak kaydedilmiştir. (2012; 17).

Bu veri, bilhassa %62'lik gönüllü uymayı ve mahkemeye başvuru oranlarındaki düşüklüğü işaret etmesi yönünden; tahkime gönüllü katılımın altını çizen, bu sebeple ilk bakışta devlet eliyle icranın önemini ikincilleştiren bir niteliğe sahip görüntüsü verse de verilerin bölgesel dağılımına ilişkin detay tam aksi yöndeki yargıyı desteklemektedir. Şöyle ki; tahkim kararlarının icrasına en sıcak bakan ülkelerde en yükseğe çıkan, bu aşamadaki destek düştükçe de düşen gönüllü uyma oranıyla karşılaşmaktayız. Mahkemeye başvurma ihtiyacı da, aynı denklemin ters orantılı görünümünden ibarettir. Burada Asya'nın mı, Orta Doğu ve Afrika'nın mı, Doğu Avrupa'nın mı yoksa Latin Amerika'nın mı icraya en düşük desteği verdiğinin yargısına varmak, verilerin güvenilirliğini ve detayları yansıtmaya kapasitesini gereğinden fazla zorlayabilir. Ayrıca Asya denildiğinde Singapur ve Hong Kong gibi tahkim taraftarı merkezlerle Çin gibi tahkime daha soğuk bakan ülkeler aynı potaya konulmuş olmaktadır. Fakat Batı Avrupa ve Kuzey Amerika'nın, dünyanın geri kalanından farkı, hem bizim bulgularımız hem de anketlerdeki diğer verilerle uyum arz etmektedir. Bu uyum ise, bir hukuk sisteminde tahkim kararlarına icra desteği -ve daha geniş ölçekte tahkim taraftarlığı- arttıkça gönüllü uyma oranında artış; tam tersi durumda ise kaybeden tarafın tahkime düşük destekten beklentiye girmesi suretiyle gönüllü uyma oranında azalış ve bunun doğal bir sonucu olarak lehine karar verilen tarafın mahkemeye başvuru ihtiyacında artış şeklindedir. (Bk.Başlık 2.C, weak case)

B. Kararların İcrası

Tanım-tenfiz sürecinde, icra yerinden mütevellit sorunlar yaşayanlar, bu sorunların kaynağında şunları görmüştür: %32 tanım-tenfiz prosedürü, %24 yerel icra prosedürü, %12 yüksek maliyet, %22 zaman, %10 hakimlerin ve adliye personelinin yolsuzluklarına bağlamıştır. Tanım-tenfiz ve icra prosedürü olarak görüş belirten (%32+%24) %56'nın çoğu, bunu yerel görevlilerin ve hakimlerin tutumlarına bağlamıştır. Bu sorunlar genelde, aşılabilir zorluklar olarak değil komplikasyon olarak nitelendirilmiştir.

Tanım-tenfiz sürecinde şu sorunları hangi sıklıkla yaşadınız? %17 İcra edilecek ülkenin tahkime tutumu hasmaneydi, %46 Kaybeden tarafın malları yoktu, %24 Kaybeden tarafın malları belirlenemedi/bunlara ulaşamadı, %6 1958 NY Antlaşması uygulanamadı, %2 yerel hukuka göre icranın edilebilirlik süresi geçmişti, %5 diğer.

İcra yerini seçerken hangi etkenleri baz alırsınız? %27 Borçlunun yeterli malvarlığının bulunduğu ülke olması, %22 İcra yerinde uygulanan tanıma-tenfiz usulü, %20 1958 NY Antlaşmasının ve ilgili diğer uluslararası antlaşmaların uygulanabilirliği, %18 Yerel mahkemelerin tavrı, %12 Devletin bağımsızlığına ilişkin hususlar, %1 Diğer. (2008; 10,11)

Uluslararası tahkim kapsamında icrada karşılaşılan birinci sorunun borçlunun malları olup kararların icra edilebilirliği olmaması 1958 Antlaşması'nın başarısı olarak görülebilir. Bu anketin yapıldığı tarihte dahi antlaşmanın neredeyse küresel kabule şayan olması, devletlerin bu antlaşmayla yabancı tahkim kararlarını tanıma ve tenfiz yükünü kural olarak üstlenmiş olmalarını kararların icra edilmesinin açıkça ve sistematik olarak reddedilmesi ihtimalini sorun olmaktan çıkarmış ve geriye sadece icra sürecindeki "komplikasyonlar"ı bırakmış gibi gözükmektedir. Ayrıca %17'lik oranın kürede eşit dağılmadığını unutmamak gerekir. Fakat ankette kararın icra edileceği ülkeyle ilintili olarak belirtilen (%17+%6) %23'lük kısım ihmal edilmemelidir. Gerçekten de, icra yerine ilişkin ankette (%22+%20+%18) %60'lık bir kısmın icra yerinde tanıma-tenfiz ve dolayısıyla icra edilebilirliğin önemine işaret etmesi dikkate değer.

C. Karara Gönüllü Uyma

Ankete katılan şirketler uyuşmazlıkların halline ilişkin olarak; %25 tahkim dışı uzlaşma, %7 tahkim yargılamasında uzlaşma, %49 tahkim kararı ve bu karara gönüllü uyma, %11 tahkim kararı ve tanıma-tenfiz süreci, %6 tahkim kararı akabinde mahkeme yargılaması, %2 devlet yargısında uzlaşma bildirmişlerdir. Uzlaşmaya varanlar için etkin saik; %27 iş ilişkilerini korumak, %23 yargılama maliyetlerini önlemek, %21 davada elinin güçlü olmaması (weak case/weak position), %17 lüzumsuz gecikmeyi önlemek, %5 kararın icra edileceği ülke hakkındaki endişeler, %5 kaybeden tarafın icrayı kabil malları hakkındaki endişeler olarak ifade edilmiştir (%2 diğer). İş ilişkilerini koruma saikinin özellikle uzun süredir iş yapan taraflar arasında ve pazarın alternatif bir tedarikçi yelpazesi arz etmediği durumlarda önem kazandığı belirtilmiştir. Katılımcı şirketlere, taraf oldukları uyuşmazlıklarda tahkim kararlarının karşı tarafça gönüllü olarak ifa edilme oranları sorulduğunda bu oran; %84 yüzde 76'dan fazla, %8 yüzde 51-75, %3 yüzde 26-50, %2 yüzde 25'ten az, %3 ise hiç olarak belirtilmiştir. Tahkim kurumlarının neredey-

se %50'si, bünyelerinde verilmiş kararlar bakımından bu oranı yüzde 76'dan fazla olarak belirtmiştir. (2008; 6,7,8)

Bir tarafın davada elinin güçsüz olmasının uzlaşmaya varmada %21 oranında etkin saik olması ve bunun iş ilişkilerini korumak ve yargılama maliyetlerini önlemek gibi önemli ekonomik saiklerden sonra 3.olarak zikredilmesi ile kararların icra edilebilirliği arasında şöyle bir ilişki bulunmaktadır: bir ülkede tahkim kararlarının icra edilmeyeceğine veya bu sürecin çeşitli komplikasyonlarla dolu olacağına güven artarsa, yargılama sonucunda haksız bulunma ihtimali yüksek olan taraf dahi bu riske binaen uzlaşmaya varmaya yönelmeyecektir, çünkü zayıf haksız bulunma riski gerçekleşse bile riskten yararlanan -hakkı bulunan- taraf bu yararını materyalize edemeyecektir. İş ilişkilerini korumak gibi başka bir sebeple uzlaşmaya yönelebileceği söylenebilir de bu ihtimal, zaten bu %21'lik oranın içinde yer almamaktadır çünkü ankette müstakil bir seçenek olarak değerlendirilmiştir. Yani yargılamada zayıf tarafta olacak olmanın uzlaşmaya sevk etmesinin %21 gibi -diğer seçeneklerle birlikte değerlendirildiğine- yüksek sayılabilecek etkinliğe kavuşması, ancak yargılama sonucu alınacak kararın icra edileceğine ilişkin esaslı bir beklenti sayesinde mümkündür. Aksi durumda bu risk ne kadar yüksek olursa olsun göze alınacaktır çünkü gerçekleşse bile zarar doğurmayacaktır; kaybeden taraf da işte tam bu vaziyeti ekonomik bir menfaate dönüştürmek saikiyle hareket edebilecektir.

Kararlara gönüllü uymaya ilişkin verideki değerlendirme, bu başlığın ikinci paragrafındaki veriyle birlikte düşünüldüğünde ve uzlaşmaya ilişkin mülhaza da göz önüne alındığında, tahkim yargılamalarında (gönüllü uyma ve uzlaşma gibi) nihai kararın elde edilmesi ve bunun tenfiz edilmesine alternatif hallerin dahi sosyal kontrol gücünün nihai kararın icra edilebilirlik gücünden önemli ölçüde beslendiği ifade edilmelidir.

Bu beslenmenin gerçekleştiği bir diğer yol ise, ilginç bir şekilde, icra edilebilirliğin güçsüzlüğünden kaynaklanabilir: kaybeden/kaybedecek olan taraf iş ilişkilerini korumak için karara bir şekilde uyma veya uzlaşma yoluyla uyuşmazlığı çözme saikiyle hareket eder, kazanan/kazanacak olan taraf ise tahkim sonucu elde ettiği nihai kararın icra gücünün düşüklüğünden ötürü, işin tanıma-tenfiz sürecine girmeden sonuçlanmasını ister. Güçsüz taraf da tam olarak bunu bildiği için, gerçek borcundan daha düşük bir rakam üzerinde uzlaşma/kısmi

feragati müteakip karara uyma yoluyla hem iş ilişkisini korur, hem kara listeye girmez ve üçüncü kişilere karşı güvenilirliğini korur, hem asıl borcundan indirim elde eder; güçlü taraf ise gerçek borç üzerinde elde edeceği nihai kararı icra ülkesinin tenfiz komplikasyonları sebebiyle icra edemeyeceğini bilir, alacağını kısmen de olsa erken sayılabilecek bir zamanda elde etmiş olur: tahkim kararlarının icra zaafiyeti uzlaşma ve gönüllü uymaya teşvik etmiş olur.

Tenfiz ve icra aşamasında karşılaşılan süre ve maliyet gibi külfetlerin küçülmesi halinde, tahkimin galip tarafı için uzlaşmadan ziyade kararın tenfiz ve icrasının daha cazip bir yol, belki de dominant strateji haline geleceği de ifade edilmelidir.

D. İcra Edilebilirlik Özelliği

Ankete katılanlardan, uluslararası tahkimin en önemli avantajlarını sıralamaları istendiğinde; icra edilebilirlik 24 kişi tarafından 1.sırada gösterildi. Gizlilik 17, hakemlerin seçilebilirliği 16, esneklik 11 kişi tarafından 1.sıraya kondu. (2006; 6)

Tahkimin en değerli üç karakteristiği nedir? Kararların icra edilebilirliği (%65) Mahalli hukukları ve devlet mahkemelerini "önleme" (%64) Esneklik (%38) Hakemlerin seçimi (%38) Mahremiyet ve gizlilik (%33) Tarafsızlık (%25) Nihailik (%18) Hız (%10) Maliyet (%2) Diğer (%2). (2015; 6)

Tahkimin en olumsuz 3 özelliği: Maliyet %68, Yargılama sürecinde etkin yaptırımların yokluğu (%46), Hakemlerin etkinliğine ilişkin öngörü noksanı (%39), Yavaşlık (%25), Yerel mahkemenin müdahalesi (%25),... (2015; 7)

Tahkimin en değerli üç karakteristiği nedir? Kararların icra edilebilirliği (%64) Mahalli hukukları ve devlet mahkemelerini "önleme" (%60) Esneklik (%40) Hakemlerin seçimi (%39) Mahremiyet ve gizlilik (%36) Tarafsızlık (%25) Nihailik (%16) Hız (%12) Maliyet (%3) Diğer (%2). (2018; 7)

Tahkimin en olumsuz 3 özelliği: Maliyet %67, Yargılama sürecinde etkin yaptırımların yokluğu (%45), Üçüncü kişilere etki noksanı (%39), Yavaşlık (%34), Hakemlerin etkinliğine ilişkin öngörü noksanı (%30), Yerel mahkemenin müdahalesi (%23),... (2018; 8)

Tahkimin geleceğinde en büyük rolü hangi özellik oynayacak? %61 Teknolojinin de kullanılmasıyla etkinliğin artırılması, %43 Öngörülebilirliğin ve kararların icra edilebilirliğinin artması...(2018; 38)

2018 anket metnindeki şu yorumun altının çizilmesi gerekir: "Cevap verenlerin %43'ünün öngörülebilirliğin ve kararların icra edilebilir-

liğinin artmasının uluslararası tahkimin geleceğinde önemli rol oynayacağına işaret etmesi, teoride New York Sözleşmesi hükümlerinin sağladığı kolaylığın pratikte kararları muhtelif yerlerde tenfiz ve icra etmek isteyen katılımcıların daha az başarılı tecrübelerinin düşüncelerinden kaynaklanıyor olabilir". Gerçekten de icra edilebilirlik çözülmüş bir mesele olsaydı tahkimin geleceğine en büyük rollerden birini oynayacağına işaret edilmemesi beklenirdi. 1958 Sözleşmesi'nin mevzuat düzeyinde sağladığı global birlik, çalışmamızın sonraki bölümünde görüleceği üzere, devlet yargılarının mevzuatı yorumlamak konusundaki tavırlarına bu ölçekte sirayet etmemiştir.

E. Nihailik ve Temyiz

Katılımcıların %91'i tahkim kararlarına karşı herhangi bir olası temyiz mekanizmasına karşıdır, nihailiği tahkimin yaşamsal bir özelliği olarak telakki etmektedir. %9, geçmiş olumsuz tahkim tecrübelerini, olası bir temyize sıcak bakmalarının sebebi olarak işaret etmiştir. (2006; 15)

Katılımcıların %77'si ticari tahkimde (%61'i yatırım tahkiminde) temyiz mekanizmasına karşı çıkmıştır. Ticari tahkimde olası bir temyiz nasıl olması gerektiği: %26 Aynı tahkim kurumu içinde ek bir duruşma şeklinde, %26 Farklı bir tahkim kurumunda, %20 Uluslararası bir mahkemede, %19 Yerel bir mahkemede, %9 Diğer. (2015; 8,9)

2015 ve 2006 anketlerindeki temyize bakış açıları arasındaki farkın en azından bir kısmı, 2015 anketinde müteakip sorudaki şıklarda gelen "uluslararası tahkim mekanizmaları içerisinde bir temyiz" fikri ile açıklanabilir. Büyük ihtimalle 2006'daki soruya muhatap olan kişilere tahkim kararlarının temyizi denildiğinde bu onlara evleviyetle devlet yargısını çağrıştırdı, buna karşın 2015 yılındaki anketin katılımcıları anketin bir sonraki sorusunu gördüklerinde "tahkime tahkim içinde temyiz" fikri temyize karşı bir yumuşama sağlamış olabilir. Bu önerme ancak bir ihtimal olsa da, olası bir temyiz özelliğinin nasıl olması gerektiği %52 katılımcı tarafından yine tahkim kurumları içerisinde bir temyiz şeklinde cevaplandırılması, kanaatime göre bu ihtimali kuvvetlendirmektedir. Her hâlükârda katılımcıların ezici çoğunluğu devlet yargısında tahkim kararlarının temyizine karşıdır.

