

---

## TERCÜMELER

---

### MTO TAHKİMİ VE DEVLETİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELER\*,1

Eduardo SILVA-ROMERO\*\*

Çeviren: Araş. Gör. Dr. Emre ESEN\*\*\*

### GİRİŞ

1. Milletlerarası ticarî tahkim farklı disiplinler arasında köprü görevi görür. Terminolojisinden de anlaşılacağı üzere<sup>2</sup>, hukukun ve bilimin diğer sahalarının farklı dallarına ait disiplinleri kapsar. Oppetit'in dediği gibi:

*Milletlerarası ticarî tahkime dair doktrin ve uygulamanın çekiciliği, sadece hatırı sayılır maddî menfaatleri konu almasından değil, aynı zamanda hukukun, maddî ve usulî, tüm alanlarının kesişme noktasında yer alan ve modern ilimlerde hâkim anlayış hâline gelen dar teknikleşme ve aşırı uzmanlıktan kaynaklanan bölümleşmeye karşı koyan bu müessesenin entelektüel cazibesinden de kaynaklanmaktadır. Aslında milletlerarası ticarî tahkimin temas etmek zorunda kal-*

---

\* "ICC Arbitration and State Contracts" başlığıyla ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 13, No. 1, Spring 2002, s.34–60'da yayımlanmış olup, yazarının izniyle tercüme edilmiştir.

\*\* MTO Tahkim Divânı, Genel Sekreter Yardımcısı.

\*\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı [emredive@yahoo.com]

1 Bu makalede açıklanan görüşler yalnızca, MTO Tahkim Divânı veya onun sekreteryasının yaklaşımı hakkında hiçbir iddiada bulunmayan yazara aittir. Yazar editoryal yardımından ötürü Virginia Hamilton'a teşekkür etmeyi borç bilir.

2 Terminolojinin kullanımı hakkında bkz. E. Silva-Romero, *Wittgenstein et la philosophie du droit – les jeux du langage juridique*, (Paris: PUF, 2002).

*dığı meselelerin büyük çoğunluğu, karşılaşılan sorunların çoğunun tek çözümünün, bir hukuk sisteminin yapısı içinde zuhur edebilecek temel meseleler üzerinde düşünmek olabileceğini ortaya koyar: türleri ve biçimleriyle adalet; kaynakları ve doğasıyla hukuka uygunluk; hukuk sisteminin yapısı ve hukukun amacı<sup>3</sup>.*

Milletlerarası ticarî tahkim, millî ve milletlerarası hukukun, özel hukuk ve kamu hukukunun, maddî hukuk ve usul hukukunun<sup>4</sup> ve daha geniş bir bakış açısıyla hukuk, iktisat ve siyaset ilimlerinin ortasında yer alır.

**2.** Hukuk, çoğu kez çeşitli değer ve menfaatlerin arasında bulunur. Meselâ tahkimde, bazen davanın yürürlükteki kanuna uygun yürütülmesi ile hız ve beceriye ilişkin menfaatler çatışabilir. Aristo'yu izleyerek biz de diyebiliriz ki adalet, iki veya daha fazla menfaatin tam ortasında yer alır:

*Adalet, kâr ve zararın tam ortasındadır. Bu nedendir ki insanlar ihtilâfa düştüğünde hâkime sığınurlar; hâkime gitmek adalete gitmektir; hâkimin doğasında adalete hayat vermek vardır ve insanlar hâkimi, tam ortada olana ulaşmanın âdil olana ulaşmak olduğunu kabul ederek, tam ortada görürler ve bazı devletlerde hâkimler arabulucu olarak adlandırılır. O zaman, hâkim tam ortada olduğundan beri, âdil olan da tam ortada olmaktadır. Hâkim eşitliği yeniden tesis eder.<sup>5</sup>*

**3.** Aristo'nun hukuk ilminin ve Oppetit'in tahkime bakışının mükemmel bir misâli milletlerarası ticarî tahkim ve devletin taraf olduğu sözleşmeler konusunda yapılan yayınlarda bulunmaktadır.<sup>6</sup> Bu ya-

<sup>3</sup> B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, (Paris: PUF, 1998) s. 109.

<sup>4</sup> Ancak, geleneğin aksine, uzun zamandan beri var olan bu ayrımlar giderek kaybolmaktadır. M.-A. Frison -Roche, 'Le droit reconnaît désormais l'activité professionnelle – Le législateur repense la distinction entre le civil et le commercial' *Le Monde* (26 Şubat 2002) s. 20.

<sup>5</sup> Aristotele, *Nichomachean Ethics*, Çeviren W.D. Ross (Oxford: Clarendon, 1908) bk. 5, c. 4.

<sup>6</sup> Milletlerarası ticarî tahkim ve devletin taraf olduğu sözleşmeler konusunda yapılmış birçok çalışma vardır. Bkz. K.-H. Böckstiegel, 'The Legal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving States or State-Controlled Enterprises', *International Arbitration 60 Years On: A Look at the Future* (Paris: MTO Yayını, 1984 (MTO Yayın No: 412)) s. 117; K.-H. Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises* (The Hague: Kluwer Law International, 1984); Fransız Tahkim Komitesi tarafından 11.10.1985'te devletler ve milletlerarası tahkim konusunda düzenlenen konferans serisinde sunulan

yınlar, özel hukuk ve idare hukuku ayırımına giden ve her biri için ayrı yargı sistemi bulunan Fransa gibi millî hukuk sistemleri için özellikle önemlidir. Aslında, kamu hukuku kişilerinin dâhil olduğu milletlerarası ticarî tahkim prosedürlerinde, biri ekonomik diğeri politik olmak üzere çatışan iki menfaat vardır. Bunlar, devletin taraf olduğu tahkimler söz konusu olduğunda iki zıt teorik bakış açısının ortaya çıkmasına neden olurlar.<sup>7</sup>

### Ekonomik Bakış Açısı: Milletlerarası Ticarî Muamelelere Saygı

4. Milletlerarası ticarî tahkimin özel hukuk menşeli uzmanları, kamu hukuku kişilerinin dâhil olduğu milletlerarası ticarî tahkimlerin, diğer herhangi bir milletlerarası ticarî tahkimmiş gibi nazara alınması gerektiğini ileri sürerler. Bundan dolayı, devletlerin veya devlet birimlerinin milletlerarası ticarete yer almalarının, millî hukukları uyarınca sahip oldukları ayrıcalıklardan vazgeçmeleri anlamına geldiğini ve hukukî bir bakış açısıyla, milletlerarası ticarî tahkime ilişkin olanlar dâhil olmak üzere, tacirler arasındaki ilişkileri düzenleyen kaidelere tam anlamıyla uymak zorunda olan herhangi bir milletlerarası tacir gibi kabul edilmeleri gerektiğini iddia ederler.<sup>8</sup>

5. Bu doğrultudaki Fransız ve İsviçre hukukları ve milletlerarası tah-

---

raporlar, [1985] Rev. arb. s. 489; ve J.D.M. Lew, ed., *Contemporary Problems in International Arbitration* (Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, 1986). Burada başlı başına bir makale konusu teşkil edeceğine inandığımız ve hayli ilginç bir konu olan devletin taraf olduğu sözleşmelerde uygulanacak hukuk konusuna temas etme niyetimiz bulunmamaktadır.

<sup>7</sup> '(State contract) Devletin taraf olduğu sözleşme. Bağımsız bir devletle bir özel kişi arasındaki sözleşme. Bkz (internationalization) milletlerarasılaştırma (3. anlamı)' (G. Cornu ed., *Vocabulaire juridique*, 3. Bası, (Paris: PUF, 2002) s. 223). 'Internationalization (milletlerarasılaştırma) ... 3. Devletin taraf olduğu sözleşmenin, ilgili devletin mahallî hukukundan uzaklaştırılması amacıyla milletlerarası hukuka tâbi kılınması' (*ibid.* s. 485). P. Mayer, 'La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat' [1986] J.D.I. s. 5, devletin taraf olduğu sözleşmenin dar ve geniş anlamları arasında ayrıma gitmektedir. İlki bağımsız bir devletle özel bir yabancı şirket arasındaki sözleşme iken, ikincisi ise bir devletin birimiyle yabancı bir şirket arasındaki sözleşmedir. Bu makalede bu anlamlardan geniş olanı tercih edilmiştir.

<sup>8</sup> E. Gaillard & J. Savage, eds., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 1999) [bundan böyle Fouchard, Gaillard, Goldman olarak anılacaktır] s. 41.

kim içtihadı<sup>9</sup> şu anda subjektif tahkime elverişlilik olarak adlandırılan, devletlerin ve devlet birimlerinin tahkime gitmek konusunda anlaşabilme imkânını istisnasız tanımaktadır. Fransız *Galakis*<sup>10</sup> kararında, Fransız kamu hukuku kişilerinin milletlerarası değil sadece millî<sup>11</sup> münasebetlerde tahkim anlaşması yapmalarının yasak olduğu açıkça ortaya konulmuştur. 1987 tarihli İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m.177(2), bir devlet veya onun kontrolü yahut idaresi altında bulunan bir teşebbüs veya organizasyon bir tahkim anlaşmasına taraf olduğu takdirde, böyle bir tarafın, uyuşmazlığın tahkime elverişliliği veya tahkime taraf olma bakımından kendi ehliyeti konusunda kendi hukukuna dayanan iddialarda bulunamayacağını düzenlemektedir.<sup>12</sup>

Hukuk terminolojisi bugünlerde ekonomik gerçekleri ve ihtiyaçları yansıtmaktadır. Aynı zamanda politik değerleri de yansıtmakta mıdır?

### Politik Bakış Açısı: Kamu Menfaatinin Üstünlüğü

6. Diğer tarafta ise kamu hukukunda uzmanlaşmış bulunan, devlet korumasındaki menfaatler söz konusu olduğunda daha fazla dikkat sarf eden ve devletin ve devlet birimlerinin amaçlarına daha fazla önem atfedenler bulunmaktadır. Bunlara göre, devletlerin; genel, kamusal veya müşterek menfaat olarak kabul edilenler için var olduğu unutulmamalıdır.<sup>13</sup> Devletlerin ve devlet birimlerinin militle-

<sup>9</sup> 'Tahkim içtihat hukuku' tabiri, hakemler, diğer hakemlerin kararlarında yer alan genel prensipleri takip etmek veya uygulamakla kesinlikle bağlı olmadıklarından, tam anlamıyla hatalı bir adlandırmadır. Ancak bu kavram, özel bir açıklayıcı tabirdir ve bu nedenle makalenin bütününde kullanılacaktır.

<sup>10</sup> Cass., civ.1re, 2 Mayıs 1966 [1966] Rev. arb. s. 99.

<sup>11</sup> 72-626/05.07.1972 ve 75-596/09.07.1975 sayılı kanunlarla, Fransız Medenî Usul Kanunu'nun önceki 83. ve 1004. maddeleri Fransız Medenî Kanunu'nun 2006. maddesiyle değiştirilmiştir: '(72-626/05.07.1972) Bir kişinin ehliyeti veya şahsî hâli, boşanma, ayrılık konularında veya *kamu kişilerine veya teşebbüslerine ilişkin konularda* ve daha genel bir ifadeyle kamu düzenine ilişkin tüm alanlarda tahkim anlaşması yapılamaz. (75-596/09.07.1975) *Buna rağmen, hükümet kararıyla endüstriyel ve ticarî nitelikteki kamu teşebbüslerine uyuşmazlıkları tahkime götürme yetkisi verilebilir.*'

<sup>12</sup> İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 177(2) hakkında yorum için bkz. P. Lalive, J. -F. Poudret & C. Reymond, *Le droit l'arbitrage interne et international en Suisse* (Lausanne: Payot, 1989), s. 303 vd.

<sup>13</sup> Mesela 1991 tarihli Kolombiya Anayasasının 1. maddesi açıkça genel menfaate atıfta bulunmuştur: '*Kolombiya, üniter cumhuriyet biçiminde organize olmuş, merkezden idare edilen, özerk bölgesel birimlere sahip, demokratik, katılımcı ve değişik milletlerden*

rarası ticarete yer aldıklarını kabul ederken, bu varlıkların böyle yaparak kâr etme gayesi güden bir tacir gibi davrandıklarını kabul etmezler. Meselâ bir otoyolun inşası için yabancı bir firmayla bir milletlerarası sözleşmeye girişen devletin gayesi kâr etmek değil, sorumlu olduğu nüfusa daha iyi bir ulaşım sistemi sağlamaktır. Otoyolda talep edilen her türlü harcın tek amacı, otoyolun muhafaza masrafıdır. Politik bakış açısı taraftarlarının vardığı sonuç, kamu hukuku kişilerinin ve milletlerarası tacirlerin, takip ettikleri amaçların temelden farklı olmasından dolayı aynı muameleye tâbi tutulamayacaklarıdır.

7. Daha da ileri gidilirse, yukarıda açıklanan bakış açısı, tartışmayı, devletlerin ve devlet birimlerinin faaliyetlerinin arkasında yatan kamu menfaatinin, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla milletlerarası ticarî tahkimin kullanılmasını, kamu hukuku kişilerinin dâhil olduğu uyuşmazlıklarda yasakladığı sonucuna bağlayabilir. Daha yumuşak bir politik bakış açısına sahip olanlar, devletlerin ve devlet birimlerinin milletlerarası münasebetlerde uyuşmazlıkları tahkime götürme ehliyetlerinin bulunduğunu kabul etmekle birlikte; milletlerarası ticarî tahkimin, devletlerin ve devlet birimlerinin ilgili olduğu hâllerde devlet mekanizmasının kamu menfaatini koruma amacı taşıdığını hesaba katacak biçimde ıslah edilmesi gerektiğini ileri sürerler.

Böylece, hukuk terminolojisi, sadece ekonomik gerçekleri ve ihtiyaçları değil, bugünlerde daha seyrek olmasına rağmen, devletlerden ve bazen de milletlerarası toplumdaki gelen politik talepleri de yansıtmaktadır.

8. Fouchard, Gaillard ve Goldman, milletlerarası ticarî tahkimin kavram ve kurallarının, devletin taraf olduğu sözleşmeler bakımından da uygulanması gerektiği fikrini şöyle gerekçelendirmektedir:

*İlk olarak, kamu hukuku kişileri artan sıklıkla milletlerarası ticarete yer aldıkları için. İkinci olarak bunların, akdin diğer tarafının farkında olmayabileceği kamu hukuku statüleri, bunların yer aldığı bir milletlerarası tahkimi veya sözleşmeyi düzenleyen kuralları etkilemeyeceği için. Bu statünün özel bir rejim doğurmadığı hâllerde, bu rejimin milletlerarası ticaretin gerekleriyle bağdaştırılması ve özel-*

---

*oluşan, insan onuruna saygı, ait olduğu bireylerin çalışması ve işbirliği ve genel menfaatin üstünlüğü esaslarına dayalı bir sosyal hukuk devletidir.'*

*likle taraflarca serbestçe girişilen sözleşmelere saygının temin edilmesi ihtiyacı önemlidir.<sup>14</sup>*

'Taraflarca serbestçe girişilen sözleşmelere saygı' ifadesi, kanaatimizce, 'özel yatırımların korunması' ifadesiyle yer değiştirebilir. Bir devletin kamu hukukunun milletlerarası ticarî tahkim üzerindeki muhtemel etkisinin, bir yabancı şirketin bir devlet veya onun birimleriyle bir sözleşmeye girişerek elde ettiği haklara zarar vermesine müsaade edilmemelidir.

### **MTO Tahkim Sistemi: Kombine Yaklaşım**

**9.** En azından teoride, devletin taraf olduğu tahkim, ekonomik ve politik menfaatlerin, kapitalizm üzerine tesis edilmiş dünya ekonomik sistemi ile az veya çok sosyalizme meyillenmiş dünya politik sisteminin arasında yer almaktadır. Bundan doğan soru, ekonomik ve politik bakış açılarının arasında –Aristo'nun ifadesiyle– tam ortada yer alanın ne olduğudur. Milletlerarası ticarî muamelelere saygı ve kamu menfaati birlikte nasıl hesaba katılacaktır? Yukarıda açıklanan bakış açılarının hiçbirisi, devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan tahkimlerden kaynaklanan ihtiyaç ve sorunları tam anlamıyla karşılamamaktadır. Bir kamu hukuku kişisi milletlerarası ticarî tahkime gittiğinde, oyunun kurallarına itaat etmek zorunda olduğu kabul edilse dahi, acaba bu kurallar, kâr gayesi gütmeyenler dâhil olmak üzere tüm aktörlere uygun mudur? Milletlerarası ticarî tahkimin, amacı dünya nüfusunun refahı olan kamu menfaatine dair politik ve hukukî anlayışı hesaba katma görevi vardır.

