

•MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

MİLLETLERARASI TAHKİM SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK

Kemal DAYINLARLI(*)

•ANLATIM DÜZENİ: I— Tahkime ilişkin kısa açıklama. II— Tahkim sözleşmesi. Genel kavram. Tahkim şartı. Tahkimname. III— Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği. A— Tahkim sözleşmesini Usul Hukukuna dahil eden görüş (kaza teorisi). B— Tahkim sözleşmesini Borçlar Kanununa dahil eden görüş (akit teorisi). C— Tahkim sözleşmesini (sui generis) veya (muhtelit: karma) bir sözleşme olarak niteleyen görüş. D— Tahkim sözleşmesini bağımsız bir sözleşme olarak niteleyen görüş. IV— Tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun tesbiti. A— Genel. B— Uygulanacak hukukun taraflarca tesbiti. 1— Tahkim sözleşmesinin muteberiyetine uygulanacak hukuk, a—Taraf ehliyeti, b— Şekil. 2— Tahkim sözleşmesinin konusuna ilişkin ihtilâfa uygulanacak hukuk. C—Uygulanacak hukukun hakemlerce tesbiti. V— Hakemlerin öngördüğü maddi hukuk. VI— Hakemlerin uygulayacakları usul hukuku. VII— Milletlerarası tahkimde Avrupa Ülkelerinde uygulanacak hukuk. AVUSTURYA, BELÇİKA, İSVİÇRE, FEDERAL ALMANYA, DANİMARKA, İSPANYA, FİNLANDİYA, FRANSA, İNGİLTERE, İSKOÇYA, YUNANİSTAN, İTALYA, LÜKSEMBURG, HOLLANDA, NORVEÇ, PORTEKİZ, İSVEÇ. VIII— MÖH-UK'a göre milletlerarası tahkime uygulanacak hukuk. A— Taraflarca kararlaştırılmış olması halinde. B— Taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde. 1— Bağlama kuralının tesbiti. 2— Kararın tenfizi için verileceği yer hukukuna göre geçerli olmasını sağlayacak hukuk (MÖH-UK. m. 45/i). IX— Sonuç.

I— |TAHKİME İLİŞKİN KISA AÇIKLAMA

İlke olarak yargı yetkisi, devlete ait bir yetkidir. Devletin bu yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (1982 Anayasası madde 9). O halde, hak arayan kimse, kural olarak ancak mahkemelere başvurabilir. Bu ana kuralın bir istisnası HUMK. nun 516-536. maddelerinde düzenlenmiş olan özel yargıdır. Hakem yeya hakemler önünde görülen bu yargıya tahkim diyoruz.

Tahkim, iki veya daha çok kişiler arasındaki ilişkileri ilgilendiren bir sorunu, devlet tarafından görevlendirilmeksizin, yetkilerini özel bir sözleşmeden alan ve bu sözleşmeye dayanarak karar tesis eden bir veya birden çok hakemler tarafından çözmeyi hedef alan bir tekniktir¹.

Bu tariftten de açıkça anlaşıldığına göre hakemler yetkilerini taraflar arasında imzalanan özel sözleşmeden alırlar ve bu sözleşmeye dayanarak hüküm tesis ederler.

Türk iç hukukunda HUMK. nun 518. maddesi «Yalnız İki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez» hükmünü içermektedir. Bu madde Neuchâtel HUMK. nun 1970 yılında yürürlükten kalkan 473. maddesinin çevirisi idi. Buna göre;

«On ne peut compromettre sur les clauses qui ne dépendent pas de la seule volonté des parties» şeklinde idi.

Sadece tarafların iradesine tabi olmayan hususlarda tahkime gidilemez.

* Ankara Barosu Avukatlarından.

¹ RENE, D.: age., sh. 9.

Fransız yeni HUMK. nun 1492. maddesine göre «Milletlerarası ticareti ilgilendiren tahkim milletlerarasıdır».

Milletlerarası tahkimin hangi kanuna tabi olacağı hususunda şu ilkeyi koyabiliriz: Tahkim tarafların tabi tutmak için üzerinde anlaştıkları kanuna tabidir. Fakat bu öyle veya böyle belli bir ülkenin kanunu olarak kendini kabul ettirir. Burada herhangi bir safhada belli bir devletin kamu düzenini de dikkate almak gerekiyor. Bu kayıt altında Jean ROBERT'in vardığı sonuca iltihak edilebilir: «En azından milletlerarası planda, tahkim kanunu artık yasal değil, fakat düzenleyici olmaktadır»².

Taraflar bu hususta bir şey söylememiş iseler Tahkim Sözleşmesinin tabi olacağı hukuku hâkim tayin eder.

Eğer bir tahkimde tüm unsurlar (ihtilâfın esası, tarafların milliyeti, hakemler, uygulanacak hukuk, tahkim yeri) belli bir devlete bağlı ise böyle bir tahkime dayanarak verilen hakem kararı millî bir hakem kararıdır.

Eğer bu unsurlardan biri farklı bir hukuk düzenine bağlı olursa bu takdirde tahkim millî mi, yabancı tahkim mi, yoksa milletlerarası tahkim mi olacaktır sorusu ile karşılaşırız³.

Ancak, milliyeti tayin hususunda müracaat edilen kıstasların her ülkede aynı olduğu şeklinde bir esas dikkate alınırsa milli tahkim, yabancı tahkim ayrımını yapabiliriz. Bazen hukuk sistemlerine göre yabancı hakem kararlarını teşhis için kullanılan kriterler farklı olabilir. Örneğin, bir ülkede iradenin muhtariyeti kriterinin uygulanması sonucu milli hakem kararı olarak sayılan bir hakem kararı, milliyetin tayininde toprak kriteri uygulanan bir ülkenin hakem kararı da sayılabilir. O halde, farklı kriterlerin uygulanması aynı hakem kararının bir ülkede, o ülkenin hakem kararı sayıldığı gibi başka bir ülkede başka bir ülkenin tabiiyetinde sayılabilir. Öyle ki, birden çok memleketin hukuk sistemine göre verilmiş kabul edilen aynı hakem kararının birden fazla milliyeti olabileceği gerçeği ile karşılaşabiliriz. Bunun tersine, bir hakem kararının hiçbir ülkeye izafe edilmemesi nedeniyle adeta vatansız hakem kararına da rastlayabiliriz⁴.

Diğer yandan, bir tahkimde onu meydana getiren unsurlar kısmen veya tamamen ayrı ayrı hukuk düzenlerine tabi iseler bu takdirde milletlerarası bir tahkim karşısında bulunuruz. Örneğin, bu görüşü savunanlara göre İtalya'da akdedilen bir satım akdi dolayısıyla Türkiye'de bir İsviçre'li tacir ile bir Fransız tacir arasında cereyan eden ve esas mukavelesi İtalyan kanununa tabi, başkanı İsveç'li olan bir Hakem Mahkemesi huzurunda görülen bir tahkim için bunun belli bir milliyete tabi bir tahkim olduğu söylenemeyeceği cihetle böyle bir tahkim sonucunda verilen hakem kararı yabancı hakem kararı değil, milletlerarası hakem kararıdır⁵.

Esasen, günümüzde milletlerarası ticari tahkim, gerek öğretide gerekse mahkeme içtihatlarında otonom bir milletlerarası müessese olarak destek görmektedir. Bunun sonucu olarak milletlerarası nitelikli ticari ilişkilerden doğan pek çok tahkim, herhangi bir milli hukuk sistemine dayanmaksızın, tarafların düzenledikleri iradi hükümler, milletlerarası nitelikli kanunlar ihtilâfî kuralları veya milletlerarası ticaretin maddi normlarına istinaden

² Rev. Arb. 1958 p. 79; RENE, David. Arbitrage dans le commerce international, Paris 1982, sh. 387'den naklen.

³ FOUCHARD, P.: age., sh. 16.

⁴ FOUCHARD, P.: age., sh. 19; KORAL, P.: II: Tahkim Haftası, sh. 24.

⁵ FOUCHARD, P.: age., sh. 16-17; RENE, D.: age., sh. 54; KORAL, R.: II Tahkim Haftası, sh. 25.

karara bağlanmaktadır. Hatta, hakemlerin bu şekilde verdiği kararların mahalli yargı çevrelerince tanındığına ve tenfiz edildiğine şahit olmaktayız⁶.

II— TAHKİM SÖZLEŞMESİ

Genel Kavram

Eğer taraflar aralarında akteddikleri esas sözleşmenin içinde yer alan bölümde ileride doğması muhtemel ihtilâfların çözümüne ilişkin bir anlaşma yapmışlar ise buna (tahkim şartı == clause compromissoire) denir. Demek ki, tahkim şartı henüz ihtilâf doğmadan ana sözleşme ile birlikte yapılan bir sözleşmedir.

Eğer taraflar ihtilâf doğduktan sonra esas sözleşmenin dışında ve bundan müstakil olarak bir belge halinde doğan ihtilâfın çözümünü hakemlere bırakan bir anlaşma yaparlarsa buna tahkimname (compromis) denir.

Tahkim şartı ve tahkimname her ikisi de birer tahkim sözleşmesidir⁷. Tahkim şartının hükümleri esas mukavelenin içinde yer alır. Esas mukavelenin uygulanmasından doğan ihtilaf zamanışı ile ortadan kalkıncaya kadar tahkim şartı geçerli olur. İhtilaf doğduktan sonra esas mukaveleden ayrı metin halinde kaleme alınan tahkimnamede de durum aynıdır. Zira tahkimnamede de esas mukavelenin uygulanmasından doğan ihtilâflara ilgide bulunulur. Hakkın talep edilme süresi içinde tahkimname hükümleri geçerliliğini muhafaza eder. Tahkim sözleşmesi bağımsız olarak esas akit yanında yer alır ve normal yargının bertaraf edilmesi maksadını taşır. Eğer tahkim sözleşmesine rağmen âkit taraflardan biri veya diğeri esas akitten doğan ihtilafın halli için normal mahkemeye başvurursa, bu durum diğer tarafa bir ön itiraz (iptidai itiraz) hakkı verir. İlgili tarafın ön itirazı yapması üzerine normal mahkeme tahkim sözleşmesinin varlığı nedeniyle görevsizlik kararı verir. Böylece, tahkim sözleşmesinin esas hükmü, özel bir Hakem Mahkemesi için münhasır bir yetki tesisi ile, normal yargının bertarafı ve buna bağlı olarak davayı engelleyici bir itirazın yaratılması olmaktadır⁸.

Tahkim sözleşmesi çift karakterli bir hukuki muameledir. Bir yandan tahkim sözleşmesini yapan âkit tarafların ehliyetleri ve irade beyanları Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku hükümlerine tabidir; diğer yandan, usul hukuku alanında devlet mahkemeleri yerine hakemleri ikame etmesiyle ayrı bir önemi ve anlamı vardır⁹.

Tahkim sözleşmesi bir veya birden çok devlet mahkemelerini belli bir ihtilafın görülmesinde bertaraf eder. Ancak, tahkim sözleşmesinde taraflar bu sözleşme ile ihtilafı belli bir hukuk düzenine tabi tutmak ve bu hukuki münasebetten doğmuş veya doğması muhtemel ihtilafı çözüme kavuşturmak için belli bir hukuk düzeninin maddi hukuk hükümlerini uygulamak istemektedirler.

Milletlerarası tahkime uygulanacak hukuk ise Milletlerarası Özel Hukukta önem ve özellik arzeder. Tahkim sözleşmesi, hakemlerin verdikleri hakem kararı ve bunun tanınma ve tenfizinden tamamen ayrı bir husustur. Tahkim sözleşmesi ile birlikte ve onun içeriğinde taraflar, hakemlerin verecekleri karar için uygulayacakları usul konusunda da hukuk seçimi yapabilirler. Burada söz konusu olan hukuk, tarafların aralarındaki esas sözleşmeden doğan

⁶ ŞANLI, C.: age., sh. 414-415.

⁷ FOUCHARD, P.: age., sh. 53.

⁸ NOMER, E.: age., sh. 441.

⁹ NOMER, E.: age., sh. 506.

veya doğabilecek ihtilafların çözümünde hakemlerin uygulayacakları hukuku tespit etmeleri durumudur.

Taraflar, tahkim sözleşmesinin muteberiyetine ve sözleşmenin konusunu oluşturan ihtilafa uygulanacak hukuku kararlaştırabilirler. Eğer taraflar tahkim sözleşmesine ve ihtilafa uygulanacak hukuku kararlaştırmamış iseler uygulanacak hukuk objektif olarak tespit edilmelidir.

III— TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde fikir birliği yoktur. Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde üç ayrı görüşü tespit etmek mümkündür¹⁰.