F. Acil Durum Hakemliği (Emergency Arbitration)

Son 5 yılda tahkime gidilen kaç olayda acil durum hakemi talebinde bulundunuz? %66 0, %30 1-5 olayda, %3 5-10 olayda, %1 10+ olayda.

Acil durum hakemliğinin etkinliği: %36 Etkin, %30 Nötr, %34 Etkin değil

Hakem heyetinin teşekkülünden önce ihtiyati tedbire(geçici hukuki korumaya?) ihtiyaç duysanız, hangi seçenek baskın tercihiniz olur? %46 Yerel mahkeme, %29 Acil durum hakemi, %26 Kararsız. Bu tercihinize sebep olan en önemli 3 etken nedir? %79 Verilecek kararların icra edilebilirliği, %40 Başvurunun başarıya ulaşma beklentisi, %39 İlgili yerel mahkemeye aynılık, %32 Uyuşmazlığa uygulanabilir tahkim kuralları, %29 Esas tahkim uyuşmazlığına etkisine ilişkin beklenti, %27 Tahkim yeri, %20 Geçici koruma/ihtiyati tedbirin maliyeti, %11 İlgili tahkim kurumuyla veya atamayı yapan otoriteyle aynılık, %4 Diğer (2015; 25, 27, 28)

İcra edilebilirlik özelliğinin önemi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerin özellikleri gereği geçici hukuki korumalar ve acil durum hakemliği müessesesinde büyük bir farkla en çok altı çizilen husus olmuştur. Tarafları tahkim yargılamalarının süreci ve sonucu bağlamında işbirliğine, kararlara gönüllü uymaya, diyaloga ve ekonomik ilişkileri korumaya sevk eden saiklerin “yaptırım” gücünün gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “tanım gereği” azaldığı görülmektedir. Kişiler bu hallerde hukuk güvenliği ve öngörülebilirliğine “sarılmaktadır”. Tahkim hukukunu ve bu hukukun gönüllülük esasını oluşturan doğal (ekonomik ve sosyal) şartların, aynı zamanda bu gönüllülüğün sınırlılığının da özünü teşkil ettiği tespit edilmekte; somut anlamda sınırını çizdiği gözlemlenmektedir. Bu durum, devlet yargısının aslında tahkime göre daha “suni” olmadığı, tahkimi oluşturan sosyo-ekonomik ihtiyaçlardan farklı bir özellikler arz eden fakat neticede tıpkı onlar gibi doğal bir takım ihtiyaçlardan türediği şeklinde yorumlanabilir¹³.

¹³ Anket bölümünün değerlendirmesi için: bu çalışma, bölüm 4 (II).

III. ÜLKELERİN DOKTRİN VE İÇTİHATLARINDA TAHKİM KARARLARININ TENFİZİNE BAKIŞ AÇISI

Bu bölümde farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde, bilhassa yargı organlarının tahkim hukuku müesseseleri hakkındaki yerleşik yorumlarında yer alan “tahkime hasmane hukuki unsurlar” ele alınacaktır. Burada herhangi bir ülkenin tahkim hukukundaki bakış açısını bütüncül olarak değerlendirme imkanı bulunmamaktadır. Zaten tahkime hasmane tavrın dolaylı etkisinin gönüllü uyma davranışını caydırması için, bütün bir hukuk sisteminin değerlendirilmesi gereği de bulunmamaktadır. New York Sözleşmesi’nin tahkim kararlarının icrasını esas tutan, tenfizin reddini veya kararın iptalini son derece istisnai olarak konumlandıran ruhuna aykırı olarak, yine Sözleşme’nin içindeki kavram ve müesseseleri tahkim sürecinin iç işleyişine karışmak ve kararın esasını tartışmaya açmak için araçsallaştıran, adeta devlet yargısını “esas¹⁴”, tahkim yargısını ona tabi veya onun yanında ikincil kılan bir bakış açısının bir ülkenin hukuk sisteminde kalıcılık kesbettiğine dair bir emare, tahkim yargulamalarının kaybeden taraflarının, devlet yargısının bu bakış açısından bilistifade kaybettikleri tahkimlerin zararlı sonuçlarından kurtulmak için tenfizin reddi ve iptal yollarını sonuna kadar kullanacağını düşünmemiz için yeterlidir ki, tam da bu süreç kara listeye tahkim kararının gereğinin görülmemesi olarak yansımaktadır. Bu sebeple tahkime hasmane ülkeler dediğimizde de; hukuk sisteminde, tahkime hasmane yerleşik nitelikli unsurlar barındıran ülkeleri kastetmekteyiz. Aşağıda ismi geçen ülkelerin hep tahkime hasmane tavırlarından örnek vermemizin amacı da, bu ülkelerin tahkim hukukuna bakış açılarının temsil edici bir nicelikte hasmane tutum içerdiğini düşünmemizden de-

¹⁴ Türk yargısından bu bakış açısını özetleyen sade bir cümle: “Taraflar arasında çıkacak ihtilafların kural olarak mahkeme eliyle çözülmesi gerekir.” Bu bakış açısı, tahkim hukuku müesseselerini devlet lehine en müdahaleci, tahkim aleyhine en kısıtlayıcı, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kararlarının icra edilirliği bakımından en dar ve kamu düzeni benzeri tenfizin reddi/iptal gerekçelerini en geniş yorumlayan hukuk anlayışının tahkim-devlet yargısı ayırımına ilişkin en genel önermelerinden biridir. (İstanbul BAM 3HD, 09.11.2022, 2343/2902). Benzer yönde: “Çünkü uyumsuzlukların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar. Aksi düşünce Anayasanın 9. maddesinde teminat altına alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerde kullanılacağına ilişkin kurala ve tabii hâkimde yargılama hakkına aykırı düşer” Yargıtay 19.HD’nin 11.03.2004 tarihli, 2003/2654 E. ve 2004/2603 K. sayılı kararı

ğil, çalışmamızda önerdiğimiz tezin bu ülkelerin hukukunun az veya çok olması ikincil¹⁵, mevcut ve yerleşik olması birincil planda önemli olan tahkim karşıtı tutumlar içerdiği iddiasının ispatını gerçekleştirmek ihtiyacımızdandır.

Bu nitelikte uygulamalara en sık olarak tahkim sürecinin başlangıcı olan tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılmasında ve nihayeti olan tahkim kararının “kamu düzenine aykırı olmamak” kriterine göre değerlendirilmesinde rastlamaktayız.

A. Tahkim Anlaşmasının Geçerlilik Şartlarının Sıkı Uygulanması

Bir ülke tahkim anlaşmasının geçerliliğini önce kendi hukukuna tabi görür; ondan sonra da bunu sıkı ve katı şartlara bağlarsa; bu, tahkim sürecinin tamamını olumsuz etkileyen bir yorum olacaktır. Zira tahkim anlaşması geçersizse tahkim heyeti yetkisiz olacaktır ki işbu keyfiyet hem kararın iptali, hem de tanıma-tenfiz isteminin reddi gerektirir (NY md.5/1(a)¹⁶; UNCITRAL md.32/2(a)(i), md.36/1(a)(i)).

Brezilya’da STF, 17önüne gelen bir davada¹⁸,

- a. Tahkim şartının bulunduğu sözleşme metninde alıcının imzasının olmaması,
- b. İmza meselesi çözülmüş olsa bile, LCA¹⁹ tahkiminin inkorporasyon²⁰ yoluyla yetkilendirilmesini “kanunun açık bir irade

¹⁵ Tahkime hasmane tutumların niceliği, tahim kararlarına gönüllü uyma davranışının niceliğini etkileyebilirse de elimizde bu hassasiyette ve hukuk dışı sosyal, kültürel, ve ekonomik verilerden bu denli arındırılmış veriler bulunmadığından bu mülahazaya yer vermedik.

¹⁶ New York Sözleşmesi’nde iptal gerekçeleri düzenlenmemiş, iptal davasına md.5/1(e) ve md.6’da tanıma-tenfiz sürecindeki rolü bakımından atfı yapılmıştır.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal

¹⁸ Brezilyalı dokuma şirketi Santana Textil, Nijeryalı pamuk ihracatçısı Plexus Cotton’dan ham pamuk satın almış, malın ayıbından ve geç tesliminden bahisle tahkimle ödeme yapmamıştır. Müteakiben, Nijeryalı taraf LCA tahkimine başvurmuş, Brezilyalı taraf tahkimin yetkisizliğini dile getirmiş olmasına rağmen yargılamada yer almıştır. Neticede Brezilyalı’nın aleyhine verilen kararı Brezilya’da icra etme gereği duyulmuştur.

¹⁹ LCA (Liverpool Cotton Association), 1841’de kurulan ICA’nın 2004’ten önceki isimidir. Çalışmanın devamında ICA veya LCA kararlarının icra süreçlerine ilişkin yargı kararlarına yer verebilmek, ana verimiz olan ICA kara listesi ve tahkim istatis-

beyanı uyuşmasını gerekli kılmasına rağmen davalının tahkim anlaşmasını açıkça kabul etmediği” tespitini yaparak geçersizlik sebebi saymıştır²¹.

Aynı uyuşmazlık, STJ²²'nin önüne tekrar geldiğinde mahkeme geçmiş kararın res iudicata teşkil ettiğini belirttikten sonra; yukarıdaki ifadelere ek olarak “İngiliz hukukunda tahkim şartının imzalanmış olup olmamasına bakılmaksızın sözleşmede yer alıyorsa geçerli olduğu şeklindeki kural bizim hukukumuzda yer almamaktadır.” diyerek Brezilya mevzuatındaki tahkim şartının geçerliliğine dair maddelere atıf yapmıştır. Mahkeme; hukuk ve yetkili yer (bu bağlamda tahkim) anlaşmasına uygulanacak hukukun Brezilya hukuku olduğunu açıkça ifade etmiştir²³.

Bu karar, gerek uluslararası ticaretin sağlıklı akışına gerekse uluslararası ticari tahkimin işlevselliğine şu sebeple zarar vermektedir: günümüzde uluslararası ticarete yaygınlık kazanmış uygulama, bu davada da görüldüğü üzere, tahkim hizmeti de sunan kurumların kurallarına esas sözleşmede yer verilen bir klozla atıf yapılması, bu kuralların da esas ticari ilişkiye dair düzenlemelerin yanı sıra uyuşmazlık halinde kendi bünyelerindeki tahkim yolunu esas tutmaları şeklinde tahkimin yetkilendirilmesidir. Altına imza attığı sözleşme bu tipik özelliği taşıyan çok sayıda tacir bulunmaktadır. Brezilyalı yargı merciinin bu yaygın uygulamayı tahkimin yetkilendirilmesi bakımından “açıkça yetkilendirme” gerçekleşmediği için geçersiz sayması, önemli çoklukta tacir için uyuşmazlık sonucunda ellerine geçirecekleri bir tahkim kararının Brezilya’da uygulanmasının mümkün olmayacağı sonucunu yaratmaktadır.

tiğini oluşturan olay ve kişilerin, devlet yargısındaki tecrübelerine ışık tutması bakımından bizim için ayrı bir öneme sahiptir.

²⁰ Olayda tarafların imzaladığı anlaşma metninde yer verdikleri “LCA kuralları ihtilaf halinde, bu sözleşmedeki tüm kurallardan üstün olacak şekilde uygulanır” ibaresiyle LCA tahkimini sözleşmeye inkorpore ettikleri görülmektedir.

²¹ **BARROZO**, Rebecca Paradelas: “The Public Policy Exception and the Refusal of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil”, *Católica Law Review*, C.5(2), 2021, s.79.

²² Superior Tribunal de Justiça

²³ **FORNASAR**, María Laura, A Ordem Pública na Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro Faculdade de Direito, Rio de Janeiro 2019, s.113. İmza ve açık kabule dair bu uygulamanın istikrar kazandığı yönünde bk.; **FORNASAR**, s.116, 117.

Başka bir kararda²⁴ STJ yazılı bir tahkim anlaşmasının yokluğundan bahisle tahkim heyetini yetkisiz görmüştür. Tenfiz davasında davacı olan taraf, geçerli bir tahkim anlaşmasının olduğunu “GAFTA tahkim kurallarına atıf yapan mesaj teatisinde buldukları” gerekçesiyle öne sürse de bu durum geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına dayanak olarak kabul edilmemiştir²⁵.

Çin’de tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanan hukukun ne olması gerektiğinin yargı kararlarında tutarsız bir uygulamaya sebep olduğu tespit edilmiştir. Buna göre, aynı tipik özelliklere sahip bir tahkim anlaşması, bir kararda tahkim yeri hukuku baz alınarak geçerli sayılırken, başka bir kararda lex fori (Çin hukuku) baz alınarak geçersiz sayılmıştır. Yargı²⁶ kararlarında tahkim anlaşmasına kendi hukukunu uygulama konusunda bir belirsizliğe sahip olan Çin’in tahkim kanununa göre tahkim anlaşmasının sıkı geçerlilik şartlarına tabi olduğu görülmektedir; bir tahkim anlaşması:

1. Tahkime başvurma iradesini
2. Tahkime götürülecek hususların kapsamını
3. Seçilen tahkim kurumunu

unsurlarına sahip olmalıdır²⁷. Haikou Halk İstinaf Mahkemesi, “Bu sözleşmeden doğan her ihtilaf ICC Uzlaşma ve Tahkim Kurallarına göre, tahkimle çözülecektir. Tahkim yeri Londra’dır.” ibaresine yer vermiş bir sözleşmeye dayanan tahkim kararının tanıma-tenfizini, tahkim anlaşmasının geçersizliğine dayanarak reddetmiştir. Zira Londra’da birden fazla tahkim kurumu bulunmaktadır, ICC tahkim kuralları ise ICC kurumuna münhasır olarak kullanılmadığı için yukarıdaki ibareden hangi tahkim kurumunun yetkilendirildiği anlaşılmamakta, bu durum

²⁴ Brezilyalı gıda şirketi Moinho Paulista Ltda, Arjantinli ihracatçı Oleaginosa Moreno Hermanos’tan buğday satın almış, alıcı şirket ödeme yapmamış, satıcı GAFTA tahkimine başvurmuş, Brezilyalı taraf aleyhine elde ettiği kararı Brezilya’da icra etmek istemiştir.