**10.** MTO tahkim sistemi, milletlerarası ticarî muamelelere saygıyı ve kamu menfaatini bağdaştırmaya muktedir midir? 1985 yılında MTO Tahkim Divânı'nın genel danışmanı Sigvard Jarvin, bir devletin veya kamu teşebbüsünün dâhil olduğu tahkim davalarında yapılacak özel muameleyi tasvir etmiştir.<sup>15</sup> Sigvard Jarvin'e göre MTO Tahkim Divânı, tahkime taraf devletin tahkim yargılamasına iştirak etmemesi, yargılamada zoraki yer alması, tahkim anlaşmasının yokluğu ve geçersizliğine ilişkin itirazda bulunması ve onun tarafından atanmış hakemlerin bağımsızlığı hâllerinde özel muamele yapmalıdır.

<sup>14</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman, s. 41 dn. 8.

<sup>15</sup> 'Débats' [1985] Rev. arb. s. 585.

11. 80 yıllık deneyim ve birikim, MTO tahkimine, devletin taraf olduğu sözleşmelerde milletlerarası ticarî muamelelere saygı ve kamu hukuku kişileri tarafından korunan kamu menfaati arasında orta yolu bulma imkânı vermiştir. Bu, birçok kamu hukuku kişisinin ve bunlarla anlaşma yapan yabancı tüzel kişilerin güvenlerini, MTO Tahkim Divânı istatistikleriyle de açığa vurulduğu üzere, MTO tahkiminden yana koymaları vakıyasıyla da ispatlanmaktadır. Devletler veya sermayesinin yarısından fazlası devletin elinde bulunan şirketler, 2000 yılında MTO tahkimine yapılan 541 müracaatın 67'sinde, 2001 yılında ise 566 müracaatın 49'unda tahkime taraftılar. 2001 yılında kaydedilen davaların tarafları esas olarak Orta ve Doğu Avrupa, Kuzey ve Orta Asya, Sahra Çölünün altındaki Afrika ve Latin Amerika'dan gelmekteydi. Buradan da anlaşılmaktadır ki MTO tahkiminde yer alan kamu hukuku kişilerinin çoğunluğu gelişmekte olan ülkelere gelmektedir.

12. MTO Tahkim Kurallarının, özellikle 1998 tarihli olanların, evrenselliği ve esnekliği<sup>16</sup>, MTO Tahkim Divânına, MTO hakemlerine ve resmî mahkemelere, devletin taraf olduğu sözleşmeler söz konusu olduğunda, hem milletlerarası ticarî tahkimin ihtiyaçlarını ve bunlar arasında yer alan "muamelelere saygı"yı hem de devletlerin ve devlet birimlerinin temsil etmek ve korumak zorunda oldukları kamu menfaatini hesaba katan milletlerarası ticarî tahkim tatbikatını geliştirme izni vermektedir. Sırayla bu gerekleri mütalâa edeceğiz.

### **Devletin Taraf Olduğu Sözleşmelere İlişkin MTO Tahkiminde Muamelelerde Muayyeniyet**

13. Muamelelere saygının, tahkim içtihadı tarafından, özellikle MTO içtihatları tarafından *lex mercatoria*'nın kapsamı dâhilinde yer aldığı iddia edilmektedir.<sup>17</sup> Eric Loquin<sup>18</sup>, bu başlık kapsamına, milletlerarası ticaret uygulayıcılarının ehil olduğu karinesini, müzakerecinin yetki eksikliğinin hüküm ifade etmeyeceğini, çelişkili davranış yasa-

<sup>16</sup> Y. Derains & E. A. Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 1998) s. 3.

<sup>17</sup> ICC içtihat hukuku hakkındaki yazısı için bkz. Y. Derains, 'Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale' [1993] J.D.I. s. 829.

<sup>18</sup> E. Loquin, 'La réalité des usages du commerce international' [1989] *Revue internationale de droit économique* s. 163. *Lex mercatoria*'nın kapsamı için bkz. Lord Mustill, 'The

ğını ve tahkim anlaşmasının ayakta tutulmasını dâhil etmektedir. Milletlerarası ticarî tahkimin aktörleri, aslında kamu hukuku kişileri ve yabancı özel şirketler arasındaki sözleşmelerde yer alan tahkim anlaşmaları hükümsüz olduğu takdirde, bu tip sözleşmelerden kaynaklanan milletlerarası ticarî muamelelerde muayyeniyetin söz konusu olamayacağına inanmaktadır.

14. MTO Tahkim Divânı, MTO hakemleri ve bazı resmî mahkemeler, milletlerarası ticarî muameleleri ayakta tutmak için, devletleri ve devlet birimlerini ticarî faaliyetlerde bulunurken milletlerarası tacirlerle aynı temele oturtmayı amaçlayan bazı kural ve uygulamalar geliştirmişlerdir. Bu kural ve uygulamalar; subjektif tahkime elverişlilik, tahkim yerinin kararlaştırılması ve başta hakem kararının tenfi zi olmak üzere tahkim anlaşmasının etkileriyle ilgilidir.

### SUBJEKTİF TAHKİME ELVERİŞLİLİK

15. Geleneksel analize göre subjektif tahkime elverişlilik, devletlerin ve devlet birimlerinin uyuşmazlıkları tahkime götürme konusundaki ehliyetlerine tekabül eder. Bir başka ifadeyle, bir kamu hukuku kişinin tahkime gidip gidemeyeceği, tahkime elverişliliğe ilişkin bir mesele değil, geleneksel yaklaşıma göre<sup>19</sup> sadece bir ehliyet sorunudur.

16. Bu sorunu ehliyete ilişkin kabul etmenin neticesi, bir devletin uyuşmazlıkları tahkime götürüp götürmeyeceğine ilişkin ihtilâfların, o devletin ehliyetine uygulanacak hukuka tâbi olmasıdır. Kara Avrupası Hukukuna sahip ülkelerde ehliyet ilgilinin millî hukukuna tâbi kılınmıştır.<sup>20</sup> Common Law ülkelerinde ise ehliyet, ilgilinin ikametgâhının veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbi tutulmuştur. Böylece devletin tahkim anlaşmasına taraf olma ehliyeti onun millî hukukuna veya ikametgâh hukukuna, yani ister istemez o devletin hukukuna tâbi olacaktır. Uygulanacak hukukun, devletin veya devlet birimlerinin uyuşmazlıkları tahkime götürmesini yasaklaması hâlinde ne olacaktır?

New Lex Mercatoria: 'The First Twenty – Five Years', *Liber Amoricum* fort ha Rt Hon. Lord Wilberforce (Oxford: Clarendon, 1987) s. 149.

<sup>19</sup> Tahkim anlaşması da bir sözleşmedir.

<sup>20</sup> Meselâ Fransız Medenî Kanunu m. 3: 'Bir kişinin, şahsî hâline ve ehliyetine ilişkin hükümler yabancı bir ülkede ikamet etseler dahi Fransa vatandaşlarını kapsar.'



17. İlgili kamu kişisinin hukukunun uygulanmasını engellemek için, Fransız içtihatları ve İsviçre mevzuatı, meseleyi subjektif tahkime elverişliliğe ilişkin olarak ele almayı tercih etmiştir. Böyle yaparak, milletlerarası unsurlarla ilgili olduğu takdirde, bir devletin tahkim yoluna gitme konusunda anlaşma yapıp yapamayacağını o devletin ehliyetine uygulanacak hukuka değil, tahkim anlaşmasına tatbik edilecek hukuka tâbi tutmuşlardır. Fransa'da, subjektif tahkime elverişlilik, Temyiz Mahkemesince ele alınan *Galakis*<sup>21</sup> ve *Dalico*<sup>22</sup> davalarında verilen kararlarda benimsendiği üzere Fransız milletlerarası tahkim hukukunun müstakil hükümlerine tâbi tutulmaktadır. İsviçre'de ise Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 177(2) tahkime elverişliliğe açıkça atıf yapmaktadır.<sup>23</sup>

18. Milletlerarası hakemler, özellikle MTO nezaretinde faaliyette bulunanlar, bir devletin tahkim yoluna başvurması konusunda ehliyetsiz olduğu itirazında bulunması hâlinde, böyle bir tarafın serbest rızasıyla akdettiği tahkim anlaşmasından doğan yükümlülüklerden yasal olarak sıyrılamayacağını iddia etmektedir. MTO hakemleri bu iddialarını, şu sıralar tahkim içtihat hukukunda kabul gören iki kavramın üzerine inşa etmektedir: milletlerarası kamu düzeni<sup>24</sup> ve

21 Cass., civ.1re, 2 Mayıs 1966 [1966] Rev. arb. s. 99-100: 'Fransız Medenî Usul Kanunu m. 83 ve 1004'den kaynaklanan yasa, Fransız Medenî Kanunu m. 3 anlamında ehliyetle ilişkin bir sorun meydana çıkarmamaktadır; Temyiz Mahkemesi sadece, yalnızca mahallî sözleşmeler için getirilmiş bu hükmün, deniz ticareti çerçevesinde ve onun teamülleri doğrultusunda yapılan bir milletlerarası sözleşme için de uygulanıp uygulanmayacağına karar verecekti; itiraz edilen karar yukarıda anılan yasağın böyle bir sözleşme için uygulanamayacağını haklı olarak ortaya koymaktadır ve Temyiz Mahkemesi sonradan, kamu hukuku kişisinin imzaladığı tahkim anlaşmasını geçerli bularak, kararını hukuken haklı çıkarmaktadır.'

22 Cass., civ. 1re, 20 Kasım 1993 (1994) 83 Rev. cri. dr. internat. privé s. 663 (Annot. P. Mayer): 'Milletlerarası tahkim hukukunun müstakil kuralı icabı, tahkim klozu, doğrudan veya atıf yoluyla dâhil olduğu esas sözleşmeden hukuken bağımsızdır ve Fransız hukukunun zorunlu kuralları ve milletlerarası kamu düzeni uyarınca, varlığı ve hükümleri, bir devlet hukukuna bakmaya gerek olmaksızın tarafların müşterek arzularına göre tayin edilir.'

23 Bkz. yukarıda §5.

24 Bkz. Y. Derains s. 851-852 dn. 17: '1971 yılında 1939 sayılı davada verilen hakem kararında (J.D.I. 1975, s. 919), "Milletlerarası kamu düzeni, bir devlet kişisinin, yabancı kişilerle olan ilişkilerinde açıkça, bilerek ve isteyerek diğer tarafın güvenini tazeleyen bir tahkim anlaşması yaptıktan sonra tahkim yargılaması veya tenfiz usulü esnasında iradesinin hükümsüz olduğunu ileri sürmesine müsaade edilmesinin şiddetle karşısındadır". 1986'da 4381 sayılı davada verilen hakem kararında (J.D.I. 1986, s. 1103) bu formülasyonun tahkim içtihat hukukunu yansıttığı ifade edilmiştir. Devletin tahkime gitme yetkisi, ulusalüstü kamu düzeninin en sık gündeme geldiği alanlardan biridir.

iyi niyet<sup>25</sup>.

**19.** Fransız ve İsviçre hukukunda yer alan prensipler ve MTO kararlarından ortaya çıkan içtihat hukuku, milletlerarası ticarî tahkim topluluğuna, subjektif tahkime elverişliliğin artık tartışma konusu olmadığını ve daim olarak yerleştiğini işaret etmişlerdir. Kamu hukuku kişilerinin tahkime gitme konusunda anlaşma ehliyetleri sonunda tanınmış ve bununla milletlerarası ticarî muamelelerde muayyeniyet sağlanmıştır.

**20.** Ama aslında öyle değildir. MTO usulünde ve diğer yerlerde, gelişmekte olan birçok devlet, hem kendilerinin hem de kontrollerindeki kamu kişilerinin millî veya milletlerarası tahkime gitme ehliyetlerinin, idarî karar ve idarî sözleşme kavramlarıyla kısıtlandığını ileri sürmektedir.

### **Subjektif Tahkime Elverişliliğin İdarî Karar Kavramıyla Kısıtlanması**

**21.** Kolombiya'yı örnek olarak alırsak, anayasa mahkemesi ve yüksek idare mahkemesi, kamu hukuku kişilerinin millî veya milletlerarası tahkim anlaşması akdetme ehliyetlerinin bulunduğunu, bir kamu kişisi tarafından verilen kararlardan doğan uyuşmazlıklardan dolayı tahkime gidilememesi istisnasıyla birlikte tanıyan kararlar<sup>26</sup> vermiştir. Bu yüzden, bu tip kararlardan doğan uyuşmazlıklarda, özellikle bu kararların geçerliliğine ilişkin olanlarda, idare mahkemelerinin münhasır yetkisi mevcuttur.

---

Devletin veya kamu hukuku kişilerinin tahkime gitme konusunda yetkilendirilmelerini gerektiren millî mevzuatlardan daha üstün bir prensip olan ulusalüstü kamu düzenine aykırı olan, bir devletin veya kamu teşebbüsünün tahkime gitme yetkisinin bulunmaması değil, devletin veya kamu hukuku kişisinin yetkisiz olduğunu ifşa etmeden bir tahkim anlaşması yapması ve sonra yükümlülüğünden kaçmak için yetkisizliğine güvenmesidir. Pierre Lalive tarafından belirtildiği üzere, hakemlerin doğal koruyucuları olduğu milletlerarası ticarete muayyeniyetin sağlanması için gerekli güvene zarar veren böyle bir davranış ulusalüstü kamu düzeninin ihlâlidir.

<sup>25</sup> Ibid. s. 852.

<sup>26</sup> Anayasa Mahkemesinin 25 Ocak 2000 tarih ve C-1436/00 sayılı kararı, 'Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 – Por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública' (Hâkim: Alfredo Beltrán Sierra); Yüksek İdare Mahkemesinin 23.2.2000 tarihli kararı.

22. Kolombiya'da idarî karar kavramı oldukça geniştir.<sup>27</sup> Genel ifadeyle, bir devlet organının iradesinin sözlü veya fiilî tezahürü idarî karar teşkil eder. Kolombiya devlet organları, bir sözleşmenin, müzakereden feshe her aşamasına ilişkin olarak idarî kararlar vermektedir. Bu sebeple idarî karar kavramı Kolombiya hukukunda önceliğe sahiptir ve subjektif tahkime elverişliliği şiddetle sınırlandırmaktadır.

23. Şimdiye dek MTO tahkimine taraf olan Kolombiyalılardan hiçbiri, bir uyuşmazlığın tahkime elverişliliğine, bir kamu kişisi tarafından verilen bir karardan kaynaklandığı gerekçesiyle itiraz etmemiştir. Bununla beraber bu tarz bir itiraz UNCITRAL tahkim kurallarına göre yürütülen ad – hoc niteliğinde bir milletlerarası ticarî tahkimde ileri sürülmüştür. Dava bir kamu hukuku kişisi olan *Empresa de Transporte Masivo Del Valle de Aburá Ltda* ile bir *Hispano – German* konsorsiyumu arasındaki uyuşmazlıkla ilgiliydi. Yüksek İdare Mahkemesi itirazı kabul etmiştir.