A. Tahkim Sözleşmesini Usul Hukukuna Dahil Eden Görüş (Kaza Teorisi)

Tahkim sözleşmesini usul hukuku sözleşmesi içine dahil eden bu görüş taraftarlarına göre Tahkim Sözleşmesi, taraflar arasında meydana gelmiş olan veya ileride doğması muhtemel ihtilafın aynen normal devlet mahkemelerinde hâkimin verdiği karara benzeyen bir kararla ortadan kaldırılmasını amaçlar. Onun içindir ki tahkime ait hükümler Medeni Usul Hukuku Kanunlarında yer almıştır. Esasen, işlevi itibarıyla tahkim, devlet yargısı yanında özel bir yargıdır. Bu yargıda, yargılamayı yapan tek hakem veya 3 hakemden kurulu hakem heyeti normal devlet mahkemesinin yerini alır. Devlet mahkemelerinde hâkimin reddi, azli, sorumluluklar; gibi hususlara ilişkin usul hükümleri aynen hakemler için de geçerlidir¹¹. Hatta bazı ülkelerin usul kanunlarında yer alan «tahkim» de hakem heyeti yerine «hakem mahkemesi = Tribunal arbitral = arbitration Tribunal» deyimleri kullanılmaktadır¹². İşte, hakemlerin usul kanunundan aldıkları yetkiye istinaden ihtilafı çözümleyen kararları, tıpkı mahkeme kararları gibidir. O nedenle, hakem kararları aleyhine ancak mahkeme kararlarında olduğu gibi kanun yollarına başvurulabilir. Onaylanmasından sonra da kesin hüküm niteliğini kazanır.

Bu durum milletlerarası alanda da aynıdır. Herhangi bir devletin yargı yetkisi o devletin ülkesi ile sınırlıdır. Hakem kararları, da verildikleri, ülke içinde geçerlidir. Bu bakımdan, aynı mahkeme kararlarında olduğu gibi hakem kararları da yerli ve yabancı hakem kararları şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Yabancı hakem kararları da verildikleri ülke dışında ancak yabancı bir mahkeme kararının tabi tutulduğu şekil ve şartlar altında infazları talep edilebilir¹³.

B. Tahkim Sözleşmesini Borçlar Kanununa Dahil Eden Görüş (Akit Teorisi)

Bizim de katıldığımız bu teori taraftarlarına göre tahkim sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin birleşmesi ile meydana gelen bir Borçlar Hukuku sözleşmesidir. Tahkime ait hükümlerin usul kanunlarında yer almış olması onun Borçlar Hukukuna ilişkin sözleşme niteliğini etkilemez. Nitekim, taraflar iradenin muhtariyeti prensibi dahilinde tahkim sözleşmesini veya şartını yaparlar ve uygulanacak hükümleri kendileri tespit ederler. Başka bir deyişle hakemler tarafların tespit edip anlaştıkları hükümlere göre karar verirler.

¹⁰ NOMER, E.: age., sh. 442.

¹¹ KALPSÜZ, T.: age., sh. 605.

¹² Code de Procedure Civil Français Reglement de la Cour d'Arbitrage.

¹³ NOMER, E.: age., sh. 605.

Tahkim sözleşmesinin akdi niteliği dolayısıyla verilen hakem kararı kesin hüküm teşkil etmez. Hakem kararı verildikten sonra da taraflarca her zaman ortadan kaldırılabılır.

Diğer yandan, hakemlerin sorumlulukları Borçlar Hukuku esaslarına göre tayin edilir.

Bu teoriye göre, bir satış akdi nasıl yerli ve yabancı diye nitelendirilemiyorsa, akdi nitelik taşıyan hakem kararlarının da yerli ve yabancı kararlar olarak nitelendirilmesi doğru olmaz. O halde, tüm hakem kararları aynı merci tarafından ve aynı ölçüde incelenmeli ve denetime tabi tutulmalıdır. Bu kararların hiçbiri yabancı bir devlet mahkemesi kararı gibi muamele görmemelidir¹⁴.

C. Tahkim Sözleşmesini (Sui Generis) Veya (Muhtelit = Karma) Bit- Sözleşme Olarak Niteleyen Görüş

Bu görüş taraftarlarına göre tahkim sözleşmesi tarafların serbest iradelerinin birleşmesi ile meydana gelir, sonra da usul hukukunun böyle bir sözleşmeye yüklediği sonuçları doğurur. Bu sonuçlar ise tamamen kazaidir diyen bir görüş de mevcuttur. Görülüyor ki bu teoriyi savunanlar kaza teorisinin vardığı sonuçları benimsemektedir.

Tahkim sözleşmesini usul hukukuna ait bir sözleşme olarak nitelemek, bu sözleşmenin geçerliliğini ve hükümlerini, usulün (lex fori) hâkimin hukuku prensibine tabi olması gereğince, mahkeme hukukuna bağlama sonucuna götürür. Hangi normal mahkemenin tahkimi hükme bağlayacağı önceden bilinemediğinden mahkeme hukukunun önceden tayin edilmesi mümkün değildir. Böyle bir durum ise tahkimi belirsizliğe ve tesadüfi sonuçlara götürür¹⁵. Böyle bir sonuç ise milletlerarası ticaretin çabukluk ve belirginlik amacına ters düşer.

Bu durum karşısında, milletlerarası alanda tahkim anlaşmasının maddi hukuk niteliğini ön plana çıkarmak ve usul hukuku niteliğini arka plana itmek daha uygun olur. Bu sayede, taraflar aralarındaki ilişkileri düzenleyecek olan hukuku serbestçe seçme imkanına kavuşmuş olurlar. Böylece tahkim sözleşmesinin maddi hukuk niteliği ön plana geçince tahkim sözleşmesi tarafların tayin ettiği hukuka tabi olur¹⁶. Zaten böyle bir kural, 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (m. V 1a) ve 1961 Cenevre Sözleşmesinin (m. VI 2a) hükümlerine uygundur.

D. Tahkim Sözleşmesini Bağımsız Bir Sözleşme Olarak Niteleyen Görüş

Bu görüş, ilkönce 1965 yılında Madam Rubellion-Devichi tarafından ortaya atılmıştır. Bu görüşe göre, milletlerarası tahkim, otonom bir hukuki niteliğe sahiptir. Onun hukuki niteliğinin müessesenin doğma ve gelişmesine, sosyal amaç ve fonksiyonuna, faydasına ve kullanım alanına bakılarak gerçekçi bir biçimde belirlenmelidir¹⁷. Bu görüş 1967 yılında Prof. Pierre LALIVE tarafından verilen seri konferanslarda da benimsenmiş ve dile getirilmiştir¹⁸.

Bu görüş sahiplerine göre ulaşılan sonuçları şöyle sıralayabiliriz:

¹⁴ KALPSÜZ, T.: age., sh. 604.

¹⁵ NOMER, E.: age., sh. 443.

¹⁶ NOMER, E.: age., sh. 443.

¹⁷ ŞANLI, C.: age., sh. 48.

¹⁸ LALIVE, P.: Arbitral International Commercial, sh. 585-586.

1. Milletlerarası Ticari tahkim müessesese olarak, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarından doğmuş ve gelişmiştir. Bu nedenle bu müessesenin hukuki niteliğini ve tabi tutulacağı hukuku tespit ederken ona varlık veren sebebi ve konusunu oluşturan ilişkilerin sosyo-ekonomik özelliklerini dikkate almak gerekir. Çünkü, milletlerarası tahkim, hukuki yapısı ve özellikleri itibariyle mahalli tahkimden farklı unsurlar içermektedir¹⁹.

2. Milletlerarası ticari tahkimin konusunu oluşturan temel ilişki milletlerarası bir olgudur. Onun için tarafların tahkimi düzenlemedeki irade serbestisi, milletlerarası ticari düzenin temel normları ile, başka bir deyimle «milletlerarası kamu düzeni» ile sınırlı olmalıdır.

3. Tarafların irade serbestileri, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun düştüğü için doğmuş ve geliştirilmiştir. Bu serbesti ihtilafın esasına uygulanacak hukuku da kapsar²⁰.

IV— TAHKİM SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. GENEL

Tahkim sözleşmesini yapanlar âkit taraflardır. O halde, âkit taraflar bu sözleşmenin hangi usul ve maddi hukuk yönünden hangi hukuka tabi olacağını da, kanunların iradenin muhtariyetine tanıdığı çerçeve içinde kalmak üzere serbestçe kararlaştırabilirler.

Burada irade muhtariyetinin kapsamı ve uygulanacak hukukun seçimi üzerinde biraz açıklama yapmanın faydalı olacağı inancındayım. Özel hukuk, kişiye verdiği değerdeki inançsal eğilim ile hareket ederek iradeye, hukuk normlarını yaratan bir yetki tanımaktadır. Hukuk sülhlerinin hukuk normlarını yaratma yeteneğine «iradenin muhtariyeti» diyoruz²¹. Borçlar hukuku alanında ise bu âkit serbestisi adını almaktadır²². Bu özgürlük özel hukukumuzun esaslı bir kısmı, şahsiyetin serbest gelişimi ve serbest ekonominin kurulmasının vazgeçilmez bir şartıdır. Özel maddi hukuk mevzuatımız, kişinin özgürlüğü ilkesine dayandığından bu ilkedен sarfınazar edilemez. Ancak milletlerarası özel hukuk görüşü açısından baktığımızda aynı şeyi söyleyemeyiz. Milletlerarası özel hukukta hukuk sülhlerinin muhtariyeti dediğimiz zaman uygulanan bir hukukun serbest seçimi «La professio juris» dediğimiz hukuk seçimini anlarız²³.

Eğer maddi özel hukuk ve milletlerarası özel hukukta, taraflara tanınan serbestliğin kapsamını karşılaştıracak olursak bunların aynı olduğu söylenemez. Burada birbirine paralellik arzeden iki uygulama vardır. Bunun sebebi sudur: Özel hukukta tanınan muhtariyet, mevzuatla temin edilen bir hukukî çerçevenin kapsamındaki somut çözümlen tarafların seçmesini sağlama amacını taşır. Halbuki milletlerarası özel hukuk, yarışma halinde olan kanunlardan bu çerçeveyi temin edecek kanunu tayin etme amacını taşır²⁴.

Özellikle tahkim. sözleşmesine uygulanacak usul hukuku ve esas hukuku dikkate alarak bunları milletlerarası özel hukuk menfaatleri yani Kegel'e göre sıralanan:

¹⁹ ŞANLI, C.: age., sh. 49; LALIVE, P.: age., sh. 586.

²⁰ ŞANLI, C.: age., sh. 50.

²¹ Hanz Merz, Privatautonomie heurte -Grundsatz und Rechts 1 irklichkeit. Schriftenreihe der juristischen Studiengesell- schaft Karlsruhe, Helf 95 (Karlsruhe 1970).

²² OFTINGER, K.; Die Vertragsfreiheit, Festgabe Zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung (Zurich 1948) 355 ss. (Avec un bibliographie abondante).

²³ KELLER, M./SCHLAEPFER, A.: age., sh. 6.

²⁴ KELLER, M./SCHLAEPFER, A.: age., sh. 6.

- 1) Taraf menfaati,
- 2) İşlem menfaati,
- 3) Düzen menfaati,
- 4) Maddi hukuk menfaati,
- 5) Devlet menfaati bakımından değerlendirmeye tabi tutarsak şu müşahadelere ve sonuçlara varırız.

1) Taraf menfaati yönünden: Milletlerarası ticari işlemlerde tahkim sözleşmesine taraflar içinde yaşadıkları, ona uyarak hareket ettikleri, bildikleri ve güvendikleri hukuka milletlerarası tahkim sözleşmesini tabi tutmaları taraf menfaatine daha uygun düşer. Bu hukuk milli hukuku, ikametgah hukuku, mutad mesken hukuku olabilir. Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesi bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Onun için diğer borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi burada uygulanacak hukukun seçiminde taraf iradesi hakimdir. Binnetice, taraflar BK.nun 19 ve 20. maddelerinin tanıdığı sınırlar içinde hareket ederek ve kamu düzenini de dikkate alarak tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku serbestçe seçebilirler. Böyle bir seçim tahkimin temelinde yatan ana ilkeye de uygundur. Zira taraflar, tahkime giderken zaten kendi irade özgürlüklerine dayanarak normal mahkemelerin yetkisini bertaraf etmiş ve aralarında çıkan veya çıkması muhtemel ihtilafın çözümünü kendi seçtikleri hakemlere bırakmışlardır. Bu irade muhtariyetini biraz daha genişleterek tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku da kendilerinin seçmesi kadar doğal bir şey olamaz. Bu seçim milletlerarası hukukun izlediği taraf menfaatine de uygundur.

2) İşlem menfaati yönünden: Tarafların yapacakları hukuki işlemin güvenilir, açık ve kolay olması işlem menfaati için gereklidir. Bu bakımdan milletlerarası tahkim sözleşmesinin tabi olacağı hukuku tarafların seçmesi doğaldır. Ancak zaten tarafların işlemin güvenliği için bildikleri ve güvendikleri hukuku seçecekleri kuşku götürmez. Eğer taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse bu takdirde tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku seçmek hakemlere düşer. Hakemler de elbette kendilerinin aşına oldukları hukuk dururken, bilmedikleri bir hukuku seçmezler. Bildikleri hukukun seçimi ise işlem güvenliğinin sağlanmasında önemli rol oynar.