²⁵ **BARROZO**, s.83,84.

²⁶ **YANG**, Fan: “Applicable Laws to Arbitration Agreements Under Current Arbitration Law and Practice in Mainland China”, *International & Comparative Law Quarterly*, C.63(3), 2014, s.746, 748, 753

²⁷ **CAL**, md.21. İngilizce tercüme için: <http://np.china-embassy.gov.cn/eng/78085/zchfl/200410/t20041027_1998190.html> (Erişim Tarihi: 16.11.2023).

da Çin tahkim kanunundaki “seçilen tahkim kurumunun belirtilmesi” geçerlilik şartına aykırılık teşkil etmektedir. Bir diğer tahkim anlaşması China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT)’i tahkim kurumu olarak yetkilendirdiği için Çin Yüksek Halk Mahkemesi’nce geçersiz sayılmıştır; zira bu kurum bir tahkim kurumu değildir²⁸. Aslında, tahkim kurumu olan CIETAC, CCPIT’in bünyesinde kurulmuş olmasına rağmen tahkim anlaşmasında CIETAC’ın değil CCPIT’in lafzının yer alması geçersizlik için yeterli görülmüştür.

Çin’de tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için tahkim iradesinin kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde olması gerektiği ifade edilmektedir; bu kapsamda, hem mahkeme hem de tahkimin yetkilendirildiği anlaşmaların, istikrarlı olarak, kuşkuya yer bırakmayan tahkim iradesi içermediği için geçersiz sayıldığı tespit edilmektedir²⁹. Ayrıca Çin Yüksek Halk Mahkemesi, birden fazla tahkim kurumunun yetkilendirildiği anlaşmaları, ancak ve ancak taraflar sonradan bunlardan biri üzerinde uzlaşabilirlerse geçerli saymakta, böyle bir uzlaşmaya varılamazsa tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmetmektedir³⁰.

Vietnam’da Ho Chi Minh Yüksek Mahkemesi, ICA tarafından verilen bir tahkim kararının tenfiz davasında, İsviçreli şirketin müşterek imzasını gerektiren bir tahkim sözleşmesini müşterek imzanın yokluğundan ötürü geçersiz saymıştır. İsviçreli tarafın ehliyet ve temsil meselesine İsviçre hukukunun uygulanması gerektiği ve İsviçre hukukunda müşterek imza gerektiren durumlarda icazetin sonradan da verilebile-

²⁸ KLOPPENBERG, Lisa A./XIUWEN, Zhao: “Reforming Chinese Arbitration Law and Practices in the Global Economy”, U. Dayton L. Rev., C.31(3), 2006, s.438.

²⁹ QIU, Jin/ SHI-JIE, Xu: “Research on the Determination of the Validity of International Commercial Arbitration Agreement of China”, J. Arb. Stud., C.28, 2018, s.197. Aynı yönde Türk uygulaması için: (İstanbul BAM 3HD, 09.11.2022, 2343/2902) “Tahkim sözleşmesi veya şartının, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi yolundaki taraf iradesini tereddüte yol açmayacak şekilde içermesi gerekmektedir...sözleşmesinin 10. maddesinde uyuşmazlığını hakem kurulunda çözülmesi öngörülmüşse de, aynı maddenin sonunda İstanbul mahkemelerinin yetkili olduğunu kabul edildiği, bu durumda kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceği ve kural olarak mahkemelerin ihtilafı çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ve yargılamaya devam edilmesi gerektiği yolunda benzer başkaca kararların da bulunduğu gözetildiğinde, davacının istinaf talebinin kabulü...”

³⁰ QIU/SHI-JIE, s.201.

ceği şeklindeki itiraz mahkemece kabul görmeyip, tahkim anlaşmasının geçersizliğinden tenfiz talebinin reddine karar verilmiştir³¹.

Yine ICA tarafından verilen başka bir tahkim kararının tenfizinde, esas sözleşmede borçlunun imzası olmadığından bahisle tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedilmiştir³².

Ho Chi Minh Yüksek Mahkemesi esas sözleşmenin geçersizliğinden bahisle tahkim anlaşmasıyla esas sözleşmenin ayrılabilirliği ilkesine aykırı olarak tahkim anlaşmasının da geçersizliğine hükmetmiştir³³.

Endonezyalı şeker taciri, özel kişilerce şeker ithalatının yasak olduğunu bilmeden imzaladığını iddia ettiği şeker satım sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmediği gerekçesiyle tahkimi kaybetmiş, karar Endonezya’da tenfiz edilmek istendiğinde esas sözleşme Endonezya hukukunca hükümsüz olduğundan buna ilişkin tahkim şartının da hükümsüz olduğu sonucuna ulaşmıştır³⁴.

B. Kamu Düzeni Kavramının Geniş Yorumu

“Ben... kamu düzenine çok istinat edilmesine karşıyım, kamu düzeni son derece asi bir attır, bir kez bindiniz mi sizi nereye götüreceği belli olmaz.” (Richard v Mellish,1824-34)

Kamu düzenine aykırılık, tahkim kararına karşı iptal (NY md.6, UNCITRAL Model Law, Bölüm 7, md.39/2(b)(ii)) ve tanıma-tenfiz talebinin reddi gerekçesi olarak (NY md.5/2(b), UNCITRAL md. 36/2(b)(ii)) kararların icra edilirliğine etki göstermektedir. Tıpkı asi bir atın ruh hali gereği öngörülemez davranışlar sergilemesi gibi, kamu düzeni kavramı da çok yüksek soyutluk derecesi gereği öngörülemez yorumlara olanak vermektedir. Gerçekten de, kamu düzeni kavramı olabilecek en dar şekilde yorumlanmadıkça tahkim kararlarının içeriğine müdahale etmenin aracına dönüşebilmektedir, çünkü pek çok muhtelif kanaat onun soyut

³¹ **GIA**, Thien Le Nguyen: The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Vietnam, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück, Osnabrück 2019, s.155.

³² **GIA**, s.156.

³³ **GIA**, s.173.

³⁴ **PRATAMA**, Gede Aditya: Public Policy as a Ground for Refusing Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Indonesian Notion of Public Policy, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, University of Exeter Law School, Exeter 2017, s.32,33. Kumarın yasak olduğundan bahisle verilen aynı yöndeki karar için bk. **PRATAMA**, s.34.

şemsiyesi altına sığdırılabilir. Bu alt başlıkta tahkime hasmane tutumların büyük bir kaynağı olarak kamu düzeni kavramının dar yorumlanmamasına ilişkin ülke uygulamalarına değineceğiz.

STJ bir davada, hakem heyeti başkanının daha önce davanın taraflarından birinin borçlu-alacaklı ilişkisi içerisinde bulunduğu, başka davalarda onun menfaatlerini savunduğu bir hukuk şirketinin partneri olmasını hakemin tarafsızlığının şüpheye düştüğü gerekçesiyle kararın tenfiz talebinin reddiyle sonuçlandırmıştır. İşin incelikleri ve olayın detayları bize kapalı olduğundan bu kadarlık bilgiyle kararı değerlendirmek zor olabilir. Fakat şu detay önemlidir: bu tahkim Amerika’da görülmüş ve keyfiyet tenfiz talebinin reddi istemine konu edilmeden evvel tahkim yeri olan ABD’de tahkim kararının iptali davasına konu edilmiştir. ABD yargı mercii ise, keyfiyeti ispat için yeterli delil olmamasından ötürü kararın iptali istemini reddetmiştir. Tenfiz isteminin reddini kabul ederken STJ şu yargıya varmıştır: “Karar mercii kararını etkileyebilecek kişisel bir sebebin varlığına ilişkin en hafif bir şüphenin bile bulunmaması mahkeme kararlarının prestij ve hakkaniyetindedir”. Böyle bir kararın kabulünün Brezilya kamu düzenine aykırı olacağı savunulmuştur³⁵.

Çoğunluk görüşten bir yargıç, Brezilya yargısının “(y)abancı kararların ulusal sınırlardaki icra edilebilirliğini etkin bir şekilde kontrol etmeyi sağlayacak geniş bir özgürlüğe (wide freedom)” sahip olduğunu ifade etmiştir³⁶.

Tarafsızlığa ilişkin dikkate değer bir şüphe var idiyse ABD yargı mercii niçin ilgili Amerika mevzuatına (US Code Title:9 Chapter:1 Art.10) sığınarak tahkim kararını iptal etmedi? Sahip olduğumuz detay derecesi bize ABD’li yargı mercii’nin mi tarafsızlık şüphesini dikkate almada özensiz davrandığını, yoksa Brezilyalı yargı mercii’nin çoğunluk görüşünün mü yeterli şüphe olmamasına rağmen keyfiyeti karara New York Sözleşmesi ruhuna aykırı olarak müdahale etmek için araçsallaştırdığını kabul etmemize dayanak sağlayacak bilgi vermemektedir. Fakat önümüzdeki veri, Brezilya ve ABD’nin tahkim ve yargı müdahalesi ilişkisinin bağlamı içerisinde ele alınırsa, Brezilya’nın aleyhinde düşün-

³⁵ BARROZO, s.83.

³⁶ MACEDO, Lucas Pestana: “Public Policy Exception in Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil: The Abengoa Case”, FGV Direito SP, 2018, s.5.

memize sebep olacak şekilde yorumlanabilir. Bu yoruma karar hakkındaki bilgilerimizden, çoğunluk görüşten yaptığımız alıntı da destek vermektedir. Gerçekten bu alıntıdaki bakış açısı hukuki netice üzerinde devlet yargısının rolünü minimize etmeyi gerektiren New York ruhuy-la uyumsuzluk teşkil etmektedir.

Kamu düzeni kavramının geniş yorumlandığında hakimlerin elde ettiği geniş taktir yetkisinin gerekliliğine Hindistan yargı kararlarında da rastlanmaktadır. Bir Hint mahkemesi kararında kamu düzeni kavramının geniş yorumunu şöyle savunmaktadır: “Tahkim kararının geçerliliğini incelerken Hint kamu düzeni teriminin dar yorumlanmasına hiç gerek yoktur. Tam tersine geniş yorum tercih edilmelidir ki, hakem heyetinden “açıkça hukuk dışı (patently illegal)” olarak çıkmış olan karar iptal edilebilsin.” Açıkça hukuk aykırılık kavramının gündeme getirilmesi, pek çok yazar tarafından gözlemlendiği üzere, “Pandora’nın Kutusu”nu açmıştır; artık kaybeden taraf Hint mahkemesinden Hint hukukuna en basit düzeyde bile bir aykırılık olmayagörsün, kararın iptalini veya tenfizinin reddini sağlama imkanına erişmiştir. Bu yaklaşımla birlikte Hint hukukunda kamu düzeni kavramının hem tahkim taraftarı hem de tahkime müdahaleci tavrı içeren karışık ve tutarsız bir ele alınageldiği tespit edilmiştir³⁷.

Hindistan’da tahkim kararlarına müdahaleci yaklaşımı sergileyen Hint Yüksek Mahkemesi’nin bir kararında esas alınan hukukçu Nani Palkhivala’ya ait hukuki mütalası ve ardından karardan bir parça:

“Kamu düzeni doktrinine tüm genişliği vermek istemenizi takdir ediyorum. Özellikle, mahkemelerin esaslı bir adaletsizliğe sebep olacak

³⁷ DAR, Wasiq Abass: “Understanding Public Policy as an Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *Eur. J. Comp. L. & Governance*, C.2(4), 2015, s.334, 336. Kararın aynı istikamette başka bir yorumu için: MAHAJAN, Pallavi: “The Unruly Horse of Public Policy Exemption in the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in India”, *Institute of Development Studies*, 2015, s.8,9. Bangladeş’te Hindistan’daki “patent illegality” kavramıyla neredeyse aynı istikamette kullanılan “gross illegality” (hukuka ağır aykırılık) kavramı ve geniş yorumlanışının eleştirisi için bk.: MANIRUZZAMAN, A. F. Munir/CHISTI, Ijaz Ali: “International Arbitration and Public Policy Issues in the Indian Subcontinent: A Look through the English Common Law and International Lenses”, *Manchester Journal of International Economic Law*, C.16, 2019, s.207, 208. Ayrıca Bangladeş’te uluslararası kabullere aykırı olarak tahkim yeri Bangladeş olmayan tahkim kararlarının iptal davalarının görüldüğü hakkında: DAR, s.343.

türden aykırılıklara sahip bir tahkim kararının tartışmaya açılmasını sağlamak üzere müdahale etmelerine yönelik yorumunuzu destekliyorum. Eğer tahkim yargılaması adalet dağıtmıyorsa, gerçek bir alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması olamaz. O halde karar adaletsizlikle sonuçlanmışsa bu kararı Hint kamu düzenine aykırılık bağlamında değerlendirmek mahkemenin hakkıdır. Bu mülahazadan anlaşılmalıdır ki Hint kamu düzeni kavramını dar yorumlamak lazım gelmez. Yasamanın maksadına göre kavram geniş veya dar yorumlanabilir. ... (b)izce geniş yorumlanmalıdır ki ... Kamu yararı veya esenliğine zarar veren tandansta bir sözleşmenin kamu düzenine aykırı olduğu tartışılmaz. Bunlara neyin zarar verdiği zamana ve zemine göre değişir. Yasama genelde değişen ihtiyaç ve değerlere ayak uyduramaz, onun tüm tikel olayları değerlendirdiğini düşünmek de gerçekçi değildir. O halde, mahkemelerin bu boşluğu doldurması sadece gerekli değil aynı zamanda bir ödevdir. Bu boşluğun doldurulması, tabii ki, yargının hukuk yaratmasıdır. Bu hukuk yaratma, toplumun amaçlarını öne çıkarma, toplumun değerlerini..."³⁸

Karardan alıntılanan bu görüş, tenfiz talebinin reddinin alelade bir gerekçesi olmanın çok ötesinde hususlar barındırmaktadır. Gerekçe, mahkemenin adaleti sağlama görevinden başlatılmaktadır. Nasıl ki mahkeme adaleti sağlama görevinden vazgeçemez ve bunu ifa etme yetkisini devredemez, o halde tahkim kararı üzerinde denetim sağlayan araçları alelittlak dar yorumlama "hakkı" yoktur; çünkü bu durum adaleti sağlama görevine aykırıdır. Mahkeme, adaleti sağlama görev ve yetkisini Anayasa'dan yani toplumsal sözleşmeden aldığına göre hukuk yaratırken toplumun değerlerini ve amaçlarını öne çıkarmalıdır. Bu akıl yürütme, Hint mahkemesi tarafından, Hint toplumunun değer ve amaçları baz alınarak, uluslararası tahkim kararlarının adalete uygunluğunu en üst düzeyde denetlemek maksadıyla, kamu düzeni kavramını gerektiğinde geniş yorumlanmasını ve tahkim kararlarının Hindistan'da uygulanabilirliğinin bu surette belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Taktir edilecektir ki bu paradigma, New York Sözleşmesi'ndekinden tamamen kaymış durumdadır.

