



ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE UYUŞMAZLIĞIN ESASINA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİNDE İRÂDE SERBESTİSİ SINIRLARI*

Özdemir KÖSEOĞLU**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0298-1730>

DOI: 10.30915/abd.859148

Makalenin Geldiği Tarih: 07.11.2016 **Kabul Tarihi:** 02.07.2018

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Uluslararası Deniz Ticareti, Ticaret Dept Yöneticisi, Uluslararası Ticaret Hukuku ve Avrupa Birliği Yüksek Lisans (İstanbul Ticaret Üniversitesi), Uluslararası Ticaret Doktora Öğrencisi (İstanbul Ticaret Üniversitesi).

ÖZ

Uluslararası Ticari Tahkim, otoriteden bağımsız fakat ticaretin uluslararası çağdaş uygulamaları ile birlikte ortaya çıkan özel ticari yargılama olarak bilinmesine rağmen Uluslararası Ticari Tahkim ile ilgili Konvansiyonların görüşülme ve sonuçlandırılması sürecinde devletlerin otoritesinin siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik etkisine maruz kalmış birçok farklı ulusal hukuk sistemleri ile birlikte çalışma ihtiyacı olmuştur.

Sonuçta Uluslararası Ticari Tahkim yargısında uluslararası karakterli ticari nitelikli uyuşmazlığın çözümünde esasa uygulanacak maddi hukuk olarak; “Hukuk”, “Hukuk Kuralları”, “sözleşme hükümleri, taraf davranışları, sözleşmeye uygulanabilir örf ve adet” ve “hakkaniyet ve nesafet veya dostane aracı” tanımlanmış ve maddi hukuk olarak Uluslararası Ticari Tahkim ile ilgili Konvansiyonların ve kurumsal tahkim kuruluşları tahkim kurallarının esasa uygulanacak hukuk klozlarında (şart, hüküm) kullanılmıştır. Bununla birlikte uyuşmazlığın çözümüne uygulanmasının uygun olduğuna karar verilen esasa uygulanabilir maddi hukukun seçimi esnasında, taraflar ve hakemler, tarafların aralarında esasa uygulanacak maddi hukuk hakkında kararın yokluğunda veya karar vermekte başarısız oldukları durumda doktrinlerde belirtilen esasa uygulanacak maddi hukuk tespitinde irade serbestisine sahip olmalarına rağmen, Konvansiyonlarda ve Tahkim Kurallarındaki klozlarda belirtilmiş sınırlamalar ile karşılaşmaktadır.

Uluslararası Ticaret Hukuku yaşayan bir hukuk dalı olarak tanımlanır. Bu nedenle Uluslararası Ticari Tahkim’de uluslararası ticari uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak maddi hukuk öngörülebilirlik sağlamalıdır. Dolayısıyla birden çok ulusal hukuk sistemi ile bağlantı içerisinde olan uluslararası ticari uyuşmazlığın belirli bir hukuk sistemi kapsamında çözüme ulaşması nedeniyle uluslararası ticaretin sürekliliği ve gelişiminde sınırlamalara sebebiyet vermemesine çalışılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ticari Tahkim, Esasa Uygulanacak Maddi Hukuk, İrade Serbestisi, Hukuk, Hukuk Kuralları, Sözleşme Hükümleri, Taraf Davranışları, Sözleşmeye Uygulanabilir Örf ve Adet, Hakkaniyet ve Nesafet, Dostane Aracı.

THE LIMITS OF FREEDOM TO DETERMINE
APPLICABLE SUBSTANTIVE LAW AT
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

ABSTRACT

Although, International Commercial Arbitration is known as private commercial judgement emerged independently from authority's power but not far from international contemporary practice of the commerce, during negotiation and finalization of the Conventions related with International Commercial Arbitration needed to work with several different law and legal system of States which influenced by states authorities' own political, social, cultural and economic structure.

Finally, the applicable law to substance of the international commercial dispute at International Commercial Arbitration judgement was defined as "law", "rules of law", "the terms of the contract, parties' behaviour, the usages of the trade applicable to the transaction" and "*ex aequo et bono or amiable compositeur*" and these are applied in applicable law clauses of Conventions related with International Commercial Arbitration and Arbitration Rules of Institutional Arbitration Organizations. However, during the choosing of applicable substantive law to the merit of dispute which it determines to be appropriate, the parties and arbitrators, in the absence of parties' agreement on decision of applicable law to substance or failing any designation by the parties are encountering with restrictions which described at clauses in Conventions and Arbitration Rules in spite of they have own freedom to determine such law as mentioning on ordinary doctrine.