3) Düzen menfaati yönünden: Kegel'e göre milletlerarası özel hukukta düzen menfaati iç ve dış kurallar arasında uyum ve düzene ilişkin diğer menfaatlerdir. Milletlerarası tahkim yabancı unsurlu ilişkileri içerir. Tahkime uygulanacak hukukun seçiminde tarafların, eğer taraflar bu hukuku seçmedilerse hakemlerin uygulanacak hukuku seçerken dikkatli davranmaları gerekir. Çünkü uygulanacak hukukta norm yokluğu bulunabilir, yahut iki hukuk düzeni aynı konuyu farklı düzenlemişse norm çokluğu veya norm çelişkisi meydana gelebilir. Bunların uygulanması sonucu her egemen devlette ayrı düzenlemeler gereği farklı bağlama kurallarının ve farklı maddi hukuk kurallarının uygulanması sonucu, aynı hukuki işlem bir devlette geçerli bir diğerinde geçersiz sayılabilir. Tarafların tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku seçerken bu hususlara dikkat etmeleri gerekir. Esasen, hakem kararının tenfiz edileceği yer hukukuna ters düşmeyen işlemlerin yapılmasını sağlayacak hukukun seçimi önemlidir. İç ve dış kararlar arasında uyum ve düzen menfaati yerinde bir hukuk seçimi ile sağlanır.

Bu çeşit uyumsuzluklar Locus Regit Actum (LRA) (işlemin yapıldığı yer), Lex Loci delicti (haksız fiilin ika yeri hukuku), Lex rei sitae (malın bulunduğu yer hukuku) gibi genel kuralların milletlerarası tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun seçiminde dikkate alınması ile önlenebilir.

4) Maddî hukuk menfaati yönünden : Bazen tarafların veya hakemlerin seçtikleri hukuk kararın tenfiz edileceği yer hukukuna açıkça aykırı olabilir. Bu takdirde kararın tenfizi istendiği zaman tenfizin istendiği ülkenin kamu düzenini açıkça ihlal sözkonusu olabilir. Bu takdirde tenfiz reddedileceğinden hakem kararından beklenen netice hasıl olmaz. Nitekim, MÖH-UK madde 45 b, f, g, i, bentlerinden yabancı hakem kararının tenfizinde bu nev'i riskler mevcuttur. Onun için tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun seçiminde bu hususları da göz önüne almak gerekir.

5) Devlet menfaati yönünden: Devletler, Borçlar Hukuku alanındaki akit serbestisi kuralını kamu menfaati mülahazası ile sınırlandırabilir. Örneğin, ithalata-ihracata yasak koyabilir. Döviz-kambiyo alanında sınırlayıcı hükümler getirebilir. Bu kısıtlamalar o devletin menfaatine hizmet etmeye yöneliktir. Bazı ülkelerde bu kısıtlamalar doğrudan doğruya uygulanan hukuk kuralları ile daha da ileri gidebilir. İşte tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun seçiminde uygulamada çıkabilecek bu tür engelleri dikkate almak gerekir. Aksi takdirde tahkimden beklenen amacı baştan itibaren çıkmaza sokmuş oluruz.

Diğer yandan, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun kapsamına gelince;

Özellikle bu kapsam medeni kanun hükümlerini içerir. Zira doktrinde de kabul edildiğine göre tahkimin içeriği de sözleşme hukukuna dayanır. Tahkim davasının görülmesi esnasında meydana gelen tüm problemler tahkime uygulanacak kanun ile çözümlenir. Öncelikle uygulanacak hukukun kapsamı değişik faktörlerden etkilenebilir. Bu faktörler şunlardır:

- Yetki kuralları,
- Hâkimlerin yetkisi,
- Kamu düzeni,
- Hakemin kendi hukukunu uygulama eğilimi,
- Tahkim mahallinin kanununun müdahalesi,
- Hakem Mahkemesinin teşkiline hâkimin müdahalesini isteme,
- Hakem kararlarının tenfizini yapacak ülkenin kanununun müdahalesi

Örneğin, tahkim sözleşmesine uygulanacak kanun belli olunca bu kanuna bağlanma, kaçınılmazdır. Ancak tahkim mahalli belli değilse bu kanunun uygulanması kapsama etkili olacaktır. Genelde tahkim mahalli için tahkim sözleşmeleri sessiz kalmayı tercih ederler. Çünkü taraflar başlangıçta tahkim yerinin tespiti hususunda endişe etmeyebilirler. Bazen bu tahkim yerinin hakemlerce kararlaştırılmasının daha uygun olacağını düşünebilirler. Zira, hangi malın ve malzemenin nerede ihtilafa konu teşkil edebileceği hususunu tahkim şartında öngörmek olanağı zayıftır hatta yoktur.

Buna mukabil tahkimi belli bir devletin kanununa tabi tutmak düşünülebilir. Bu da tahkimin cereyan ettiği devletin kanunu olabilir. O takdirde kapsam geniş olarak uygulanır. Zira mahkemelerin de müdahalesi halinde tahkimin gözetimi ve rü'yeti daha dikkatli olur.

Fakat uygulanacak kanunun kapsamı millî bir plân dahilinde veya milletlerarası sözleşmeler yolu ile kanun koyucu tarafından açıkça belirlenmedikçe uygulanacak kanunun kapsamı daima yukarıda sayılan faktörlerle az veya çok değişebilecektir.

Herşeyden önce Borçlar Hukukunda kişi özgürlüğü ile devlet yetkisi arasındaki çatışma tarafların muhtariyetini tespit edecek sınır sorunları üzerine yansır²⁵.

Taraflara tanınan özgürlüğün niteliğinden gelen bu sınırlara, kamu menfaati dolayısıyla özel hukuk ilişkilerinde müdahalede bulunan bazı yasal kuralların takyitleri de eklenmektedir. Bunlar (sosyal veya ekonomik politika veya devletin savunma politikası) gibi hususlarda iş akdi, kira sözleşmesi, döviz ve altın şartı gibi hususlardan doğan sınırlamalardır²⁶.

Diğer yandan, hâkimler, hakemler veya diğer şahıslar «tahkime uygulanacak hukuk»tan bahsettikleri zaman her zaman aynı şeyden söz ettikleri söylenemez. Bu deyim genelde üç sorunu içine alacak şekilde kullanılabilir: 1) Tahkime uygulanacak usul hukuku, 2) Tahkime uygulanacak kanunlar ihtilâfi kuralı, 3) Tahkime uygulanacak maddî hukuk.

1) Tahkime uygulanacak usul hukuku

Genel olarak, milletlerarası ticarî tahkimde uygulanacak usul hukuku üzerinde taraflara geniş bir seçme özgürlüğü tanınmıştır. Bu özgürlük uyarınca hakemlerin tahkimde uygulayacakları usul hukuku taraflarca seçilip tespit edilmektedir. ICC tahkim tüzüğü'nün 11. maddesinde de bu hususta bir hüküm vardır. Bu maddeye göre tahkime uygulanacak usul hukukunu seçme hakkı taraflara aittir. Fakat taraflar bu hususta sessiz kalmışlarsa bu takdirde uygulanacak usul hukukunu hakemler seçerler²⁷.

2) Tahkime uygulanacak kanunlar ihtilâfi kuralı

Bu konuda genel uygulama Hakem Mahkemesinin bulunduğu yer kanununun yani lex fori'nin uygulanması yönündedir. Yalnız bu yol milletlerarası tahkimde uygulanan yollardan sadece biridir. Çünkü, bazen mukayeseli kanunlar ihtilafınca belirlenen ihtilaf kuralının uygulanması daha uygun çözüm getirebilir. Bazen de hakemlerin buldukları usul lex fori'nin uygulanmasından daha hakkaniyetli sonuçlara götürebilir. Herşeyden önce, en azından sözleşmenin dolaylı olarak işaret ettiği hususlardan hareketle veya âkit tarafların menfaatine ve sözleşmenin ifasına, en uygun düşen kanunlar ihtilafi kuralının bulunması için tüm gayretler gösterilmelidir²⁸.

3) Tahkime uygulanacak maddî hukuk

Âkit taraflarca uygulanacak hukukun seçilmesi durumunda, hakemler ihtilâfin çözümünde bu hukuku uygulama durumundadırlar. Âkit taraflardan birinin hükmi şahsiyeti haiz olsun veya olmasın kamu kuruluşu olması halinde esasa uygulanacak yabancı hukukun seçimi zorlaşmaktadır. Taraflarca uygulanacak maddî hukuk hususunda sessiz kalınmış olması halinde, hakemler uygulanacak maddî hukuku sözleşmenin bazı hükümlerine veya belirli millî hukukun sözleşme müzakerelerine uygulanması sonucu çıkarabilirler. Böyle bir durum âkit tarafların özel hukuk tüzel kişisi olması halinde de görülebilir.

Bu konuda yapılan bir araştırmaya göre taraflardan birinin kamu kuruluşu diğerinin özel hukuk, tüzel kişisi olması durumunda aralarında yapılan tahkim sözleşmelerinde seçilen hukukun şu kategorilere girdiği görülmüştür²⁹:

²⁵ Revue de l'Arbitrage Paris 1974, p. 67 ss.

²⁶ KELLER, M./SCHLAEPFER, A.: age., sh. 12.

²⁷ BÖCKSTIEGEL, K. H.: age., sh. 25.

²⁸ BÖCKSTIEGEL, K. H.: age., sh. 27.

²⁹ BÖCKSTIEGEL, K. H.: age., sh. 29.

1. Devlete ait tüzel kişinin millî hukuku,
2. Özel hukuk tüzel kişininin bağlı olduğu ülkenin millî hukuku.
3. Üçüncü bir ülkenin millî hukuku,
4. Millî hukukun her iki sistemi,
5. Millî hukuk ve ona ilaveten «hakkaniyet ve iyiniyet kuralları».
6. Hukukun ve adaletin genel kuralları ile kombine edilmiş millî hukuk,
7. Gerek açık gerekse örtülü milletlerarası kamu hukuku,
8. Akit tarafların millî hukuk sistemlerinde müşterek olan kamu ilkeleri,
9. Medenî ülkelerce tanınmış hukuk ilkeleri,
10. Sözleşmenin kendisi ve buna ilaveten bona fides (iyiniyet kuralı),
11. Herhangi belirli bir hukuk sistemine girmeyen hukukî ilkeler veya hukukî ilkeler kombinasyonu,
12. Hakemlere bizzat «amiabile compositeur» gibi hareket etme ve «ex aquo et bono» ya göre karar verme.

B. UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA TESPİTİ

1) Tahkim sözleşmesinin muteberiyetine uygulanacak hukuk

a) Taraf ehliyeti

Tarafların tahkim anlaşması yapabilme ehliyetleri tarafların şahsî kanununa tabidir. Bu hususta gerek Cenevre Protokolunda gerekse Cenevre Sözleşmesinde herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen ehliyetin tarafların şahsî kanununa tabi olacağı hususu kuşku götürmez. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesinin V/1a maddesinde ve 21.4.1961 tarihli «Milletlerarası Ticarî Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesi haklarında tatbiki gereken kanun» deyimini ile (md. VI-2) hükmüyle bu hususu teyit etmektedir. Bu arada zikretmek gerekir ki şahsî kanun millî kanunlara göre ya şahsın millî kanunu veya ikametgah kanunu olabilmektedir³⁰.

b) Şekil

Tahkim sözleşmesinin şekli hakkında Cenevre Protokolunda ve Cenevre Sözleşmesinde hüküm yoktur. Ancak böyle bir durum tahkim sözleşmesinde şeklin önemli olmadığını göstermez. Nitekim Cenevre Sözleşmesinin ihtisas komisyonunda Anzilotti, tahkim sözleşmesinin yazılı şekle bağlı olup olmayacağı hususunda Locus Regit Actum (LRA) «hukukî muamelelerin şekil yönünden yapıldığı yer kanununa tabi olmaları» ilkesine göre karar verileceğini söylemiştir. Bazı komisyon üyeleri ise protokolün sadece yazılı tahkim sözleşmeleriyle ilgili olduğunu belirtmişlerdir. Şekil serbestliğinden söz edilmemişti.

Avrupa sözleşmesinde ise tahkim sözleşmesinde «yazılı şekil» esas alınmıştır. Bu sözleşmeye göre tahkim sözleşmesi, esas sözleşmenin içinde yer alan «tahkim şartı» şeklinde ve esas sözleşmeden ayrı ve bağımsız olarak tarafların imzaladığı «tahkimname» şeklinde olur. Ayrıca, bu konuda birbirlerine gönderdikleri mektup, telgraf yahut teleks³¹ veya telefax metninde bulunması gerekir (Birleşmiş Milletler Sözleşmesi II/1 ve 2; Avrupa Sözleşmesi md, 1/2-a).

³⁰ NOMER, E.: Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, sh. 504.

³¹ NOMER, E.: Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, sh. 506.

2) Tahkim sözleşmesinin konusuna ilişkin ihtilafa uygulanacak hukuk

İhtilaf konusunun tahkime elverişli olup olmadığının hangi hukuka göre tayin edileceği hususu tartışmalıdır. Bununla birlikte bu konuda en uygun olan, tahkime elverişliliği de tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuka bağlama şeklinde tezahür etmektedir³².