³⁸ Supreme Court of India, Oil & Natural Gas Corporation Ltd. v. SAW Pipes Ltd. (17/04/2003) <<https://main.sci.gov.in/judgment/judis/19058.pdf>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Pakistan'da, kamu düzeni kavramının; "Public policy, therefore, means any act the allowing of which would be against the general interests of the community. This policy has involved itself with the growth of organised society. Certain standards in the domain of morality, used in widest sense, have assumed sanctity on account of the acceptance by the general community. Therefore, any agreement which would destroy these standards or adversely affect the development of society or its organisation have to be viewed from this angle and it is here the principle of public policy is born." şeklindeki tanımı, kavramın "asilğine" pek değinmemiş gözükmektedir. Sindh Yüksek Mahkemesi bir kararda kamu düzeninin ihlalini doğuran ilgili şu hususlara yer verir:

- i. Savaş vakti düşmanla ticaret yapmak;
- ii. Ortak hukuka veya yasalara göre yasak olmak;
- iii. İyi yönetime dahili ve harici meselelerde zarar verici olmak
- iv. Adalet mekanizmasının düzgün işleyişine karışarak; soruşturma, davaya müdahale, taraf değişikliği ve saireye mani olmak
- v. Aile yaşamını zedelemek
- vi. Ekonomik olarak kamu yararına aykırı olmak

Bu unsurlara ek (veya 2.unsurun bir parçası) olarak İslam hukukuna aykırılık teşkil eden hususlarda da kamu düzeni ilkesinin çalıştırıldığı görülmektedir. Kumar borcuna ilişkin bir karar, kumarın Pakistan hukuku ve İslam hukukuna göre yasak olmasından bahisle tenfiz edilmemiştir. Pakistan Yüksek Mahkemesi, Federal Şariat Mahkemesi'nin faizin her ne isim ve şekil altında olursa olsun yasak olduğunda ilişkin kararını benimsemiştir. Fakat daha sonra Federal Şariat Mahkemesi'nde bu karar revize edilmiştir. Daha sonra, faiz öngören tahkim kararları, faiz hakkındaki son revizyona uygun olup olmadıklarına göre kabul edilmeye devam etmiştir. Bu değerlendirmelerden anlaşılmaktadır ki Pakistan'da kamu düzeni kavramı geniş yorumlanmanın yanı sıra İslam hukuku kurallarının da kamu düzeni şemsiyesi altında tahkim kararlarının (ve genel olarak yabancı kararların) tanıma-tenfizinde uygulanmasına zemin teşkil etmektedir³⁹.

³⁹ SHARIF, Ammara/ALI, Shan/ BALOCH, Sumaira: "Public Policy In Pakistan A Roadblock To The Execution Of Foreign Arbitral Award", Pakistan Journal of Social Research, C.4(2), 2022, s.895, 901.

Endonezya’da Yüksek Mahkemenin de onadığı bir tenfizin isteminin reddi kararında, tahkim yargulamaları sırasında eşitlik ilkesine aykırı davranıldığından bahsedilmiştir. Konuyu inceleyen yazar, bu kararı ABD ve İngiltere’den muadilleriyle karşılaştırarak, kararın NY politikasını yansıtmaktan uzak olduğu, zira kamu düzeni kriterini ABD ve İngiliz muadillerinden daha geniş yorumladığı sonucuna ulaşmıştır⁴⁰.

İsviçre’de elde edilen tahkim kararını Endonezya’da tenfiz edilmek istendiğinde, Karaha Bodas Mahkemesi’nin kamu düzeni kriterini geniş yorumlaması engeliyle karşılaşmıştır. Mahkeme, herhangi bir gerekçe sunmadan, tahkim kararının Endonezya’nın ekonomik menfaatleriyle çatıştığını, hakem heyetinin Endonezya hukukunu dikkate almadığını ve hakem heyetinin teşekkülünün tarafların anlaşmasına aykırı olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Bu kadar geniş bir yorumla, mahkemenin en küçük bir hukuka aykırılık tespitini bile kamu düzeni kavramı çerçevesinde kararın tenfizin reddi gerekçesi yapabileceği ifade edilmiştir⁴¹.

C. Uygulanabilirliği Etkileyen Diğer Hususlar

Bu (3.) bölümde ülkelerin tahkime hasmane tutumlarına ilişkin pek çok örnek getirebilmiş olsak da, bu mülahaza bütüncül bir değerlendirme olmaktan uzak kalmıştır. Bu sebeple getirdiğimiz örneklerin tüketici ve hatta temsil edici bile olmadığını ifade etmek, bu ülkelerin hukuklarında tahkim taraftarı pek çok uygulamanın da var olduğunun altını çizmek gerekir.

Ayrıca bu hukuk sistemlerinde tahkime hasmane pek çok tutum daha bulunmaktadır. Mesela Vietnam’da tenfiz edilmek istenen uluslararası tahkim kararlarının %51’i tenfiz edilmemektedir. Bu %51’in %70’i (totalde %35.7) 2015’ten önce 1 yıl, artık 3 yıl olan ve tahkim kararının yürürlüğe girdiği günden başlayan tenfiz talebi için hak düşürücü sürenin⁴² dolmasından ötürü reddedilmektedir⁴³.

⁴⁰ PRATAMA, s.31.

⁴¹ LUMBANTOBING, John: “The 1958 New York Convention in Indonesia: History and Commentaries Beyond Monism-Dualism”, *Indonesia Law Review*, C.9(3), 2019, s.230.

⁴² Vietnam tahkim hukukunda hak düşürücü sürenin tarihsel gelişimi için bk.: GIA,1s.05-114.

⁴³ Vietnam Adalet Bakanlığı: <<https://moj.gov.vn/tttp/Pages/dlcn-va-th-tai-Viet-Nam.aspx>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Ülkelerin doktrinindeki eleştiriler

Tahkime hasmane tutumlar içerisinde ele aldığımız kararları araştırmış olan yazarların yorum ve eleştirileri, şu 4 başlık altında toplanabilir:

1. Günümüzde, tahkim hukukunun temel kavramlarının yorumlanışının öneminin yanında, devletin mevzuatı ve uluslararası antlaşmalara katılıp katılmadığı ikincil öneme sahiptir. Zaten pek çok ülkenin tahkim mevzuatı New York Sözleşmesi rejimine geçmeden önceki haliyle son derece yakın kalmıştır. Adı değişse de tenfize engel olan bir soyut kavram var olagelmıştır. Zaten asıl sorun bu kavramın varlığında değil yorumundadır⁴⁴.

2. Kamu düzeni kavramını; tahkime hasmane davranan ülkelerin “milli kamu düzeni” şeklinde yorumlayıp milli hukuklarındaki kriterlere uygulama alanı açtıkları; buna karşın tahkime daha sıcak bakan ülkelerin “uluslararası kamu düzeni” şeklinde yorumlayıp bu kavramın şemsiyesi altında kendi hukuklarındaki ve anlayışlarındaki hukuki kriterlerden çok daha az müdahaleci olan uluslararası esasları işlettikleri görülmektedir⁴⁵.

3. İşbu hasmane tutumlar; tahkime sıcak baktığı bilinen ülkelerin mevzuat ve içtihatlarındaki kurum ve yorumlarla mukayese edildiğinde⁴⁶, tahkim kararlarının icrasını önemli ölçüde zorlaştıran hukuki engeller teşkil etmektedir.

⁴⁴ Endonezya için bk. **LUMBANTOBING**, s.228. Vietnam: **GIA**, s.187-189. Çin: **KLOPPENBERG/XIUWEN**, s.428, 435.

⁴⁵ Böylesi bir ayırım, ülkelerin milli hukuk sistemlerindeki kriterleri, NY ruhuna uygun olarak tahkimin uygulanabilirliğinin lehine kısıtlandırmak için getirilmiştir. (**DAR**, 323). Çin’de mahkemelerin “yerel korumacılık” (local protectionism) yaptıkları, yerel tacirleri bürokratik baskılar sonucu korudukları ve bunun tenfiz taleplerinin reddine yansması hakkında: **CHEN**, An: “Is Enforcement of Arbitral Awards an Issue for Consideration and Improvement? – The Case of China” Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda (Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD, 2005, s.4.

⁴⁶ Vietnam ve Alman hukukunda “tahkime gidilebilirliğin subjektif boyutu”nun uygulanması hakkında bir mukayese: **GIA**, s.155; tahkim sözleşmesiyle esas sözleşmenin ayrılabilirliği hakkında mukayese: **GIA**, s.159, kamu düzeni kavramının milli-milletlerarası değerlendirilişi hakkında mukayese: **GIA**, s.186. Hindistan ve Amerika arasında kamu düzeninin kapsamı hakkında mukayese ve Hindistan’ın eleştirisi: **MAHAJAN**, s.8 ve dipnot 40. Çin’deki tahkim şartlarının mukayese ve eleştirisi: **QIU/SHI-JIE**, s.201, 205. İngiltere, Singapur ve Hong Kong gibi tahkime taraftar

4. Bu tutumlar, tutumu sergileyen ülkenin tacirler nezdinde uluslararası ticaret ve yatırım için elverişliliğinin azalması ve dolayısıyla ekonomik zararına sebep olması yönünde sonuç doğurmaktadır⁴⁷.

Sözgelimi Brezilya’da tanıma-tenfizin reddi kararlarının 3/4’ünün tahkim anlaşmasına uygulanan sıkı kriterlerden kaynaklandığı, bu kriterlere aykırı tahkim anlaşmasına dayalı kararın Brezilya’nın “milli kamu düzenine” aykırılık teşkil etmesine bağlandığı, anlaşmanın geçerliliğine NY şartlarının uygulanmadığı ifade edilmiştir⁴⁸. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun Brezilya hukuku değil NY md.2 olması gerektiği ifade edilmiştir. Kabulü, ancak ve ancak uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil edecek bir tahkim anlaşması geçersiz sayılmalıdır⁴⁹. Eğer bu görüş kabul edilirse, Brezilya hukukundaki katı geçerlilik şartlarının süzgecinden geçemeyen tahkim klotları da geçerlilik kazanabilecek ve onlara dayalı tahkim süreci ve kararı işlerlik kazanabilecektir.

Brezilya’da NY’a katılmanın, yabancı taraflar için hukuki öngörülebilirliği artırdığı söylenebilirse de, tanıma tenfiz konusunda eski tah-

gelişmiş ülkelerin, tahkime hasmane ülkelerden farklı olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini “in favorem validitatis” kuralına göre belirlediği, yani tahkim anlaşmasının geçerliliğine fix bir hukuk uygulamakta diretmeyp esas olarak anlaşmaya ayakta tutmaya odaklandıkları hakkında: **TZENG**, Peter: “Favoring Validity: The Hidden Choice of Law Rule for Arbitration Agreements”, *American Review of International Arbitration*, C.27(3), 2016, s.3, 28.

⁴⁷ Mesela: **QIU/SHI-JIE**, s.203.

⁴⁸ **FORNASAR**, s.124-127. Farklı bir karar (Kamu düzeni başlığında yer verdiğim ilk karar) için aynı yönde bir yorum: “STJ, NY’daki kamu düzeni kriterini uluslararası kamu düzeni olarak yorumlamaktansa, hatalı olarak ülkenin kamu düzeni şeklinde yorumlamıştır.” (**MACEDO**, s.7). Brezilya’da kamu düzeni kavramının “milli” yorumlanışı hakkında bk.:**BARROZO**, s.77. Brezilya’nın tahkim kararlarının tanıma-tenfizinde istediği amaçlara ulaşamamasının sebebi olarak ulusal egemenlik gibi tenfizin reddi sebepleri içinde yer alan kamusal özellikli kavramların yorumunun rolünün tespiti için bk. **RUSAKOVA**, Ekaterina/**FROLOVA**, Evgenia/**KUPCHINA**, Ekaterina/**OCAQLI**, Ulvi: “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the Federative Republic of Brazil”, *International E-Journal of Advances in Social Sciences*, C.16(6), 2020, s.121.

⁴⁹ **FORNASAR**, s.117, 118. Mesela bu çalışmada 2.A başlığında 24 ve 25.dipnotların bulunduğu kararda tahkim anlaşmasının geçerliliğine NY md.2 uygulansaydı, olaydaki mesaj teatisinde yapılan tahkim anlaşması geçerli sayılacaktı.

kim kanunundan pek de farklı değişiklikler getirmediği tespit edilmiştir⁵⁰.

Pakistan, kamu düzeni kavramını ILA'nın önerdiği uluslararası kamu düzeni yerine milli kamu düzeni şeklinde yorumlayan "monist" ülkelerdendir. Pakistan'da kamu düzeni kavramını tanımlayan bir kanun bulunmamakta, kavram aşırı geniş ve belirsiz bir şekilde yorumlanmaktadır. Pakistan'da uluslararası kamu düzeni anlayışı gelişmediği için yabancı tahkim kararlarına daha çok engel çıkmakta ve uluslararası ticaret bakımından itibarını düşürmektedir. Bu durum kamu düzeninin global standartlarda inşa edilmeyişini sonucu olarak görülebilir. Kavramın belirsiz yorumu, mahkemelere, tarafların uyuşmazlık üzerindeki otonomilerini kaybetme riski yaratacak şekilde -ki bu otonominin elde edilmesi, daha başta tahkime gidilmesinin birincil sebebidir- takdir yetkisi vermektedir⁵¹.

Bangladeş mahkemelerinin çok kez yabancı tahkim kararlarının tanıma-tenfizinin reddi kapsamında kamu düzeninin yorumu hakkında arkaik ve dar görüşlü davrandığı gözlemlenmiştir. Bu durum uluslararası ticari tahkim konusunda Bangladeş'in global iş çevrelerindeki imajını güçlü bir şekilde zedelemiştir⁵².