International Commercial Law is usually referred to as a living law discipline in dynamic field. Therefore the determination of predictability has to be provided upon applicable law to substance of the dispute at International Commercial Arbitration. The remedy of the international commercial dispute is connecting with several different law and legal system of States so in order to struggle to reach a remedy that is acceptable by parties under the coverage of the precise law or legal system must not create any obstruction for sustainability and development of the international commerce.

Keywords: International Commercial Arbitration, Applicable Law to Substance, Freedom, Law, Rules of Law, The Terms of Contract, Parties'

Behaviour, The Usages of Trade Applicable to The Transaction, Ex Aequo et Bono, Amiable Compositeur.

GİRİŞ

Uluslararası ticaret uygulayıcısı taraflar (taraflar) arasında uluslararası karakterli ticari nitelikli uyuşmazlığın (uyuşmazlık) doğması neticesinde, tarafların başvurdukları, yalnızca konu uyuşmazlığın çözümü için oluşturulan Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi (tahkim mahkemesi) tarafından yargılamanın yürütülmesi ile alınacak kararın, en doğru, adaletli ve tarafların beklentilerini karşılayan sonuç doğurması arzulanmaktadır.

Taraflar, tahkim mahkemesi teşkili amacıyla, irade serbestileri ile yalnızca konu uyuşmazlığın çözümü hakkında karar alacak olan konusunda uzman kişileri (hakemleri) seçebilme olanakları mevcut iken, uyuşmazlığın doğduğu uluslararası karakterli ticari sözleşmenin (sözleşme) müzakeresi aşamasında tahmin edilebilecek her muhtemel uyuşmazlık için doğruluğu her zaman şüpheli olarak kalacak uygun olduğunu düşündükleri maddi hukuk veya tahmin edilmesi muhtemel olmayan uyuşmazlıklar için rastgele bir maddi hukuk seçimini yapmaları ticaretin niteliğine uygun düşmeyecektir. Bu nedendir ki taraflar irade serbestliğinden doğan haklarını yetkilendirdikleri hakemlerin kullanımına sunmaktadırlar.

Fakat tarafların irade serbestilerine ulusal ve uluslararası birçok kuralın, prensiplerin uygulaması ile sınırlama getirilmesinin yanı sıra *ad hoc* yürütülebilen BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)^[1] tahkim kuralları, birçok kurumsal tahkim kuruluşu ve ulusal hukuk sistemlerinde hüküm bulan tahkim kurallarında esasa uygulanacak hukukun taraflarca seçimini veya seçimin mevcudiyetinin yokluğunda hakemlerce tespitini açıklayan kurallarında tarafların ve hakemlerin irade serbestilerinin sınırlandırılması, uyuşmazlığın doğmasına müteakip çözümünde uygulanacak en uygun maddi hukukun tarafların mutabakatı olduğu takdirde taraflarca seçimini, mutabakatı olmadığı takdirde hakemler tarafından tespitini önlemektedir. Ayrıca tahkim kurallarında maddi hukukun seçiminde taraflar ve hakemlere tanınan irade serbestisinde eşitliğin mevcudiyeti incelendiğinde tarafların seçim yapmadıkları her durumda hakemlere daha katı ve sınırlandırılmış maddi hukuk tespiti kurallarının getirildiği gözlenmektedir.

[1] UNCITRAL, UN Commission on International Trade Law; Bilgi için bkz., <http://www.uncitral.org> [10.06.2015].

Taraflar, uyuşmazlığın çözümünün bir devletin yetki sınırları içinde uygulanmakta olan devlet otoritesinin müdahaleci kuralları olarak kabul edilen siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik düşünce etkisine maruz kalmış ulusal hukuk sisteminin kısıtlamaları çerçevesinde yürütülerek sonuçlandırılmaya çalışılmasının ticaretin mahiyetine uygun düşmeyeceğini benimsemektedirler. Bu nedenle, taraflar öncelikle hem tahkim yargılaması sonucunda elde edilecek kararın tenfiz yeri devletinde icra kabiliyetini göz ardı ederek, hem de tahkim yeri ulusal hukuk sistemine göre iptal edilme durumunda doktrinler çerçevesinde tahkim kararlarının tenfiz yeri ulusal hukuku sisteminde tanınma ve icra kabiliyetine ulaşma olasılığını dikkate alarak, maddi hukuk seçimi ve tespiti için en geniş irade serbestisi tanıyan tahkim kurallarının uygulanmasını ve bu kurallar ile yürütülen tahkim yargılaması sonucunda elde edilecek kararın, borçluluğu veya haksızlığı tespit edilen tarafın rıza ile yerine getirmediği takdirde tanınma kabiliyetine sahip olabileceği 1958 tarihli BM Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konvansiyonu'na (New York Konvansiyonu)^[2] taraf tahkim yeri devletinde yürütülmesini tercih etmektedir.