C. UYGULANACAK HUKUKUN HAKEMLERCE TESPİTİ

Milletlerarası karakterli sözleşmelerde, ihtilafların halli için tarafların açık bir hukuk seçimi yapmaları arzu edilen bir husustur. Bu sayede taraflar arasındaki akdî ilişkiler belirli hale gelir ve akitler arasındaki ilişkiler yönünden güven ve istikrar oluşur. Ayrıca uygulanacak hukuk seçiminin yapılmış olması ihtilaf halinde hakemlere kolaylık sağlar. Ancak, taraflar arasında esas sözleşme yapıldığı zaman, tahkim sözleşmesinin yapılması çoğu kez bilinçli veya bilinçsiz olarak gözardı edilir veya bu konu tali nitelikte bırakılır.

Diğer yandan, bazı milletlerarası karakterli akitlerde taraflar bazen bilerek ve isteyerek ihtilafların herhangi bir hukuka tabi tutulmasından kaçınırlar. İhtilaf çıkmasını önlemek için ise esas sözleşmeyi son derece ayrıntılı olarak kaleme alırlar, böylece ihtilafın çıkmasını önlemeye çalışırlar. Buna rağmen ihtilaf çıktığı zaman da bu ihtilafın çözümü için uygulanacak hukukun tecrübeli milletlerarası hakemler tarafından tespit edilmek suretiyle sözleşme hükümlerine, sözleşmenin ruhuna ve sözleşmenin bağlı olduğu ticarî alanda hâkim olan teamüllere, iyiniyete ve sağ duyuya uygun olarak karara bağlanacağına inanırlar.

Esasen milletlerarası ticarî tahkim, doktrin ve mahkeme içtihatlarında uygulanacak hukukun hakemlerce tespitinde öngörülen çeşitli çözüm ve öneriler vardır. Bunları iki kategoriye ayırarak sunmak mümkündür. Birincisi, hakemlerin «millî» veya «millî olmayan» bir kanunlar ihtilâfı kuralını kullanmaları; ikincisi ise, doğrudan doğruya hakemlerce maddî hukuk normlarının kullanılmasıdır.

Hakemlerin milletlerarası tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmeleri bu hukukun taraflarca açık veya örtülü olarak seçilmediği durumlarda olur. Bu durumda hakemler tahkim yeri veya merkezinin, yahutta tahkim prosedürünü yöneten hukukun veya akdin, en sıkı, irtibat halinde olduğu ülkenin kanunlar ihtilafı sistemini uygularlar³³.

V— HAKEMLERİN ÖNGÖRDÜĞÜ MADDİ HUKUK

İradenin muhtariyeti prensibine göre esas olan ihtilaf konusuna uygulanacak hukuku seçme taraflara ait bir husustur. Ancak, taraflarca böyle bir seçim yapılmamış yani taraflar seçme hakkını kullanmamış iseler akitler alanındaki milletlerarası özel hukuk ilkeleri geçerli olur³⁴.

VI— HAKEMLERİN UYGULAYACAKLARI USUL HUKUKU

Taraflar veya onların iradelerine uygun olarak hakem mahkemesi uygulanacak usul bakımından kendilerini, seçtikleri bir hukuk düzenine tabi tutabilirler. Tarafların bu hususta bir anlaşması yoksa, tahkim usulünün cereyan ettiği yer hukuku uygulanacak usule hâkim olur³⁵.

³² NOMER, E.: age., sh. 443.

³³ ŞANLI, C.: age., sh. 217-218.

³⁴ NOMER, E.: age., sh. 445.

³⁵ NOMER, E.: age., sh. 444.

VII— MİLLETLERARASI TAHKİMDE AVRUPA ÜLKELERİNDE UYGULANAN HUKUK

AVUSTURYA³⁶

1. Usule Uygulanacak Hukuk

1) Uygulanacak usulü tespitinde tarafların ve hakemlerin serbestisi

Hakemlerce uygulanacak kuralların ve usullerin seçiminde taraflar serbesttirler. Müesseseseleşmiş tahkimde ve ad hoc tahkimde özel hükümleri kullanmak gereği vardır. Avusturya’da ICC, Avrupa Ekonomik Komisyonu ve Milletlerarası Ticarete ilişkin Birleşmiş Milletler Konferansının özel kuralları sık sık uygulanır. Bu hususta, pratik olarak hiç bir problem yoktur. Eğer ad hoc tahkim söz konusu ise, taraflarca kararlaştırılan hükümler, yoksa uygulanacak usul hukuku hükümlerinin seçimi hakemlerce yapılır. Hakemler bu seçimde tamamen serbest hareket ederler. Dikkat edecekleri husus Avusturya kanununun âmîr hükümlerine aykırı davranmamalarıdır.

2) Tahkim usulünün cereyan ettiği yer, usule uygulanacak kanunun seçimini nasıl belirler?

Yukarıda gördüğümüz gibi taraflar hiç bir şey zikretmedilerse hakemler tahkime uygulanacak usulün seçiminde tamamen serbesttirler. Tahkim mahalli olarak Avusturya’nın seçilmiş olması tahkime Avusturya usulünün uygulanmasını gerektirmez. Bununla birlikte, eğer hakemler hakem kararını verirken Avusturya Milletlerarası Özel Hukuku Kurallarına (Kanunlar İhtilafı Kurallarına) ilgide bulunurlarsa, bu durumda söz konusu sözleşmenin tenfizinde en yakın ülkenin hukuk kuralları uygulanır.

2. Esasa Uygulanacak Hukuk

Tarafların ve Hakemlerin Serbestisi

Usule ait söylenenlerin tümü aynı şekilde ihtilafın esası için de geçerlidir. Taraflar ihtilafın esasına uygulanacak kanunun seçiminde de serbesttirler. Hatta, Federal Ticaret Odası Tahkim Merkezinin Kuralları, hakemlerin taraflarca tayin edilen hukuku uygulamak zorunda olduğunu öngörmektedir.

Eğer taraftar ihtilafın esasına uygulanacak hukuku tayin etmedi iseler, en uygun kanunlar ihtilafı kurallarına istinat ederek onu tayin serbestçe hakemlerce yapılır. Eğer Avusturya hukuk kurallarını uygularlarsa, bu kurallar en yakın ülkenin kanununa ifanın tabi olmasını zorunlu kılar.

BELÇİKA³⁷

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Usul kuralları, Adlî Kanunun 1694. maddesiyle öngörölmüş olan Adlî Temsilcilik ve Savunma haklarına riayet etmek şartıyla taraflarca serbestçe tayin edilirler.

³⁶ CCI, Le droit de l’arbitrage on Europe, sh. 19.

³⁷ CCI, Le droit de l’arbitrage on Europe, sh. 34.

Eğer taraflar ilk hakemin görevi kabul etmesi zamanına kadar iradelerini izhar etmediler ise hakemler takip edecekleri usulü bizzat kendileri tayin ederler.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Esasa uygulanacak hukuku taraflar tayin ederler. Onu açıkça tayin etmedi iseler hakemler özellikle kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak suretiyle taraf iradelerini araştırıcaklardır.

İSVİÇRE³⁸

1. Usule Uygulanacak Hukuk

1) Bağlama kuralı

Usule uygulanabilir kanunu tayin etmek için, bu kanunun uygulanabilirliğini tayin eden ihtilaf kuralını tespit etmek gerekir.

İsviçre, Tahkim Şartlarına ilişkin 1923 Cenevre Protokolü ile Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine ilişkin 1927 Sözleşmesi ile ve 1923 protokolünü ve 1927 Cenevre Sözleşmesini kaldıran (1958 sözleşmesinin VII. maddesi) Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin 1958 sözleşmesi ile bağlıdır.

İsviçre içtihadı bu sözleşmelerin uygulanması döneminde bu sözleşmelere sık sık atıfta bulunuyordu.

1923 Protokolünün 2. maddesi hükümlerine göre Hakem Mahkemesinin teşkili dahil tahkim usulü, tarafların iradesi ve tahkimin görüldüğü ülkenin kanunu ile belirlenir.

Bu kuralın, tahkimin kanununu belirleyen gerçek bağlama kuralı olup olmadığı hususu ise doktrinde ihtilafıdır (Bkz. F. E. KLEIN, Zum Begriff des Internationalen Schiedsverfahrens, in: Festgabe Zum Schweizerischen Juristentag 1963, Bale 1963, p. 145 ss., p. 148-149; aynı yazar l'Arbitrage International de droit privé, ASDİ 1963, p. 41 ss., p. 44-45); Tahkim kanununun tayinine protokolün 2. maddesinin uygulanmasını tüm doktrin kabul etmemektedir (F. E. KLEIN, Zum Begriff yukarıda zikredilen sh. 148-149; aynı yazar, Internationale Schiedsverfahren und Nationale Rechtsordnungen, ASDİ 1967, p. 87 ss., p. 107, p. 109-110, not 54).

Eğer protokolün 2. maddesinin bir ihtilaf kuralı olduğunu kabul etsek bile, tarafların iradesine dönen role gelince bir fikir ayrılığı müşahade edilmektedir. (F. E. KLEIN, l'Arbitrage International de droit privé, yukarıda sh. 45 Guldener ve Schnitzer, aynı yazar, Internationale Schiedsverfahren und Nationale Rechtsordnungen, yukarıda zikredilen sh. 108).

2. Tarafların özgürlüğü

Evvelce zikredilen hükümler bununla birlikte tarafların iradesini saklı tutar:

1923 tarihli Protokolün 2/1. maddesi, 1958 tarihli sözleşmenin V a, d ve e paragrafları ve nihayet 1961 tarihli Cenevre Anlaşmasının IV. maddesinin 1, d, (iii) fıkraları (ki buna

³⁸ CCI, Le droit de l'arbitrage on Europe, sh. 52 ve devamı.

İsviçre katılmamıştır). Bu sonuncu sözleşme çok geniş bir şekilde özgürlük ilkesine yer vermiştir.

Federal Mahkemenin içtihadına ve kanton içtihatlarına göre, tahkim yerinin seçimi yolu ile tahkim kanununu dolaylı olarak seçme hakkına sahip olduklarını tespitte müsait değildir.

3. Sentez

İsviçre Federal Mahkemesinin İçtihadı hakkında F. E. KLEIN'in vardığı sonuçları burada şöylece sıralayabiliriz:

«1. Resmî tahkim hususunda, ilke olarak uygulanan hukuk, Hakem Mahkemesinin yönetim yerinin medenî usul kanunudur.

2. Bununla birlikte, eğer sorun milletlerarası planda ise:

a) Resmî tahkimin bağlama kuralı farklı olabilir ve taraflarca açıkça ifade edilen iradeyi takip edebilir;

b) Taraflar kamu düzeni veya uygulanan hukuk hükümleri sakil kalmak üzere, ondan istedikleri gibi ayrılabilirler.

c) Taraflar resmî tüm kuralları, ekarte edebilir ve sözleşmeye dayanan serbest bir hakeme başvurabilirler.»

Gittikçe taraflara büyük bir serbestlik tanıma eğilimi vardır. İsviçre hukukunda bu gelişmenin başka bir sebebi de kantonlararası usuller arasında mevcut olan farklılıktır (Bugün bu fark artık CIA nedeniyle asgariye inmiştir). İsviçre hâkimi kanton usul hukukunun ihlâl edildiği hususunu yabancılar arasındaki tahkimde tek sebeple bir hakem kararının tanınmasını reddetmede tereddüt etmektedir (F. E. KLEIN, Zum Begriff... yukarıda zikredilen sh. 155).

4. Tahkim kanununun uygulama alanı

«Tahkim Kanunu» deyimini aynı zamanda tahkim sözleşmesini taraflar ve hakemler arasındaki ilişkileri, tahkim usulünü ve hakem kararını içerir (F. E. KLEIN, l'Arbitrage International de droit privé, yukarıda zikredilen sh. 42).

Federal Mahkeme (Goldschmit c. Arn) davasında daha önce tahkim yeri kanunu sadece tahkim sözleşmesine değil, tahkimin tümüne uygulanır demiştir (JdT 1932 I 444).

«Tahkim sözleşmesi ile, hakemlerin kısaca tahkim usulü ve hakem kararı arasında mevcut olan sıkı bağlar nedeniyle, bu çeşitli muamelelerin aynı kanun tarafından idare edildiğini kabul etmek gerekir» (F. E. KLEIN, l'Arbitrage International de droit privé, yukarıda zikredilen sh. 47 not 18).

2. Esasa Uygulanacak Hukuk

1) Tarafların ve hakemlerin serbestisi

— Taraflar sözleşmelerine uygulanacak maddî hukuku kararlaştırabilirler fakat milletlerarası özel hukuk problemi tamamiyle halledilmiş değildir. Çünkü bu seçimin sınırları,

kullanılması ve geçerlilik şartları milletlerarası özel hukuk millî sistemlerine göre değişebilir. O halde, «for» dan bahsetmeyen milletlerarası hakem sistemi nedir? Çözüm henüz ihtilafıdır.

Eğer taraflar seçmişler ise, taraflarca seçilen kanunlar ihtilafî kurallarını uygulamak tavsiye edilmiştir. Bu fikir bazen tahkim pratiğinde izlenen bir yoldur (P. LALIVE, İsviçre’de görülen milletlerarası tahkimle ihtilafın esasına uygulanmış kanunlar ihtilafî kuralları. Tahkim Dergisi, 1976, sh. 155 vd. sh. 167). Bu durumda, milletlerarası özel hukuk, özellikle, taraflarca seçilen sözleşmenin kanununun «sözleşme statüsü» gelmeyen tüm sorunlarına uygulanan hukuku tayin eder.