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

I. Çalışmamda, tahkim kararlarının gücünün ne kadarını tacirler arası toplumun sosyo-ekonomik ilişkileri ve ticaret örgütlerinin bu nitelikteki yaptırımlarından, ne kadarını devlet yargısına bağlı cebrî icra kurumundan aldığını inceledim. Uluslararası Pamuk Birliği (ICA)'nin kara listesini ve tahkim istatistiklerini analiz ettiğim birinci bölümde,

⁵⁰ BARROZO, s.74.

⁵¹ SHARIF/ALI/BALACH, s.901.

⁵² DAR, s.342. Endonezya'da da İngiltere ve ABD gibi tahkim taraftarı ülkelerden farklı olarak kamu düzeninin milli kamu düzeni şeklinde algılanıp ve geniş yorumlanmasının, Yüksek Mahkeme'nin bu yoruma katılmasının, sıkça tahkim kararlarının tanıma-tenfizinin reddi sonucunu doğurması hakkında bk. PRATAMA, s.29, 37. Hindistan'ın yorumlarının yatırımcılar ve tacirler için önemi hk. bk.: DAR, s.338; MAHAJAN, s.8. Çin'de tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanan sıkı şartların, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ortamda uluslararası competitiveness, credibility and influence'ına zarar verdiği hakkında: QIU/SHI-JIE, s.206 ; CHEN, s.7.

a. Pamuk metaı üzerinde uluslararası ticari uyuşmazlıklar üretmeye elverişli ekonomik ilişkilerin üç temel basamağı olan üretim-ticaret-sanayide ülkelerin aldıkları paylarla doğru orantılı olarak uyruklarının ICA tahkiminde taraf sıfatıyla yer aldıkları tespit edilmiştir.

b. Ülke bazında kara listeye girme oranlarına kabaca bakıldığında, tahkime taraf olma oranlarına -bunların da pamuk ekonomisindeki payların oranına- yakın olduğu görülmüştür.

c. Batı Avrupa ve Kuzey Amerika ülkeleriyle Singapur ve Hong Kong'un, pamuk ekonomisindeki payları ve ICA tahkimine taraf olma oranları ne kadar artarsa artsın bu ülkelerden kara listeye giriş sayılarının çok önemli ölçüde düşük kaldığı gözlemlenmiştir. Buna karşın Vietnam, Brezilya, Endonezya, Türkiye, Bangladeş, Çin, Hindistan ve Pakistan'ın deminki ülkeler gibi bir başarısından bahsetmek mümkün değildir.

II. Çalışmanın ikinci bölümünde, tahkim alanında yapılmış anket çalışmalarının çalışmamız için önem arz eden verileri incelenerek;

d. Tacirler için ülkeleri tahkime elverişli yapan sebeplerin başında hukuk sisteminin tahkime taraftar veya hasmane olması gelmektedir.

e. Tahkime elverişli ülkeler gerek tahkim yeri, gerekse, alacaklının birden fazla yerde malı olduğu taktirde, icra yeri olarak teveccüh görmektedir.

f. Tacirler indinde tahkime taraftar ülkelerin tahkime elverişli kılan temel hukuki özellikler, yerel mahkemelerin tahkime destek vermesi, yerel hukuk sisteminin nötrlüğü, tahkim anlaşmaları ile nihai ve ara kararlarına icra edilebilirlik desteğı ve yargının politika-dan bağımsızlığıdır.

g. Tahkim kararlarına gönüllü uyma davranışı her ne kadar epey yaygın olsa da bu yaygınlık coğrafi düzlemde eşit nicelikte olmayıp, en kaba deyimle kuzey-batıdan güney-doğuya gittikçe azalmaktadır.

h. Kararların icrasında yaşanan sorunlarda birinci sırayı icrayı kabil mallarla ilgili sorunlar oluştururken bunu icra edilecek ülkenin hukuk sistemi takip etmektedir. Bu iki mesele yine icra edilecek ülke seçilirken en çok dikkat edilen hususları teşkil etmektedir.

i. Devletlerin tahkime hukuki desteği, sadece tahkim kararlarına tarafların gönüllü uymasını sağlamada değil, tarafların uzlaşma aşamasında da süreci etkileyici rol oynamaktadır.

j. Tahkim kararlarının icra edilebilirliği tacirler tarafından hem günümüzde hem de gelecekte tahkimin önemli ve belirleyici özelliklerinde başta gelmektedir; gelecekte de belirleyici olarak algılanması, anketörlerce, 1958 Sözleşmesi'nin mevzuat düzeyindeki küresel başarısını pratik uygulamalar itibariyle aynı ölçüde sürdürmekte zorlanmasına bağlanmıştır.

k. Tahkimin avantajlarından gösterilen "mahalli hukukları ve mahkemeleri önleme" ve dezavantaj olarak gösterilen "yerel mahkemenin müdahalesi" ile tahkimde -hele hele devlet yargısının uhdesindeki bir- temyize karşı çıkış, tarafların devlet desteğine duydukları talebin devlet müdahalesinden arındırılmış bir destek olduğunu göstermektedir.

l. Tahkimin tarafları, esasa ilişkin kararların yanı sıra bilhassa geçici hukuki koruma sağlayan kararların da icra edilebilirliğine ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyacın yoğunluğu, tarafların, bu kararların temini için tahkime değil doğrudan doğruya devlet yargısına başvurmalarıyla sonuçlanabilecek düzeydedir.

III. Çalışmanın üçüncü bölümünde, tahkime hasmane ülkelerin mevzuatlarında ve özellikle içtihatlarında yerleşmiş olup süreklilik arz eden tahkim karşıtı tavırlara işaret edilmiş, çeşitli hukukçuların bu istikametteki tespitlerine yer verilmiştir.

m. Tahkime hasmane hukuk sistemlerinde; tikel nitelikte olmayıp bazen soyut hukuk normu olarak, bazense emsal karar niteliği kazanarak geleceğe yönelik uygulanabilirlik beklentisi oluşturmuş tahkim karşıtı unsurlar bulunmaktadır⁵³.

n. Tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarının dar, tahkim kararının iptaline yahut tenfizinin reddine sebep olan gerekçelerin geniş yorumlanması, bu unsurlardan önemli iki tanesidir zira bu iki unsurda tahkime hasmane tavır geliştirilmesi doğrudan doğruya tahkimin en önemli özelliği diyebileceğimiz kararların icra edilebilirliğine hanel getirmektedir.

⁵³ Anketlerde tahkim anlaşmalarının ve kararlarının etkililiğinin yerel hukuk sisteminde korunmasına verilen önem için bkz. yuk. f maddesi.

V. EKONOMİK, SOSYOLOJİK VE TEORİK ANALİZ

A. Neden Böyle Oluyor? Tahkime Hasmane Tavrın Dolaylı Etkisi ve Borçlunun Mikroekonomik Stratejisi

Tahkime hasmane yerleşik hukuki unsurların özellikle içtihatlarda kendini gösterdiği ve çeşitli soyut kavramların ve müesseselerin belirli yönde yorumlanması niteliğinde olduğu ifade edildi. Peki bu yorum tarzı neden gönüllü uyma davranışının azalmasına sebep oluyor? Bu soru özellikle, tenfiz davası süresi boyunca tahkim kararında hükmedilen para alacağına işlenecek faizin ve yargılama giderlerinin kararın tenfiz edilmesi ihtimalinde borçlu için sebep olacağı ek maliyet de göz önüne alınarak, karara uymamanın riskli bir davranış olduğu düşünüldüğüne önemini artırmaktadır. Yani geç ödeme, tacir için ekonomik zarara sebep olmakta ise rasyonel davranışın erken ödeme olduğu düşünülebilir. Fakat gönüllü uyma davranışında bulunmayan tacir; tenfiz talebinin reddedilme ve tahkim kararında hükmedilen borçtan da belki ilelebet, belki çok uzun bir süre kurtulmuş olma ihtimalini daha kuvvetli görmektedir. Bu ihtimal-zarar denklemini kurabilmek için tahkim kararına ödeme gününe kadar işleyecek reel faizin⁵⁴ ve bu faizin işleyeceği sürenin bilinmesi gerekmektedir. Türk Yargıtayı'nın rastgele 20 kararında, tahkim kararının tarihiyle tenfiz talebine ilişkin temyiz kararının verildiği tarih gösterilmiştir^{55,56}.

⁵⁴ Karara uymamanın tacir için gerçek maliyetini nominal faizle ölçmemiz doğru olmayacaktır zira enflasyonun faizden yüksek olduğu bir ortamda tahkim kararına uymamak kârlı bile olabilir. Öte yandan gönüllü uymamanın diğer ekonomik maliyetleri olan harç, yargılama giderleri ve vekalet ücreti hesaplarımıza eklenmemiştir. Çünkü hesaplamamızı Türkiye örneğinde yaptık ve Türk Yargıtayı'nın farklı daireleri bu giderlerin maktu mu nispi mi olduğu hususunu farklı yorumlamaktaydı (bk. **TARMAN**, Zeynep Derya: "Yabancı Hakem ve Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar, Public and Private International Law Bulletin, C.37(2), 2017, s.805-807. Yazar, kanun değişikliğinden evvel, kanunun nispi şeklinde yorumlanması fakat kanun değiştirilip giderler maktu düzenlenerek sorunun çözülmesi gerektiğini savunmaktaydı). Kanunda yapılan değişiklikle (**ŞANLI**, Cemal/**ESEN**, Emre/**ATAMAN-FİGANMEŞE**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 8.Baskı, İstanbul 2020, s.713, not 614 ; 6728 sk., RG: 9 Ağustos 2016) tahkim yargılamasındaki giderler maktu hale getirilerek, genelde konusu yüzbinler veya milyonlarca dolarla ifade edilen tahkim uyuşmazlıklarının tenfizinde göz ardı edilebilir ölçüde düşük kaldı.

⁵⁵ Ödeme günü, Yargıtay kararına borçlunun uyması veya ilamlı icranın sonuçlanmaması hallerinde de işecek, icra takibi halinde borçlu için ek bir maliyet olarak icra sü-

	Tah kim kararının tarihi	İlk derece kararının tarihi	Tem yiz kararının tarihi	İlk derece kararıyla temyiz kararı arasında geçen süre	Tah kim kararıyla temyiz kararı arasında geçen süre	Para birimi, faiz oranı, devre süresi
6H D., 19.06.2023, 1902/2401	25.0 5.2018	06.0 4.2021	19.0 6.2023	2 yıl 2 ay	5 yıl 1 ay	
11H D., 17.01.2014, 12075/1027	05/0 4/2011	19.0 2.2013	17.0 1.2014	11 ay	2 yıl 9 ay	USD , %5, 3 ay
11H D., 30.03.2021, 2098/3091	30/1 0/2015	04.0 4.2017	30.0 3.2021	3 yıl 11 ay	5 yıl 5 ay	USD , %4, 3 ay
11H D., 17.12.2020, 4636/5941	18.0 1.2012	24.0 5.2017	17.1 2.2020	3 yıl 7 ay	8 yıl 11 ay	
11H D., 04.04.2022, 7196/2796	29.0 1.2019	19.0 2.2020	04.0 4.2022	2 yıl 2 ay	3 yıl 3 ay	
19H D., 29.05.2013, 5305/9912	15.0 2.2011	?	29.0 5.2013	?	2 yıl 3 ay	
19H D., 25.03.2016, 14315/5496	12.0 9.2012	09.1 0.2013	25.0 3.2016	2 yıl 5 ay	3 yıl 6 ay	
19H D., 06.03.2014, 208/4501	05.1 2.2012	?	06.0 3.2014	?	1 yıl 3 ay	
11H D., 08.06.2021, 3175/4874	20.0 6.2016	19.1 0.2017	08.0 6.2021	3 yıl 8 ay	5 yıl	

resinde geçen faiz ile icra vekalet ücreti de oluşacaktır fakat Yargıtay kararlarından sonraki aşamaların bilgisine ulaşamadığımız için bu ihtimali yok sayalım.

⁵⁶ Daha dakik bir neticeye, daha çok veri üzerinde çalışılarak ulaşılabilir.

D., 22.04.2021, 5959/3966	11H 13.0 1.2015	07.0 6.2017	22.0 4.2021	3 yıl 10 ay	6 yıl 3 ay	
D., 25.05.2021, 4093/4406	11H 18.0 4.2011	03.0 2.2017	25.0 5.2021	4 yıl 3 ay	10 yıl 1 ay	
D., 09.07.2015, 27460/23707	13H 8.2.2 007	?	09.0 7.2015	?	8 yıl 5 ay	
D., 26.04.2016, 9557/4688	11H 19.1 1.2012	10/0 2/2015	26/0 4/2016	1 yıl 2 ay	3 yıl 5 ay	
D., 10.10.2017, 2114/5181	11H 24.0 4.2014	05.0 3.2015	10.1 0.2017	2 yıl 7 ay	3 yıl 6 ay	
D., 24.01.2023, 262/501	11H 27.0 4.2015	28.1 1.2018	24.0 1.2023	4 yıl 10 ay	7 yıl 9 ay	
D., 27.02.2014, 5999/1376	15H 12.0 2.2009	07.0 3.2012	27.0 2.2014	1 yıl 11 ay	5 yıl	
D., 11.06.2019, 3469/4259	11H 12/0 5/2014	26/0 1/2017	11.0 6.2019	2 yıl 5 ay	5 yıl 1 ay	
D., 11.06.2019, 5732/4264	11H 30/0 6/2014	08/1 2/2016	11.0 6.2019	2 yıl 6 ay	5 yıl	
D., 11.04.2014, 2083/7207	11H 19/0 8/2011	02.1 1.2012	11.0 4.2014	1 yıl 5 ay	2 yıl 8 ay	USD , %4.5, 3 ay
D., 20.05.2019, 2577/3958	11H 27.0 5.2013	05/0 7/2017	20.0 5.2019	1 yıl 10 ay	6 yıl	

Tahkim kararının temyizde kesinleşmesiyle karara gönüllü uyma davranışının tacirden beklenebilir hale gelmesi yani tahkim kararının kesinleşmesi arasındaki zaman farkının⁵⁷ ortalaması tam 5 yıldır.