### Subjektif Tahkime Elverişliliğin İdarî Sözleşme Kavramıyla Kısıtlanması

24. Mercosur ülkelerinde, özellikle Brezilya ve Arjantin'de, subjektif tahkime elverişlilik, idarî sözleşme kavramıyla sınırlandırılmıştır. Bu ülkelerde devlet ve onun birimleri, idarî sözleşmelere tahkim klozu dâhil etme konusunda yetkili değildir. Bununla beraber, Brezilya ve Arjantin'de kamu hukuku kişileri, özel kişiler gibi hareket ettikleri

<sup>27</sup> Meselâ, Kolombiya Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan kararı, *idarî karar* şöyle tarif etmektedir: '*İdarî karar, devletin, süjelerinin lehine veya aleyhine haklar doğurarak, onları değiştirerek veya ortadan kaldırarak hukukî sonuç doğurmaya yönelik arzusunun tezahürüdür.*' Bununla birlikte Kolombiya idare hukuku, Fransız idare hukukunu yakından takip etmektedir. Fransa'da bir karar, bir devlet otoritesinden, kamu kudretine ait bir yetkinin uygulanması esnasında veya kamu kudretine ait bir yetkinin kullanılması vasıtasıyla hâsıl olduğu takdirde idarî niteliktedir [R. Chapus, *Droit administratif général*, vol. 1, 15th ed. (Paris: Montchrestien, 2001) s. 543]. Fransız idare hukukunda, devlet tarafından kamu kudretine ait yetkilerin uygulanması esnasında veya kamu kudretine ait bir yetkinin kullanılması vasıtasıyla hâsıl olan kararlar idarî karardır. Kolombiya'da, idarî kararın orijinal tanımında, Fransız içtihat hukukunda yapılan tarif doğrultusunda hukukî terminolojinin kullanılışı vasıtasıyla tahkime yönelik bir değişiklik yapılmıştır. Hukukî tabirlerin orijinal anlamlarında tahkime yönelik değişiklikler için bkz. E. Silva-Romero, yukarıda dn. 2, s. 113 vd.

takdirde imzaladıkları özel hukuk sözleşmelerine tahkim klozu dâhil edebilmektedir.<sup>28</sup>

**25.** Bundan dolayı Mercosur ülkelerinde tahkime elverişlilik, idarî sözleşmenin tanımına dayanmaktadır. Devlet kişilerince, kamu kudretiyle imzalanan sözleşmelerle, özel hukuk kudretiyle imzalanan sözleşmeleri ayırt etmek her zaman kolay değildir.<sup>29</sup> Aslında idarî sözleşme anlayışının genişliği, gelişmekte olan ülkenin muhafazakârlığa mı yoksa liberalizme mi daha meyilli oluşuna göre değişmektedir.

**26.** Benzer zorluklar Lübnan hukukunda da mevcuttur. *Etat libanais v. Société FTML (Cellis) SAL* ve *Etat libanais v. Libancell SAL*<sup>30</sup> davalarında Lübnan idare mahkemesi, imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki sözleşmelerde yer alan MTO tahkim klozlarını (i) sözleşmelerin idarî sözleşme niteliğinde olduğu ve (ii) idarî sözleşmelerde tahkim yasağının mahkeme kararlarında ve idare hukuku doktrininde katiyetle kabul edildiği gerekçeleriyle iptal etmiştir.

**27.** MTO Tahkim Divânı'nın, bir uyuşmazlığın subjektif bakımdan tahkime elverişli olmadığına ilişkin ön sorunlara karşı tutumu nedir? Yeni bir MTO davasında, bir Latin Amerika devleti olan taraf, davacının tahkim talebine verdiği cevapta tahkim anlaşmasının geçerliliğine itiraz etmiştir. Tahkim anlaşmasının yer aldığı esas sözleşmenin –ki bu sözleşme yabancı bir özel şirketle imzalanmıştır– bir idarî sözleşme olduğunu ve anayasasının, idarî sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim usulünün kullanılmasını yasakladığını iddia etmiştir. MTO Tahkim Kuralları m. 6(2) uyarınca<sup>31</sup> MTO Tahkim Divânı için iki seçenek mevcuttur.

<sup>28</sup> Bkz. J.-B. Lee, *L'arbitrage commercial international dans les pays du Mercosud* (Thesis, University of Paris II (Panthéon-Assas), 2000) s.37 vd. [yayınlanmamıştır]; H. Grigera-Naón, 'Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility' (1989) 5 *Arbitration International* s.137.

<sup>29</sup> Chapus, s. 544 vd. dn.27.

<sup>30</sup> 17 Temmuz 2001, [2001] Rev. arb. (Annot. M. Sfeir-Slim & H. Slim).

<sup>31</sup> Kurallar m. 6(2): 'Eğer davalı cevap vermezse veya taraflardan biri tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği veya kapsamına ilişkin itirazda bulunursa, MTO Tahkim Divânı, itirazın makul veya haklı oluşuna hâle gelmeksizin, Kurallar çerçevesinde bir tahkim anlaşmasının varlığına *prima facie* kanaat getirirse tahkim yargılamasının devamına karar verebilir. Böyle bir durumda hakem heyetinin yargı yetkisine ilişkin kararlar ancak hakem heyetinin kendisi tarafından alınabilir. Eğer MTO Tahkim Divânı buna kanaat getirmezse, taraflara tahkim yargılamasının yürütülmeyeceği bildirilir. Böyle bir durumda tarafların herhangi bir yetkili mahkemeye, bağlayıcı bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını sorma hakları mevcuttur.'

**28.** Bir tarafta, ilgili devletin anayasasının yorumu ve uygulanması temelinde MTO Tahkim Divânı, ilgili devletin ve onun birimlerinin dâhil olduğu tahkim anlaşmaları anayasa tarafından yasaklandığından, tahkimin vuku bulmayacağı sonucuna varabilirdi. Böyle bir karar milletlerarası ticarî tahkime zarar verecek ve bize göre, MTO Tahkim Divânı'nın görevi millî hukuku değil kendi kurallarını uygulamak olduğundan dolayı,<sup>32</sup> *Kompetenz-Kompetenz* prensibini de ihlâl edecekti. MTO Tahkim Divânı, yabancı özel şirketle, anayasasının tahkim yoluna gitmekten alıkoyduğu devlet arasındaki tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ilgili devlet mahkemesine götürülmesi gerektiğine karar verebilirdi.

Birinci seçenek milletlerarası ticarî muamelelerin muayyeniyetine zarar vermektedir. Uyuşmazlığın ilgili devletin mahkemelerine havale edilmesi hâlinde ne *iyiniyet* ne de *ahde vefa* prensiplerine itibar edilmiş olacaktır. Bir sözleşme yapmak ve sonradan taraflardan birinin, diğer tarafça bilinmeyen veya az bilinen hukukunun onun bu sözleşmenin gerektirdiği biçimde davranmasını engellediğini iddia etmesi milletlerarası ticaretin etik değerlerine uygun düşmez. Örneğimizdeki Latin Amerika devletinin tutumu, *pacta sunt servanda* düşünceyle milletlerarası ticarete yansıyan temel prensibe uygun mudur?

**29.** MTO Tahkim Divânı'nın tercih ettiği diğer seçenek ise, tahkimin vuku bulmasına karar vererek m. 6(2)'yi olumlu olarak uygulamaktır. Bu, olayda, MTO Tahkim Divânı'nın, Kurallara göre bir tahkim anlaşmasının hüküm doğurabileceği konusunda *prima facie* tatmin olmasının neticesiydi. Böyle yaparak milletlerarası ticarî muamelelerin muayyeniyetini ve değerini desteklemiştir.

**30.** Taraflardan biri tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir iddia ileri sürdüğü takdirde MTO Tahkim Divânı, Kuralların 6(2). maddesi uyarınca bu anlaşmanın mevcudiyeti hakkında bir karara vararak, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlığı çözümlenmeyi hakemlere bırakır. Hâlihazırda söylendiği gibi, *Kompetenz-Kompetenz* prensibi uyarınca hakemlerin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemede, tarafların tahkime gitme konusundaki ehliyetlerine ilişkin delillerin takdirinde ve tarafların niyetlerinin arala-

<sup>32</sup> Kurallar m. 1(2): 'Divân uyuşmazlıkları kendisi çözmez. Bu Kuralların uygulanmasını sağlama fonksiyonu vardır.'

rındaki uyuşmazlığın MTO tahkimine gitmeye yönelik olduğunun tayininde münhasır yetkileri bulunmaktadır.

**31.** Taraf devlet, MTO usulünde, uyuşmazlığa taraf kişilerin statüsünden ötürü tahkime gidilemeyeceğini ileri sürdüğü takdirde, tahkim yerine ilişkin bir anlaşmanın vaki olmaması muhtemeldir. Bu takdirde, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku ekseriyetle tayin eden<sup>33</sup> ve bu yüzden devletlerin ve devlet birimlerinin tahkime gitme konusunda yetkilendirilme sorununu da belirleyen tahkim yeri, hakem kararının tenfiz edilebilirliğini sağlama amacı doğrultusunda MTO Tahkim Divânı tarafından belirlenecektir.

### Tahkim Yerinin Tespiti

**32.** MTO davalarının birinde, bir Latin Amerika devleti ve bir Fransız şirketi, Kurallara atıfta bulunan ama tahkim yerini tespit etmeyen bir tahkim klozu ihtiva eden bir sözleşme yapmışlardır. Bundan dolayı, Kuralların 14. maddesine göre tahkim yerinin tayini MTO Tahkim Divânı'nca yapılacaktır. Fransız davacı, Fransız tahkim hukukundaki yaklaşımlara istinaden MTO Tahkim Divânı'ndan Paris'in tahkim yeri olarak tespitini talep etmiştir. Davalı devlet sözleşmenin başkentinde imzalandığı vakıasına dayanmış ve Divân'dan bu kenti tahkim yeri olarak tayin etmesini talep etmiştir. Davalı ayrıca, tahkim anlaşmasının, anayasası uyarınca tahkime gitme yetkisinin bulunmamasından dolayı geçersiz olduğunu ileri sürmüştür.

**33.** MTO Tahkim Divânı, davadaki vakıaları ve tarafların pozisyonlarını mütalâa ettikten sonra (i) Kuralların 6(2). maddesine göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkındaki nihaî kararı hakemlere bırakarak, tahkimin vuku bulmasına karar vermiş (burada uygun olan da budur) ve (ii) İsviçre'nin Cenevre kentini tahkim yeri olarak tespit etmiştir. MTO Tahkim Divânı, Cenevre'yi tahkim yeri olarak tespit

<sup>33</sup> Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 10 Temmuz 1958 tarihli New York Konvansiyonu m. V(1)(a): '1. Hakem kararının tanınması ve tenfizi, yalnızca aleyhine hakem kararı verilen taraf aşağıdaki hususları, tanıma ve tenfiz talebinin götürüldüğü mahkemede ispatladığı takdirde reddedilebilir: (a) tahkim anlaşmasının tarafları haklarında uygulanan hukuk uyarınca ehliyetsiz bulunur veya tahkim anlaşması taraflarca tâbi kılındığı kanuna veya böyle bir anlaşma yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçersiz bulunursa...'

ederken, MTO tahkiminin iki temel prensibini uygulamıştır. İlk olarak tarafların ait olduğu devletler bakımından tarafsız bir yer seçerek, tahkim yerinin tarafsızlığı prensibini uygulamıştır.<sup>34</sup> İkinci olarak, İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m.177(2)<sup>35</sup> Latin Amerika devletinin Federal Yüksek Mahkemede açacağı iptal davasında, kendi hukuku uyarınca tahkime gitme konusunda yetkili olmadığını ileri sürmesini yasakladığından dolayı tahkimin hüküm doğurmasını temin ederek tarafların muamelelerini korumuştur.

**34.** Tahkim yeri olarak İsviçre'nin tespiti, devletin tahkime gitme vadinin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik bir çabaydı. Bu, sözleşmesel iyi niyetin ve milletlerarası sözleşmelerin etik değerlerinin, kısaca *lex mercatoria*'nın temel esaslarının bir parçasıydı. Kamu hukuku kişinin bir yabancı özel şirketle, bu şirkete kendi hukuku hakkında bilgi vermeksizin bir tahkim anlaşması yaptıktan sonra uyumsuzluk doğduğunda tahkim anlaşmasının, kendisini böyle bir anlaşmaya girmekten men eden hukukunu delil göstererek geçersiz olduğuna ilişkin karar aldırılmaya çalışması iyi niyete açıkça aykırı olacaktı. MTO Tahkim Divânı, salt idarî rolü çerçevesinde hareket ederken, tahkim yerini devletin taraf olduğu sözleşmeler bakımından uygun bir yer olarak tespit ederek milletlerarası ticarî muamelelerde muayyeniyetin sağlanmasını temin etmiştir.

**35.** Bununla beraber tahkim yeri olarak İsviçre'nin veya devletin taraf olduğu sözleşmeden doğan tahkimleri destekleyen başka bir yerin tayini, verilen her kararın icrasını sağlamaz. Eğer hakemler, davalının tahkime ilişkin itirazını reddeden ve davanın esası hakkında yargılama yetkilerini teyit eden bir karar verirlerse, davalının kararı İsviçre'de iptal ettirmeyi başaramaması beklenebilir. Diğer taraftan hakem kararını davalının ait olduğu Latin Amerika devletinde tenfiz etmek kolay bir mesele değildir.

<sup>34</sup> Anılan davada tarafların danışmanları Avrupa'da ikamet etmekteydi.

<sup>35</sup> Bkz. yukarıda §5.

### Tahkim Anlaşmasının Hükümleri

**36.** Tahkim anlaşmasının amacı ve hükümlerinden en önemlisi, uyuşmazlık hakkında hukuken icrası kabil nihaî bir karar elde etmektir. Başka bir ülkeden bir kamu hukuku kişisiyle bir sözleşmeye girişen bir özel şirket, lehine verilmiş bir hakem kararının o devlette icrasının mümkün olup olmayacağı konusunda haklı olarak şüpheye düşebilir. İcra edilmeme riskine karşı savunma vasıtası olarak geçici veya koruyucu tedbirler almayı düşünebilir. Bu tarz tedbirlerin, bir kamu hukuku kişisi aleyhine icra edilmesi konusunda başarı şansı nedir? Liberal tahkim hukuklarına sahip devlet mahkemelerinin dikkatlerini verdikleri bu politik sorunun cevabı, devletin icra muafiyetiyle ilgilidir. Milletlerarası ticaretin menfaatleri ile kamu menfaati fikrinde kutsallaştırılan politik değerler arasındaki tezaadın altı çizilmektedir.<sup>36</sup>

### Devletin Taraf Olduğu Sözleşmelerden Doğan Tahkimlerde Koruyucu ve Geçici Tedbirler

**37.** Koruyucu ve geçici tedbir talep etmek isteyen MTO tahkimi tarafları için iki yol mevcuttur: Kuralların 23. maddesi ve MTO ön-hakemlik usulü.

**38.** Kuralların 23. maddesi, taraflara, hakemlerden veya henüz hakem heyeti teşekkül etmemişse yahut acele hâllerde yetkili devlet mahkemelerinden koruyucu veya geçici tedbir talep etme izni vermektedir.

**39.** Bize göre, özel hukuk ve idare hukuku arasında Fransız ayrımını benimsemiş bir devletin, hakemlere, bir başka ifadeyle özel bir mercie, bir yabancı özel şirket lehine ve bu devlete ait bir kamu hukuku kişisi

<sup>36</sup> Cass, civ. 1re, 6 July 2000, *Société Creighton v. Ministère des Finances de l'Etat du Qatar* and Paris, 1re chamber A, 10 August 2000, *Ambassade de la Fédération de Russie en Franca et a. v. Compagnie Noga d'importation et d'exportation*, [2001] Rev. arb. s. 114; Ph. Leboulanger'in, s. 123'te notladığı gibi: 'Bir aylık zaman zarfında Yüksek Mahkeme (1. Hukuk Dairesi) ve Paris Temyiz Mahkemesi (Bölüm 1 A) milletlerarası tahkim ve yargı muafiyetine ilişkin iki önemli karar vermiştir. Bir tanesi milletlerarası sözleşmeler ilişkiler bakımından ihtiyaç olan liberalizm tarafından karakterize edilirken diğeri milletlerarası hukukta devletin bağımsızlığını yansıtan bu iki alan arasında doğal olarak büyük zıtlık mevcuttur.'



aleyhine koruyucu veya geçici tedbir alma izni vermesi muhtemel değildir.<sup>37</sup> Koruyucu tedbir o devletin ülkesindeki malvarlığına el konmasını gerektiriyorsa, bu iznin verilmesi çok daha düşük bir ihtimaldir. Böyle durumlar, Kuralların, taraflara, dosya hakemlere ulaştırıldıktan sonra uygun koşullarda geçici veya koruyucu tedbirler için ilgili hukukî mercie başvurma izni veren 23(2). maddesini uygulamak için gerekçe olacaktır. Aslında bir özel şirketin, bir kamu hukuku kişisi aleyhine geçici veya koruyucu tedbir talep etmesi, yetkili hukukî mercie (genellikle ilgili devletin idare mahkemeleri) yönelik böyle bir talebin tahkim anlaşmasının ihlâli farz edilemeyeceğini de öngören maddede atıfta bulunulan uygun koşullardan biri olarak düşünülebilir.