— Diğer bağlama kuralı: Tahkim yerinin milletlerarası hukukunun bağlama kuralıdır. Bu bağlama kuralı gerilemektedir. Ancak tali olarak uygulanabilir durumdadır (P. LALIVE, les Règles des Conflits des lois appliquées au fond du Litige ... zikredilen sh. 173) veya tahkim yeri tamamen tesadüfî değilse fakat ihtilafıla objektif bağlan var ise.

— Eğer taraflar hukuk seçimi yapmadılar İse ihtilafın esasına uygulanacak kanunu hakemler tespit ederler.

Pratikteki Etkiler

Uygulamada yeknesaklık yoktur; muhtelif metodlar uygulanmıştır. Esasa uygulanabilir hukukun tespiti, ihtilaf kuralının klasik metoduna göre bazen «doğrudan doğruya» bazen «dolaylı»dır. Uygulamada, beynelmilel hakemler çoğu kez «tahkim yeri» milletlerarası özel hukukunu takip etme mecburiyetinden ayırık oldukları kanaatindedirler. Bunlar, örneğin, milletlerarası özel hukukun genel kurallarından veya tarafların ihtilaf sistemlerinde müşterek olan kurallardan ilham alırlar. Doktrinin ve içtihadın bu modern eğilimi Cenevre Sözleşmesinin VII. maddesinde yansımıştır. Nihayet, davanın olaylarının özelliği dikkate alınarak tayin edilebilir (P. LALIVE, İhtilafın Esasına Uygulanmış Kanunlar İhtilafî Kuralları, yukarıda zikredilen sh. 180 vd.).

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki tahkim yeri olarak İsviçre’yi seçme, ne İsviçre kanunları ihtilafî kurallarının uygulanmasını, ne de ihtilafın esasına İsviçre Kanununun uygulanmasını gerektirir

FEDERAL ALMANYA³⁹

1. Usule Uygulanacak Hukuk

Federal Almanya’nın tahkim yeri olarak seçilmiş olması bu tahkime Alman kanununun uygulanmasını gerektirmez. Taraflar başka bir kanunun uygulanmasını veya hakemlere uygulanacak hukuku seçmekte açık veya örtülü olarak yetki verebilirler.

2. Esasa Uygulanacak Hukuk

Tahkim yeri olarak Federal Almanya’nın seçilmesi ihtilafın esasına mutlaka Alman hukukunun uygulanmasını gerektirmez. Tarafların iradesinin ifadesi tüm diğer düşüncelerin üstüne çıkar.

Eğer taraflar uygulanacak kanunu belirtmezlerse ve diğer tüm belirtilerin yokluğu halinde ihtilafın esasına uygulanacak kanun, kanunlar ihtilafî kuralları ile belirlenir.

³⁹ CCI, Le droit de l’Arbitrage on Europe, sh. 87 vd.

Milletlerarası boyutlu ihtilaflarda, hakemler ihtilafın esasına uygulanacak kuralları seçmede büyük bir hareket serbestisine sahiptirler (özellikle hakemler milletlerarası ticaretin cari uygulamalarına ilgede bulunurlar).

DANİMARKA⁴⁰

1. Usule Uygulanacak Hukuk

İlke olarak Danimarka'da görülen hakem davaları Danimarka tahkim hukuku ile yönetilir. Fakat taraflar başka türlü de karar verebilir ve başka yabancı bir kanunun uygulanmasını kabul edebilirler.

2. Esasa Uygulanacak Hukuk

Taraflar ihtilafın çözümüne uygulanacak ülke kanununu kararlaştırmak zorundadırlar, aksi takdirde sorun Danimarka milletlerarası özel hukukuna göre çözümlenir.

İSPANYA⁴¹

1. Usule Uygulanacak Hukuk

İspanya Medenî Kanununun 8. maddesinin 2. paragrafı yabancı bir ülkede yapılacak usul muamelelerine yapılan atıflara zarar vermeksizin İspanya sınırları içinde gerçekleşen usul muamelelerine sadece İspanya kanunlarının uygulanacağını hükme bağlamıştır.

Tahkimde, tartışmasız usule dahil bir çok işlemler vardır: Örneğin, taraflardan birinin seçmemesi halinde onun hakeminin hâkim tarafından tayini. Bu muameleler için mecburi olarak İspanya usul kanunları uygulanır.

Buna karsın, 1953 kanununun tüm unsurları tahkimin bir sözleşme müessesesi olduğunu kabul etmesi nedeniyle, tahkim adlî usul içinde çözümlenemez. Bu nedenle tahkim şekli, sözleşmelerin şekline uygulanan kanunla yönetilir. Böyle olmakla beraber, İspanya Medenî Kanununun 1. maddesi şu hükmü içerir: «Sözleşmelerin, vasiyetlerin ve diğer hukukî muamelelerin şekli ve resmîliği yapıldıkları yerin kanununa tabidir. Bununla birlikte, bu hukukî muameleler muhtevaya uygulanacak hukuka, vasiyet edenin şahsî kanununa veya tarafların müşterek kanunlarında öngörülen şekil ve resmîyete uygun olarak yapıldı ise aynı şekilde geçerlidir. Aynı şekilde gayrimenkullerin bulunduğu yerde şekle ve resmîyete uyan sözleşmeler de geçerlidir. Eğer, muamelelerin ve sözleşmelerin muhtevasını yöneten kanun onların geçerliliği için bir şekil ve resmîyet arıyorsa bu muameleler yabancı ülkede yapılmış olsalar bile bu hüküm uygulanır».

Bundan şu sonuç çıkarılabilir: Eğer tahkim İspanya'da cereyan ederse, İspanya kanununun hükümlerine riayet etmek gerekir. Ancak tahkim yabancı bir kanuna tabi tutulmuş İse bu kanunda öngörülen şekillere riayet etmek şartıyla yapılan tahkim şekilleri geçerlidir.

2. Esasa Uygulanacak Hukuk

Sözleşmeye dayanan bir konu, dava ile bağlı olduğu ölçüde tarafların açıkça seçtiği kanuna tabidir; taraflar bir kanun seçmedilerse tarafların müşterek millî hukuku uygulanır: bu

⁴⁰ CCI, Le droit de l'Arbitrage on Europe, sh. 105-106.

⁴¹ CCI, Le droit de l'Arbitrage on Europe, sh. 119-120.

da yoksa müşterek ikametgah kanunu ve en nihayet, sözleşmenin yapıldığı yer kanunu uygulanır.

FİNLANDİYA⁴²

1. Usule Uygulanacak Hukuk

Finlandiya hukuku, Finlandiya tahkim sözleşmesinin Finlandiya’da görülen tüm tahkim sözleşmelerine Finlandiya usulünün uygulanacağına dair hiçbir hüküm içermemektedir. Finlandiya tahkim sözleşmesi hükümlerinin çoğu âmir hüküm değildir. Tarafların usule uygulanacak hukuku yabancı bir hukuk olarak seçmeleri de pek uygun olmasa gerek. Âmir nitelikli hükümlerin de tahkim sözleşmesine daima uygulanacağını söylemek zordur. Çünkü kanun bu hususta sessiz kalmaktadır ve buna ilişkin emsal de yoktur.

2. Esasa Uygulanacak Hukuk

1) Tahkim yeri olarak Finlandiya’nın seçilmiş olması ihtilafın esasına Finlandiya kanununun uygulanmasını gerektirmez. Genel olarak, tarafların sözleşmesine öncelik verilir.

2) Pratikteki Etki

Eğer taraflar hangi kanun ihtilafları kurallarının uygulanacağını belirtmediler ise muhtemelen esasa uygulanacak hukuk Finlandiya kanun ihtilafları kuralları ile belirlenir ve onu Finlandiya uyruklu bir hakem uygulamakla yükümlüdür. Herhalükârda, milletlerarası bir konuda, hakemler, esasa uygulanacak hukukun seçiminde büyük bir serbestliğe sahiptirler (özellikle, milletlerarası ticaretin uygulamalarına ilgide bulunurlar).

FRANSA⁴³

MİLLETLERARASI TAHKİM

1. Genel

1958 tarihli New York Sözleşmesinin 5/1 a maddesinin ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinin VI 2 ve IX 1 a maddesine göre tahkim sözleşmesinin geçerliliği tarafların irade muhtariyetine tabi tutulmuştur. Tarafların bu yolda iradelerinin yokluğu halinde tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakem kararının verildiği yer kanununa tabidir.

1923 tarihli Cenevre Protokolünün 2. maddesi hükmüne göre Hakem Mahkemesinin teşkili tarafların iradesine tabidir. Eğer tarafların böyle bir iradesi yoksa tali hüküm olarak tahkimin görüldüğü ülkenin kanununa tabidir⁴⁴.

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Fransa’da tahkim şartı, dahili tahkimde yalnızca tacirler arasında geçerlidir. Milletlerarası tahkimde ise doğacak ihtilaflar için de böyle bir anlaşma tüm şahıslar arasında yapılabilir⁴⁵.

⁴² CCI, Le droit de l’Arbitrage on Europe, sh. 131-132.

⁴³ CCI, Le droit de l’Arbitrage on Europe, sh. 151.

⁴⁴ **B. MOREAU** et **Th. BERNARD**: age., sh. 93; **ROBERT, J.**: age., sh. 239 no: 276 ve not: 46.

İhtilafın çözümünde uygulanacak kuralların kamu düzeni niteliği, milletlerarası kamu düzeni saklı kalmak üzere bir engel teşkil etmez⁴⁶.

1923 tarihli Cenevre Protokolünün 2. maddesi hükmüne göre tahkim usulü tarafların iradesine tabidir. Böyle bir iradenin olmaması halinde tahkimin cereyan ettiği yer kanunu uygulanır.

1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi ise hakem kararının tabi olduğu mevzuata göre geçerli bir tahkim sözleşmesine istinaden verilmiş olmasını zorunlu kılar.

1958 tarihli New York Sözleşmesinin V/1-d maddesi ise tarafların iradesine uygun olmayan ve taraf iradesi yoksa tahkimin cereyan ettiği ülkenin kanununa uygun olmayan tahkim usulüne göre verilmiş olmasını hakem kararının tanıma ve tenfizinin red edilmesi sebebi saymıştır.

1961 Avrupa Sözleşmesinin IV. maddesi ise tarafları, organize bir tahkim tüzüğünü veya uygulanacak usul kurallarını seçmede tamamen serbest bırakmıştır. Bu durumda taraflar uygulanacak usulün seçimini hakemlere de bırakabilirler. Bu takdirde hakemler tarafların vekili gibi hareket ederler⁴⁷.

Fransız Medenî Usul Kanununun 1494. maddesi tarafların doğrudan doğruya:

- Tahkimin tabi olacağı usulü tayin edebileceğini,
- Bir tahkim tüzüğünü seçebileceğini,
- Tahkim usulünü belli bir kanuna tabi tutabileceğini hükme bağlamıştır.

Tarafların bu yönde hiçbir iradelerinin bulunmaması halinde ise tahkimin tabi olacağı usulü hakem belirler.

İhtilafın esasına uygulanacak hukukun seçimi taraflara aittir. Tarafların seçtiği bu hukuku hakemler uygulamak zorundadır. Bu konuda hakemler için güçlük tahkim sözleşmesinin esasa uygulanacak hukuk hakkında sessiz kalması halinde kendini gösterir. Bununla beraber taraflar ihtilafın hakemlerce hak ve nasafet kurallarına göre çözümlenmesi hususunda da karar verebilirler. Bu durumda hakemlerin yaptıkları işlemler hiçbir kontrole tabi olmaz⁴⁸.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Tahkime uygulanacak hukuku seçmek tamamen taraflara ait bir husustur. Fakat böyle bir seçimi taraflar yapmamış iseler, bu takdirde hakemler mevcut bazı sistemlere müracaat etme durumunda kalırlar.

— Hakemler, tahkim mahallinin kanunlar ihtilâfı kuralını uygular. Ancak bazen bu uygulama nazariyatta kalır. Zira, tahkim yerinin gerek ihtilâf gerekse taraflarla hiçbir ilgisinin bulunmadığı durumlarda böyledir.

— Hakeme tanınan serbesti. Taraflar örtülü olarak uygulanacak hukukun seçimini hakem mahkemesine bırakabilir. Böyle bir hüküm 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinden de

⁴⁵ Clunet, 1972, 843, Note Oppetit.

⁴⁶ 18 Mayıs 1971, Rev. arb. 1972, 2 note **KAHN; B. MOREAU** et **Th. BERNARD**'dan naklen: age., sh. 94.

⁴⁷ **B. MOREAU** et **Th. BERNARD**: age., sh. 96.

⁴⁸ **B. MOREAU** et **Th. BERNARD**: age., sh. 99.

destek görmektedir. Ancak Fransa'da uygulanırken hakemler seçtikleri hukukun ihtilafı ilgisini belirtmek suretiyle gerekçe gösterme zorundadırlar⁴⁹.