Uluslararası Ticari Tahkimde konu uyuşmazlığın çözümünde esasa uygulanacak maddi hukuk seçiminin tarafların ve hakemlerin irade serbestilerine sınırlama getirmeyen tahkim kuralları ile New York Konvansiyonu'na taraf ulusal hukuk sistemine sahip uygar bir devlet sınırları içinde belirlenecek tahkim yerinde yürütülecek tahkim yargılaması sonucunda elde edilecek karar tarafların beklentilerini karşılayacaktır. Bu şartlarda alınacak kararın New York Konvansiyonu'na taraf tahkim ve tenfiz yeri devlet otoritesi altında gelişme göstermiş ulusal hukuk sistemine bağlı ulusal mahkemede esasa girme yasağı^[3] bulunmasına rağmen borçluluğu veya haksızlığı tespit edilen tarafın esasa uygulanan hukukun tespiti veya hatalı uygulandığına dair muhtemel itirazı karşısında icra kabiliyeti yüksek karar olma özelliğini muhafaza edeceği muhtemeldir. Bu gibi özellikleri nedeniyle tahkim yargılamasından beklenen ihtiyaçlara cevap verebilecek ve uyuşmazlığın en kısa süre içinde tasfiyesi şartlarının karşılanabileceği bir sonuca ulaşma, hak veya

[2] New York Konvansiyonu (RG 21.05.1991-20877); Orijinal metin için bkz., The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards; <https://treaties.un.org> [10.06.2015]; http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html [10.06.2015].

[3] (Şanlı, 2013/a: 587); (Şanlı, 2013/b: 181); Bilgi için bkz., New York Konvansiyonu m.III, m.V(1); Orijinal metin için bkz., Dip Not 2.

alacaklılığı tespit edilen taraf için ticaretten beklenen menfaatlerden mahrum kalmamasını sağlayacaktır. Aksi takdirde uyumsuzluğun niteliğine göre uygulanacak maddi hukukun tahkim kuralları ve ulusal hukuk sistemlerinin sunduğu sınırlamalar dahilinde seçimi veya tespiti sonucunda elde edilecek kararın doğruluğu her zaman şüphe yaratacak ve tarafların beklentilerini karşılamayacaktır.

Dolayısıyla taraflar ve hakemlerin esasa uygulanacak maddi hukuk seçimini yaparken irade serbestilerine getirilen sınırlamaların incelenebilmesi amacıyla Uluslararası Ticari Tahkim'in gelişimi, ilgili konvansiyonlar ve ICC Tahkim Kuralları kapsamında maddi hukuk bilgisine sahip olabilmek gereklidir.

1. Uluslararası Ticari Tahkim Yargısının Gelişimi

Başlangıçta otoriteden bağımsız olarak ortaya çıkan özel ticari yargılama uygulaması, uygulama olanağı arttıkça ve yaygınlaştıkça benimsenmiş, ticaretin uluslararası uygulamaları ile birlikte farklı ulusal hukuk sistemleri ile birlikte çalışma ihtiyacı doğması nedeniyle gelişim göstermiş ve Uluslararası Ticari Tahkim Mahkeme yargısı bir olgu olarak ortaya çıkmıştır.