Tahkim kararlarında öngörülen ortalama faizi de bulursak, tenfiz kabul edildiği ihtimalde sürecin tahkim kararına gönüllü uymayan tacire maliyetini hesaplayabiliriz. Şemadaki kararlardan pek çoğunda tahkim kararındaki faize değinilmişse de 3 tanesinde faizin miktarı belirtilmiştir. Bunların da ortalamasını alırsak; Amerikan doları bazında 3 ay devreyle bileştirilen %4.5 oranında nominal faizdir ki, örnek olarak %4.5 faizin uygulandığı kararın zaman aralığı olan 2011-2014'teki enflasyondan $(3.16, 2.07, 1.46)^{58}$ -3 yıldaki bileşik faiz toplamı olan %14.42'yi Fisher denklemi ile arındırırsak; yılda ortalama %2.415, 5 yılda %12.07 faiz hesaplarız.

$$\frac{\left(1 + \frac{14.42}{100}\right)^3 - 1}{\frac{\left(1 + \frac{6.69}{100}\right)^3}{3}} = \%2.415, \quad \%2.415 \times 5 = \%12.07 \text{ (Kolay ifade edilebilirlik için \%12 alalım)}$$

Şimdi gönüllü uyma davranışı ile tenfizden kesinleşmesi sonucu ödemeye cebredilen meblağların tacir için maliyetini karşılaştıralım:

Gönüllü uyma halinde ödenen meblağa a dersek, temyiz sonucunda oluşacak meblağ $\frac{112}{100} \times a = 1.12a$ olacak.

Şu an, tahkim kararına gönüllü uymama yolunu, yani tenfiz davasına maruz kalarak ve davada kararın tenfizine mani olmaya çalışarak aslında kararın tenfiz edilmeyeceği ihtimaline duyduğu güvenle hareket

⁵⁷ Bu süre, tahkim kararının kesinleştiği tarihten tenfiz davasının açılmasına kadar geçen, alacaklının dava bakımından bir hareket sergilemediği süreç ile tenfiz davasının açıldığı günden temyiz kararının verildiği güne kadar yargılamada geçen süreçten ibarettir.

⁵⁸ World Bank <<https://data.worldbank.org/indicator/FP.CPI.TOTL.ZG?locations=US>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

eden tacirin, aslında kararın tenfiz edilmeyeceğine ne kadar ihtimal biçtiğini hesaplayabiliriz⁵⁹.

x , tacirin düşüncesine göre kararın tenfiz edilme ihtimali, $1-x$ de tenfiz davasının başarıya ulaşmama ihtimali⁶⁰, a gönüllü uyma halinde ödenen meblağı belirten pozitif sayı olmak üzere;

$$x \times 1.12a < a \times (1 - x)$$

$$1.12x < 1 - x$$

$$2.12x < 1$$

$$x < \frac{1}{2.12}$$

$$x < \%47.169$$

Karara gönüllü uymayarak tenfizin başarı ihtimali ve -buna bağlı olarak- reel faizin ek maliyet teşkil etme riskini alan çünkü bu risk zarar çarpımının büyüklüğünü karara gönüllü uymayarak -yani kararın hükmettiği meblağ olan a 'yı ödemeyerek- kararın tenfizinin başarısız olacağı ihtimali çarpı a büyüklüğünden daha üstün, daha büyük gören tacir, tenfiz edilme ihtimalini %47'den düşük olarak değerlendirmektedir.

Onun stratejilerine yön verdiği matematiksel bir analizle anlaşılan bu kanı, aslında "gerçek" tenfiz edilmeme ihtimaliyle örtüşmemektedir. Türkiye'de tenfiz davalarının alacaklı için başarılı sonuçlanma oranı %47'den çok daha yüksektir. Bu oran, başarılı olan tenfiz davaları tüm tenfiz davalarına bölünerek elde edilebilir⁶¹. Türk yargısının sağladığı

⁵⁹ Rasyonel davranış indinde bir davranışın tercih edilebilirliği; onun sağlayacağı fayda (i) ve bu faydaları gerçekleştirme olasılığı (ii) ile doğru orantılı olduğundan bu iki değerın çarpımını tercih edilebilirliğin kıstası olarak kabul edeceğiz.

⁶⁰ Bu ihtimal, tenfizin başarıya ulaşması fakat cebrî icranın başarıya ulaşmaması durumunu (yani davanın başarıya ulaşacağına inansa bile Türkiye'de malvarlığı olmadığı için gönüllü uyma davranışından çekinen borçlu tacirleri) da kapsasa bile, bunu inceleyecek bir veriye sahip olmadığımız için göz ardı etmek durumunda kaldık. Tahkim kararlarına gönüllü uymama davranışının, borçlunun kendisi aleyhinde tenfiz edilen tahkim kararının icra aşamasında alacaklının yaşayacağını bildiği imkansızlıklar veya zorluklardan kaynaklanan boyutu da çalışmamızda değindiğimiz meselelere yeni bir ışık tutacak nitelikte, bilimsel olarak çalışılmaya layık ve muhtaç bir konudur.

⁶¹ Şemada rastgele seçtiğimiz 20 karardan sadece 1'i kamu düzeni gerekçesiyle tenfiz talebinin reddiyle sonuçlanmıştı.

tüm veriler derlenerek böyle bir çalışmanın yapılması, ampirik hukuk araştırmaları bakımından yararlı olacaktır.

Gerçek tenfiz edilme oranı %47'den çok daha yüksek olmasına rağmen tacirler niçin tenfiz edilmeme beklentisine %53'ten fazla ihtimal biçmektedirler? Aslında tahkime hasmane tavırların (başka bir deyişle, tahkime taraftar tavırların yokluğunun) dolaylı etkisi kavramıyla çalışmanın başından beri arz ettiğimiz olgu, tam da bundan ibarettir: kamu düzeni gibi soyut kavramların geniş, tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarını sıkı yorumlamak, tahkim yargılamasının kaybeden tarafını teşkil eden tacirlerde, kendi aleyhindeki tahkim kararına başkaldırma, devlet yargısında şansını zorlama, muhtelif yollarla devlet yargısının kamu düzeni kavramını yeniden geniş yorumlamasını ve kendi aleyhindeki kararı da kapsamasını sağlamaya çalışma şevki uyandırmaktadır. Soyut kavramlar, asi bir at gibi oldukları için ne yapacakları belirsizdir; kaybeden taraflar bu belirsizlikten kazanabilecekleri tüm faydayı kazanmak uğrunda hareket etmektedir. Bu hareketin yargı kararlarına yansıyan 3 örneği:

Kararlar:

1. "Her ne kadar davalı taraf cevaba cevap dilekçesi ile "tahkim gerekirse" ifadesinden ötürü tahkim anlaşmasının kesin ve belirli olmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmüştü de; bu durumun tarafların tahkim anlaşması yapma iradesine şüphe düşürmediği, tarafların tacir olması nedeniyle sözleşmelere konan maddelerin hüküm ve sonuçlarını basiretli tacir olmanın gereği olarak bilmeleri gerektiği anılan ifadenin "anlaşmazlık halinde" olarak yorumlanması gerektiği kanaati ile davalı yan itirazı mahkemece dikkate alınmamıştır."⁶²

2. Bir tenfiz davasında, taraflar arasında Milletlerarası Tahkim Odası Tahkim Kuralları çerçevesinde yapılan tahkim yargılamasında atanan hakem ile davacı firmanın aynı milliyete tabi olmasını Akhisar Asliye Hukuk Mahkemesi, kamu düzenine aykırı bularak hakem kararının Türkiye'de tenfizi talebini reddetmiştir. Söz konusu tahkim yargılamasında davacı firma Alman firması olup tek hakem olarak atanan hakemin İsviçre'nin Alman kantonundan olması taraf-

⁶² İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi, 28.05.2019 tarihli ve 2019/52 E., 2019/261 K. sayılı kararı

ların eşitliği ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay, dava konusu uyuşmazlıkta hakemin tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortadan kaldıracak somut verilerin ortaya konulmadan yalnızca davacı firma ile hakemin milliyetini esas alarak tenfiz talebini reddeden alt mahkemenin kararını isabetli olarak bozmuştur.⁶³

3. Bileşik faize de hükmeden bir tahkim kararının tenfizinde “(d)avalı vekili, tenfiz için gerekli olan ön koşulların yerine getirilmediğini, taraflar arasında düzenlenen sözleşmede hukuken geçerli bir tahkim şartı bulunmadığını, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması nedeniyle bu hususun New York Konvansiyonu hükümleri çerçevesinde ayrı bir tenfiz engeli oluşturduğunu, hakem kararlarının kesinleşmediğini, tenfizi talep edilen hakem kararlarının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini savunarak asıl ve birleşen davanın reddini, ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasını, seferden men talebinin reddini istemiştir.” Çoğunluk görüş bileşik faizi kamu düzenine aykırı görmese de karşı oya göre “Uyarınca, temerrüt faizine faiz işletilmesi (mürekkep faiz / bileşik faiz) Türk kamu düzenine açık aykırılık teşkil etmektedir.”⁶⁴

Bu kararlarda öne sürülen talepleri yargı mercilerimizin -haklı olarak- reddetmeleri, talepte bulunanlarda, yargı merciinin tahkime karşı gerçekte olduğundan daha hasmane tutum takındığı izleniminin uyanmış olmasıyla açıklanabilir ki bu izlenim de zaman içinde yine aynı mercilerin geçmiş uygulamalarıyla inşa olunmuştur. Eğer devlet yargısı geçmişte tutarlı ve öngörülebilir bir tahkim taraftarlığı ortaya koymuş olsaydı, bu beklentinin oluşma yoğunluğu azalacaktı; öte yandan beklenen hasmane tavır gerçekçi olsaydı ilgili talepler kabul, tenfiz talebi reddedilirdi. Demekki belirli pratik ölçekte tahkime hasmane tavır, o pratik ölçeğin ötesine taşacak, yolu bir şekilde tahkimden geçmiş her kişi uyuşmazlıkta eli zayıfladığında kendi tahkim anlaşmasının da aslında geçersiz sayılması gerektiği çünkü tereddüde mahal bıraktığı unsuruna dayanmak isteyecek, birinci kararda görüldüğü gibi “tahkim gerekirse” lafzının tereddüde mahal bıraktığı bile öne sürülebilecektir. Mantıken, tahkim gerekirse lafzının, Yargıtay’ın da belirttiği gibi anlaşmazlık halinde lafzından hiçbir farkının olmadığı ortadadır. Anlaşmazlık halinde

⁶³ TARMAN, s.813.

⁶⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 25.05.2021 tarihli ve 2019/4093 E., 2021/4406 K. sayılı kararı

lafzının ismin bulunma hal kipiyle, belirli bir şartın gerçekleştiği zamanda olmaklığı ifade etmesinin yanında, tahkim gerekirse lafzı aynı şartı, koşul kipiyle, o şartın bir ihtimal olduğu gerçeğine atıfla ifade etmektedir. Fakat koşul kipi, koşulun gerçekleşmeme ihtimalini de akla getirdiği için, bu da bir tereddütü ifade ettiği için ilgili taraf buna dayanmak istemiştir; halbuki o tereddüt “anlaşmazlık halinde” lafzının manasında da aynen bulunmaktadır ve ortaya anlaşmazlık çıkıp çıkmayacağı ihtimali, tahkimin yetkili olup olmamasını tereddüde düşürme niteliğinden yoksundur. Yani taraf, dil bilgisi kurallarını zorlamak ve mantık hatasına düşmek pahasına aslında bir isteğin peşinden koşmaktadır: “Benim de tahkim anlaşmamı geçersiz sayın.”

Bu isteğinin rasyonelitesine gelince, ekonomik açıdan tenfiz davasının kaybedilme ihtimali, ortalama yıllık 2.41 reel faizle 5 yıl borçlanmak demektir. Amerikan dolarıyla ölçülmüş verilerimizin geçtiği 2011-2013 yılları arasında ABD’de banka kredilerinin reel faizi 1.1, 1.4 ve 1.5 olarak⁶⁵ (ortalama 1.33) gerçekleştiğine göre, tacir pahalı diyebileceğimiz bir krediye girmiş olmaktadır. Bunun rasyonelitesi, kendi ticari ve diğer ekonomik şartları içerisinde değerlendirilebilir⁶⁶.

Alacaklı tacir için ise bu davranış faiz getirisinin yanı sıra alacağına yıllar sonra kavuşması anlamı taşıyacaktır ki ticaretin akışı içerisinde alacağına erken kavuşmak geç ama faizle kavuşmaktan daha önemli olabilir. Bu sebeple, borçlunun tahkim kararına gönüllü uyması, büyük ihtimalle, alacaklı için daha istenen bir ihtimaldir. Ülkelerin yargı sistemleri için, tenfiz davaları iş yükü teşkil eder. Uluslararası ticaret ekosisteminin ve ülkelerin makro çerçevede gönüllü uymama halinden dolayı zararlar gördüğü öne sürülebilir.

Böylece, tahkime hasmane tavırların, bir ülkede reddedilen tenfiz talepleri üzerinde sahip olduğu doğrudan hasmane etkinin yanı sıra, borçluların stratejik hareketlerinin mikroekonomik analizinden anlaşıldığı kadarıyla bu doğrudan etkiden çok daha yüksek belirleyicilikte bir dolaylı etkiye sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple tahkime taraftar ülkelerle hasmane ülkelerin reddettikleri tenfiz talepleri arasında-

⁶⁵ World Bank, <<https://databank.worldbank.org/source/world-development-indicators/Series/FR.INR.RINR>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

⁶⁶ “Tahkime hasmane tavrın dolaylı etkisi ve borçlunun mikroekonomik stratejisi” şeklindeki başlığın ima ettiği üzere bu bölüm, bu mikroekonominin sadece hukuki boyutu üzerinde durmaktadır.

ki sayısal farktan daha büyük nicelikte bir beklenti farkı ve buna bağlı sosyal farklılıklar (bu kapsamda gönüllü uyma davranışlarındaki farklılık) oluşmaktadır.

B. Sosyo-ekonomik Yaptırımların Gücü: Doğal Hukuk, Doğal Sınırlar

Çalışmada elde ettiğimiz ikinci sonuç, kara listeye almak özelinde sosyo-ekonomik yaptırımların gücünün sınırlarına ilişkindir.

1. Caydırıcılık: Sosyo-ekonomik yaptırımların caydırıcılığının kaynağının yaptırımın gerçekleşmesinin kesinliği değil yaptırımın -eğer gerçekleşirse- vereceği zararın büyüklüğü olduğu açıktır. Kara listeye alınan kişiye yaptırımın asıl uygulandığı, icra edildiği an; tacirlerin ticaret örgütünün kara listesine bakarak o listedeki kişiyle ticarete girmekten çekindiği, bir diğer deyişle, tacirlerin birbirinden organik anlamda bağımsız, ferdi ve ekonomik nitelikteki hareketleriyle, ama ortak olarak paylaşılan bir iradenin cisimleşmesinin cümlesinden olarak kara listeye alınan kişiyi dışladığı, bu suretle onda bir zarar oluşturdukları andır. Yoksa bir listeye bir ismin yazılması, topluluktan ostrasist hamle gerçekleşmedikçe dürüstlüğe aykırı davranan kişiye ne zarar verebilir, eğer doğrudan veya dolaylı bir zarar vermeyecekse ne caydırıcılığı kalır? ⁶⁷Şu halde icra edilebilirliği tacirler topluluğunun ortak davranışına bağlı olan bu müeyyidelerin gerçekleşme öngörülebilirliklerinin zayıf olduğu ifade edilebilir.