— Uygulanacak hukukun ilişkisini tayin

Taraflar uygulanacak hukuk hakkında hiçbir şey söylememişlerse, hakem mahkemesi tahkime tahsis edilen işlemin objektif olarak belirlenmesine çalışır. Bu takdirde, kanunlar ihtilafı kuralına müracaatla milletlerarası özel hukukun getirdiği çözümleri ihtilafı konuya uygulama yoluna girer. Bu çözüm tamamen hukukidir. Taraflarca istenen ekonomik gerçeğe her zaman uymayabilir.

1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinin VII. maddesi uygulanacak hukuk seçimini tamamen taraf iradesine bırakmaktadır. Ancak, taraflar uygulanacak hukuku seçmemişler ise bu takdirde hakem mahkemesi kanunlar ihtilafı, kuralı ile tayin edilen kanunu uygular. Ancak hakem mahkemesi sözleşmede zikredilen hususları ve ticarî âdetleri dikkate almak zorundadır. İşte bu nedenle de ticarî âdetler, hakem kararlarında önemli bir yer tutmaktadır. Zira, «tacirlerin milletlerarası toplumu» nda meydana gelen ihtilafı çözmek için en uygun kurallar olarak telakki edilirler. Böylece hukukun genel kurallarından, milletlerarası anlaşmalardan, tedvin edilmiş âdetlerden, mutad şartlardan, tip sözleşmelerden, yayınlanmış içtihadattan oluşan «Lex mercatoria» canlı bir hukuk olmuştur⁵⁰.

1961 tarihli Avrupa Sözleşmesindeki hüküm, Fransız Medenî Usul Kanununun 1496. maddesine de girmiştir. Buna göre, hakemler ihtilafı tarafların seçtiği hukuk kurallarına göre hallederler. Taraflar böyle bir seçim yapmamış ise hakemler uygun gördükleri kurallara göre ihtilafı halleder. Ancak, herhalükârda, ticarî âdetleri dikkate almak zorundadırlar.

İNGİLTERE⁵¹

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Taraflar tahkime uygulanacak usul kurallarını seçmekte serbesttirler. Bununla birlikte, tahkim yeri olarak İngiltere'yi seçerler ise İngiliz kamu düzenine aykırı olan usul kurallarını seçemezler.

Taraflar kendi seçtikleri çalışma dilini seçebilirler. Fakat hakemlerin tümü tarafından anlaşılabilir bir dil seçmeleri tercih edilir.

Uygulanacak usule dair hiç bir hüküm olmaması halinde, tahkim kanunları uygulanır ve usul bu kanunlarla yönetilir. Her durumda, hakem doğal kanuna özellikle, «audi alterem partem» kuralına riayet etmekle mükelleftir.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

1. Tarafların serbestisi

Taraflar ihtilafın esasına uygulanacak hukuku seçmekte serbesttirler. Bu serbestlik, sadece İngiliz hukukunun âmir kurallarına aykırılık halinde sınırlanır.

⁴⁹ DERAİNS, Y.: L'Application Cumulative par l'Arbitrage des systeme de conflit des lois interesses au litige Rev. arb. 1972, 99.

⁵⁰ B. MOREAU et Th. BERNARD: Les sentences arbitrales et leur commentaire par Y. DERAİNS, Cluent, 1981, p. 914: les decisions, Rev. Arb. 1983, 465. B. GOLDMAN, Rev. arb. 1983, 379.

⁵¹ CCI, Le droit de l'Arbitrage on Europe, sh. 168.

2. Tahkim kanunlarının uygulandığı sırada taraflar açıkça seçimlerini yapmamışlarsa ihtilafın esasına uygulanacak hukuk İngiliz Kanunlar İhtilafı Kuralları ile belirlenir; normal olarak bu kanun tarafların iradesini ve sözleşmenin muhtevasını dikkate alarak işleme en yakından bağlı olan kanundur.

İSKOÇYA⁵²

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Taraflar, tahkim yeri olarak İskoçya'yi seçtilerse, taraflarca seçilen hakem yardımcısı hukukçunun fikrini alarak ihtilafın cereyan ettiği şartları da dikkate alarak uygulanacak usule karar verir.

İskoçya'da kamu düzenine aykırı olmadıkça hakemler taraflarca seçilen hemen hemen her usulü uygulayabilirler. İskoçya'da tarafların kararlarını tadile yönelik bir Parlâmento yasası yoktur; esas olan bu kararların dürüstlük ve universal adalet kurallarına riayet etmiş olmalarıdır.

Tamamen İskoçya'ya münhasır usul bazı özel dikkati gerektirmektedir: Taraflar eğer tahkim şartında hakem kararının tescilini açıkça kararlaştırmış iseler formül şöyle olur: «Koruma ve tenfiz için» adli bir işlem gerekmez derhal karar icraî kuvveti haiz olur.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Tahkim yerinin İskoçya olarak seçimi, ihtilafın esasına uygulanacak kanun olarak tarafların başka bir kanun seçmelerini engelleyemez.

Taraflarca bir seçim yapılmamışsa, bazı özel durumlar hariç olmak üzere İskoçya kanunları uygulanır.

Bu durumda, hakem İskoçya kanunlar ihtilafı kurallarını uygular. İskoçya'da esasa uygulanan hukuk Anglo-Sakson hukukundan ziyade Roma hukukuna dayanır.

YUNANİSTAN⁵³

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Eğer tahkim yeri olarak Yunanistan seçilmişse esasa uygulanacak kanunu tayin etmek için hakemler ne Yunan tahkim usulü kurallarını ne de Yunan ihtilaf kurallarını takip etmek zorundadır.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Herhalükârda, tek hakemin veya hakem heyeti başkanının milliyetini takdirde yetersizliğe düşmemek gerekir. Zira, o kendi yetiştiği hukuk bilgileri çerçevesinde muhakeme etme eğiliminde bulunacaktır.

Eğer tahkim yeri olarak Yunanistan seçildi ise ihtiyatî tedbirleri almak için yetkili yargı Yunan yargısı olacaktır. Yeter ki tenfiz Yunanistan'da olsun. Diğer yandan, taraflardan birinin talebi üzerine bir hakemin azli için Yunan yargısı, kendisini yetkili kabul edecektir.

⁵² CCI, Le droit de l'Arbitrage on Europe, sh. 194.

⁵³ CCI, Le droit de l'Arbitrage on Europe, sh. 211-212.

İTALYA⁵⁴

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Taraflar İtalya medenî usul kanununun kurallarına tahkimin tabi tutulacağı veya tutulmayacağı hususunda anlaşabilirler.

Böyle bir seçim tahkim anlaşmasında gösterilmelidir. Yabancı bir usul kanununun seçiminin geçerliliği, usul kanununun seçildiği devletin hakem kararına tanınan etkinin işlevidir.

Taraflarca bir seçim yapılmamış ise tahkim yerinin İtalya olarak seçimi tarafların tahkimi yöneten usulün İtalyan usul kanunu olacağını İstemelerine bir karinedir; aksine eğer tarafların iradesi sözleşme değerine sahip olan bir hakem karar elde etmeyi amaçlıyorsa, tahkim Medenî Usul Kanununun kuralları dışında cereyan eder.

2) Somut durumlara ilişkin etki

1. Tarafların ve hakemlerin serbestisi

Tahkim yeri olarak İtalya'nın seçimi İtalyan kanununun esasa uygulanmasını gerektirmez; taraflar sözleşmeden doğan sorumluluklar hususunda, esasa uygulanacak hukuku serbestçe seçme hakkına sahiptirler. Tarafların böyle bir seçimi yoksa kanunlar ihtilafı kurallarına ve milletlerarası sözleşmelerin kurallarına müracaat edilir.

2. Sokut durumlara ilişkin etki

Borç konusuna ilişkin genel hükümlerin 25. maddesi uyarınca, uygulanacak kanun tarafların müşterek millî kanunu; aksi takdirde, sözleşmenin yapıldığı yer kanunudur. Eğer ihtilafın kaynağı sözleşme dışı ise (örneğin haksız fiilden kaynaklanıyorsa) fiilin meydana geldiği yer kanunu uygulanır.

Eğer 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesinin uygulama alanına giren milletlerarası bir İhtilaf karşısında ise -Taraflarca esasa uygulanacak hukuk kararlaştırılmış olmadıkça- davada hakemlerin uygun göreceği ihtilaf kuralı ile belirlenir.

LÜKSEMBURG⁵⁵

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Tahkim yeri olarak Lüksemburg'un seçilmesi mutlaka usule Lüksemburg kanununun uygulanması anlamını taşımaz. Taraflar başka bir kanunu seçebildikleri gibi bu hususta hakemlere açıkça veya örtülü olarak uygulanacak kanunu seçme yetkisi de verebilirler.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

Tahkim yeri olarak Lüksemburg'un seçimi ihtilafın esasına Lüksemburg kanununun uygulanacağı anlamına gelmez. Burada tercih tarafların sözleşmesine verilmiştir. Eğer taraflar

⁵⁴ CCI, Le droit de l'Arbitrage on Europe, sh. 211-212.

⁵⁵ CCI, Le droit de l'Arbitrage on Europe, sh. 261-262.

bu hususta hiçbir şey söylememiş iseler esasa uygulanacak hukuk Lüksemburg kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir.

Herhalükârda milletlerarası konuda, davanın esasına uygulanacak hukuk hususunda hakemler büyük bir serbesti içindedir. Hakemler özellikle milletlerarası ticaret kurallarına müracaat ederler.

HOLLANDA⁵⁶

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Tahkim yeri olarak Hollanda'nın seçilmesi tahkime uygulanacak usul hukukuna Hollanda tahkim hukuku kurallarının uygulanmasını zorunlu kılar. Eğer tahkim Hollanda'da cereyan etti ise tahkim usulüne ve hakem kararının iptaline ait davaya olduğu kadar tahkim sözleşmesinin geçerliliğine de Hollanda kanunu uygulanır. Bunun Hollanda hukukunda kabul edilen ayrılabilirlik doktrininden kaynaklandığı söylenmektedir. Bu 1923 Cenevre Portokoluna ve 1927 Cenevre Sözleşmesine, 1958 New York Sözleşmesine uygundur. Bununla birlikte, anlaşma yapacak tarafların ehliyet sorunu için istisna yapmak gereklidir; çünkü bu sorun onlara uygulanabilir olan hukuktan doğmalıdır.

Hollanda'da iki hakem tarafından verilen bir hakem kararı bu ülkenin kamu düzenine aykırı olduğu ölçüde geçerli bir hakem karar niteliğini kaybeder. Buna karşın, iki hakem tarafından Londra'da verilen bir karar Hollanda'da icraî kabiliyeti haiz olabilir. Çünkü buna İngiliz kanunu müsaade etmektedir. Büyük Britanya'da cereyan ettiği ölçüde böyle bir hakem kararı milletlerarası kamu düzenine aykırı olamaz. Bu iki örnek göstermektedir ki, tahkimin cereyan ettiği yerin kanunu hakem sözleşmesinin geçerliliğine karar verir.

2) Esasa Uygulanacak Kanun

Taraflar iyi niyetle hareket etmek koşulu ile esasa uygulanacak kanunu serbestçe seçebilirler. Seçimlerinde belli millî bir kanunu tespit etmek zorunda değildirler.

Milletlerarası ticaret uygulamalarına ilgide buldukları gibi kabul edilen genel hukuk kurallarına da ilgide bulunabilirler.

Eğer taraflarca seçilmiş bir kanun yoksa, uygulanacak kanunu tespit için, ilke olarak, hakem Hollanda Kanunlar İhtilafı Kurallarını uygulayacaktır. Kanunlar ihtilafının «Millî olmayan» bir sistemini veya isnad edilen millî kanunla aynı sonuçların elde edilmesi Ölçüsünde «seçtiği» bir sistemi uygulayabilir.

Herhalükârda sözleşmenin hükümlerine eğer varsa bu dalda cari âdetlere riayet edilmesine dikkat etmek zorundadır.

NORVEÇ⁵⁷

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Taraflar, usul kurallarını tespitinde serbesttirler. Bir kuralın tespit edilmemiş olması halinde, Norveç hukuk usulü uygulanır. Hakem Mahkemesi aksi kararlaştırılmamışsa kendi

⁵⁶ CCI, Le droit de l'Arbitrage on Europe, sh. 287-288.

⁵⁷ CCI, Le droit de l'Arbitrage on Europe, sh. 305.

usul kurallarını tespit eder. Herhalükârda-, Hakem Mahkemesi 460-462. maddelerin hükümlerine riayet etmek zorundadır.

- MADDE 460 Taraflar sözlü ve yazılı olarak dinlenirler.
MADDE 461 Hakem Mahkemesi tarafları duruşmaya çağırabilir ve gelmeyi kabul eden bilirkişileri ve şahitleri çağırabilir.
MADDE 462 Hakem Mahkemesi delillerin kendisine bir devlet mahkemesi tarafından temin edilmesini isteyebilir.
MADDE 463 Kararın alınmasına tüm hakemlerin iştirak etmesi zorunludur, çoğunluk kararına bir oyla müdahale edilmelidir.
MADDE 464 Hakem kararı tüm hakemler tarafından imza edilmelidir ve taraflardan birinin istemi ile gerekçelenmelidir.
MADDE 465 Eğer tarafların huzurunda verilmedi ise Hakem Mahkemesi hakem kararını taahhütlü mektupla taraflara ulaştırmayı sağlamak zorundadır.