**40.** Sözleşmenin diğer tarafı olan kamu hukuku kişisine karşı koruyucu veya geçici tedbir almaya çalışan yabancı özel şirket iki misli sorunla karşılaşabilir. Bir yanda bu tedbirlerin acilen alınması gereken hâllerde hakem heyeti henüz teşekkül etmemiş olabilir. Diğer yanda özel şirket, diğer tarafın ait olduğu devletin idare mahkemelerinin bağımsızlığı ve bundan ötürü aradığı koruyucu veya geçici tedbiri böyle bir mahkemedен alma ihtimali konusunda şüpheye düşebilir. Bu takdirde MTO'nun ön-hakemlik usulünü kullanmayı düşünebilir.

**41.** MTO'nun Ön-Hakemlik Kuralları 1 Ocak 1990'da yürürlüğe girmiştir.<sup>38</sup> Sözleşmesel ilişkilerde zorluklar doğduğunda çabuk karar alabilmek için bu usul oluşturulmuştur. Bu kararlar acil geçici tedbirler almak bakımından yetkilendirilmiş üçüncü kişiler tarafından verilmektedir.

**42.** Bu kuralların kullanılması, taraflar arasında sözleşme akdedildiği esnada veya daha sonra yapılmış yazılı bir anlaşmayı gerektirir. Belki bu sözleşmelerde bu usule nadiren atıfta bulunulması ve bir uyuşmazlık doğduktan sonra bu usulün kararlaştırılmasının nadir olması, bu usulün ilk yıllarında düşük başarı elde etmesini açıklar. Ancak, yakınlarda bu usul tarafların uyuşmazlıkların çözüm yolları klozu temelinde sözleşmelerine dâhil ettikleri üç davada uygulanmıştır.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Meselâ Kolombiya hukukunda bir kamu hukuku kişisine karşı koruyucu veya geçici tedbir alma yetkisi sadece idare mahkemelerine aittir.

<sup>38</sup> MTO'nun Ön-Hakemlik Kuralları kitapçık şeklinde basılmıştır (MTO Yayını No: 482) ve MTO Tahkim Divânı'nın web sitesinde de görülebilir ([www.iccarbitration.org](http://www.iccarbitration.org)).

<sup>39</sup> E. Gaillard, 'First International Chamber of Commerce Pre-Arbitral Referee Decision' *New York Law Journal*, International Arbitration Law (7 February 2002) s. 3, 6.

**43.** MTO ön-hakemlik usulü, yararlı olabileceğini, özellikle devletin taraf olduğu sözleşmelerde ortaya koymuştur.<sup>40</sup> Kamu hukuku kişisinin ait bulunduğu devletin resmî mahkemelerinin bağımsız olmadığına dair korkuların üstesinden gelmek konusunda bir çözüm yolu önermektedir. Devletin taraf olduğu sözleşmelerin, edindikleri hakları ve milletlerarası ticarî muamelelerin muayyeniyetini korumak isteyen özel kişi tarafları, bundan dolayı MTO tarafından önerilen standart klozun<sup>41</sup> veya benzer bir hükmün uyuşmazlıkların çözüm yolları klozuna dâhil edilmesi bakımından tedbirli olmalıdır.

**44.** Ancak bize göre, bir üçüncü kişiyi, bir kamu hukuku kişisi hakkında geçici veya koruyucu tedbirler almak için yetkilendiren sözleşme hükmünün geçerliliği mutlak kabul edilemez. Meselâ Lübnan'da, idare mahkemesinin yukarıda anılan kararları ışığında,<sup>42</sup> kudretini sözleşme hükmünden alan üçüncü kişinin kararıyla bir kamu kişisinin malvarlığına el konmasının kabul edilmesi muhtemel değildir. Milletlerarası ticaretin menfaatleri ile kamu menfaati arasındaki çatışma, bir özel hâkim tarafından –hakem veya özel yetkilerle donatılmış üçüncü bir kişi olabilir–, devletin taraf olduğu sözleşmeyle ilgili tahkim yargılamasından önce veya yargılama esnasında bir kamu kişisi aleyhine koruyucu veya geçici tedbir alınması üzerinde dolaşan önemli risk ve güvensizlik anlamına gelir. Yabancı kamu hukuku kişileriyle sözleşme imzalayan özel şirketlere, onların lehine yabancı kamu hukuku kişilerinin aleyhine verilen nihaî hakem kararlarının icra edilebilirliği sağlanarak daha iyi hizmet edilebilir.

### Devletin İcra Muafiyeti<sup>43</sup>

**45.** Kanaatimizce Fransız mahkemelerinin MTO tahkimi bağlamında

<sup>40</sup> *Ibid.* s. 3: 'Bu tahkim öncesi mekanizma devletin taraf olduğu sözleşmeler söz konusu olduğu zaman çok yararlı olabilir. Bir devlet ve bir özel kişi arasında bir sözleşme yapıldığı zaman bu özel kişi, geçici tedbir taleplerinin sözleşmeye taraf devletin mahkemelerinde görülmesi riskini daima taşımaktadır. İlgili sözleşmeye, bir ön-hakeme geçici tedbirlere hükmetme konusunda istisnâî bir yetki veren klozun dâhil edilmesi bu aşikâr dengesizliğin üstesinden gelecektir. Bu hükümlerle, resmî mahkemelerin yargı yetkisi, ön-hakemin yargı yetkisi lehine hariç tutulmaktadır.'

<sup>41</sup> 'Bu sözleşmenin tarafları, bu Kurallara göre Milletlerarası Ticaret Odası'nın ön-hakemlik usulüne müracaat etme hakkına sahip ve bu usulle bağlı olacaktır.'

<sup>42</sup> Bkz. yukarıda §26.

<sup>43</sup> İcra muafiyeti konusunda birçok eser yazılmıştır. Bkz. I. Pingel, *Les immunités des Etats en droit international*, Doctoral Thesis, Paris I University, 1993; B. Oppetit, 'La

icra muafiyetine ilişkin son kararı büyük önem arz etmektedir. Yüksek Mahkeme, 6 Temmuz 2000 tarihli kararında 'yabancı devletlerin yargı muafiyetini düzenleyen milletlerarası hukuk prensiplerinin ve MTO Tahkim Kurallarınının 24. maddesinin, hacizlerin kaldırılmasını emreden ve ilgili devletin icra muafiyetinden feragat ettiğinin tespit edilmediğini ve tahkim klotunun kabulünün yargı muafiyetinden farklı olan bu muafiyetten feragat edildiği anlamına gelmeyeceğini belirten bu kararlar ihlal edildiğini, hâlbuki hakem kararını MTO Tahkim Kuralları m. 24'e göre icra etmek üzere tahkim anlaşması imzalayan devletin taahhüdünün, icra muafiyetinden feragat ettiğini ortaya koyduğunu' belirtmiştir.<sup>44</sup> Şüphesiz milletlerarası ticarî muamelelerin muayyeniyetini sağlamayı amaçlayan bu karar, ilginç olduğuna inandığımız iki hukukî sorunu da ortaya çıkarmıştır. Bu sorunlar, 1988 tarihli Tahkim Kurallarınının 24. maddesinin hukukî statüsü<sup>45</sup> ve Yüksek Mahkemenin bu kararıyla ortaya konulan prensibin gerçek anlamıdır.

**46.** Fransız Yüksek Mahkeme'sinin, 1988 tarihli Kuralların 24. maddesini, milletlerarası ticaret hukukunun genel bir prensibi statüsüne yükselttiği, yani *lex mercatoria*'nın prensiplerinden biri hâline getirdiği düşünülebilir. Hatta bu düşünceye, Yüksek Mahkemenin, bu kuralları, *lex mercatoria*'yı oluşturan parçalardan biri olarak mütalâa ettiği de eklenebilir. Kuralların 24. maddesinin, kararın başında anılan enstrümanlara dâhil edilmesi<sup>46</sup> de böyle bir yorumu desteklemektedir. Ancak kanaatimizce bu atfî yorumlamanın iki farklı yolu mevcuttur.

pratique française en matière d'immunité internationale' *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, report on the 4th international round table, 22 April 1988, Nanterre Centre for International Law (1990) s. 49.

<sup>44</sup> Cass., civ 1re, 6 July 2000, *Société Creighton v. Ministère des Finances de l'Etat du Qatar et a.*, [2001]Rev. arb. s. 114 (Anot. Leboulanger).

<sup>45</sup> 1988 tarihli Kurallar m. 24: 'Hakem Kararının Kesinleşmesi ve İcra Edilebilirliği. (1)Hakem kararı kesindir. (2)Tarafların, uyuşmazlığı MTO nezdinde tahkime götürmeyi vaad etmekte, verilen kararı gecikmeksizin yerine getirmeyi taahhüt ettikleri ve herhangi bir şekilde temyize gitme hakkından feragat ettikleri farz olunur.' Bu hüküm 1998 tarihli Kurallar m. 28(6) ile değişmiştir: 'Bütün hakem kararları taraflar için bağlayıcıdır. Tarafların, uyuşmazlığı bu Kurallar nezdinde tahkime götürmeyi kararlaştırmakla, verilen kararı gecikmeksizin yerine getirmeyi taahhüt ettikleri ve herhangi bir şekilde temyize gitme hakkından feragat ettikleri farz olunur.'

<sup>46</sup> 'Yabancı devletlerin muafiyetlerine ilişkin milletlerarası hukuk prensiplerine itibar ederek, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarınının 24. maddesiyle birlikte...'

47. Bir tarafta, Yüksek Mahkemenin, kararın başlangıcında 1988 tarihli Kuralların 24. maddesine atıfta bulunarak, onu devletin yargı muafiyetine ilişkin bir devletler hukuku prensibi olarak kabul ettiğini düşünmek akla yatkındır. Bu prensip, bir devletin veya devlet birimlerinden birinin 1988 tarihli Kuralların 24. veya 1998 tarihli Kuralların 28(6). maddesine muadil bir hükmün dâhil olduğu kurallara atıfta bulunan bir tahkim anlaşması yapması hâlinde, icra muafiyetinden feragat ettiği anlamına gelmesiyle uygunluk gösterir. Bundan dolayı, evvelce zikredilen maddelerin bir devletler hukuku prensibi ihtiva ettiği söylenebilir.<sup>47</sup> Bu yorum doğru olsaydı, Yüksek Mahkeme kararın başlangıcında yabancı devletlerin yargı muafiyetlerine ilişkin olarak devletler hukukuna atıfta bulunduğu için, 1988 tarihli Kuralların 24. maddesine yapılan atıf gereksiz olacaktı.

48. Bunun alternatifi, 1988 tarihli Kuralların 24. maddesine yapılan atfı, Philippe Leboulanger'in kararla ilgili yorumunda yaptığı üzere, salt sözleşmesel bir açıdan ele almaktır: *'Tahkim kuralları tahkim anlaşmasına dâhil edilmişse, onun sözleşmesel doğasını paylaşır ve benzer biçimde bağlayıcıdır. Böylece tahkim kurallarına yapılan atıf, Yüksek Mahkemenin açıkça değilse de ister istemez zımnen riayet ettiği, Medenî Kanun m. 1134'ün mutlak neticesidir. Böyle yaparak tarafların tahkim anlaşmalarında atıfta bulunduğu tahkim kurallarının hükümlerini hukuk kuralı statüsüne yükseltmiştir. Bu, pacta sunt servanda prensibinin hem icra muafiyetinden feragatin kaynağını hem de bu feragatin sınırlarını teşkil ettiği anlamına mı gelir?'*<sup>48</sup> Bu sorunun cevabı "evet" olmalıdır. Bize göre, Yüksek Mahkemenin, özel kişi Creighton ile kamu hukuku kişisi Katar Devletini aynı statüde ele alarak muamelelerin muayyeniyetini sağlamak istediği ve kararın sözleşmesel etik değerleri, iyi niyeti ve ayrıca tahkim anlaşmasının ve milletlerarası ticarî tahkimin devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm metodu olarak kabul ettiği açıktır.

<sup>47</sup> Ph. Leboulanger, yukarıda dn. 44, s. 125'te iddia etmektedir ki MTO Tahkim Kuralları bu surette gerçek bir hukuk kuralı niteliği kazanır ve Yüksek Mahkeme, (önemsiz bir değişiklikle 1 Ocak 1998'den beri yürürlükte olan Kuralların 29(6). maddesi hâline gelen, 1988 tarihli Kuralların) 24. madde hükümlerinde, milletlerarası ticarî tahkimde icradan muafiyete ilişkin hukuk kaynaklarından birini bulmuştur. Bildiğimiz kadarıyla, bir tahkim kuralına, özellikle kullanımda olduğu kabul edilen kurallara böyle bir tanım ilk defa verilmektedir.

<sup>48</sup> *Ibid.* s. 125-126.

49. Ancak, *Creighton* kararı her derde deva olarak düşünülmemelidir. Önemi ciddi ölçüde yumuşatılmış ve kapsamı, özel şirketin, kamu hukuku kişisi aleyhine yabancı hakem kararının tenfizi çerçevesinde haczini isteyebileceği kamu mallarının tanımıyla sınırlanmıştır. Meselâ Paris Temyiz Mahkemesi, *Creighton* kararında benimsenen icra muafiyetinden zımnî feragat anlayışının, sadece devlete veya devlet birimine ait olup kamu hizmetinin kullanımına sunulmamış malvarlığına uygulanacağını belirtmiştir.<sup>49</sup> Bundan dolayı sorun, en azından Fransız hukukunda, kamu malının arz edildiği kullanımın tayini olarak değişmiştir. Ancak izlenimimiz, devletlerin ve devlet birimlerinin malvarlıklarının, hepsinin değilse de çok önemli bir kısmının önce veya sonra, az veya çok kamu hizmeti faaliyetine sunulduğu yönündedir.

50. Subjektif tahkime elverişsizlik, kamu hukuku kişilerinin tahkime gitmelerinin yasaklanması ve devletlerin icra muafiyetleri gibi yaklaşımların, subjektif tahkime elverişlilik ve devletlerin icra muafiyetleri gibi tezatlarının kullanılmasında vasıtasıyla etkisizleştirilmesinde yegâne sebepler, milletlerarası ticarî muamelelerin muayyeniyeti ve tarafların eşitliği midir? Terminolojinin bu şekilde kullanılması, kamu menfaatinin, devletin taraf olduğu sözleşmelere ilişkin tahkim yargılamasının içine dâhil olması biçiminde ortaya çıkmaktadır.

### **Devletin Taraf Olduğu Sözleşmelere İlişkin MTO Tahkiminde Kamu Menfaati**

51. Milletlerarası ticarî tahkim, müşterek menfaati reddetmek suretiyle milletlerarası ticaret ve serbest ticaret üzerinde mi yoğunlaşmalıdır? MTO Tahkim Divânı ve bazı devlet mahkemelerinin bu politik soruya verdikleri cevap, kararlarında özel hukuk ve kamu hukuku kişileri arasındaki farkı hesaba kattıkları için “hayır”dır. Özellikle tahkim anlaşmasının oluşumunun incelenmesi, hakem heyetinin teşkili ve taslak kararın incelenmesi esnasında devlet mekanizmasının amacına önem verilmiştir.

<sup>49</sup> Paris 1re chambre A, 10 August 2000, *Ambassade de la Fédération de Russie en France et a. v. Compagnie Noga d'importation et d'exportation*, [2001] Rev. arb. s. 114.

### Tahkim Anlaşmasının Oluşumu

52. Tahkim anlaşmasının; sözleşme mefhumunu, bir veya birden çok kişinin anlaşmaları vasıtasıyla biri veya birden fazlası lehine, yapma veya yapmaktan kaçınma biçiminde yükümlülük yüklenmesi olarak tanımlayan Fransız Medenî Kanunu m. 1101 anlamında bir sözleşme olduğu vakıasına gereken önem verilmemektedir. Bir sözleşme olarak tahkim anlaşması; yapmaya (meselâ mevcut sözleşmeyle ilgili veya sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkların tahkime götürülmesi, standart MTO klozunun hükümlerinin aktarılması), bir şeyi yapmaktan kaçınmaya (meselâ sözleşmeyle ilgili veya sözleşmeden doğan uyuşmazlığın devlet mahkemesine götürülmemesi) ve vermeye (meselâ MTO tahkim yargılamasında tahkim masraflarını karşılamak üzere avans ödenmesi) ilişkin yükümlülükleri vücuda getirmektedir. Fransız Medenî Kanunu m. 1108 bir sözleşmenin geçerli olması için gerekli şartları ortaya koymaktadır ve bu hüküm temelinde Fransız Medenî Hukuku âlimleri<sup>50</sup> hukuka uygun olarak bir sözleşmenin yapılabilmesi için yerine getirilmesi zarurî dört gerekliliği şöyle ifade etmektedir: tarafların rızaları hatasız olmalıdır, tarafların sözleşme yapma ehliyetleri bulunmalıdır, sözleşmenin konusu belirli ve hukuka uygun olmalıdır ve aynı şekilde gerekçesi de hukuka uygun olmalıdır.

