

# MİLLETLERARASI TAHKİMDE UYUŞMAZLIĞIN ESASINA UYGULANACAK HUKUK

*Prof. Dr. Sibel ÖZEL\**

Tahkim yargılamasında usuli meseleler çözümlendikten sonra hakem heyetinin temel işlevi başlamaktadır. Hakem heyeti tahkim sözleşmesi çerçevesinde taraflardan aldığı yetki ile uyuşmazlığı bir karara bağlamak durumundadır. Bu bağlamda sorulması gereken bazı sorular bulunmaktadır:

- Hakemler hangi maddi kurallara göre uyuşmazlığı çözümleyeceklerdir?
- Uyuşmazlığın çözümünde yararlanılan kurallar ulusal hukuk kuralı mı olmalıdır, yoksa hukuki standartlar, genel prensipler çerçevesindeki hükümlerin uygulanması mümkün müdür?
- Hakemler hiçbir ulusal hukuk ya da genel prensiplere bağlı olmadan hakkaniyete göre bir karara varabilirler mi?<sup>1</sup>

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konusunda hemen hemen bütün ülkelerce kabul edilmiş genel prensip irade muhtariyeti ilkesidir. Buna göre taraflar uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler. Böylelikle taraflar istemedikleri ya da uygun görmedikleri bir hukuk sisteminin uygulanmasını baştan bertaraf etmiş olmaktadır.

Tarafların hukuk seçimi açık veya zımni olarak gerçekleşmektedir. Açık seçim tarafların yaptığı yazılı bir sözleşme veya hakemler önünde yaptığı sözlü bir anlaşmayla gerçekleşmektedir<sup>2</sup>. Pek çok durumda taraflar tahkimle

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> ÖZEL, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 121.

<sup>2</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, 2003 s. 415.

ilgili sözleşme hükmünü düzenlerken açıkça seçtikleri hukuku da yazmak suretiyle seçim hakkını kullanmaktadır<sup>3</sup>.

Buna karşılık zımni (örtülü) hukuk seçiminde taraflar açıkça bir hukuk seçimi yapmamışlardır, ancak sözleşme hükümleri ve tarafların davranışları açıkça onların belirli bir hukuk düzeninin uygulanmasını hedeflediklerini ortaya koymaktadır. Bu niyet belirlenirken sözleşme hükümleri ve dava şartlarının tümünün değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>4</sup>. Bu itibarla tarafların sadece tahkim yerini seçmiş olmaları onların tahkim yerinin maddi hükümlerini de seçtiği anlamına gelmemektedir. Zira tahkim yeri daha ziyade pratik sebeplerle ya da tahkim usulü açısından seçilmektedir. Sıklıkla bu yer tahkim kurumu tarafından seçilmektedir. Aynı şekilde tarafların uygulanacak tahkim prosedürü için yaptıkları seçim de, maddi hukuk seçimi olarak yorumlanmayacaktır<sup>5</sup>.

Sözleşme unsurlarının belli bir ülkeyi işaret etmesi bu noktada zımni seçimin varlığını gösterebilmektedir. Örneğin ICC Case no 6560'ta (1990) malların teslim yeri, alıcının milliyeti ve semenin ödeme yerine ağırlık verilmiş ve bu yerlerin tümü bir tek ülkeyi gösterdiğinde hakemler sözleşmeye uygulanacak hukukun bu üç yerin işaret ettiği Fransız hukuku olduğuna karar vermişlerdir<sup>6</sup>.

Tarafların uyuşmazlıklarına uygulanacak maddi hükümleri seçme konusundaki serbestileri belli soruları da beraberinde getirmektedir: Taraflar sadece bir ulusal hukuku mu seçebilirler, yoksa genel hukuk prensiplerini, ulusötesi kuralları ya da milletlerarası ticaret hukukunu (*lex mercatoria*) da seçmeleri irade muhtariyeti kapsamında yer alır mı?

İrade muhtariyeti ilkesinin kapsamı bu yetkiyi aldığı hukuk düzenine göre belirlenmektedir. Bu itibarla evrensel bir ilke olarak kabul edilen irade

<sup>3</sup> BLESSING, Marc: "Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law" in International Council for Commercial Arbitration Congress Series no: 7 Planning Efficient Arbitration Proceedings The Law Applicable in International Arbitration, ICCA Congress Vienna 1994, s. 395.