2) İhtilafın esasına uygulanacak hukuk

Normal olarak taraflar uygulanacak hukuk üzerinde karar vermede serbesttirler. Eğer bunu kararlaştırmamış İseler, uygulanacak kanun hakem mahkemesi tarafından seçilen kanundur.

PORTEKİZ⁵⁸

1) Usule Uygulanacak Hukuk

Tahkim yerinin Portekiz olarak tespiti usule Portekiz Kanununun zorunlu olarak uygulanmasını gerektirmez. Taraflar başka bir kanun seçebilirler veya uygulanacak hukuku seçmesi için açıkça veya örtülü olarak hakem mahkemesine yetki verirler. Eğer hakem kararı Portekiz’de tenfiz edilecekse dahili tahkim için usul kanununa hasredilen ilkelere riayet etmek zorundadır. Özellikle, taraflar sulhen anlaşmaları için hakemlere yetki vermemiş iseler bu böyledir.

İSVEÇ⁵⁹

1) Usule Uygulanacak Hukuk

İsveç hukukuna göre İsveç’te hukuken tayin edilen hakemler İsveç kanununun hükümlerine tabidir. Ancak bu hükümlerin çoğu âmir nitelikte değildir. Böyle olunca da taraflar usulün diğer kurallarını seçmekte serbesttirler.

2) Esasa Uygulanacak Hukuk

İhtilafın esasına uygulanacak hukuku seçmede taraflar serbesttirler.

Eğer milletlerarası bir ihtilafta taraflar uygulanacak hukuku seçmedilerse, İsveç kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması İhtimali vardır.

Bu sisteme göre ticarî ihtilaflarda en yakın İrtibatlı olan ülkenin kanunu uygulanır.

⁵⁸ CCI, Le droit de l’Arbitrage on Europe, sh. 317-318.

⁵⁹ CCI, Le droit de l’Arbitrage on Europe, sh. 338.

Milletlerarası mal satışları ile ilgili ihtilâflarda taraflar başka şekilde kararlaştırmadıkça veya hakemler daha uygun kanunlar ihtilafı kuralını seçmedikçe, 1955 La Haye Sözleşmesine istinad eden 1964 tarihli bir kanunun kurallarına tabidirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dahili tahkimde esasa İsveç kanunu uygulanır.

VIII— MÖH-UK'a GÖRE MİLLETLERARASI TAHKİME UYGULANACAK HUKUK

2675 sayılı MÖH-UK'da özellikle 43, 44 ve 45. maddelerde yabancı hakem kararından bahsedilmiş fakat bu kanun, yabancı hakem kararının tarifini vermemiştir. O nedenle, herseyden önce, «yabancı hakem kararı» kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmak zorunlu olmaktadır.

Hangi hakem kararının «yabancı» hakem kararı sayılacağı hususunda mevzuatımızda bir hüküm yoktur. Ama, yabancı hakem kararları ile mahallî, (dahilî, yerel) hakem kararlarının birbirinden ayrılmak zorunluğu vardır. Bu ayrım zorunluğu yabancı hakem kararları ile mahallî hakem kararlarının icrasının birbirinden, farklı olmasındandır. Bu iki tip hakem kararının yerine getirilmeleri ayrı işlemlere tabidir. Bu nedenle hangi hakem kararlarının yabancı hakem kararı olduğunun bilinmesi uygulamada önem kazanır.

Taraflar yönünden: Tahkime taraf olanların hakem kararının «yabancılık» niteliğine bir tesiri olmaz. Çünkü taraflar farklı tabiyette olabilir. Taraf tabiyetsiz de olabilir. Hatta çift tabiyete sahip olan taraf da bulunabilir.

Hakemlerin milliyeti yönünden: Hakemler de Türk veya yabancı olabilirler. Usul yasamızda yabancıların hakem olmalarını engelleyen hüküm bulunmadığı için, öğretilerde ve mahkeme içtihatlarında, yabancıların da hakem olabilecekleri oybirliği ile kabul edilmektedir⁶⁰.

Yargıtay İcra ve İflas Dairesi de 11.7.1950 tarihli ve 1919 E. 3354 K. sayılı kararı ile ecnebilerin de hakem olabileceklerini ve Türkiye dahilinde yapılan bir akitte Türkiye'de seçilmiş olmaları halinde hakem kararının mahkemece kesinleştiğinin tasdik edilmesi kâfi olup ecnebi mahkemelerden verilen ilâmlar gibi mahkemenin ayrıca tenfizine karar alınmasına mahal olmadığını bildirerek bu görüşü benimsemiştir⁶¹.

Yabancı hakem kararının verildiği mahal yönünden: O halde, yabancı hakem kararlarına «yabancılık» vasfını veren kriter ölçü nedir? İlk akla gelen «yabancı hakem kararının verildiği mahal» dir.

Ancak, toprak kriteri de aşağıda açıklanan nedenlerle soruna kesin olarak bir çözüm getirmemektedir. Türk hukukunda akit serbestisi prensibi hâkimdir. Bu prensip genellikle, bütün dünyada özel hukuk dalında benimsenmiştir. Devletler hususî hukukunda ise iradenin muhtariyeti prensibine göre taraflar, özel hukuk ilişkileriyle ilgili sözleşmelerde ihtilafa hangi ülke kanununun uygulanacağını kararlaştırabilirler. Bu takdirde, hakem heyetinin toplandığı ülkenin şu veya bu ülke olmasının bir önemi kalmaz.

Diğer yandan, hakemlerin toplandıkları yer mi daha önemlidir, yoksa hakem kararının imzalandığı mahal mi toprak ilkesine esas olacaktır? Hakem kararı hiçbir memlekette değil

⁶⁰ KURU, B.: age., sh. 4119; ANSAY, S. Ş.: age., sh. 342.

⁶¹ ALTUĞ, Y.: age., sh. 163.

de, örneğin Avrupa ve Amerika arasında, uluslararası hava sahasında uçakta veya açık denizle seyahat edilirken vapurda imzalanırsa sorun nasıl çözüme kavuşturulacaktır?

Hatta bazen hakemler kolaylık olsun diye örneğin milletlerarası bir ticari ihtilafı çözmek için İsviçre'deki bir otele giderler. Mücerret bir otel yüzünden bir prosedürün, bir mahal kanununun otoritesi altında yürütüldüğüne hükmedilemez⁶². Değişik memleketlerde oturan hakemlerin haberleşme yoluyla günümüzde ticarî hayatın vazgeçilmez vasıtası olan teleks mesajları ile sonuca varmaları halinde sorunu çözmek daha güç olacaktır. Hakemlik, özünde çok elastikiyet isteyen bir müessesedir. Toprak ilkesi gibi çok katı bir prensibe bağlı tutulması doğru olmaz. Tarafların iradesi öncelik haklarını haiz olmalıdır. Belli başlı hiçbir hukuk sistemi ne pozitif, hukuklarında, ne de içtihatlarında hakemliği toprak ülkesine bağlamak yolunu seçmişlerdir (F. E. KLEIN, age., sh. 237). Toprak ilkesinin benimsenmesi halinde, Türkiye'de tanzim ve icra edilmiş bir sözleşmeden dolayı, tarafları ve hakemleri Türk olan, Türk hukukunda emredici olan bütün hükümlerin uygulandığı ve fakat, hakemlerin Paris'te toplanıp karar verdikleri bir ihtimalde, bu kararı yabancı bir hakem kararı addetmek gibi tuhaf bir sonuca varılacaktır⁶³.

Demek ki, toprak kriteri ancak, taraflar tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde uyuşmazlığa hangi hukuk ve usulün uygulanacağını belirtmemişlerse tatbik edilebilecek tali bir ilke olarak kabul edilebilir⁶⁴.

Yabancı hakem kararının yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmesi yönünden: Genellikle kabul edilen tarife göre yabancı hakem kararı yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş olan karardır⁶⁵.

Yabancı hukuk doktrininde de bu yönde fikirler mevcuttur. Buna göre; «Yetkili mahkemenin kurallarına bağlı kalarak yabancı bir kanuna istinaden verilen hakem kararı yabancı hakem kararıdır» (Frederic-Edouard KLEIN, Consideration sur l'Arbitrage en Droit International Privé. Bale, 1955, s. 271).

Diğer yandan, yabancı hakem kararının yabancı hukuk doktrininde tarifini dahi veren müellifler vardır. Buna göre, bir hakem kararı, dayandığı usul bir yabancı kanuna tabi olursa, yabancı hakem kararı olarak telakki edilir. Bu durumda tarafların veya, hâkimin, hatta esasa tatbik edilen kanunun ehemmiyeti yoktur. Mühim olan husus, hakemlerin uyguladıkları usul hukukudur. Eğer bu usul hukukunu belirlemek mümkün olmazsa hakem kararının verildiği yer dikkate alınır (Walter J. HABSCHEID, Droit judiciaire privé Suisse Genève, 1975).

Yargıtayımız da uzun yıllar aynı görüşü benimsemiş ve muhafaza etmiştir. Bu kararlar önemi ve konuya ışık tutması bakımından aşağıya çıkarılmıştır.

A) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konuya tam bir ışık tutan 7.11.1951 gün ve Esas/126, Karar/109 sayılı kararı:

«Hakemlerin tabiiyeti ve hakem kararının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılık vasfı izafe edilmezse de, tahkimnamenin ve esas mukavelenin tabi olduğu kanun bakımından hakem kararının yabancılık vasfı münakaşa olunabileceğine ve bir hakem kararı yabancı bir kanunun otoritesi

⁶² KORAL, R.: Tahkim Haftası, sh. 488.

⁶³ KALPSÜZ, T.: Hakem Kararlarının Milliyeti, sh. 645.

⁶⁴ NOMER, E.: age., sh. 503, 507, 511, 521, 529.

⁶⁵ KORAL, R.: age., sh. 36; Tahkim Haftası, sh. 488, 493; NOMER, E.: Tahkim Haftası, sh. 502; KURU, B.: age., sh. 4127.

altında verilmiş ise o karar yabancı bir hakem kararı sayılabileceğine, icra mahalli Arjantin olan ve mukaveleden doğan ihtilafın halime dair olan hakem kararının yabancı bir hakem kararı olduğu muhakkak bulunduğu...» (Rabi KORAL, Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası s. 10-11).

B) Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 21.1.1952 gün ve Esas/6330, Karar/407 sayılı kararı:

«Taraflar arasında tanzim olunan mukavele ve tahkimname ve işbu mukavele ve tahkimnameye istinaden verilmiş olan hakem kararı münderecatlarına göre hakem kararı yabancı bir kanun otoritesi altında oluşmuş yabancı bir hakem kararıdır»⁶⁶.

C) Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 2.11.1952. gün ve Esas/6320, Karar/955 sayılı kararı:

«Yukarıda (B) bendindeki kararın metni tekrarlanmıştır.» (Rabi KORAL, Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, s. 11)

D) Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 18.1.1954 gün ve Esas/487, Karar/389 sayılı karar:

«Yabancı kanunların otoritesi altında verilmiş olan ve Türk Kanunlarına atf yapmayan mukaveleden doğan ihtilafın halline dair olan hakem kararları ecnebi hakem kararları mahiyetinde olup.»⁶⁷.

E) Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 21.5.1954 gün ve Esas/3397, Karar/4190 sayılı kararı:

«Taraflar arasında tanzim edilmiş bulunan mukavele ve tahkimname ile işbu mukavele ve tahkimnameye müsteniden verilmiş olan hakem kararı münderecatına göre hakem kararı yabancı kanun otoritesi altında ittihaz olunmuş yabancı bir hakem kararıdır»⁶⁸.

Görülmektedir ki, yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş olan bir hakem kararının yabancı, hakem kararı olarak tanınması, yabancı ve yerli ilmî ve kazaî içtihatlarda, genellikle, kabul edilmiş bir kriterdir.

Bu görüşe de eleştiri yapılması mümkündür: Örneğin, hakemlerin üçü de Türk olan ve Türkiye'de icra edilmiş bir işle ilgili ihtilafı tahkim mahalli Ankara olsa uygulanan yabancı bir kanunun otoritesi altında verildi diye -usul hukuku yabancı bir hukuk ise- bu hakem kararını yabancı hakem kararı olarak nitelendirmek gerekecektir.

A) TARAFLARCA KARARLAŞTIRILMIŞ OLMASI HALİNDE

Taraflar, tahkim sözleşmesinde veya daha sonraki bir dönemde tahkimin hangi usul hukukuna tabi olacağını açıkça belirtmiş olabilirler. Örneğin, iki Türk vatandaşı arasında yapılan bir tahkim sözleşmesinde Alman hukukunun uygulanacağını kararlaştırsalar, aralarında çıkan ihtilafı çözümlenecek hakemler Türkiye'de toplanıp karar verseler bile verilen karar bir Alman hakem kararı olarak nitelendirilecektir. Zira, böyle bir hakem kararının Türkiye'de tenfizinin istenmesi halinde, bu tenfiz talebini inceleyen Türk mahkemesi, tahkim sözleşmesinin veya şartının taraflarca tabi kılındığı kanuna göre hükümsüz olup olmadığını MÖH-UK. m. 45/f, hakemlerin seçiminin ve uyguladıkları usulün

⁶⁶ YEĞENGİL, R.: age., sh. 413, Karar no: 133.