53. Milletlerarası ticarî tahkim alanında lider âlimlerin<sup>51</sup> tahkim anlaşmalarının gerekçesi üzerinde ihtimam göstermemesi ilginçtir.<sup>52</sup> Aslında bunlar gerekçe karşıtları olarak tanımlanabilirler.<sup>53</sup> Bunun yerine, tahkim anlaşması yapma iradesi, tahkime gitme ehliyeti ve tahkim anlaşmalarının konusu üzerinde durmayı tercih ederler. Yukarıda gördüğümüz üzere<sup>54</sup>, milletlerarası ticarî tahkim yanlısı mevzuat ve içtihatlar, tahkime gitme ehliyetini subjektif tahkime elverişlilik çerçevesinde mütalâa etmiştir. Bildiğimiz kadarıyla tahkim anlaşmasının konusuna ilişkin sorunlar, meselâ objektif tahkime elve-

<sup>50</sup> F. Terré, Ph. Simler & Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 7th ed. (Paris: Dalloz, 1999) s. 85 vd.

<sup>51</sup> Ph. Fouchard, E. Gallard & B. Goldman, yukarıda dn. 5, s. 312 vd.

<sup>52</sup> C. civ., Art. 1131: 'Sebebi bulunmayan veya hatalı yahut hukuka aykırı bir sebebe dayanan yükümlülük hükümsüzdür.' C. civ., Art. 1133: 'Bir sebep, hukuken yasaklanmışsa veya iyi manevî değerlerle yahut kamu düzeniyle bağdaşmıyorsa hukuka aykırıdır.' [Sebebi: bir tarafın bir sözleşmeye girmekle elde etmek istediği avantaj, bir sözleşmeye girmenin gerekçesi.]

<sup>53</sup> F. Terré, Ph. Simler & Y. Lequette, yukarıda dn. 50, s. 312 vd.

<sup>54</sup> Bkz. yukarıda §17 vd.

rişlilik, devletin taraf olduğu sözleşmelerde çok nadir ortaya çıkmaktadır. Bundan dolayı subjektif tahkime elverişliliğin takip ettiği, devletin taraf olduğu sözleşmelere ilişkin tahkim anlaşması iradesine, her ikisi de MTO tahkimi bünyesinde olmak üzere bakacağız.

### **Devletin Taraf Olduğu Sözleşmelere İlişkin Tahkim Anlaşmalarında İrade**

54. Milletlerarası ticarî tahkim âlimleri, geçerliliğinden ziyade böyle bir iradenin oluşumuna, katiyetine ve hepsinin üzerinde kapsamına daha fazla ilgi göstermektedir.<sup>55</sup> Devletin taraf olduğu sözleşmelere ilişkin tahkim yargılamasında iradenin geçerliliğine itiraz edilmesi olasıdır. Meselâ devlet, milletlerarası tahkime gitmeye, bazı uyuşmazlıkları kendi idare mahkemelerine götürme hakkını elinde tuttuğu kanaatiyle rıza gösterdiğini iddia edebilir.<sup>56</sup> Ancak tahkim anlaşmasına muvafakat sorunu genelde bu muvafakatin kişisel ve maddî kapsamıyla ilgili olarak doğmaktadır.

### **Devletin Taraf Olduğu Bir Sözleşmeye İlişkin Tahkim Anlaşmasına Yönelik Rızanın Kişisel Kapsamı**

55. Sorun, sözleşmenin nisbîliği kuralının<sup>57</sup> tahkimde de geçerli olup olmadığına ilişkindir. Tahkim anlaşmasının hükümleri, bu anlaşmayı imzalamamış bir kişiye teşmil edilebilir mi? Bu sorunun ortaya çıktığı hallere örnek olarak, tahkim talebindeki iddiaların sadece davacının sözleşmeyi imzaladığı tarafa değil, aynı zamanda bu taraf bir özel şirket ise onun ana şirketine veya bir kamu hukuku kişisiyse onun bağlı olduğu devlete yöneltilmesi gösterilebilir. Eğer kamu hukuku ki-

<sup>55</sup> C. civ., Art. 1109: 'Rıza, ancak hatayla verilmişse veya cebren yahut kasdî aldatma vasıtasıyla elde edilmişse geçersizdir.'

<sup>56</sup> Meselâ Kolombiya'da bir kamu hukuku kişisi, kapsamı sınırlanmamış bir tahkim anlaşmasına verdiği rızanın, kamu kişilerince verilen kararlardan doğan uyuşmazlıkları Kolombiya idare mahkemelerine götürme hakkından feragat anlamına gelmeyeceği için geçersiz olduğunu iddia edebilir ve Kolombiya Yüksek İdare Mahkemesi bu iddiayı destekleyecektir.

<sup>57</sup> Fransız hukukunda bu prensip Medenî Kanun'un 1165. maddesinde düzenlenmiştir: 'Anlaşmalar sadece sözleşen taraflar arasında hüküm doğurur; üçüncü kişilere zarar vermez ve m. 1121'de düzenlenen hâl dışında onlara yarar sağlamaz.' (1121. madde üçüncü kişinin lehine hükümlere ilişkindir.)

şileri söz konusuysa MTO Tahkim Divânı, davacının temin ettiği *prima facie* deliller hakkında daha katı görünmektedir. Davacıdan genellikle beklenen, sözleşmenin müzakere, kurulma, ifa veya fesih safhalarında devletin yer aldığını açıkça gösteren bir belge sunmasıdır. Bu bizi aşağıdaki mütalâalara götürür.

**56.** MTO Tahkim Divânı kamu hukuku kişilerine yönelik bu katı uygulamayı, eleştirilere maruz kaldığı meşhur *Westland* ve *Pyramides* davalarında kabul etmiştir.

**57.** *Westland* davasında<sup>58</sup> davacı, sadece sözleşmenin diğer tarafına değil, bu tarafı teşkil eden Mısır, Katar, Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri'ne de yönelen bir tahkim talebinde bulunmuştur. Mısır devleti, tahkim talebine verdiği cevapta MTO Tahkim Divânı'nın ve hakem heyetinin yargılama yetkisine, *Westland*'ın arz ettiği tahkim talebini dayandırdığı tahkim klozunu ihtiva eden sözleşmeyi imzalamadığını iddia ederek itiraz etmiştir. Divân, tahkim yargılamasının yukarıda zikredilen dört devlete karşı gerçekleşmesine ve bundan dolayı, *Westland* ile bu devletler arasında bir tahkim anlaşması bulunsun yahut bulunmasın, nihaî hakem kararının hakem heyetince verileceğine *prima facie* karar vermiştir. *Kompetenz-Kompetenz* prensibine uygun olarak hakem heyeti, davaya bakmaya yetkisinin bulunduğu hükmettiği ve tahkim anlaşmasını devletlere teşmil ettiği bir karar vermiştir. Bu karar Mısır devletinin talebi üzerine İsviçre mahkemelerinde iptal edilmiştir.

**58.** *Pyramides* davasında davacı, tahkim talebini sadece sözleşmenin diğer tarafına değil aynı zamanda Mısır Arap Cumhuriyeti'ne de yöneltmiştir. Mısır Arap Cumhuriyeti, tahkim talebinin dayandığı tahkim anlaşmasını imzalamadığı gerekçesiyle MTO Tahkim Divânı'nın ve teşkil edilecek hakem heyetinin yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Davacı, Mısır Turizm Bakanlığı sözleşmeyi imzaladığı ve '*onaylanmış, kabul edilmiş ve tasdik edilmiştir*' kelimelerini eklediği için bu iddiaya itirazda bulunmuştur. MTO Tahkim Divânı, davacı ile Mısır devleti arasında bir tahkim anlaşması olabileceğine *prima facie* ikna olarak,

<sup>58</sup> Bu karar hakkında birçok yorum mevcuttur. Bkz. Y. Derains & E. A. Schwartz, yukarıda dn. 16, s. 94 vd: Ph. Leboulanger, 'Groupes d'Etat(s) et arbitrage' [1989] Rev. arb. s. 415; P. Cahier, 'The strengths and weaknesses of international arbitration involving a state as a party' in J.D.M. Lew, yukarıda dn. 6, s. 241; P. Lalive, 'Arbitration with foreign states or state-controlled entities: some practical questions' *ibid.* s. 289.



yetkisi hakkında karar vermek üzere meseleyi hakem heyetine bırakmıştır. Hakem heyeti yetkisinin bulunduğunu açıklayan bir karar vermiştir. Tahkim yeri olan Paris'teki Temyiz Mahkemesi<sup>59</sup> kararı iptal etmiş ve bu karar daha sonra *Cour de Cassation* tarafından onaylanmıştır.<sup>60</sup>

**59.** MTO Tahkim Divânı'nın, tahkim anlaşmasını imzalamayan taraf devlet olduğu zaman rızanın kişisel kapsamı bakımından sergilediği katı yaklaşım, *Westland* ve *Pyramides* kararlarının iptal edilmesinden değil, iptal kararlarının dayandığı ve düz milletlerarası ticarî tahkim ile devletin taraf olduğu sözleşmelere ilişkin tahkim arasında yapılan ayırımın hukukî gerekçesinden kaynaklanmaktadır. Özel kişiler arasındaki milletlerarası ticarî uyuşmazlıklarda hakemlerin doğal hâkimler olduğu ve devlet mahkemelerinin böyle davalarda istisna teşkil ettiği genellikle kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bir kamu kişisi dâhil olduğunda tahkim, diğer doğal uyuşmazlık çözüm yollarından farklı olarak devletin yargı muafiyetinin istisnası hâline gelir. Bu, MTO Tahkim Divânı'nın her iki davadaki yaklaşımını açıklamaktadır. Milletlerarası ticarî tahkim, farklı devletlerden özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların tartışmasız doğal çözüm yolu olduğunda, MTO Tahkim Divânı, davacı, meselâ sözleşmeyi imzalamayan tarafın tahkim anlaşmasını ihtiva eden sözleşmenin müzakere, kurulma, ifa veya fesih safhalarında yer aldığını ortaya koyar ve diğer tarafça aksi ispat edilmezse, tahkim anlaşmasını imzalamayan özel şirkete karşı tahkim yargılaması yürütülebileceği kararı vermeye meyillidir. Bununla beraber, tahkim anlaşmasını imzalamayan taraf bir kamu hukuku kişisi, özellikle bir devlet ise MTO Tahkim Divânı bu taraf bakımından bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığına ilişkin daha katı bir *prima facie* analiz taahhüt etmektedir. Olumlu bir karar için güçlü deliller gereklidir. MTO Tahkim Divânı, MTO Tahkim Kurallarını yorumlar ve uygularken devlet mekanizmasının faaliyetine temel teşkil eden kamu menfaatini hesaba katmaktadır.

**60.** Yukarıda tarif edilen tatbikat, MTO Tahkim Divânı tarafından yeni bir kararda teyit edilmiştir. Özel bir İtalyan şirketi olan davacı, bir Afrika devletinin Elektrik Bakanlığına ve o Afrika devletine karşı tahkim talebinde bulunmuştur. Afrika devleti, tahkim talebine verdi-

<sup>59</sup> Paris, 1re chambre suppl., 12 Temmuz 1984, [1986] Rev. arb. s. 75.

<sup>60</sup> Cass., civ. 1re, 6 Ocak 1987, [1987] Rev. arb. s. 469.

ği cevapta, MTO tahkim klozunu ihtiva eden sözleşmeyi imzalamadığı gerekçesiyle MTO Tahkim Divânı'nın ve hakem heyetinin yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Tahkim anlaşması, davacı ve bakanlık tarafından imzalanmıştı. MTO Tahkim Divânı, davacıyı, devletin, sözleşmenin kurulmasını bizzat onayladığını ve üstelik sözleşmenin müzakere, kurulma ve ifa safhalarında yer aldığını belirten açıklamalarda bulunmaya davet etti. Ancak, davacı iddiasını, destekleyecek herhangi bir delil tedarik edemedi. MTO Tahkim Divânı, davacı ve devlet arasında muhtemel bir tahkim anlaşmasının varlığına *prima facie* delâlet edecek delil eksikliğinden dolayı tahkim yargılamasının yalnızca davacı ve bakanlık arasında cereyan edeceğine karar verdi. Bu dava, MTO Tahkim Divânı'nın, tahkim anlaşmasını imzalamış bir özel şirket ile imzalamamış bir kamu hukuku kişisi arasında bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı hakkında *prima facie* karar verirken katı olmaya devam ettiğini göstermektedir. Bize göre, bundan dolayı kamu menfaati, uygulamada etkili olmaya devam etmektedir.

**61.** Benzer durumların konu olduğu dört yeni kararda benzer sonuçlara varılmıştır. Her bir davada, özel şirket olan davacı yabancı bir devlete veya yabancı bir devlet birimine yönelik tahkim talebinde bulunmuştur. Davalı, tahkim talebine cevabında, bir üçüncü kişiden –ilgili birimin ait olduğu devlet veya bir devlet birimi– tahkim yargılamasına dâhil olmasını talep etmiştir.

**62.** MTO Tahkim Divânı, üçüncü kişilerin katılımına ilişkin taleplere karşı nispeten muhafazakâr bir yaklaşım benimsemiştir. Geçmişte tahkim yargılamasının taraflarını sadece davacıların belirlediği ve davalının hiçbir şekilde bir üçüncü kişiyi yargılamaya dâhil edemeyeceği düşünülmekteydi. Bu tatbikat, yakınlarda, özel kişilerin dâhil olduğu iki ve devletin taraf olduğu bir davada değiştirilmiştir. Bu davalarda davalının, davacı ve üçüncü kişi aleyhine bir karşı dava yönelttiğine dikkat edilmelidir. Ayrıca üçüncü kişi, tahkim talebine temel teşkil eden tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeyi imzalamıştır. MTO Tahkim Divânı'nın, davalı tarafından talep edilen, üçüncü kişinin katılımını kabul etmesi için iki şartın yerine getirilmesinin gerekli olduğu çıkarılabilir. İlk olarak davalı, üçüncü kişiye karşı taleplerde bulunmuş olmalıdır ve ikincisi, üçüncü kişi tahkim talebinin dayanağını teşkil eden tahkim anlaşmasını ihtiva eden sözleşmeyi muhakkak imzalamış bulunmalıdır. Az önce zikredilen, kamu kişilerinin dâ-

hil olduğu dört davanın üçünde MTO Tahkim Divânı, anılan şartlardan biri gerçekleşmediği gerekçesiyle üçüncü kişinin katılımını kabul etmemiştir.

**63.** Kamu menfaati değerini devam ettirdiği sürece, devletin taraf olduğu sözleşmelere ilişkin tahkim anlaşmasına dair rızanın kişisel kapsamı, MTO Tahkim Divânı'nın her davada ayrı ele alıp çözeceği zor ve hassas bir soru olarak kalacaktır. Aynı durum, tahkim anlaşmasına yönelik rızanın maddî kapsamı bakımından da söz konusudur.

### *Devletin Taraf Olduğu Sözleşmelere İlişkin Tahkim Anlaşmasına Yönelik Rızanın Maddî Kapsamı*

**64.** Buradaki sorun, tarafların tahkim anlaşması yaparak tahkime götürmeye karar verdikleri uyuşmazlıkları belirlemektir. Devletin taraf olduğu sözleşmelerin bahis konusu olabileceği iki tür durumdan bahsedilebilir. İlk olarak, büyük inşaa projeleri gerçekleşirken, farklı ülkelerden bir özel şirket ve bir kamu hukuku kişisinin projeye ilişkin birçok sözleşme imzalamasına sıkça rastlanır. Burada, bu tür grup sözleşmelerden doğan çeşitli uyuşmazlıkların tümünün tek bir hakem heyeti tarafından aynı yargılama içerisinde çözülmesinin mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. İkincisi, sözleşmesel uyuşmazlıklar şüphe götürmez biçimde tahkime tâbi kılınabilmesine rağmen, sözleşme dışı uyuşmazlıklar bakımından durum nedir?