Uluslararası Ticaret Mahkemesinin bulunmayışı nedeniyle uluslararası karakterli ticaret (ticaret) ilişkilerinin sürekliliği ve geliştirilmesini sağlamak amacıyla tahkim kararlarının tanınma ve tenfizi, yargılama kurallarına ait New York Konvansiyonu (New York, 10.06.1958), Avrupa Konvansiyonu (Geneva, 21.04.1961), Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi hakkındaki ICSID Konvansiyonu (Washington, 18.03.1965), *ad hoc* tahkim kurallarını tanımlayan UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Hukuku (Viyana, 04.12.2006) ve Tahkim Kuralları (Viyana, 16.12.2013), uluslararası ticari örf ve adet ile ticari teamüllerden yararlanarak hazırlanan Uluslararası Mal Satım Sözleşmeleri Konvansiyonu, CISG^[4] (Viyana, 11.04.1980) oluşturularak taraf ve taraf olmayan devletlerin konvansiyonlar rehberliğinde ulusal hukuk rejimlerini düzenlemelerine olanak sağlanarak, devletlerarasındaki standardizasyonu ve uluslararası ticaretin hukuki rejimi tesis edilmeye çalışılmıştır. Aynı zamanda supranasyonel hukuk sistemi yapısında oluşturulmuş ICSID Tahkim Merkezi

[4] CISG, Contracts for The International Sale of Goods (Vienna, 11.04.1980); http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html [10.06.2015]

ve ICC Tahkim Divanı tarafından yürütülen uyuşmazlıkların çözümünde Uluslararası Hukuk Kuralları'nın uygulanması ile desteklenmiş kararlar devletlerin ve uluslararası ticaret camiasının kullanımına sunulmuş içtihat oluşturulmaya çalışılmaktadır.

2. Uluslararası Ticari Tahkim Yargısında Maddi Hukuk Olarak “Hukuk” ve “Hukuk Kuralları”nı Seçme İmkânı

Uluslararası ticaret uygulayıcısı taraflar her ne kadar irade serbestisine sahip olsalar da en çok kullanılan *ad hoc* tahkim kuralı UNCITRAL Tahkim Kuralları (1976, 2010, revize 2013) olmak üzere, UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Hukuku (UNCITRAL Model Hukuk 1985, revize 2006), ICSID Tahkim Kuralları (1966, revize 2006), 1961 tarihli Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Konvansiyonu (Avrupa Konvansiyonu), 2017 tarihli Milletlerarası Ticaret Odası (ICC, International Chamber of Commerce) Tahkim Kuralları incelendiğinde, tarafların esasa uygulanacak hukuk seçimini açık olarak yapmaları durumunda hakem heyetinin uyuşmazlığı “Hukuk Kuralları” kapsamında karara bağlamasına müsaade edilmiştir. Buna karşın ICC Tahkim Kuralları yargısı dışında, tarafların açık hukuk seçimde bulunmadıkları durumlarda yetkilerini ve irade serbesti gücünü taraflardan almış olan hakem heyetine, esasa uygulanacak hukukun tespitinde sınırlama getirilerek bağlama noktası ve kanunlar ihtilafı kuralları kullanarak uyuşmazlığın esasına uygulayabilecekleri “Hukuk” tespiti prosedürü oluşturulmuştur. Bu prosedür, “Hukuk” ve “Hukuk Kuralları” ifadesine yüklenen anlam 2006 tarihli UNCITRAL Model Hukuk sekreteryaya açıklayıcı not kısmında tanımlanmıştır.^[5]

ICC Tahkim Kuralları ise taraflara tanımış olduğu seçim hakkını hakem heyetine de tanımış ve “Hukuk Kuralları” uygulama olanağı sağlamıştır. Bu da göstermektedir ki uluslararası ticaret camiasının ihtiyaçlarını ve taleplerini yine ticaret camiası tarafından oluşturulmuş kuruluşun tahkim merkezi karşılamaktadır. Bu olanağın BM Konvansiyonları ile karşılanamamasının sebebi, Birleşmiş Milletler tarafından konvansiyonlar ile yürürlüğe giren ticari ve tahkim kurallarının konvansiyona taraf devletlerin ortak menfaatlerde

[5] Orijinal metin için bkz., Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, Explanatory Note 39, Article.28; http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html [10.06.2015].

anlaşmış oldukları ve minimum standartların sağlanmaya çalışıldığı kurallar olmalıdır.

Tahkim mahkemesi yargısında maddi hukuk olarak “Hukuk” veya “Hukuk Kuralları” seçimi müsaadesi, makalede incelenen ilgili konvansiyonlar ve tahkim kurallarında esasa uygulanacak maddi hukuk klozlarında tarafların ve hakemlerin irade serbestilerine sınırlama getiren amir hüküm olmaktadır.