<sup>4</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 415; ROTH, Marienne: "The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in Practitioner's Handbook on International Arbitration ed. by Frank-Bernd Weigand 2002 s. 1254; ŞANLI, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 179.

<sup>5</sup> BLESSING, s. 396; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro: International Arbitration Law and Practice, 2001, s. 423.

<sup>6</sup> RUBINO-SAMMARTANO, s. 423.

muhtariyetinin her hukuk düzeninde aynı kapsamda ele alınmadığını görmekteyiz.

Örneğin milletlerarası düzenlemelerden biri olan ICSID Konvansiyonu m. 42'ye göre heyet anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Konvansiyon "hukuk kuralları" terimini kullandığı için taraflar sadece ulusal bir hukuku değil, milletlerarası hukuk kurallarını ya da *lex mercatoria* gibi ulusal olmayan hukuk kurallarını da seçebilirler<sup>7</sup>.

Aynı yaklaşım MTO Tahkim Kuralları m. 17(1), UNCITRAL Model Kanun m. 28(1)'de de takip edilmiştir.

Buna karşılık 1961 Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu m. VII'ye göre taraflar hakemlerin ihtilafın esasına tatbik edecekleri hukuku tayin etmekte serbesttirler. Burada hukuk kuralları yerine "hukuk" terimi kullanılmıştır ve bu itibarla ulusal bir hukuk sistemini işaret etmektedir<sup>8</sup>.

Dolayısıyla tahkimin tabi olduğu hukuk sistemi, taraflara hukuk seçimi imkânı getirmişse taraflar sadece ulusal bir hukuk sistemini seçme serbestisine sahip olacak; buna karşılık tarafların "hukuk kuralları" seçme imkânı kabul edilmişse, seçim hakkı ulusal hukuk yanında anasyonel kurallar, genel prensipler ve *lex mercatoria*'yı da kapsayacak genişlikte olacaktır<sup>9</sup>.

Model Kanun'u baz alan milletlerarası tahkim kanunları ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12(C) taraflara seçim imkânı verirken aynı terminoloji ile uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kuralları ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla hukuk yerine hukuk kuralları ifadesinin kullanılması ile taraflara tanınan serbesti sadece ulusal hukuk seçimi olmayacak, genel hukuk prensipleri, *lex mercatoria* seçimi de bu bağlamda geçerli olacaktır.

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmemişlerse hakemlerin uygulanacak hukuku belirlemeleri gerekmektedir. Bu durumda kanunlar ihtilafı meseleleri devreye girmekte ve hangi bağlama noktası aracılığıyla hangi hukuk ya da hukuk kuralının uygulanacağına karar verilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada iki yaklaşım kendisini göstermektedir:

<sup>7</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 789.

<sup>8</sup> ÖZEL, s. 125.

<sup>9</sup> ÖZEL, s. 125.

1. Kanunlar ihtilafı sistemi aracılığıyla dolaylı olarak maddi hukukun tespiti

2. Doğrudan maddi hukukun tespiti

Kanunlar ihtilafı sistemi aracılığıyla maddi hukukun tespitinde tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kuralları veya uyuşmazlıkla en yakın bağlantılı kanunlar ihtilafı kuralları ya da hakemlerin uygun bulduğu kanunlar ihtilafı kuralları veya kanunlar ihtilafının genel prensiplerinin uygulanmasıyla bir maddi kural tespit edilmektedir<sup>10</sup>.

Doğrudan maddi hukukun tespiti yönteminde ise kanunlar ihtilafı sistemine başvurmadan uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hükümlerin bulunması esastır. Bu yöntem günümüz modern milletlerarası tahkim kanunlarında ve tahkim düzenlemelerinde kabul görmüş bir yöntemdir.

Doğrudan maddi hukukun tespiti yöntemi (voie directe) de sınırsız şekilde doğrudan maddi kuralların tespiti veya sınırlı şekilde doğrudan maddi kuralların tespiti olarak ikiye ayrılabilir.

Sınırsız şekilde doğrudan maddi kuralların tespiti Fransız Usul K. m. 1496'da kanunlaştırılmış ve hakemlerin uygun gördüğü hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözümlenebileceği kabul edilmiştir. Burada hakemlerin uygun gördüğü kuralların ulusal bir hukuk kuralı olma zorunluluğu yoktur.