**65.** MTO Tahkim Divânı şimdiye kadar bu durumların ilkiyle ve sadece özel kişilerin dâhil olduğu uyuşmazlıklarla ilgili olarak ilgilenmek durumunda kalmıştır. Tipik bir senaryo şöyle olacaktır. Bir enerji santrali veya otoyol inşası gibi bir projenin tamamlanması amacıyla iki tacir, her biri taraflara farklı yükümlülükler yükleyen üç sözleşme yaparlar. İlk olarak taraflar, projenin yürütülmesi esnasındaki sorumluluğa ilişkin genel yükümlülükleri düzenleyen bir çerçeve sözleşme yaparlar. Sonra birinin, enerji santralinin veya otoyolun inşası için gereken işin tamamlanmasını, diğerinin belirli bir miktar para ödemeyi taahhüt ettiği bir inşaat sözleşmesi imzalarlar. Son olarak taraflar, proje finansmanını idare eden ve gerektiğinde alt sözleşmeler yapan müşterek bir şirket oluşturmak için bir joint venture sözleşmesi yaparlar. Bu üç sözleşmeden uyuşmazlık doğduğunda, davacı olarak hareket eden proje sahibi, sözleşmenin diğer tarafı inşaatçıya

karşı, üç sözleşmenin tümüne ilişkin iddialarını çözmek için tek bir dava açarak hakem heyetine başvurur. Davalı, tahkim talebine cevabında, MTO Tahkim Divânı'nın ve hakem heyetinin yetkisine, tarafların üç sözleşme yaparken her bir sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların farklı metotlarla çözülmesine niyet ettikleri ve bundan dolayı üç sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıkların hukuken aynı yargılamada birleştirilemeyeceği iddiasıyla itiraz eder. Davalıya göre, Kuralların 6(2). maddesi uyarınca MTO Tahkim Divânı, üç sözleşmeyi kapsayan tek bir tahkim yargılamasının aleyhinde karar vermelidir.

**66.** MTO Tahkim Divânı, özel kişilere ilişkin bu tür durumlarla karşılaştığında, Kuralların 6(2). maddesi uyarınca bir *prima facie* analiz yürüttükten sonra, şu üç şart gerçekleştiği takdirde tahkimin yürüyeceğine karar vermektedir: (i) sözleşmeler grubunu oluşturan her bir sözleşmenin tarafları aynı olmalıdır, (ii) sözleşmeler aynı projeye ilişkin olmalıdır ve (iii) bu sözleşmelerdeki tahkim anlaşmaları asgarî düzeyde de olsa birbirleriyle uyumlu olmalıdır. Bu uygulamayla ilgili birtakım mütalâalarda bulunulabilir.

**67.** İlk olarak meselenin, Kuralların 6(2). maddesi kapsamında ele alınmak yerine, usulî bir sorun olduğunun kabulü düşünülebilir.<sup>61</sup> Bu hâldeki sorun, bir hakem heyetinin –tüm sözleşmelerde tahkim şartı bulunması hâlinde teoride hakem heyetinin bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından yargı yetkisi bulunacaktır– tüm sözleşmelerden doğan bütün uyuşmazlıkları karara bağlama yetkisinin bulunup bulunmadığı değil, farklı sözleşmelere ilişkin taleplerin tek bir tahkim yargılamasında ele alınıp alınamayacağıdır.

**68.** MTO Tahkim Divânı böyle bir durumu, tahkim anlaşmasının maddî kapsamına dayanan bir itiraz ve böylece tahkim yargılamasıyla ilgili olarak ele almayı tercih etmiştir.<sup>62</sup> Netice olarak Kuralların 6(2). maddesini uygulamaktadır.

**69.** MTO Tahkim Divânı'nın özel kişiler arasındaki sözleşme gruplarına ilişkin tatbikatı, kamu hukuku kişileri dâhil olduğunda da uygulanabilir mi? Her dava kendine has özellikler ihtiva ettiği için ve MTO

<sup>61</sup> P. Mayer, 'L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol.217 (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1990) s. 322–323.

<sup>62</sup> Bu, aynı zamanda Ph. Fouchard, E. Gaillard & B. Goldman, yukarıda dn. 8, s. 314 vd'de de kabul edilen bir durumdur.

Tahkim Divânı'nın kararları sadece ilgili dava temeli üzerine inşa edildiğinden, genel bir cevap vermek zordur. Ancak MTO Tahkim Divânı'nın, rızanın kişisel kapsamı konusundaki katılığına bakıldığında, devletin taraf olduğu sözleşme gruplarıyla karşılaştığında da katı bir uygulama sergilemesi beklenebilir. Bu hâlde farklı sözleşmelerin tarafları tam olarak aynı ise, MTO Tahkim Divânı'nın bu birbirinden farklı sözleşmelere ilişkin iddiaları aynı yargılamada ele alması mümkündür. Eğer yukarıda tarif edilen senaryoda, çerçeve anlaşma devlet tarafından ve inşaat sözleşmesi ile joint venture sözleşmesi tamamen devletin kontrolünde olan bir millî otoyol şirketi tarafından imzalanırsa, bu üç sözleşmenin taraflarının aynı kabul edilebilmesi mümkün müdür? Bu üç sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları tek bir tahkim yargılamasında birleştirmek mümkün müdür?

**70.** MTO Tahkim Divânı, devletin taraf olduğu sözleşmeler dâhil olduğunda, grubu teşkil eden sözleşmelerde yer alan tahkim anlaşmaları birbirine uygun olmasına ilişkin üçüncü şartla ilgili olarak daha da katı olabilir. Bütün taraflar özel kişi olduğunda, *uyumlu olmak*, mesele tahkim anlaşmalarının farklı tahkim yerleri ve hakem heyetlerinin teşkiline ilişkin farklı metodlar öngörmesi durumunda tek bir tahkim yargılamasının vuku bulamayacağı anlamına gelir. Meselâ tahkim yeri olarak Paris'i tayin eden ve üç kişilik bir hakem heyeti öngören bir tahkim anlaşması, tahkim yerinin belirlenmediği ve uyuşmazlıkların bir veya daha fazla hakem tarafından çözülebileceğini öngören bir tahkim anlaşmasıyla uyumludur. Devletin taraf olduğu sözleşmeler grubuna gelindiğinde MTO Tahkim Divânı tahkim anlaşmalarının sadece birbiriyle uyumlu olmasını değil, aynı zamanda özdeş olmasını gerekli görecektir midir? Kanaatimizce gerekli değildir. Ancak MTO Tahkim Divânı, grubu oluşturan, devletin taraf olduğu farklı sözleşmeler birbirine atıfta bulunuyorsa veya sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların birleştirilmesini öngören tahkim klozları içeriyorsa, tek bir tahkim yargılaması lehine daha meyilli olabilir.

**71.** Tahkime yönelik rızanın sözleşme dışı uyuşmazlıkları kapsayıp kapsamadığı sorusuna verilecek cevap teorik olarak biraz belirsizdir.<sup>63</sup> Buna karşılık MTO hakemleri aşağıdaki misâllerle tasvir edile-

<sup>63</sup> Sözleşme dışı uyuşmazlıkların dâhil olduğu sorunlara ilişkin sadece bir çalışma yapılmıştır ve cevaptan çok soru ortaya çıkarmaktadır. Bkz. C. Reymond, 'Conflicts de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international', *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1988-89/1989-90 (Paris: CNRS, 1991) s. 97.

ceği üzere aşırı basit ve pragmatik bir yaklaşım benimsemiştir.

**72.** Bir davada, özel bir İtalyan şirketi ve Afrikalı bir kamu hukuku kişisi, birçok uyuşmazlığa sebebiyet veren bir inşaat sözleşmesi yapmıştır. Bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların MTO tahkimine götürülmesine ilişkin anlaşmaya dayanarak İtalyan şirket MTO tahkiminde dava açmıştır. Hakem heyeti oluşturulmuş ve taraflarla işbirliği içinde görev belgesi tanzim etmiştir. Davacı, yargılama başladıktan sonra, inşaat sözleşmesinin ifasına bağlı sözleşme dışı nitelikte yeni iddialar ileri sürmüştür. Afrika şirketi, cevabında, hakem heyetinin bu yeni iddiaları görme yetkisinin, bunlar görev belgesinde yer almadığı gerekçesiyle, bulunmadığını iddia etmiştir. Ayrıca sözleşme dışı uyuşmazlıkların, münhasıran sözleşmesel uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen tahkime götürülemeyeceğini öne sürmüştür. Hakem heyeti, kendi yargı yetkisinin, asıl amacı tahkim usulünü düzenlemek olan görev belgesinden değil, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları tahkime götürmeye yönelik anlaşmalarından kaynaklandığını belirtmiştir. Bu anlaşma '[taraflar] arasındaki inşaat sözleşmesinin ifasına bağlı uyuşmazlıkların' tahkime götürülmesini şart koşmaktadır. Hakem heyeti, İtalyan şirketinin sözleşme dışı taleplerinin inşaat sözleşmesinin ifasıyla açık bir bağı olduğunu nazara alarak, Afrika devletine atfedilen sözleşme dışı haksız davranıştan kaynaklanan uyuşmazlığı görmeye ve karara bağlamaya yetkili olduğuna karar vermiştir. Belirtilmelidir ki hakem heyeti bu neticeye ulaşırken kendisini, tahkim anlaşmasının hükümlerini okumak ve yorumlamakla sınırlandırmış ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku incelemeyi gerekli görmemiştir.

**73.** Bir başka davada hakem heyeti benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Bir Fransız özel şirket Afrikalı bir kamu hukuku kişisiyle bir inşaat sözleşmesi yapmıştır. Sözleşmenin ifası esnasında Fransız şirket, Afrikalı şirketin, Fransız şirketin işi tamamlamak için ihtiyaç duyduğu bütün bilgiyi ifşa etmeyi ihmal etmesinden dolayı sözleşmenin müzakereleri esnasında iyi niyetle hareket etmediği kanısına varmış ve Afrikalı kamu kişisinin sözleşme öncesi haksız davranışına istinaden bir tahkim davası açmıştır. Davalı, cevabında, Fransız şirketinin iddiasının sözleşme dışı niteliğini ve inşaat sözleşmesinde yer alan MTO tahkim klozunun kapsamına girmediğini gerekçe göstererek hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. Hakem heyeti, tahkim klozunun, 'bu sözleşmeden veya bu sözleşmeyle bağlantılı olarak doğan her tür-

lü uyuşmazlık' ibaresini ihtiva ettiğini belirtmiş ve sözleşme öncesi uyuşmazlığın inşaat sözleşmesiyle açıkça bağlantılı olduğuna ve bundan dolayı uyuşmazlık üzerinde yetkili olduğuna karar vermiştir.

74. MTO hakemlerinin pragmatizmi, sözleşme öncesi haksız davranışla karşılaştığında tamamen haklı çıkmaktadır. Sözleşmeyle bağlantılı olarak ve fakat sözleşmenin imzalanmasından önce vuku bulan kötü davranışın, tahkim anlaşmasının kapsamına girdiği reddedilemez. Bu netice tahkim hukukunun temelinde yatan iki temel prensiple de teyit edilmektedir: sözleşmenin kurulmasına tekaddüm eden bir sebepten ileri geldiği takdirde esas sözleşmenin geçersiz olup olmadığına hakemlerin karar vermesine müsaade eden '*tahkim anlaşmasının bağımsızlığı*' prensibi ve hakemlere, ihtiva ettiği kusur anlaşmanın kurulmasına tekaddüm etse dahi tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir uyuşmazlığı görme izni veren *Kompetenz-Kompetenz* prensibi.

75. Ancak, kamu hukuku kişisinin sözleşme dışı haksız davranışı söz konusu olduğunda, MTO hakemlerinin pragmatizmi eleştiriye açıktır. Aslında, medenî hukuk ve idare hukuku arasında fark gözeten Fransa gibi hukuk sistemleri, devletin veya bir devlet biriminin sözleşme dışı sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar hakkında idare mahkemelerine münhasır yetki vermektedir.<sup>64</sup> Böylece milletlerarası hakemlerin, bu devletin veya onun birimlerinden birinin sözleşme dışı sorumluluğuna ilişkin olarak bir devletin mahkemelerine münhasır yetki veren zorunlu bir kural bulunup bulunmadığını resen araştırmak zorunda olup olmadığı sorusu zuhur eder. Kamu düzeni kurallarının milletlerarası hakemler tarafından uygulanması sorununa el atmak niyetinde değiliz. Sadece şuna işaret edelim ki milletlerarası hakemler, devletin taraf olduğu sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlıkla yüzleştğinde kendilerine, ilgili devletin uygulanması gereken zorunlu kurallarının bulunup bulunmadığını sormalıdır. Böyle yaparak devlet mekanizmasının faaliyetinin altında yatan kamu hizmetini hi-maye edeceklerdir. Kanaatimizce tek başına bu, gelişmekte olan ülkelere, yaptıkları sözleşmelere tahkim anlaşması dâhil etmeleri ve milletlerarası tahkim yargılamasında yer almaları için gereken güveni verecektir.

<sup>64</sup> Meselâ bu Kolombiya hukukundaki bir durumdur.

**76.** *Güven* kelimesi, devletin taraf olduğu sözleşmeden doğan tahkimlerdeki psikolojik unsura dikkat çekmektedir. Gelişmekte olan ülkeler milletlerarası ticarî tahkimde ekseriyetle ihtiyatlıdır. Bu ihtiyat, bir devletin ekseriyetle tahkimde yer almayı veya aleyhinde verilen bir hakem kararından doğan yükümlülükleri ifa etmeyi reddetmesindeki münhasır yetkisinde görülmektedir. Ancak, daha ciddi olan, ilgili devletin idare mahkemelerinin, meselâ bir hakem kararının tenfizi veya iptali prosedüründe benzer güvensizliği gösterdiği durumdur. Böyle bir güvensizlik *subjektif tahkime elverişlilik* kavramının sorun hâline gelmesine neden olmuştur.

### Subjektif Tahkime Elverişliliğin Akıbeti

**77.** Gördüğümüz üzere,<sup>65</sup> Kolombiya ve Lübnan mahkemeleri, *subjektif tahkime elverişlilik* kavramını, *idarî karar* ve *idarî sözleşme* kavramlarıyla etkisizleştirmiştir. Bu mahkemelerce takınılan tutum, bütün üstünlüğü kamu menfaatine veren uç bir politik bakışı yansıtmaktadır. Milletlerarası tahkimde yer alan bütün gelişmekte olan ülkeler böyle yapsaydı, subjektif tahkime elverişlilik kavramı yok olurdu. Ancak, böyle bir etkisizleştirmenin temelsiz olduğu kanısındayız.

**78.** Kolombiya ve Lübnan mevzuatları, devlete ve devlet birimlerine tahkime gitme konusunda açıkça müsaade etmektedir.<sup>66</sup> Bu ülkelerdeki mahkemelerin bu imkânı kısıtlaması hatalıdır. Doktrinde işaret edildiği üzere,<sup>67</sup> bunlar, devletlerin ve devlet birimlerinin milletlere-

<sup>65</sup> Bkz. yukarıda §21 vd.

<sup>66</sup> İdarî sözleşmelerin genel statüsü hakkında Kolombiya 1993 tarihli ve 80 sayılı Kanun m. 70 ve 71; Lübnan Medenî Usul Hukuku Kanunu m. 809.