2.1. Tarafların Esasa Uygulanacak Hukuk Seçimi Yapmaları Durumunda Hakemlerin Esasa Uygulayacakları Maddi Hukuk

Avrupa Konvansiyonu'nun (1961) VII/1 maddesinde^[6] taraflara hakemler tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak “Hukuk”u belirleme müsaadesi vermiş olmasına rağmen, UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) m.35/1^[7], ICSID Tahkim Kuralları (2006) m.42/1^[8], UNCITRAL Model Hukuku (2006) m.28/1^[9] ve ICC Tahkim Kuralları (2017) m.21/1'de^[10] taraflara hakemler tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere “Hukuk Kuralları”nı belirleme müsaadesi verilerek daha iyi şartlar sağlanmıştır.

-
- [6] Orijinal metin için bkz., The European Convention on International Commercial Arbitration (1961), Applicable Law, Article.VII(1); <http://conventions.coe.int> [10.06.2015]; <https://treaties.un.org> [10.06.2015].
- [7] Orijinal metin için bkz., UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013) Applicable law, amiable compositeur, Article.35(1); http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html [10.06.2015]
- [8] Orijinal metin için bkz., ICSID Convention (2006) Powers and Functions of the Tribunal, Article.42(1); <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb> [10.06.2015]; <https://icsid.worldbank.org/en/pages/icsiddocs/icsid-convention.aspx> [30.09.2018]
- [9] Orijinal metin için bkz., UNCITRAL Model Law (1985) with amendments as adopted in 2006, Rules applicable to substance of dispute, Article.28(1); http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html [10.06.2015].
- [10] Orijinal metin için bkz., ICC Arbitration Rules (2017) Applicable Rules of Law, Article.21(1); <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> [30.09.2018]

2.2. Tarafların Esasa Uygulanacak Hukuk Seçimi Yapmamaları Durumunda Hakemlerin Esasa Uygulayacakları Maddi Hukuk

Avrupa Konvansiyonu (1961) m.VII/1^[11], UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) m.35/1^[12], ICSID Tahkim Kuralları (2006) m.42/1^[13] ve UNCITRAL Model Hukuku (2006) m.28/2'de^[14] tarafların esasa uygulanacak hukuku belirlemedikleri durumunda, hakemlere uygulanabilir kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla “Hukuk” belirleme müsaadesi vermiştir. ICC Tahkim Kuralları (2017) m.21/1'de^[15] ise hakemlerin uygunluğuna karar verdikleri “Hukuk Kuralları”nın belirlenmesine müsaade ederek uluslararası ticaret camiasının ihtiyaç ve beklentilerine cevap vermektedir.

Ayrıca *sui genesis* olarak değerlendirilen ICSID tahkim yargılamasında kullanılan ICSID tahkim kuralları (2006) m.42/1'de hakemler tarafından esasa uygulanacak maddi hukukun uluslararası ticari sözleşmeye taraf devlet “Hukuk”u ve bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları olduğu belirtilmiştir. Ek olarak Uluslararası Hukuk Kuralları'nın uygulanması müsaadesi verilmiştir. Ayrıca m.42/2'de hukukun belirsizliği veya açık olmadığı durumlarda bir çözüm getirmeksizin karar alınabileceği belirtilmiştir. ICSID tahkim kuralları olabildiği kadar geniş kapsamlı ve ticaret camiasının ihtiyaç ve beklentilerini karşılıyor olmasına rağmen kullanımının yalnızca devletler ile diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını kapsamaması nedeniyle geniş kullanım alanı bulamamaktadır.

[11] Bilgi için bkz., Dip Not 6

[12] Bilgi için bkz., Dip Not 7

[13] Bilgi için bkz., Dip Not 8

[14] Orijinal metin için bkz., Dip Not 9; UNCITRAL Model Law (1985), with amendments as adopted in 2006, Rules Applicable to Substance of Dispute, Article.28(2).

[15] Bilgi için bkz., Dip Not 10; Karşıt bilgi için bkz., Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, ICC Tahkim Kuralları, Uygulanacak Maddi Hukuk, m.21(1) klozu orijinal İngilizce metin ile örtüşmemektedir.; Orijinal çeviri metin için bkz., <http://icc.tobb.org.tr/icc-tahkimkullari.php> [10.06.2015].