Öngörülebilirlik ve etkinlik zaafiyetinin yanı sıra, sosyo-ekonomik müeyyidelerin hukuka aykırı davranana verebilecekleri zararın ölçüsüzlüğü de bir diğer aşırılıktır. Kara listeye giren kişi aleyhinde etkin bir boykot, kişinin gerçekleştirdiği hukuka aykırılığı ve yarattığı bireysel ve sosyal zararları son derece aşan, onun ekonomik mahvına sebep olan bir yok edici darbeye dönüşebilir. Bir diğer aşırılık ise, yaptırıma tabi tutulan kişinin içinde bulunduğu endüstriyi de bir bütün olarak etkileme ihtimalidir ki, bu halde hem yaptırımın verdiği zararın miktarı hem de yaptırımın yöneldiği hedef bakımından ölçüsüzlük söz konusu olacak-

⁶⁷ Caydırıcılığın oyun teorisinin kavramlarıyla kısaca açıklandığı bir mülahaza için bk. **DOORMAAL**, Jos van: Nonlegal Sanctioning in Private Legal Systems, 1.Baskı, Baden-Baden 2021, s.168-170. Genel anlamda hukuki yaptırımların oyun teorisiyle açıklanması yönünde bk. **PICKER**, Randal C.: "An Introduction to Game Theory and the Law" Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 22, 1994, s.3-7.

tır. Üçüncü bir sorun ise, özel sosyal kontrol sisteminin her ne kadar organize bir cebir kullanımı olmasa da bir şekilde teşkil ettiği sosyal belirleyiciliğin bu denli büyük ölçeklere taşıdığı rekabet hukukuna, oligopol yaşağına aykırılık teşkil edebilecek, bu hukuku takip eden kamusal sosyal kontrol sistemiyle çatışacaktır⁶⁸.

Ayrıca önceki başlıktaki, karara gönüllü uymayarak reel faiz riskine katlanma olgusunda görüldüğü üzere, zararın büyüklüğü yaptırımın kesinliğinden daha düşük caydırıcılığa sebep olmaktadır.

Sosyo-ekonomik müeyyidelerin yapısal sorunu denebilecek düşük öngörülebilirlik-ölçsüz zarar vericiliğin yanında cebrî icra, hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde uygulandığında öngörülebilirliğin son derece yüksek olduğu bir yaptırımdır.

2. Tazmin edicilik: Kara liste yaptırımı sadece caydırıcı işleve sahip olup zarar görenin zararının giderilmesi amacına hizmet edememektedir. Bu durumda alacaklı tacirin güvenilebileceği tek ihtimal borçlunun sosyo-ekonomik müeyyidenin ona verebileceği zarardan cayıp hukuka ve sözleşmeye uygun davranmasıdır. Gelgelelim, sosyo-ekonomik müeyyide;

a. Yaptırıma bağladığı hukuka aykırı davranışın kişiye sağladığı faydadan daha büyük zarar doğuramayabilir⁶⁹, bu durumda hukuka aykırı davranış rasyonel olmaya devam edecektir.

⁶⁸ DOORMAAL, s.27, 436, 437. Kara listeye almanın ihkak-ı hak yaşağını ihlal edebileceği hakkında bk. DOORMAAL, s.199.

⁶⁹ Bunda sosyo-ekonomik müeyyidenin kendi öngördüğü yaptırımın hafifliği yanında, çok farklı faktörler rol oynayabilir. Mesela bez ve iplik fabrikalarının kârlı bir şekilde çalışabilmeleri için ATMI'ya üye olmalarının gerekmediğini belirten Bernstein, bu durumun onların ATMI üyeliklerinin askıya alınması gibi bir sosyo-ekonomik yaptırıma karşı onları ekonomik anlamda bağışık kıldığını ifade etmektedir. "Gelgelelim, bez ve iplik fabrikaları tacirlere oranla daha az olduklarından bunların tahkim kararlarına uymaması tacirler ve bankalar indinde hızlıca bilinir hale gelmekte, işbu hal onların görece yüksek fiyatlarla yahut önce paranın ödemesi şartıyla karşılaşmasına sebep olmaktadır. Sonuç olarak tahkim kararlarına uymamaya bez ve iplik fabrikası ciddi finansal sıkıntıda olmadıkça rastlanmamaktadır. (BERNSTEIN (2001), s.1739). Yazar farklı bir makalesinde elmas ticaretindeki "aynı etnisiteden gelen ve dar bir coğrafyaya hasrolmuş küçük bir grubun üyeleri arasındaki sık tekrarlanan ilişkiler şeklinde ifade edilebilen "homojen topluluk rejimi" ile teknolojinin marketleri birbirine bağladığı, tacirlerin itibar hakkında bilgi ve haberlerin hızlı ve düşük maliyetli bir şekilde yayılabildiği "enformasyon araçları (information intermediaries) sistemi"nin elmas ticaretinde tacirler arası itibar

b. Yaptırıma bağladığı davranışı, onun sağladığı yarardan daha büyük bir zararla cezalandırır da borçlu irrasyonel davranabilir, bu durumda yaptırıma maruz kalır, bu maruziyet geleceğe yönelik caydırıcılık oluşturabilir ama zarar görenler artık zarar görmüştür.

a ihtimalinde sosyo-ekonomik müeyyidenin davranışı etkin cezalandıramaması riski⁷⁰, b ihtimalinde ise borçlunun yine de irrasyonel davranışı seçme riski oluşturacağı sosyal zarar bakımından evleviyetle alacaklının omuzlarına yüklenmiş durumdadır⁷¹. Alacaklı ekonomik şartların bir sosyo-ekonomik yaptırımı pratikte etkisiz kılmasının da, etkili olmasına rağmen borçlunun irrasyonel davranışının da risklerini birinci derecede omzunda taşıyacaktır. Cebrin kamusal sosyal kontrol sisteminin tekelinde olması, farklı özel sosyal kontrol sistemleri arasında bir tür serbest pazar bulunmasının ve bu sebeple tacirlerin işbu risklerini minimize eden arzlara yönelmelerinin tahkim sürecinin sonundaki etkililiğini sınırlandırmaktadır çünkü neticede devlet dışında hiçbir sosyal kontrol sistemi cebir kullanamamak bakımından eşittir. Bu da ticaret

zedelenmesine dayanan yaptırımları devletin yavaş işleyen mekanizmasının önüne geçirmeye yettiğini tespit etmiştir (BERNSTEIN, Lisa: "Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry", The Journal of Legal Studies, C.21(1), 1992, s.116). Tarih boyunca elmas ticaretini elinde bulunduran Yahudi toplulukların bu homojen grup yapısını sürdürdükleri için ostrasizme dayalı müeyyidelerin işlerliğinin yüksekliğini belirtmiştir (BERNSTEIN (1992), s.140,141). Ticari ilişkilerin tamamına şamil olarak özel sosyal kontrol sistemlerinin yaptırımlarının bağlı bulunduğu ekonomik, ticari, işletmesel ve sosyal esaslar için bk.CHARNY, David: "Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships", Harvard Law Review, C.104(2), 1990, s.419-424) Böylece tahkim kararlarına uymayanlara uygulanan yaptırımın gerçek gücü, kişilerin ve durumların ekonomik ve ticari özelliklere göre değişiklik göstermektedir.

⁷⁰ Çalışmamızda bütün kurguyu homo economicus ve homo rationalis modeli üzerinden yapmış olsak da, bu ancak bir soyutlama niteliğindedir, gerçekliğin içerisinde insanların irrasyonel davranma ihtimali (riski) her zaman mevcuttur.

⁷¹ Claire Lemerrier, "19.yy Fransız ve İngiliz iş çevrelerinde itibar zedelenmesine dayanan yaptırımlara güvenildiğine edildiğine dair neredeyse hiç delil bulamadığımı" ifade etmekte, Banker Sampson Samuel Lloyd'dan şu alıntıyı yapmaktadır: "Azıcık bile otoritesi olmayan bir heyete uyuşmazlıkların götürülmesi hususunda büyük bir gönülsüzlüğün varlığı görülmektedir." (LEMERCIER, C: "How do business-people like their courts? Evidence from mid-19th century France, England, and New York City" Joint Michigan Legal History Workshop/Law & Economics Workshop, 2015, s.29 ve not 93)

örgütlerinin seçilmesi aşamasında devlet yargısı indinde kararları en muteber olan örgütlerin pazarda ön plana çıkmasıyla neticelenmektedir (bk.anket. reputation and recognition)

Aslında sosyo-ekonomik yaptırımların icrası, örgütlü bir toplumsal davranış niteliğinde değildir. Tahkim kararı ve ticaret örgütüne bağlı ilgili birimlerin bu karara uymayanların kara listeye geçirilip yayınlanmasını sağlaması bir organizasyon işi olsa da, yaptırımı asıl gerçekleştiren güç tacirlerin tek tek sergiledikleri ve ekonomik nitelikte olan bireysel davranışlardır⁷². Burada icra gücü, özel hukuk kişilerinin; homo economicusların sergilemekte ve sergilememekte tamamen özgür oldukları ve hukuki yapısı gereği aslında bir özel hukuk muamelesi olan davranışlara dayanmakla, işbu özel hukuk kişileri bir yandan bağlı buldukları sosyal kontrol sisteminin icra gücünü teşkil etmektedirler; organik anlamda olmasa da (çünkü böyle bir icra organizasyonu bulunmamaktadır, şu haliyle bile rekabet hukukuyla çatışabilen sistem, eğer icra hususunda da organize olsaydı devletin cebir tekeliyle ve oligopoli yasayla tamamen zıtlaşırdı) fonksiyonel anlamda. Özel sosyal kontrolünün sınırları içinde kalan tacirler toplumu, küçük bir organizasyonla oluşturduğu ticaret örgütlerine bağlı tahkim kararlarını, sıfır organizasyonel emeğe, yüzde yüz bireysel, özel inisiyatife⁷³ dayanan sosyo-ekonomik

⁷² Benzer bir statüko devler hukukunda da gözlemlenmektedir. “Devletlerin uluslararası yatırım tahkimi kararlarına uymamasına uluslararası enstrümanlar kullanılarak düzenlenmiş az sayıda çözümden biri de World Bank Operational Manual OP 7.40’de getirilmiştir. Dünya Bankası’nın operasyonel politikası, dış borcunun ödenmesi veya yabancıların mallarının hukuka aykırı kamulaştırılması konusunda çıkan uyuşmazlıkları çözmek için yeterli çabayı göstermeyen devletlere yeni borçlar verilmesini engellemek yolunda Banka’yı açıkça yetkilendirmektedir. Belirli durumlarda ise devletler hukuku mağdur devletlerin ihkak-ı hak yolunda adımlar atmasını tecviz etmekte ve devletler hukukna aykırı davranışla zarar görmüş haklarını ve ilişkilerini korumakta onların önünü açmaktadır.” (ECHANDI, Roberto: “Non-Compliance with Awards: The Remedies of Customary International Law”, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 2012, s.119). Uluslararası hukukta devletlere tanınan self-help hakkı, günümüzde uluslararası ticaret hukukunun özel hukuk kişilerine tanınmamaktadır (bk.bu çalışma, dipnot 67). Antik Atina’da özel hukuk kişilerinin hukukun icrasının bir aracı olarak ihkak-ı hakkı işletmeleri hakkında bk.bu çalışma, dipnot 72.

⁷³ Antik Atina şehir devletinde, devlet yargısının verdiği kararları icra ve infaz etmede vatandaşların birer özel hukuk kişisi olarak aldıkları özel inisiyatiflerle sosyal kontrolü yürüttükleri hakkında: HUNTER, Virginia J.: Policing Athens Social Cont-

yaptırımlarla icra etmektedir. Aslında sosyal kontrolün işlevselliği ve işlerliği noktasından bakarak bu şekilde gördüğümüz fenomeni, bizzat icra gücünün dayandığı tacirlerin bulunduğu noktadan bakarak; ekonomik bir faydanın elde edilmesine yönelmiş bir teşebbüs olarak nitelendirebiliriz: Kara listedeki şirketi dışlayan tacir, kendi ekonomik faydasını gütmektedir; “toplum yararı” için kendinden feda ediyor değildir. İcra gücü, tacirin homo economicus olmak gereği kendi faydasını maksimize etmeye yönelik bir hareketinden ibarettir yalnız şu detayı atlamamak gerekir, ekonomik faydasını maksimize etmeye çalıştığı diğer davranışlardan farklı olarak bu davranışıyla dürüstlüğe veya sözleşmesine aykırı davranan bir kişiyi “cezalandırma” fonksiyonu görmektedir. Dürüstlüğe veya sözleşmeye aykırı davranış tahkim kararıyla tespit edilmiş, bu davranışın yaptırımı, uluslararası ticaretin doğal akışında kendi yararının peşinden koşan bir tacirin bireysel ve ekonomik davranışıyla gerçekleşmiştir, hiçbir organizasyon, anayasa, devlet erki, hukuka uygunluk karinesi, kamu personeli, vergilerle oluşmuş bir kamu maliyesi vs. kamusalılık taşınmadan.

Bu durum, ekonominin doğasında yer alan bireysel faydayı maksimize etme ilkesinin hukuki icra gücünü yaratmasından ötürü bir tür doğal hukuk olarak düşünülebilir; ekonominin doğal hareketliliğiyle işlerlik kazanan hukuk. O halde, bu ilkenin yaptırım uygulama konusunda demin ifade edilen belirsizliği, ölçsüzlüğü ve tazmin yeteneğinden yoksunluğu ile bu üç hususun tacirler toplumu ve tahkim kararlarının kendi başına -devletten yardım almadan- uygulanabilirliği için teşkil ettiği düşük verimlilik de işbu doğal hukukun doğal sınırlarını çizmektedir. Bu anlatı içerisinde cebir tekeli uhdesinde bulunduran devlet, cebrî icra “arzıyla” ekonominin doğal bir parçası olarak, talep edilen özel nitelikli bir garantörlük hizmetini görmektedir. Cebrî icraya ve hukuk devletinin öngörülebilirliğine dayanan öngörülebilir, geleceğe yönelik sağlam beklentiler oluşturan ve orantılı yaptırımların doğal bir ihtiyaç olduğu ortaya çıkmaktadır. Yalnız bu ihtiyaç, tahkim hukuku müesseselerinin sağlıklı yorumlanarak devletin kararların esasına müdahalesinin yolunu açan bir şekilde “tatmin edildiğinde” bu sağlıklı bir tatmin olmamaktadır, zaten en başından beri tahkim hukukunda devlete ihtiyaç duyulan husus cebir gücüyle ilgilidir kararların esasını denetle-

mesiyle değil. Devlet yargısının, cebrî icra konusunda kendisine duyulan ihtiyacı farklı yönlerde suistimal etmemesi gerekir. Şu halde bu tavır, çalışmamızda incelendiği üzere, ancak alacaklının alacağına kavuşamamasıyla sonuçlanan, bir tür hastalık üreten niteliktedir, aynı zamanda devlete ve o ülkeye de ekonomik anlamda zarar vermektedir. İhtiyaç duyulan şey, hakemlerin terazisi ile, devletin kılıcının sağlıklı ve uyumlu çalışabilmesini sağlayan bir hukuk mühendisliğidir⁷⁴.