Hakemlerin uygun gördüğü maddi hükümleri uygulaması ilkesi oldukça geniş anlam taşımaktadır. Tespit edilen hukuk kuralları uyuşmazlıkla yakın bağlantıda olmasa bile hakemlerce seçilebilir. Ulusal hukukların yanında hukuki ya da hukuki olmayan kurallar (non-legal rules), standartlar uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere uygun görülebilir<sup>11</sup>.

Sınırlı şekilde doğrudan maddi kuralların tespitinde hakemler yine kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmadan doğrudan maddi hükümleri tayin etmektedirler. Ancak İsviçre düzenlemesinde olduğu gibi hakemler uygun bulduklarını değil, uyuşmazlıkla en yakın bağlantıda olan kuralları seçmek durumundadır. Dolayısıyla özde olmasa da ayrıntıda bir farklılık vardır

İsviçre DÖHK m. 187(1)'e göre hakem heyeti dava ile en yakın bağlantılı hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözümlenecektir. Burada hakemlere kanunlar ihtilafı kurallarına gitmeksizin maddi hükümleri uygulama yetkisi verilmişse de bu yetki objektif kritere göre belirlenmeli ve uyuşmazlık en ya-

---

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 132 vd.

<sup>11</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 435.

kın bağlantıda olduğu hukuk kurallarına tabi tutulmalıdır. Bu itibarla hakem heyetinin sübjektif kriter yardımıyla maddi hükümleri tespiti kanun tarafından yasaklanmıştır. Hakem heyeti kendince uygun bulunduğu kuralları değil, objektif açıdan ilişkiyle yakın bağlantısı olan kuralları uygulamak zorundadır<sup>12</sup>.

İsviçre hukukunda kabul edilen en yakın bağlantı kıstası Alman hukukunda da kabul edilmiştir, ancak burada sınırlama biraz daha fazladır. Alman Tahkim K. m. 1051(2)'ye göre hakem heyeti yargılama konusunun en sıkı bağlantıda bulunduğu ülke hukukunu uygulamak durumundadır. Buradaki en önemli sınırlama maddi hükmün bir ulusal hukuk olma zorunluluğudur<sup>13</sup>.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12( C) hükmü de Alman hukukunu esas almış ve hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar vereceğini belirtmiştir.

Türk hukuku en yakın bağlantı noktası kriterini öngörürken hakemlerin sübjektif değerlerine atıf yapmış ve onların en yakın bağlantıda gördükleri hukukun uygulanacağını kabul etmiştir. Bu itibarla en yakın bağlantı kriteri, uygun bulunan hukuk kriterine yaklaşmıştır. Ancak yine de hakemlerden en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardıkları ülke hukukunu bulmalarını istediği için doğrudan uygulama metoduna sınırlama getirmiş olmaktadır<sup>14</sup>.

Türk hukukunun kabul ettiği ikinci kısıtlama tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi en yakın bağlantının bir ülke hukuku ile kurulması zorunluluğudur. Dolayısıyla anasyonel kurallar, *lex mercatoria*, uluslararası prensipler ve standartlar hakemler tarafından uyuşmazlık konusu ilişkiyle yakın bağlantılı hukuk kuralı olarak tesis edilemezler. Bu kuralları seçim imkânı sadece taraflara verilmiştir. Taraflar seçim hakkını kullanmadığı takdirde hakemler en yakın bağlantılı bir ülkenin maddi hukuk kurallarını uygulayacaktır<sup>15</sup>.

Milletlerarası tahkim uygulamasında pek çok davada hakemler maddi bir hukuk kuralı uygulamadan uyuşmazlığı çözümleyebilmektedir. Böyle bir durumda hakemler sadece taraflar arasında yapılan sözleşme ve ispatlanmış va-

<sup>12</sup> La SPADA, Fabrizio: "The Law Governing the Merits of the Dispute and Awards ex Aequo et Bono" in *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer Law International 2004, s. 129.

<sup>13</sup> WAGNER, Gerhard: Country Reports "Germany" in *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, edited by Frank-Bern Weigand 2002, s. 794.