3. Uluslararası Ticari Tahkim Yargısında Maddi Hukuk Olarak “Hakkaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm” ve “Sözleşme Hükümleri ve Ticari Örf ve Adet” Seçme İmkânı

Tahkim mahkemesi yargısında maddi hukuk olarak “Hakkaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm”^[16] (*ex aequo et bono, amiable compositeur*) ve “Sözleşme Hükümleri ve Ticari Örf ve Adet” seçimi müsaadesi, makalede incelenen ilgili konvansiyonlar ve ICC Tahkim Kurallarında tanımlanan esasa uygulanacak maddi hukuk klozlarında tarafların ve hakemlerin irade serbestilerine sınırlama getiren amir hüküm olmaktadır.

3.1. Hakemlerin “Hakkaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm” Yöntemi ile Karar Verme İmkânı

Avrupa Konvansiyonu (1961) m.VII/2^[17], UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) m.35/2^[18], ICSID Tahkim Kuralları (2006) m.42/3^[19], UNCITRAL Model Hukuku (2006) m.28/3^[20] ve ICC Tahkim Kuralları (2017) m.21/3^{de}^[21] tarafların hakemleri açıkça yetkilendirmeleri durumunda uyuşmazlığın çözümünde “hakkaniyet ve nesafet ilkeleri, dostane çözüm” yöntemi uygulanabileceği belirtilmektedir. Avrupa Konvansiyonu (1961) m.VII/2’de tarafların hakemleri yetkili kılmasına ek olarak tahkime uygulanan hukuk müsaadesi kapsamında ele alınmıştır.

[16] “Hakkaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm” ifadesine yüklenen anlam 2006 tarihli UNCITRAL Model Hukuk sekreteryaya açıklayıcı not kısmında tanımlanmıştır.; Orijinal metin için bkz., Dip Not 5, Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, Explanatory Note 40, Article.28(3).

[17] Orijinal metin için bkz., Dip Not 6, European Convention (1961), Applicable Law, Article.VII(2).

[18] Orijinal metin için bkz., Dip Not 7, UNCITRAL Arbitration Rules (2013) Applicable Law, Amiable Compositeur, Article.35(2).

[19] Orijinal metin için bkz., Dip Not 8, ICSID Convention (2006) Powers and Functions of the Tribunal, Article.42(3).

[20] Orijinal metin için bkz., Dip Not 9, UNCITRAL Model Law (2006) Rules Applicable to Substance of Dispute, Article.28(3).

[21] Orijinal metin için bkz., Dip Not 10, ICC Arbitration Rules (2017) Applicable Rules of Law, Article.21(3).

3.2. Hakemlerin “Sözleşme Hükümleri ve Ticari Örf ve Adet” Kuralları ile Karar Verme İmkânı

Avrupa Konvansiyonu (1961) m.VII/1^[22], UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) m.35/3^[23], ICSID Tahkim Kuralları (2006) m.42/1^[24], UNCITRAL Model Hukuku (2006) m.28/4^[25] ve ICC Tahkim Kuralları (2017) m.21/2’de^[26] “sözleşme hükümleri, ticari örf ve adet” kuralları her durumda dikkate alınarak karar verileceğini belirtmektedir.

ICSID Tahkim Kuralları (2006) m.42/1’de açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen Uluslararası Hukuk Kuralları “ticari örf ve adet” kurallarını kapsamaktadır. Hakemlere uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere geniş kapsamlı müsaade verilerek daha iyi şartlar sağlanmıştır.

4. Uluslararası Ticari Tahkim Yargısında Maddi Hukuk Olarak “Hukuk” ve “Hukuk Kuralları”nın Uygulanması ve Hakem Kararlarına Etkisi

Taraflarca *ad hoc*, kurumsal tahkim kuruluşu veya ulusal hukuk sistemlerindeki tahkim kuralları üzerinde genellikle müzakere edilmeksizin yapılan bir mutabakat ile zımnen uluslararası genel standartlarına göre hazırlanmış tahkim kuralları kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu uygulama sonucunda taraflar her ne kadar irade serbestisine sahip olsalar da standart tahkim kuralları incelendiğinde, genel olarak hakemlerin uyuşmazlığı tarafların esasa uygulanacak hukuk seçimini açık ve net olarak yapmaları durumunda “Hukuk Kuralları”, yapmamaları durumunda ulusal “Hukuk” kapsamında karara bağlamasına müsaade edilerek sınırlama getirilmektedir.

Maddi hukuk seçimi, taraflarca net ve açık olarak veya tahkim yargılama sürecinin yürütülmesi için seçilen tahkim kurallarında bir “Hukuk” olarak

[22] Orijinal metin için bkz., Dip Not 6, European Convention (1961), Applicable Law, Article.VII(1).