C. Hukuki yorumun başı ve sonu: Gerekçe yerine neticeye bakmak

Çalışmada altını çizmek istediğim son husus, hukuki kavram ve müesseseleri yorumlarken, bunların arka planında yatan hukuki gerekçeler kadar bu yorumların içinde bulunduğumuz sosyal, ekonomik, kültürel, doğal evrende neden-sonuç ilişkilerine dayalı olarak doğuracağı neticelere de odaklanmanın gereği ve faydasıdır. Tahkime hasmane tavırlar, gerekçekendiriliş bakımından tahkime taraftar tavırlardan “daha az hukuki” değildir, fakat sebep oldukları neticeler bakımından gözle görülür ve ispat edilebilir ölçekte daha “zararlıdır”. Sosyal bilimler, somut ve detaylı veriler ile tutarlı mantıksal-matematiksel analizlere dayalı neden-sonuç ilişkilerini kurma kabiliyetini arttırdıkça, hukuk biliminin, hem hukuk yapımında hem de hukuk yorumunda bu bilimlerden yararlanması daha olumlu sonuçlar doğuracaktır.

Hukuku ve hukuki yorumu, özellikle sosyal, ekonomik ve doğal evrenimizden soyutlamak; onu pozitif hukuk kurallarının mantıksal çıkarımlarının bir ürünü olarak görmek, bu mantıksal çıkarımlar içinde var olduğumuz evrene zarar verdiğinde bu zararın varlığına karşı kör, hissiz ve tepkisiz olmamıza sebep olur. Algılayamayız, anlayamayız, tepki veremeyiz. Dolayısıyla hukuki düşüncenin indirgenebileceği en soyut dilin içerisinde işbu beşerî ve tabîî disiplinlerin bir şekilde yer alması, inkorpore edilmiş olması gerekir. Bunun usulünden olmak üzere, çalışmamızda kullandığımız; bir hukuki yorumun somut olarak gözlemlenebilir ve bilimsel metotla ispat edilebilir neticelerini, o yorumun değerinin ve tercih edilebilirliğinin belirlenmesinde esas tutmak önerilebilir. Eğer neticelere yeterince odaklanmazsak, bir önceki başlığın son

⁷⁴ Bu mühendisliğin, Fransa’da tacirler topluluğunun ticaret mahkemelerinde temsili ni de kapsayacak şekilde kurgulanması hakkında bk.: LEMERCIER, s.9.

cümlesine atfen, hukuk mühendisliği doğru gerekçelerle bir bina inşa edebilir fakat yıkılıp yıkılmadığına kayıtsız kalmış olur.

SONUÇ

Her ne kadar günümüzde milletlerarası tahkim kararlarının icrasına ilişkin mevzuat bakımından dünya çapında bir birlikten söz edilebilse de, bu mevzuatın yorumlanması ve uygulanışı ülkeden ülkeye büyük farklılık arz etmektedir. Bu farklılık, uluslararası ticaret üzerinde gözlemlenebilir nitelikte, sosyal ve ekonomik etkiler uyandırmaktadır. Çalışmamda bu etkiler Uluslararası Pamuk Örgütü'nün tahkim kararlarının ülkelere göre uygulanabilirliği hakkındaki verileriyle Queen Mary Üniversitesi'nin tahkim yargılamalarına katılan kişilerle gerçekleştirdiği anket çalışmalarından gözlemlenmiştir. Yapılan gözlemler, yargı organları tarafından tahkim hukuku kurum ve kurallarının tahkime hasmane bir biçimde yorumlandığı devletlerde, tahkim kararlarının icra edilebilirliğinde ciddi bir düşüşün varlığını tespit etmektedir. Uluslararası ticaretin öznelere bakımından tahkim kararlarının icrasına yönelen hasmane tutum, kaybettiği tahkim yargılamasında kendisi aleyhine zararlı sonuçlar ifade eden bir kararın da icra edilmeyebileceği yönünde bir ümit uyandırmaktadır. Bu –haksız- ümit, taciri, karara gönüllü olarak uyma davranışından da caydırmaktadır. Kararı veren ticaret örgütlerinin sosyo-ekonomik müeyyideleri, devletlerin hukuki müeyyidelerinin sergilediği etkinliğe sahip olamamaktadır. Hukukun biliminin, hukukun uygulanması ve yorumlanmasının sosyal ve ekonomik hayatta sebep olduğu neticeleri gözleme ve değerlendirme kabiliyetini geliştirmesi, devlet yargısının –belki de istemeyerek- yarattığı olumsuz durumların önüne geçme olanağını artırabilir.

Son cümle

“Tahkim son durak değil. Bir ara aşama. Daha hukuki yaptırımların icrası var... İnsanları mahkemeye çıkaracağız”⁷⁵.

⁷⁵ “Arbitration’s not the last resort. It’s a middle phase. There are legal enforcements... We’ll be taking people to court”. Emtia ticareti devi Louis Dreyfus’un Yönetici ismi Joe Nicosia’nın ICA tahkimi kararlarına gönüllü uymanın çok düştüğü bir zamanda, gönüllü uymayanlar hakkında söylediği sözler. Josephine Mason, ‘Cotton market trust crumbles on defaults, lawyers pounce’ Reuters (New York, 24 January 2013) <<https://www.reuters.com/article/cotton-defaults-idUSL1E9CIHEG20130124>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

KAYNAKÇA

- ABD Enflasyon TÜFE, World Bank
<<https://data.worldbank.org/indicator/FP.CPI.TOTL.ZG?locations=US>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)
- BARROZO**, Rebecca Paradellas: “The Public Policy Exception and the Refusal of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil”, *Católica Law Review*, C.5(2), 2021, s.67-91.
- BERNSTEIN**, Lisa: “Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry”, *The Journal of Legal Studies*, C.21(1), 1992, s.115-157.
- BERNSTEIN**, Lisa: “Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions”, *Michigan Law Review*, C.99, 2001, s.1724-1790.
- CARMICHAEL**, Jason: “Social Control”, *Oxford Bibliographies in Sociology*, 2012, <<https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756384/obo-9780199756384-0048.xml>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)
- CHARNY**, David: “Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships”, *Harvard Law Review*, C.104(2), 1990, s.373-467.
- CHEN**, An: “Is Enforcement of Arbitral Awards an Issue for Consideration and Improvement? – The Case of China’ MAKING THE MOST OF INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A COMMON AGENDA (SYMPOSIUM CO-ORGANISED BY ICSID, OECD AND UNCTAD, 2005, <<https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36054525.pdf>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)
- Chinese Arbitration Act (CAL) 1995, <http://np.china-em-bassy.gov.cn/eng/78085/zchfl/200410/t20041027_1998190.html> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

- Choices in International Arbitration, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2010, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)
- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)
- Corporate Attitudes and Practices, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2006, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy_2006.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)
- Corporate Attitudes: Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2008, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy_2008.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)
- Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2012, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)
- DAR**, Wasiq Abass: "Understanding Public Policy as an Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards", Eur. J. Comp. L. & Governance, C.2(4), 2015, s.316-350.
- DOORMAAL**, Jos van: Nonlegal Sanctioning in Private Legal Systems, 1.Baskı, Baden-Baden 2021.
- ECHANDI**, Roberto: "Non-Compliance with Awards: The Remedies of Customary International Law", Proceedings of the Annual Meeting

(American Society of International Law), 2012, s.118-122, <<https://doi.org/10.5305/procanmeetasil.106.0118>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

FORNASAR, María Laura: A Ordem Pública na Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro Faculdade de Direito, Rio de Janeiro 2019)

Gereği İfa Edilmeyen Kararlar Listesi, Uluslararası Pamuk Birliği, <<https://ica-ltd.org/safe-trading/list-of-unfulfilled-awards/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

GIA, Thien Le Nguyen: The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Vietnam, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück, Osnabrück 2019.

HUNTER, Virginia J.: Policing Athens Social Control in the Attic Lawsuits, 420-320 B.C., Princeton University Press, New Jersey 1994.

Improvements and Innovations in International Arbitration, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2015, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2021, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2018, <

International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-
International-Arbitration-(2).PDF> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

KLOPPENBERG, Lisa A./XIUWEN, Zhao: “Reforming Chinese Arbitration Law and Practices in the Global Economy”, *U. Dayton L. Rev.*, C.31(3), 2006, s.421-452.

Kurallar ve İçtüzük, Uluslararası Pamuk Birliği, <<https://ica-ltd.org/safe-trading/bylaws-rules/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

LEMERCIER, C: “How do businesspeople like their courts? Evidence from mid-19th century France, England, and New York City” Joint Michigan Legal History Workshop/Law & Economics Workshop, 2015, <https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/workshops/Documents/Special%20session%20paper_Lemercier%20How%20do%20businesspeople%20like%20their%20courts.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

LUMBANTOBING, John: “The 1958 New York Convention in Indonesia: History and Commentaries Beyond Monism-Dualism”, *Indonesia Law Review*, C.9(3), 2019, s.222-240.

MACEDO, Lucas Pestana: “Public Policy Exception in Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil: The Abengoa Case”, *FGV Direito SP*, 2018, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3594871> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

MAHAJAN, Pallavi: “The Unruly Horse of Public Policy Exemption in the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in India”, *Institute of Development Studies*, 2015, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449565> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

MANIRUZZAMAN, A. F. Munir/CHISTI, Ijaz Ali: “International Arbitration and Public Policy Issues in the Indian Subcontinent: A Look through the English Common Law and International Len-

ses”, Manchester Journal of International Economic Law, C.16, 2019, s.183-212.

Model Law on International Commercial Arbitration 1985, <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

MONFREDA, Chad/**RAMANKUTTY** Navin/**FOLEY** Jonathan A.: “Farming the planet: 2. Geographic distribution of crop areas, yields, physiological types, and net primary production in the year 2000”, Global Biogeochemical Cycles, C.22, 2008, GB1022.

OEC (The Observatory of Economic Complexity, MIT), ‘Cotton’ <<https://oec.world/en/profile/hs/cotton>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Ödeme Yapmayan Borçlular Listesi, Amerika Pamuk İhracatçıları Birliği, <<https://acea-cotton.org/list-of-parties-reported-to-be-in-default-2/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

PICKER, Randal C.: “An Introduction to Game Theory and the Law” Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 22, 1994, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1049&context=law_and_economics> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

PRATAMA, Gede Aditya: Public Policy as a Ground for Refusing Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Indonesian Notion of Public Policy, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, University of Exeter Law School, Exeter 2017.

QIU, Jin/ **SHI-JIE**, Xu: “Research on the Determination of the Validity of International Commercial Arbitration Agreement of China”, J. Arb. Stud., C.28, 2018, s.193-208.

Reuters (New York, 24 January 2013) <<https://www.reuters.com/article/cotton-defaults-idUSL1E9CIHEG20130124>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

RUSAKOVA, Ekaterina/**FROLOVA**, Evgenia/**KUPCHINA**, Ekaterina/**OCAQLI**, Ulvi: "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the Federative Republic of Brazil", International E-Journal of Advances in Social Sciences, C.16(6), 2020, s.118-122.

Shanghai Quinsah International,
<<https://en.52wmb.com/buyer/82246300>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Shanghai Quinsah International Trading Co.Ltd.,
<<https://spec.sustainabilitymap.org/global-organic-textile-standard/listing/shanghai-quinsah-international-trading-co-ltd/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

SHARIF, Ammara/**ALI**, Shan/ **BALOCH**, Sumaira: "Public Policy In Pakistan A Roadblock To The Execution Of Foreign Arbitral Award", Pakistan Journal of Social Research, C.4(2), 2022, s.893-905.

Sun Hing Lee Textile Ltd.,
<<https://www.tradeeasy.com/supplier/703023/sun-hing-lee.html>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Supreme Court of India, Oil & Natural Gas Corporation Ltd. v. SAW Pipes Ltd., 17.04.2003,
<<https://main.sci.gov.in/judgment/judis/19058.pdf>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

ŞANLI, Cemal/**ESEN**, Emre/**ATAMAN-FİGANMEŞE**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 8.Baskı, İstanbul 2020

Richardson v. Mellish [1824-34], 130 Eng. Rep. 294 (HL),
<<https://uniset.ca/other/css/130ER294.html>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Tahkim İstatistiği, Uluslararası Pamuk Birliği, <<https://ica-ltd.org/arbitration/arbitration-statistics/>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

TARMAN, Zeynep Derya: “Yabancı Hakem ve Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar, Public and Private International Law Bulletin, C.37(2), 2017, s.798-820.

TZENG, Peter: “Favoring Validity: The Hidden Choice of Law Rule for Arbitration Agreements”, American Review of International Arbitration, C.27(3), 2016, s.327-358.

Vietnam Ministry of Justice: <<https://moj.gov.vn/tttp/Pages/dlcn-va-th-tai-Viet-Nam.aspx>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

Viewer Development Co.Ltd., <<https://connect2india.com/global/VIEWER-DEVELOPMENT-CO-LIMITED/106078438>> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Wikifarmer Editorial Team, ‘Cotton Growing Conditions’ <<https://wikifarmer.com/cotton-growing-conditions/>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

World Bank, <<https://databank.worldbank.org/source/world-development-indicators/Series/FR.INR.RINR>> (Erişim Tarihi: 16.11.2023)

YANG, Fan: “Applicable Laws to Arbitration Agreements Under Current Arbitration Law and Practice in Mainland China”, International & Comparative Law Quarterly, C.63(3), 2014, s.741-754.

ZEKOS, Georgios I.: International Commercial and Marine Arbitration, Oxon 2008.