<sup>67</sup> *[İdare mahkemesinin] Oluşum(u), aslında buna müsait görünmesine rağmen, tahkim hukukunun gelişmesini, milletlerarası ticaretteki güncel uygulamaları ve hepsinden öte Lübnan tahkim hukukunun ruhunu hesaba katmada başarısız olmuştur. Mahkeme, Yeni Medenî Usul Kanunu'nun 809. madde hükmünün genel hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmeyi ve bu suretle özel hukuk ve kamu hukuku sözleşmeleri arasındaki ayrımı aşmayı reddederken, devletlerin gerçek kişiler gibi milletlerarası ticarete yer aldıkları gerçeğini dikkate almamıştır. Bunun yanında mahallî ve milletlerarası kamu hukuku sözleşmelerine aynı kuralların uygulanması, bu uyuşmazlık çözme yönteminin milletlerarası ticarî ilişkilerdeki yerini ve bu alandaki milletlerarasılaştırmayı hesaba katar görünmemektedir. Son olarak, Mahkeme'nin 809. maddeyi yorumu, her şeye rağmen Lübnan hukukunda açıkça ortaya konulan mahallî tahkim ve milletlerarası tahkim ayrımını dikkate almamış görünmektedir.* M. Sfeir-Slim & H. Slim'in, *Etat libanais v. Société FTML (Cellis) SAL ve Etat libanais v. Libancell SAL* kararları hakkında [2001] Rev.arb. s. 875'teki yorumu.



rası ticarete sık sık yer aldığını unutmaktadır. Üstelik bunlar, Pierre Mayer'in dikkat çektiği, *devlet* ve *idare* arasındaki farkı da dikkate almamaktadır:

*Bağımsız bir devletin bir özel kişiyle olan ilişkisindeki bağlılığının kapsamını tayin etmek için, 'bağımsız devlet'in, mahallî idarî sözleşmelerin olağan tarafı olan devlet idaresinden farklı bir varlık anlamına geldiği söylenmelidir. 'Devlet' kelimesi mahallî veya milletlerarası kullanıldığında aynı anlamlara gelmez.*

*Bir vatandaş ile devlet arasındaki –vergi ödeme görevi, adalet ve emniyet gibi bir kamu hizmetinin kötü işlemesinden ötürü devletin sorumluluğu veya bir memurun maaş ödenme hakkı gibi– ilişkilere atıfta bulunulduğunda devlet kelimesi 'devlet mekanizmasını' veya idareyi ifade etmek için kullanılmıştır. Bu, nüfus ve topraklarıyla birleştiğinde, devletler umumî hukukundaki anlamıyla devlet olgusunu (geniş anlamında) teşkil eder. İngilizcede kullanılan 'government' kelimesi birinci anlamı, 'state' kelimesi ise ikinci anlamı ifade eder.<sup>68</sup>*

*Devlet ve idare, bugünlerde hukuk terminolojisi devlet kavramını her ikisini de ifade etmek üzere kullandığından, birbiriyle karıştırılmaktadır. Pierre Mayer'e göre bu karışıklığı gidermede bize günlük dil yardımcı olabilir:*

*[Devlet ve idare arasındaki] Ayrım, bilinmez olmamasına rağmen nadiren kullanılmıştır. Neredeyse her zaman, atıf, hangi anlamda kullanıldığı belirtilmeksizin sadece 'devlet'e yapılır. Bundan başka iki kavram arasındaki farkı analiz etmek çok zordur. Hukuk sahasının dışında sezgi yoluyla anlaşılan bir görünüm daha kolay elde edilebilir. Bir Fransız işadaminin, Fransız devletin ekonomisinin işleyişinde oynadığı aşırı rolü beğenmediği ve diğer taraftan Fransa'nın dünya ekonomisindeki pozisyonundan memnun olduğu zamanlarda, her bir ihtimalde aynı şey hakkında konuşmadığı açıktır. Birinci durumda mahallî bir yapıda konuşmakta ve kendinden farklı veya kendisiyle çatışma hâlinde gördüğü devlet idaresi hakkında şikâyet etmektedir. İkinci durumda milletlerarası bir yapıda Fransa devletini diğer devletlerin karşısında düşünmektedir; kendisi artık kendisine zulmeden idare olarak değil ait olduğu millet olarak gördüğü böyle bir devletin küçük de olsa kurucu unsurudur.<sup>69</sup>*

<sup>68</sup> P. Mayer, yukarıda dn. 7, s. 8–9.

<sup>69</sup> Ibid. s. 9.

Kanaatimizce *devlet* ve *idare* arasındaki ayırım, idarî sözleşmelere ve devletin taraf olduğu sözleşmelere uygulanacak hukuku belirlemede dönüm noktası olacaktır.

**79.** Mahallî sahada, devlet kişileri kendileriyle aynı menşeli özel kişilerle sözleşme yaparlar. Özel hukuk ve idare hukuku arasında ayırım yapan ülkelerde böyle sözleşmeler ya devlet kişisinin kamu otoritesinin bazı üstünlüklerini kullandığı hâlde idare hukukuna ya da hükümet kişisi ve özel kişi eşit bir zeminde yer aldığı hâlde özel hukuka tâbidir. Özel hukuk ve idare hukuku arasındaki ayırım aynı devlete ait kamu hukuku kişilerine ve özel hukuk kişilerine uygulanır. Çünkü ayırım hepsinin üzerinde hâkimiyete sahip bir otoriteden –yasama organı– kaynaklanmaktadır.<sup>70</sup>

**80.** Milletlerarası sahada, bir devlet yabancı bir özel şirketle yaptığı bir sözleşmeye uygulamak üzere kendi yaptığı kurallara dayanamaz. Böyle kurallar her iki tarafa da göre heteronom değildir ve bundan dolayı, tam anlamıyla söylemek gerekirse, hukukî değildir.<sup>71</sup> Bir başka ifadeyle, milletlerarası meselelerde, bir devlet sözleşme yaptığı yabancı bir özel kişiye karşı, idare ve onunla aynı menşeli bireyler arasındaki ilişkilere uygulanan hukukî kategorilerin uygulanacağını iddia edemez. Pierre Mayer'in sözleriyle,

hakiki 'devletin taraf olduğu sözleşme' kavramı, sözleşmesel ilişkiye devletin hukukunun tatbikini hariç bırakır... Özel hukuk veya kamu hukuku sınıflandırması bakımından bu aslında hiçbir suretle sorun teşkil etmez. Devletin mevcudiyeti, özel hukuk kapsamında sınıflandırma yapma olanağını ortadan kaldırmakta ve kamu hukuku kapsamındaki sınıflandırma ise devlet için dâhilî bir ilişki gerektirmektedir. Bağımsız bir devlet, bir ilişkideki süjelerden biri olduğunda, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayırma atfen, idare kavramı artık söz konusu değildir; böyle bir durum geleneksel ayrımların yer almadığı veya aynı anlamı taşımadığı bir başka alana –milletlerarası saha– aittir.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> *Ibid.* s. 10.

<sup>71</sup> *Ibid.*: 'İdare ve özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk idare tarafından yapılamaz. Aslında bir kural, ancak uygulandığı kişilere göre heteronom olduğu takdirde hukukî olabilir. İdare, özel kişiler gibi, devlet tarafından yapılan hukukla bağlıdır.'

<sup>72</sup> *Ibid.* s. 13–14.

**81.** Kolombiya'da Yüksek İdare Mahkemesi mahalli nitelikteki *idarî karar* kavramını yabancı özel şirketlere empoze etmektedir. Ancak, yukarıdaki gerekçeye göre, bir devletin, yabancı özel şirketler konusunda etkiler üreten idarî kararlar vermesi meşru değildir. Sadece bir devlet kişisi tarafından verilebilen bu tür kararlar, sadece ona tâbi kişiler, yani onunla aynı menşeli kişiler konusunda hukukî etkiler üretirler. Lübnan'da idare mahkemesi *devlet kişilerinince imzalanmış özel hukuk sözleşmeleri* ile *idarî sözleşmeler* arasındaki mahallî ayrımı yabancı özel şirketlere empoze etmektedir. Ancak, bu ayırım sadece devlet kişisi ve onunla aynı menşeli kişiler arasında ve bundan dolayı aynı hukuka tâbi olan sözleşmeler bakımından mahallî olarak geçerlidir. Lübnan devletinin yabancı özel şirketlerle yapabileceği tek sözleşme, devletin taraf olduğu sözleşmelerdir.

**82.** İdarî karar ve idarî sözleşme kavramları, Kolombiya ve Lübnan devletleri tarafından, bu iki ülkede kamu menfaatini koruyan devlet kişilerine, kendilerine tâbi olan kişilerle ilişkilerinde kamu otoritesinin üstünlüklerini kullanma izni vermek için şekillendirdikleri mahallî hukuk terminolojisinin bir parçasıdır. Her iki ülkenin idare mahkemelerinin yukarıda bahsedilen kararlarında görüldüğü üzere, bu kavramları devletin taraf olduğu sözleşmeler bakımından kullanmak uygunsuz ve aldatıcı olacaktır.

**83.** Bu kararlar kamu menfaatini amaçlar görünmektedir. Bu amacın elde edildiği gerçeği kısa vadede onların birer politik tedbir olduğu izlenimini vermektedir. Ne var ki biz bundan şüpheliyiz. *Globalizasyonun* gittikçe güçlenerek büyümesi ve ulusların bekasının, artan ölçüde diğer devletlerle alışverişine bağlı olması karşısında, bir tahkim anlaşmasını tartışmalı gerekçelerle iptal etmek ve bu suretle milletlerarası ticarî muamelelerin muayyeniyetine zarar vererek potansiyel yabancı özel yatırımcıların cesaretini kırmak kamu menfaatine midir? Kolombiya ve Lübnan kararlarının, uluslararası yatırım anlaşmaları bakımından ortaya çıkan hukukî belirsizlikten dolayı orta ve uzun vadede kamu menfaatine aykırı olacağı muhtemeldir de ötedir.

**84.** Ayrıca, Kolombiya ve Lübnan mahkemeleri, milletlerarası ticarî tahkimin tarafsızlığının avantajını gözden kaçırmış görünmektedir. Kamu hukuku kişisinin –özellikle devletin– yargı muafiyetine ilişkin sebeplerden dolayı, devletin taraf olduğu sözleşmeden doğan bir uyuşmazlığı yabancı bir mahkemeye götüremediği ve yabancı özel şirketin

de –doğru veya yanlış– sözleşme yaptığı kamu hukuku kişisinin ait olduğu devletin mahkemelerine tamamen güvenemediği böyle bir durumda milletlerarası ticarî tahkim hareketsizlik dışında bir yol önermektedir.

**85.** Kolombiya ve Lübnan, *özel adaletin*, kamu hukuku kişisi tarafından ortaya konulan ve korunan kamu menfaati aleyhine yabancı özel şirketin *özel menfaatinin* tarafını tutacağına inanarak tahkimden kuşku duyar görünmektedir. Bu yüzden bu devletler, devletin taraf olduğu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları ilgili devletin idare mahkemelerine götürmeyi, tahkim mahkemesince karara bağlanmasına tercih etmektedir.

### Hakem Heyetinin Teşkili

**86.** Plato, en kutsal mahkemenin, tarafların bizzat yarattığı ve üyelerinin taraflarca müştereken seçildiği mahkemeler olduğunu iddia etmektedir.<sup>73</sup> Aslında tarafların, bizzat oluşturdukları bir mahkemede, meselâ devletlerin veya uyuşmazlık çözüm müesseselerinin sunduğu güvenden daha yüksek güvene sahip olmaları ziyadesiyle muhtemeldir. Bundan dolayı *hakem heyetinin teşkili ve güven* düşünceleri birbirine yakından bağlıdır.

**87.** Güven düşüncesi, MTO Tahkim Divânı'nın, devletin taraf olduğu bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık hakkında karar verecek hakem heyetinin teşkiline ilişkin tatbikatını bu yüzden şiddetle işaret etmektedir. Tarafların tahkim yargılamasına iştirakinin, onların böyle bir yargılamada güven sahibi olmalarının anahtarı olması karşısında MTO Tahkim Divânı, kamu hukuku kişilerinin güvenini (i) bir devletin, tahkime karşı duydukları husumete ve kendilerine karşı başlatılan tahkim yargılamasına, isteksiz olmasına rağmen katılmasını ve (ii) devletin, hakem heyetine, kendisinden bağımsız olmasına rağmen, hakem heyeti kararını verirken kamu hukuku kişisinin konumunun tam anlamıyla analiz edilmesini ve nazara alınmasını sağlayabilecek en az bir üyenin atanmasını temin ederek kazanmaya çalışır. Devletin tahkim yargılamasında aktif olarak yer alması, aleyhinde verilen bir kararın kendi kendine ifa edilme ihtimalini de arttıracaktır.

<sup>73</sup> Plato, *Laws*, Books VI, XII.

**88.** MTO Tahkim Divânı'nın, hakem heyetinin teşkiline ilişkin tatbikatı, kamu hukuku kişileri tarafından korunan kamu menfaatini desteklemeyi de amaçlamaktadır. Bu, usulün üç aşamasında görülebilir: hakemlerin sayısını belirlerken, devlet veya onun birimlerinden biri tarafından atanan hakemin bağımsızlığını kararlaştırırken ve hakemini atamayan devletin adına bir hakem atarken.

### **Hakem Sayısının Belirlenmesi Vasıtasıyla Kamu Menfaatinin Korunması**

**89.** Devletin taraf olduğu sözleşmeden doğan uyuşmazlığın tarafları, davaya bakacak hakemlerin sayısını ekseriyetle tahkim klozunda veya uyuşmazlık doğduktan sonra varılan bir mutabakatta bizzat tayin ederler. Taraflar bu tarz bir uyuşmazlığı, hakemlerden birini bizzat tayin ettiği için yargılamada devlete büyük güven veren üç kişilik hakem heyetine götürmeyi çok sık tercih ederler.

**90.** Ne var ki tarafların, hakemlerin sayısı konusunda anlaşmadıkları zamanlar da vardır. Bu durumda Kuralların 8(2). maddesi uyarınca '*MTO Tahkim Divânı, uyuşmazlığın üç hakemin atanmasına izin vermesi hâli dışında tek bir hakem atayacaktır.*' MTO Tahkim Divânı uyuşmazlığın karmaşık olduğuna kanaat getirirse Kuralların 8(2). maddesinde öngörülen serbestiyi kullanarak uyuşmazlığı üç üyeli bir hakem heyetine götürmeye karar verir. MTO Tahkim Divânı'nın her davayı ayrı ele alma yaklaşımı,<sup>74</sup> karmaşıklık şartının, hakemlerin sayısının kararlaştırılması bağlamında üç farklı anlama sahip olduğunu göstermektedir.

**91.** İlk olarak bu şart uyuşmazlığın meblağına atıfta bulunabilir. MTO Tahkim Divânı, uyuşmazlığın meblağı ne kadar yüksek olursa, teknik veya hukukî zorlukların doğmasının o derece muhtemel olduğu ve böyle zorlukların yargılama esnasında tek bir hakemden ziyade üç kişilik bir hakem heyeti tarafından daha iyi çözüleceği zannı temelinde bir uyuşmazlığın karmaşıklığının derecesini dava konusu miktardan çıkarmaktadır.

<sup>74</sup> Bu yüzden 'Divân tatbikatına' atıfta bulunmak aldatıcıdır. Divân, Kuralları uygularken asla taviz vermediği katı yaklaşımdan ayrı olarak, Kuralların sağladığı esneklik içerisinde en uygun kararı vermek için her bir davanın özellikleri üzerinde itinayla çalışmaktadır.

**92.** İkinci olarak MTO Tahkim Divânı, uyuşmazlık maddî veya usulî hukukî zorluklar ihtiva ediyorsa genelde üç üyeli hakem mahkemesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Meselâ hakem heyetinin yetkisine ilişkin zor sorunlar veya hukuken karmaşık konular ortaya çıkaran davaların tek bir hakemden ziyade üç üyeli bir hakem heyeti tarafından karara bağlanması evladır.

**93.** MTO Tahkim Divânı bu iki kriteri birleştirerek, meblağın yüksek olduğu ancak basit ve bundan dolayı çözmesi kolay olan uyuşmazlıkları tek hakeme, daha küçük bir meblağ fakat aynı zamanda önemli hukukî zorluklar ihtiva eden bir uyuşmazlığı üç üyeli bir hakem heyetine götürme eğilimindedir.

**94.** MTO Tahkim Divânı üçüncü olarak, devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları potansiyel olarak karmaşık kabul etmektedir. Burada karmaşıklık böyle uyuşmazlıkların (i)hakem heyetinin yetkisine ilişkin karmaşık sorunlar doğurduğu (subjektif tahkime elverişlilik), (ii)ilgili kamu hukuku kişinin ait olduğu devletin zorunlu veya diğer kurallarının uygulanmasına bağlı olduğu, (iii)nüfusun tamamı üzerinde önemli etkilere sahip olduğu<sup>75</sup> (meselâ uyuşmazlığın konusu bir baraj veya enerji istasyonu inşası ise) ve (iv)politik menfaatlerin ve güçlerin etkisine bağlı olduğu gerçeğinden kaynaklanmaktadır.

### **Devlet Tarafından Atanan Hakemlerin Bağımsızlığı Vasıtasıyla Kamu Menfaatinin Korunması**

**95.** Kuralların 8(2) ve 8(4). maddeleri uyarınca, bir uyuşmazlık tarafların anlaşmasıyla veya taraflarca anlaşılabilmesi hâlinde Divân'ın kararıyla üç üyeli bir hakem heyetine götürüldüğü takdirde, taraflardan her biri, bağımsız olması gereken birer yardımcı hakem atamak zorundadır.<sup>76</sup> MTO tahkiminde hakemin bağımsızlığı, değerlendirilmesi mümkün bir objektif niteliktedir. Bu, insan bilincinin derinliklerinin

<sup>75</sup> P. Mayer, yukarıda dn. 7, s. 5: 'Devletler ve yabancı girişimciler arasındaki sözleşmeler, tarafların her biri için büyük öneme sahip tehlikeler ihtiva etmektedir. Devlet bakımından en temel risk, özel tarafın kusurlu ifasıdır. Sözleşmenin amacı, devletin ekonomisi için can alıcı bir projenin tamamlanması ise özel tarafın haksız davranışlarının neticeleri felâket gibi olur.'