<sup>14</sup> ÖZEL, s. 794-795.

<sup>15</sup> ÖZEL, s. 142.

kıalara dayanmakta ve tarafların yapmış olduğu sözleşmeyi yorumlamaktadır<sup>16</sup>.

Bazı durumlarda ise sözleşme hükümleri uyuşmazlığın çözümü için yeterli açıklama getirmemektedir. Bu durumda hakemler sözleşme dışı yorum kaynaklarına da başvurabilirler. Bu kaynaklar daha ziyade genel âdetler veya ticari teamüller, taraflar arası uygulamalar olarak kendini gösterebilir<sup>17</sup>.

Günümüz modern milletlerarası tahkim düzenlemeleri uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ne olursa olsun hakem heyetinin taraflar arasında yapılan sözleşme hükümlerine göre uyuşmazlığı karara bağlamasını ve bunu yaparken ticari teamülleri de dikkate almasını şart koşmaktadır. UNCITRAL Model Kanun m. 28(4)'e göre her durumda hakem heyeti sözleşme hükümlerine göre karar verecek ve işleme uygulanacak ticari teamülleri dikkate alacaktır. Dolayısıyla uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ne olursa olsun, hatta hakemlerin dostane aracı rolü üstlendiği durumlarda bile hakem heyeti sözleşme hükümlerini ve uygulanabilecek ticari teamülleri dikkate alacaktır<sup>18</sup>.

Aynı yaklaşım kurumsal tahkim düzenlemesi olan MTO Tahkim Kuralları m. 17(2)'de de düzenlenmiştir. Hakem mahkemesi her halükarda esas sözleşme hükümlerini ve ilgili ticari teamülleri dikkate alacaktır. Maddede ticari teamüllere yapılan atıf milletlerarası ticari camiada kabul edilen ve hukuki bağlayıcılığı olmayan kurallar olarak algılanmaktadır<sup>19</sup>.

UNCITRAL Model Kanun ve MTO tahkim kurallarında esas alınan ve her halükarda sözleşme hükümlerinin ve ticari teamüllerin dikkate alınmasını öngören, milletlerarası tahkim uygulamasında da benimsenen bu yaklaşım ulusal tahkim mevzuatlarının bir kısmında yer almış, bir kısmında ise kabul edilmemiştir.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12(C) sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve âdetler ile ti-

<sup>16</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 468; ŞANLI, s. 362-363.

<sup>17</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 468.

<sup>18</sup> ROTH, s. 1258; PARRA-ARANGUREN, Gonzale: "Choice of Law Applicable to the Dispute in Recent Legislation on International Commercial Arbitration" in Private Law in the International Arena, From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification Liber Amicorum Kurt Siehr, 2000 TMC Asser Press, s. 566-567.

<sup>19</sup> BÜHLER/JARVIN: "The Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce" in Practitioner's Handbook on International Arbitration, edited by Frank-Bern Weigand 2002, s. 221.

cari teamüller de göz önüne alınır hükmünü getirmiştir. Bu hüküm UNCITRAL Model Kanun yaklaşımından iki noktada farklıdır:

- (1) sözleşme hükümleri ancak uygulanacak maddi hukuk çerçevesinde etkili olacaktır.
- (2) ticari örf ve âdetler ancak sözleşme hükümlerinin yorumunda ve ek-sik kalan noktaların tamamlanmasında dikkate alınacaktır.

Dolayısıyla milletlerarası camiada bilinen ticari örf ve âdetler ile ticari teamüller değil, yalnızca sözleşmeye uygulanacak hukuk sistemi içinde yer alan örf ve âdetler dikkate alınacaktır.

Tahkim yargılamasında hakemlerin hukuk kurallarıyla bağlı olmadan tamamen hakkaniyet ve nesafete göre ya da dostane aracı olarak karar vermeleri de imkân dahilindedir. Ancak hakemlerin hukuk kurallarıyla bağlı olmaksızın sadece adil ve makul olduğunu düşündüğü çözümlerle uyuşmazlığı karara bağlaması taraflarca özel olarak dostane aracı-amiable compositeur- olarak hareket etmesi veya hakkaniyete göre karar vermesi-ex aequo et bono-yetkisiyle donatılmış olmasına bağlıdır.