⁶⁷ YEĞENGİL, R.: age., sh. 418, Karar no: 147.

⁶⁸ ERDÜ, Ekrem/ARVAS, N.: age., sh. 108.

tarafların anlaşmasına aykırı olup olmadığını MÖH-UK. 45/g ve hakem kararının tabi olduğu usul kanunu hükümlerine göre kesinleşmediğini MÖH-UK. m. 45/i araştıracaktır⁶⁹.

B) TARAFLARCA KARARLAŞTIRILMAMIŞ OLMASI HALİNDE

Taraflar tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmemiş iseler; bu takdirde, tarafların tahkimi hangi devletin usul kanununa tabi kılmak istedikleri tahkim sözleşmesinin diğer hükümlerinin yorumu ile tespit edilmelidir.

1. Bağlama kuralının tespiti

a) Tahkim sözleşmesinde tahkim yerinin açıkça belirtilmiş olduğu durumlarda, tarafların tahkimi o yerin usul kanununa tabi kılmak istedikleri şeklinde bir yoruma gidilir. MÖH-UK m. 45/f, g, i hükümlerindeki, tahkimin tabi kılındığı usul kanunu konusunda «bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukuku» deyimini de vardığımız bu görüşü teyit etmektedir.

Ancak tahkim yeri ve tahkime uygulanacak usul kanununun belirtilmemiş olduğu durumlarda tahkim yeri hakemlerce belirlenir. Bu takdirde tarafların tahkim usulünü örtülü olarak, bu tahkim yerinin bulunduğu devletin usul kanununa tabi kıldıkları sonucuna varılamaz. Çünkü, bu takdirde tahkimin tabi bulunduğu usul tesadüflere bırakılmış olur.

Bu şekilde bir yorum tarafların muhtemel iradelerine aykırı düşer⁷⁰.

b) Tahkim sözleşmesinde tahkim usulü ve tahkim yeri belirtilmemiş olmakla birlikte, aynı devlet ülkesinde ikamet eden kişiler hakem olarak ismen belirtilmiş ise hakemlerin tahkimi o ülke usul kanununa tabi kılmak istedikleri sonucuna varılır.

c) Tarafların tahkim usulünü ve tahkim yerini belirtmemiş oldukları bir durumda seçilen hakemler de değişik ülkelerde ikamet etmiş olabilir. Bu takdirde taraflar uygulanacak maddî hukuku belirtmişler ise aynı zamanda o devletin usul kanununun uygulanmasını istemiş oldukları sonucuna varılır. Eğer taraflar maddî hukuku da belirtmedilerse, uygulanacak maddî hukuk bağlama kuralına göre tespit edilir ve tahkiminde aynı devlet usul kanununa tabi olduğu sonucuna varılmalıdır⁷¹.

2) Kararın tenfizi için verileceği yer hukukuna göre geçerli olmasını sağlayacak hukuk (MÖH-UK. m. 45/i).

Yabancı hakem kararları kesinleşip icraî kabiliyeti haiz bir karar olduğu takdirde tenfizi talep edilebilir. O halde, hakemler tahkim şartına uygulanacak hukuku tespit ederken, bu hukukun hakem kararının verileceği yer hukukuna aykırı olmamasını dikkate alacaklardır. Aksi takdirde verilen hakem kararının iptal edilme şansı artacaktır. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı Tüzüğü'nün 26. maddesinde de buna paralel bir hüküm vardır. Bu hükme göre hakemler tenfizi kabil bir karar ittihazı için gerekli olan usul işlemlerini yerine getireceklerdir⁷².

⁶⁹ KURU, B.: age., sh. 4131.

⁷⁰ KURU, B.: age., sh. 4133.

⁷¹ KURU, B.: age., sh.413.

⁷² Tahkim Divanı Tüzüğü, Paris 1988, sh. 27.

IX. SONUÇ

Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerin tabi olacağı kanunun ne olduğu meselesi, tüm hukuk düzenlerinde kanunlar ihtilafının en zor ve ihtilaflı bölümünü oluşturur. Bu durum, irade muhtariyetini kabul eden veya etmeyen tüm hukuklarda aynıdır. Çünkü, taraflarca uygulanacak hukuk üzerinde bir seçim yapılmamış olması halinde irade muhtariyeti ilkesini kabul etmiş hukuk düzenlerinde de çeşitli bağlama noktaları teklif edilmiştir. Sözleşmenin yapıldığı yer, ifa mahalli, tarafların tabiiyeti veya ikametgahı gibi. Ancak bu bağlama kurallarının hepsi için haklı tenkitler yapılmıştır. Bu nedenle Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan hukukunda modern eğilim sözleşme hukuku için bir bağlama noktasından hareket etme yerine, her olayın arzettiği özellikleri dikkate almak suretiyle sözleşme tiplerine uygun düşen hukuk düzenini aramak şeklinde tezahür etmektedir. Bunun için de kullanılan formüller ülkeden ülkeye değişir: Sözleşmenin hukuku, akdın ağırlık merkezi, mefruz irade vs.

Bu çeşit formüllerin uygulanması sonucunda daha pratik ve hukuka uygun çözümler elde edilebilir. Fakat böyle bir uygulama milletlerarası hukukta uygulanacak hukuku daha önceden bilme ve karar ahengi gibi iki ana ilkeyi ihlâl eder⁷³.

Milletlerarası Tahkime uygulanacak hukukun tespit edilmesinde hakemliğin bünyesine uygun çözüm şekline varmada hukuk düzenleri bir arayış içindedirler. Bu arayış içinde daha çok, irade muhtariyetine bağlanıldığı gözlenmektedir.

Diğer yandan, milletlerarası tahkimin, tabi olacağı bağlama kurallarını millî olmayan duruma getirebilmek için milletlerarası sözleşmeler yapılmaktadır. Bu milletlerarası sözleşmeler de tahkime uygulanacak hukuk hususunda tarafların iradesine büyük önem verir. Nitekim 1958 tarihli New York ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinde bu konulara ilişkin şu hükümlere yer verilmiştir⁷⁴.

1) Taraflar tahkim sözleşmesinin muteberiyeti meselesini o sözleşmeye ilişkin bir hukuk düzenine tabi tutabilirler (B.M. New York Sözleşmesi m. V/1a ve Avrupa Sözleşmesi m. VI/2a).

2) Taraflar hakemliğin tabi olacağı usul için bir devletin usul hukukunu tespit edebilirler (Cenevre Protokolü, m. 2/1; B.M. Sözleşmesi m. V/1-d; Avrupa Sözleşmesi m. IV/1 İİİ).

3) Taraflar ihtilafın konusuna ilişkin tatbik edilecek hukuku tayin edebilirler (Avrupa Sözleşmesi m. VII/1).

⁷³ NOMER, E.: Tahkim Haftası, sh. 527-528.

⁷⁴ NOMER, E.: Tahkim Haftası, sh. 529.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, Yavuz** : Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- Alman, Fransız, İngiliz ve İtalyan Tahkim Mevzuatı** : (Çev: **KALPSÜZ**, Turgut/**GÜRDOĞAN**, Burhan/**KARADENİZ**, Özcan/**TÜRK**, H. Sami): Yabancı Ülkelerde Tahkim, Ankara 1969.
- ALTUĞ, Yılmaz** : Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi, 2. baskı, s. 163.
- L'Arbitrage** : Recueil de Travaux Suisse sur l'Arbitrage International, Zürich 1984.
- Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü** : Hakemlik ve Örgütlenilmesi, Ankara 1971.
- BATIFFOL, Henri/ FRANCESAKIS, Ph.** : l'Arbitrage Commercial International cilt II, Paris 1965.
- BERNSTEIN, Ronald** : Handbook of Arbitration Practice, London 1987.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz** : Arbitration and State Enterprises, 1984.
- Chambre de Commerce et d'Industrie de Genève** : Directives d'arbitrage Schiedsdirektiven Arbitration Directives, Geneve.
- Chambre de Commerce International (CCI)- Comité Maritime International (CMI)** : Comité international d'arbitrage maritime, Paris 1979.
- Chamber de Commerce International (CCI) :**
- : Règlement de la Cour d'arbitrage de la CCI, Paris 1975.
 - : Le droit de l'arbitrage en Europe, Paris 1981.
 - : Commercial agency, Paris 1983.
 - : Guide to Arbitration, Paris 1983.
 - : Crédit documentaires, Paris 1984.
 - : 60 years of ICC Arbitration, Paris 1984.
 - : Force Majeure et imprévision, Paris 1985.
 - : L'arbitrage multi-partite, Paris 1985.
 - : Environmental Guide lines for world Industry, Paris 1986.
 - : La gestion des risques de change, Paris 1986.
 - : International Code of Sales Promotion, Paris 1987.
 - : International Code of Advertising Practice, Paris 1987.
 - : Code International de pratiques loyales en matière de publicité, Paris 1987.
 - : Code International de pratiques loyales en matière de promotion des ventes, Paris 1987.
- ÇELİKEL, Aysel/ NOMER, Ergin** : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1982.
- DAYINLARLI, Kemal** : Yabancı Hakem Kararlarınının 2675 Sayılı Kanuna Göre Tenfizi, ayrı bası, Ankara 1984.

- DERAINS, Yves** : Droit et Pratique de l'Arbitrage International en France, Paris 1984.
- DORE, Isaak I.** : Arbitration and Conciliation Under the Uncitral Rules: A Textual Analysis, Boston 1986.
- DUTOIT, Bernard/
KNOEPPLER, François/
LALIVE, Pierre/
MERCIER, Pierre** : Répertoire de droit international privé suisse, cilt I, Berne 1982; cilt II, Berne 1983.
- EDGÜ, Ekrem/
ARVAS, Necmettin** : Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi, Emsal Kararları.
- GRECH, Gaston** : Nouveau Précis de l'Arbitrage Commercial, Paris 1977.
- International Council For
Commercial Arbitration** : International Handbook on Commercial Arbitration, 1984.
- JOLIDON, Pierre** : Commentaire du Concordat Suisse sur l'Arbitrage, Berne 1984.
- KALPSÜZ, Turgut** : Hakem Kararlarının Milliyeti, Haziran 1978, cilt IX, sayı 3 den ayrı bası, Ankara 1978.
: Türk Hakem Kararı Kavramı, ayrı bası Ankara 1984.
- KAPLAN, İbrahim** : Hamiline Yazılı Mevduat Sertifikası (İsimsiz hesap-Gizli hesap), BATIDER, Aralık 1982, cilt XI, sayı 4 ayrı bası.
- KASSIS, Antonie** : Problèmes de base de l'Arbitrage en droit comparé et en droit international, Paris 1987.
- KELLER, Max/
SCHLAPPER, Arnold** : Convergences et divergences entre le droit international privé et le droit matériel privé, Zürich 1982.
- KLEIN, F. Edouard** : Considérations sur l'Arbitrage en droit international privé, Bale 1955.
- KORAL, Rabi** : Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Hıfzı TİMUR'a Armağan'dan ayrı bası, İstanbul 1979.
: La Désignation de la Nature Juridique de l'Arbitrage et la Fondation pour les Recherches sur le Droit Economique Turc, İstanbul 1983.
: Milletlerarası Hakem Kararlarının Yeni Mevzuat Karşısında Tenfizi, Ex Contractu İfa Dâvası ve Yargıtay İçtihatları, ayrı bası, Ankara 1984.
: Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Çift Anlamı, ayrı bası, Ankara 1984.
: Hususî Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, 1988.
- KURU, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1968.
- Memoires Publiés par la
Faculté de droit de Genève** : Recueil de Travaux Publié à l'occasion de l'assemblée la société suisse des juristes à Genève du 3 au 5 Octobre 1969, Genève 1969.

- Milletlerarası Ticaret Odası
Türkiye Millî Komitesi** : Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi, Ankara 1964.
: Cenevre Sözleşmesi, Ankara 1964.
- MOREAU, Bertrand/
BERMARD, Thierry** : Droit interne et droit international de l'Arbitrage, Paris 1985.
- NOMER, Ergin** : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1986.
: Milletlerarası Hakemlik Sözleşmesinde İhtilâf. Tahkim Haftası.
- NOUEL, G. Loyrette** : Le droit Français de l'Arbitrage, Paris 1983.
- ÖZBAKAN, Işıl** : Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987.
- ROBERT, Jean** : L'arbitrage droit interne droit international privé, 5 édition, Dalloz 1983.
- SAKMAR, Ata** : Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982.
- Swiss-American
Chamber of Commerce** : Arbitration Rules, Switzerland.
- ŞANLI, Cemal** : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986.
- Tahkim Divanı Tüzüğü** : Paris 1988.
- II. Tahkim Haftası
(Ankara 25-26 Kasım 1983)** : Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1984.
- TEKİNALP, Gülören** : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1986.
- IV. Ticaret ve Banka
Hukuku Haftası** : Tahkim, Ankara 29 Kasım-4 Aralık 1965.
- Union Internationale
des Avocats** : Arbitrage International Commercial, Paris.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim** : Medenî Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1971.
- YEĞENGİL, Rasih** : Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974