<sup>76</sup> Bkz. Kurallar m. 7.

de yatan ve değerlendirilmesi olanaksız subjektif bir nitelik olan tarafsızlığı farz etmenin bir vasıtasıdır. Ters taraftan bakıldığında, bir hakemin bağımsızlık eksikliği, onun muhtemel tarafsızlık eksikliğini yani onun tarafgirliğini farz etmenin bir vasıtasıdır.<sup>77</sup>

**96.** Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin V(1). maddesi aşağıdaki hükmü ortaya koymaktadır:

*Hakem kararının tanınması ve tenfizi, yalnızca aleyhine hakem kararı verilen taraf aşağıdaki hususları, tanıma ve tenfiz talebinin götürüldüğü mahkemede ispatladığı takdirde reddedilebilir... d) Hakem heyetinin teşkili veya hakemlik prosedürü tarafların anlaşmasına veya böyle bir anlaşmanın bulunmaması hâlinde tahkimin cereyan ettiği yer hukukuna uygun değilse...*

Kuralların, hakemin bağımsızlığına ilişkin 7(1). maddesi de dâhil olmak üzere, tarafların arasındaki tahkim anlaşmasının bir parçası olması karşısında, mahkemede, hakem heyetinin üyelerinden birinin bağımsız olmadığının ispat edilmesi hâlinde hakem kararının iptaline yahut tenfiz talebinin reddine yönelik bir uygulamaya gidilebilir.

**97.** Kurallar *bağımsızlığı* tarif etmemektedir. Ancak, MTO tahkimindeki anlamı daha ziyade *ekonomik* anlamda tezahür etmektedir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça hakemlerin, taraflar veya onların vekilleriyle ekonomik veya finansal bağları olmamalıdır. Taraflardan biri tarafından atanan hakemin, taraflardan biriyle (genelde bu hakemi atayan tarafla) ekonomik veya finansal bağları bulunuyorsa ve diğer taraf bu hakemin atanmasının MTO Tahkim Divânı tarafından teyit edilmesine itiraz ederse, Divân bu itirazı incelemek ve atanan hakemin teyit edilip edilmemesine karar vermek mecburiyetindedir.<sup>78</sup> Tahkimin taraflarından birinin kamu hukuku kişisi olması ve itirazın, onun atadığı hakeme ilişkin bulunması hâlinde Divân esneklik göstermektedir.

**98.** Yeni bir davada, bir Asya devleti yardımcı hakem olarak kendi bakanlıklarından birinde çalışan bir memuru atamıştır. Asya devleti ve atanan arasında açık bir ekonomik ilişki vardır. Binaenaleyh, yabancı

<sup>77</sup> Bkz. Y. Derains & E. A. Schwartz, yukarıda dn. 16, s. 108 vd.

<sup>78</sup> Bkz. Kurallar m. 9(2).

bir özel şirket olan diğer taraf, bağımsızlığı bulunmadığı gerekçesiyle Asya devleti tarafından atanan hakemin teyidine itiraz etmiştir. Buna rağmen Divân, aşağıdaki hususları nazara alarak atamayı teyit etmiştir: (i) ilgili devletin davada hakem olma ihtimali bulunan vatandaşlarının çoğunluğunun devletle bir şekilde ekonomik bir bağının bulunması, (ii) bundan dolayı ilgili Asya devleti için davada yardımcı hakem olarak yer alabilmek için gerekli vasıflara sahip ve kendisiyle ekonomik bağı bulunmayan bir kişi bulmanın çok zor olması ve (iii) atanan hakemin uyuşmazlığın konusu olan projeyle ilgili olmaması.<sup>79</sup>

**99.** Bu misâl, MTO Tahkim Divânı'nın, yargılamanın her safhasında yer almalarını destekleyerek kamu hukuku kişilerinin güvenini kazanmak için sarf ettiği çabayı bir kez daha göstermektedir. Hakemlerin tayini hakkında, Divân, devlet tarafından atanan hakemin teyidini sadece hakemin, uyuşmazlığın ilişkin olduğu projeden sorumlu devlet kişisi için çalışması veya bu projeyle ilgili olması hallerinde reddedecek görünmektedir. Bir MTO davasında Divân, devletin, kendi memurunu yardımcı hakem olarak atamasını önce teyit etmiştir. Daha sonra bir yabancı özel kişi olan diğer taraf bu hakemin aslında uyuşmazlığın konusu olan projeyle ilgili olduğu ve bu gerçeği Divân'dan gizlediğini keşfetmiştir. Bu suretle Kuralların 11. maddesi uyarınca hakemi reddetmiştir. Divân itirazı kabul etmiş ve buna uygun olarak hakemi değiştirmiştir.

**100.** MTO Tahkim Divânı'nın, Kuralların sağladığı esnekliğin avantajını kullanarak devletlerin güvenini kazanma çabalarına rağmen devletler tahkim yargılamasında yer almamayı tercih etmektedir. Böyle hâllerde Divân, onlar adına, benzer bir altyapıya sahip olan bir hakem atayarak güvenlerini kazanmak için son bir teşebbüste bulunmaktadır.

### **Hakemini Atamayan Bir Devletin Adına Hakem Atanması Yoluyla Kamu Menfaatinin Korunması**

**101.** Tahkim klozu uyuşmazlığın üç üyeli bir hakem heyeti tarafından çözüleceğini öngördüğü takdirde taraflardan her biri normalde birer yardımcı hakem atar. Eğer taraf devlet tahkim yargılamasında hiç

<sup>79</sup> Bkz. Y. Derains & E. A. Schwartz, yukarıda dn. 16, s. 119.



yer almazsa ne olur? Cevabı, Kuralların 8(4) ve 9(6). maddeleri vermektedir. Birinci kural *' taraflardan biri hakem atamazsa, atama mahkeme tarafından yapılır'* hükmünü içermektedir. İkincisi ise *'Divân, hakemini atamayan taraf adına hakem atamak durumunda kaldığında, atamayı, bu tarafın vatandaşı bulunduğu devletin Millî Komitesi'nin teklifi doğrultusunda yapacaktır. Eğer Divân, yapılan teklifi kabul etmezse veya Millî Komite talep edilen teklifi Divân tarafından saptanan süre içerisinde yapmazsa yahut ilgili tarafın devletin bir Millî Komitesi yoksa Divân, uygun gördüğü bir kişiyi atama serbestisine sahip olacaktır'* hükmünü ihtiva etmektedir. Bu ikinci kural devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan tahkimle ilgili üç husus ortaya çıkarmaktadır.

**102.** İlk olarak, devletin MTO Millî Komitesi'nin teklifinin temelinde hakem atanması, hakem heyetinin en az bir üyesinin devletle aynı altyapıya sahip olmasını, durumunun nazara alındığından ve dikkatli düşünüldüğünden emin olmasını sağlar. Bundan dolayı bu hüküm, ilgili devletin güvenini kazanmak suretiyle onu tahkim yargılamasında yer almak bakımından cesaretlendirmeyi ve aleyhinde verilebilecek hakem kararını yerine getirmesini amaçlamaktadır. Tahkim yargılamasına katılmaktan imtina eden devletle aynı menşeli bir hakemin atanması, aynı zamanda devlet mekanizmasına temel teşkil eden kamu menfaatini desteklemeyi de amaçlamaktadır.

**103.** Yeni bir davada, bir Latin Amerika devleti olan davalı, tahkim talebine karşı, Kuralların 5(1). maddesinde öngörülen 30 günlük süre içerisinde bir cevap sunmamış ve böylece tahkim yargılamasının başlangıçtaki kısımlarında yer almamayı seçmiştir. Tahkim anlaşması üç üyeli bir hakem heyetinin teşkilini öngörmektedir. Kuralların 9(6). maddesine göre Divân, tahkim yargılamasına katılmaktan imtina eden devletin adına, onunla aynı menşeli bir hakem atamıştır. Divânın sekreteryası, taraflara, Divân tarafından yapılan atamayı bildirmiş ve akabinde Latin Amerika devleti aceleyle yargılamada yer almaya karar vererek, konumunu ortaya koyan bir mektup göndermiştir.

**104.** İkinci olarak devletin Millî Komitesi yoksa veya böyle bir Millî Komite teklif yapacak durumda değilse yahut teklifi MTO Tahkim Divânı tarafından kabul edilmemişse,<sup>80</sup> Kurallar, Divâna, uygun gördü-

<sup>80</sup> Meselâ Divân, teklif edilen hakemin, uyuşmazlığın ilişkin olduğu projeden bağımsız olmadığına kanaat getirirse teklifi reddeder.

ğü bir kişiyi doğrudan atama yetkisi vermektedir. Divân, devlet tarafının güvenini kazanmak ve kamu menfaatinin korunmasını sağlamak amacıyla ekseriyetle ilgili devletle aynı menşeli bir hakem atayacaktır.

**105.** Üçüncü olarak eğer MTO Tahkim Divânı, ilgili devletle aynı menşeli uygun bir aday bulamazsa, ilgili devletle aynı bölgeden ve benzer bir altyapıya sahip bir kişiyi seçer. Bu, hakem heyetinin, davayı hukuka göre görmek ve karara bağlamak zorunda olmasına rağmen, politik menfaatlere ve uyuşmazlığın insanî neticelerine önem atfetmesine izin verir.

### Hakem Kararlarının İncelenmesi

**106.** MTO Tahkim Divânı'nın hakem kararlarını incelemesi, MTO tahkiminin en çok üzerinde durulan özelliklerinden biridir. Taslak hâlindeki kararların çoğu Komiteler tarafından incelenmektedir.<sup>81</sup> Ancak, devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara ve böyle davaların sık sık ortaya attığı sorunların hassas yapısına verilen önemden ötürü, bu tür kararlar genellikle bütün üyelerin hazır bulunduğu oturumlarda incelenmektedir.

**107.** Bir hakem kararının MTO Tahkim Divânı'nın bütün üyelerinin katıldığı bir oturumda incelenmesi (i)kararı inceleyecek ve onayına ilişkin tartışmalarda yer alacak MTO Tahkim Divânı üye sayısının, bir Komite'yi oluşturan üç üyenin sayısından hayli fazla olacağı, (ii)bu üyelerden bazılarının, uyuşmazlığın tarafı devletle aynı altyapıya sahip olması ve gerek duyulduğunda MTO Tahkim Divânı'nın dikkatini uyuşmazlığın politik, ekonomik ve insanî yönlerine çekebileceği ve (iii) MTO Tahkim Divânı'nın teamülüne göre, Divân'ın üyelerinden biri davadaki vakıaları tanımlamakla, taslak kararı analiz etmekle ve Divân'ın diğer üyelerine kararın onaylanması, açıklanması kaydıyla onaylanması veya onaylanmaması hakkında öneride bulunmakla görevli raportör olarak atanması anlamına gelir. Kanaatimizce

<sup>81</sup> 'Komite'nin üyeleri bir başkan ve en az iki üyeden teşekkül eder. Divân başkanı Komite başkanı olarak hareket eder.' (MTO Tahkim Divânı İçtüzüğü m. 4(2)) Komite ekseriyetle Divân başkanını ve en az iki üyesini kapsar. Divân haftalık olarak Komite biçiminde ve aylık olarak bütün üyelerinin hazır bulunduğu ve bütün üyelerine açık oturumda toplanır. Hâlen Divân'ın 77 ülkeden 116 üyesi mevcuttur.

bu düzenleme, devletin taraf olduğu bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıktaki taraf devletin temsil ettiği kamu menfaatinin bir nebze de olsa korunmasına müsaade etmektedir.

### Sonuç

**108.** Milletlerarası ticarî tahkime ilişkin hukuk terminolojisi, başta gelişmekte olan ülkelerden olmak üzere, kamu hukuku kişilerinin milletlerarası tahkime gösterdiği husumetin üstesinden gelmede kullanılan pek çok fikir ihtiva eder. *Subjektif tahkime elverişlilik* ve *icra muafiyetinden zımnî feragat*, devletin taraf olduğu sözleşmeyle ilgili olarak milletlerarası ticarî tahkime rıza göstermiş fakat böyle bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığı tahkime götürme yükümünden kaçan kamu hukuku kişilerini engellemede sıklıkla kullanılan en önemli fikirlerdir.

**109.** Ne var ki bu iki fikir, kamu menfaatine ilişkin sınırlı bir bakış açısı olan ve *devlet* ve *idare* arasındaki farkı dikkate almayan bazı ülkelerde etkisizleştirilmiştir. Bir tarafta *subjektif tahkime elverişlilik* kavramı, *idarî karar* ve *idarî sözleşme* kavramlarıyla sınırlandırılmıştır. Bazı ülkelerde devlet kişileri tarafından verilen kararlara bağlı, özellikle bu kararların hukuka uygunluklarına ve idarî sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir. Diğer tarafta *icra muafiyetinden zımnî feragat* fikri, *kamu hizmeti* kavramının ve *kamu hizmeti faaliyetine özgülenmiş kamu malı* fikrinin kamu kişilerine ait belirli kalem malları hacizden istisna tutmak için kullanıldığı kararla etkisizleştirilmiştir.

**110.** Milletlerarası ticarî tahkimde devletin taraf olduğu sözleşmelere ilişkin yaklaşımın karakteristik özelliği, biri ekonomik diğeri politik iki zıt eğilim arasında gidip gelmesidir. Bu tezat hukuk terminolojisinin kullanımına yansımaktadır. Global ekonominin zorunlulukları, devletlerin tahkimde taraf olmalarını ve milletlerarası ticarî tahkim anlaşmasına rıza verirken buldukları taahhüdü tutmalarını sağlamayı amaçlayan fikirleri arttırmıştır. Tam tersine bazı ülkelerdeki kararlar, bu eğilimi, gelişmekte olan ülkelerin hâlen milletlerarası ticarî tahkime karşı duydukları kuşkuyu yansıtan karşı fikirler kullanarak etkisizleştirmiştir. Bu gidiş gelişte sarkaç günümüzde politik yönde sallanmaktadır. Ekonomik bakış açısı taraftarlarının reaksiyon göstermekte gecikmeyecekleri beklenebilir.

**111.** Analizimiz göstermektedir ki devletin taraf olduğu sözleşmelerle ilgili olduğu sürece hukuk terminolojisi, politik ve ekonomik değerleri yansıtan bir enstrümandır. Ne pozitif hukuk ne de hukuk ilmi, bize göre, ekonomik ve politik bakış açıları arasında bir denge bulabilmiştir. Diğer taraftan tahkim tatbikatı ve özellikle MTO'nunki, bu iki eğilimi uzlaştırmada ve tarafların güvenini temin etmede başarılı olmuştur. MTO hakemlerinin, uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği hakkındaki kararları ve MTO Tahkim Divânı'nın, tahkim anlaşmalarının *prima facie* incelenmesine, tahkim yerinin tespitine, koruyucu ve geçici tedbirlere, tahkim anlaşmasına ilişkin rızanın kapsamına, hakem heyetinin teşkiline ve hakem kararlarının incelenmesine ilişkin kuralları ve uygulamaları, özel menfaatlerin ve kamu menfaatinin birlikte yer aldığı bir hukukî çerçeve oluşturmaktadır.

**112.** MTO Tahkim Divânı'nın bu alandaki başarısı teorisyenlerce sakinleşen seçiciliği etki altına almayı başarmasından dolayıdır. Tüm hukukî tatbikatı ihtiva eden realite, esasen ve doğal olarak seçicidir. Kelsen'in yaptığı gibi<sup>82</sup> aksini iddia etmek ütöpik olacaktır. Hukuk ilminin boşlukta bulunmadığı kanısındayız. Bize göre iktisat teorisinin ve siyaset felsefesinin analizi, devletin taraf olduğu sözleşmelere ilişkin tahkimlerle alâkalı meseleleri anlamamanın ve onlardan doğan sorunlara cevaplar bulmanın zarurî bir parçasıdır.

<sup>82</sup> H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, 2.Bası, trans. M. Knight (Berkeley: Kaliforniya Üniversitesi Yayını, 1967; tekrar bası Lawbook Exchange, 2002).