Bu yetkiyle hakemler sistematik şekilde oluşturulmuş bir hukuk sisteminin uygulaması ve hukuk kurallarına katı bağlılığın oluşturabileceği haksız sonuçlardan kaçınabilmekte ve hakkaniyet ve adalet gibi kavramlara başvurarak uyuşmazlığı karara bağlamaktadır. Bu durumda hakemler bir hukuk sistemine göre teknik olarak geçersiz olan bir sözleşmeyi taraf iradelerinin bu sözleşme icrasına yönelik olduğu gerekçesiyle ya da yasal eksikliklerin önemsiz olduğu varsayımında geçerli kabul edebilirler<sup>20</sup>.

Amiable compositeurs olarak yada ex aequo et bono yetkisiyle hareket eden hakemler belirli bir hukuk sisteminin sınırlamalarından bağımsız olarak hakkaniyete göre karar verirken taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini yine de dikkate almak zorundadırlar. Taraflar açıkça yetki vermedikçe hakemler sözleşme hükümlerini değiştiremez, yeniden yazamaz ya da hükümleri uygulamaktan kaçınamazlar<sup>21</sup>.

Hakemlerin bu özel konumu arabuluculuk ve uzlaştırma müesseselerindeki konumla benzerlikler taşısa da sonuç itibarıyla farklıdır. Burada hakemler hakkaniyete göre karar vermekte, ancak bu kararları taraflar üzerinde kesin ve bağlayıcı bir etki yapmaktadır. Bu şekilde verilen hakem kararlarının

<sup>20</sup> CHUCKWUMERIJE, s. 118.

<sup>21</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 471.

icra edilmesi, iptali ya da tenfizi hususunda hukuk kurallarına göre verilmiş hakem kararları arasında bir fark yoktur<sup>22</sup>.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12(C) (3) UNCITRAL Model Kanunu esas almış ve hakem veya hakem kurulu ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir hükmünü getirmiştir. Dolayısıyla hakem heyeti ex aequo et bono karar verebileceği gibi, amiable compositeurs olarak da hareket edebilir. Türk hukukunda her iki kavram arasında nitelik ve fonksiyon açısından fark görülmemektedir. Hakem heyetine serbesti sağlayan bu yetkilerin açıkça verilmesi gerekmektedir. Hakemler tarafların zımni iradelelerinin bu yönde olduğuna ilişkin bir karar veremezler<sup>23</sup>.

Amiable composition yetkisi daha ziyade uzun dönemli sözleşmelerde, örneğin teknoloji transferi, anahtar teslim sanayi tesisleri inşaatı, hammadde satım ya da üretimi veya ekonomik kalkınma sözleşmelerinde yer almaktadır. Uzun dönemli sözleşmelerin niteliği, pek çok ulusal hukukta bu çeşit kompleks sözleşmeler için gelişmiş kurallar ya da mahkeme veya tahkim kararı örnekleri olmaması, ekonomik menfaatler, hakkaniyete dayalı bir çözümün önemini daha da artırmaktadır. Bu nedenle amiable composition bu çeşit bir çözümü sağlayan bir metot olarak işlev görmektedir<sup>24</sup>. Diğer yandan hukukçu yerine teknik uzmanların hakem olarak atandığı uyuşmazlıklarda da amiable compositeur yetkisi daha fazla kullanılmaktadır<sup>25</sup>.

Buna karşılık bir tarafı devlet ya da devlet kuruluşu olan sözleşmelerde hükümetler ulusal hukuku devreden çıkararak bu metoda sıcak bakmamakta, kendi maddi hukuklarının sözleşmeye uygulanmasını istemektedirler. Bu nedenle uygulamada karma bir yöntemle hakemlerin hem ulusal hukuka göre hem de dostane aracı olarak uyuşmazlığı karara bağlama yöntemi gelişmiştir<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> CHUCKWUMERİJE, Okezie: Choice of Law in International Commercial Arbitration, 1994, s. 118.

<sup>23</sup> AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 172-173.

<sup>24</sup> CRAIG/PARK/PAULSSON: International Chamber of Commerce Arbitration, Oceana Publications Inc. 2000, s. 351.

<sup>25</sup> CHUCKWUMERİJE, s. 119.

<sup>26</sup> CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 351.