[23] Orijinal metin için bkz., Dip Not 7, UNCITRAL Arbitration Rules (2013) Applicable Law, Amiable Compositeur, Article.35(3).

[24] Orijinal metin için bkz., Dip Not 8, ICSID Convention (2006) Powers and Functions of the Tribunal, Article.42(1).

[25] Orijinal metin için bkz., Dip Not 9, UNCITRAL Model Law (2006) Rules Applicable to Substance of Dispute, Article.28(4).

[26] Orijinal metin için bkz., Dip Not 10, ICC Arbitration Rules (2017) Applicable Rules of Law, Article.21(2).

belirlenmiş ise veya taraflarca maddi hukuk seçimi yapılmadığı durumda hakemler tarafından tespit edilen hukuk ve bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları esasa uygulanmak üzere “Hukuk” tespiti müsaadesi tanıyor ise hakem heyeti yalnızca “Ulusal Hukuk” tespiti yapmak zorunda kalmaktadır.^[27] Uluslararası genel kabul gören öğretilere göre tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere bir “Ulusal Hukuk” seçimi yaptığı durumlarda seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması anlamına gelmeyeceği, doğrudan seçilen hukukun maddi hukuk kurallarının dikkate alınması gerektiğidir.^[28] Hakem heyetinin hukuk tespiti yaptığı durumlarda ise tespit edilen “Ulusal Hukuk” sisteminin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak uyuşmazlığın çözümlenmesi için uygulanacak maddi hukuk tespiti yapılmalıdır.

Uluslararası Hukuk Kuralları (rules of international law)^[29] uygulama açısından iç içe geçmiş ve birbirini destekleyen kurallar bütünü olup devlet otoritesi altında gelişme gösteren ulusal hukuk sisteminin ana kaynağını teşkil etmesi nedeniyle uyuşmazlığın çözümünde uygulama alanı bulması durumunda ulusal hukuk karşısında uygulama önceliğine sahiptir.

Uyuşmazlığın çözümünde Uluslararası Hukuk Kurallarına, farklı bir ifade ile BM Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38(1) maddesinde^[30] ifade edilen (a) genel ve özel uluslararası antlaşmalar ile kabul edilmiş kurallara, (b) hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallara, (c) uygar devletlerce kabul edilen hukuk genel prensiplerine, (d) hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak

[27] (Özel, 2008: 125); Bilgi için bkz., Dip Not 5.

[28] Bilgi için bkz., Dip Not 9, UNCITRAL Model Law (1985) with amendments as adopted in 2006, Article.28(1); Farklı görüş için bkz., (Akıncı, 2013: IX, 169) “Taraflarca seçilen hukuk kurallarına, seçilen hukukun maddi hukuk kuralları yanında kanunlar ihtilafı kurallarının da dahil olup olmadığı hususunda tereddüt vardır.”

[29] Uluslararası Hukuk Kuralları ifadesinden anlaşılması gereken, ICSID Konvansiyonu raporlar kısmında BM Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m.38(1)’de tanımlanan kaynaklar olarak ifade edilmiştir.; Bilgi için bkz., Dip Not 30; Orijinal metin için bkz., ICSID Convention, Regulations and Rules (2006) Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Section 6, Paragraph 40; <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb> [10.06.2015]

[30] Orijinal metin için bkz., The Statute of the International Court of Justice, Chapter II: Competence of The Court, Article.38(1); <https://www.icj-cij.org/en/statute> [10.06.2015]

adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerine tabi kılınan karar, ulusal mahkemelerde yorumlanması gerektiğinde üstünlük arz edecek, güçlük veya itirazla karşılaşmayacak, esasa ilişkin müdahalenin önlenmesini sağlayacaktır.

Tarafların esasa uygulanacak hukuk seçimi yapmadığı durumlarda tahkim kuralları genel olarak hakem heyetinin maddi hukuku tespit ederken bağlama noktası ve kanunlar ihtilafı kuralları prosedürünü uygulamasını işaret etmesine rağmen, hakem heyetinin tarafların seçimini yapmış olduğu veya tarafların hukuk seçiminin mevcut olmadığı durumda tespitini yapacağı bir devlet otoritesindeki “Ulusal Hukuk”u uyuşmazlığın esasına uygulaması ile karar alması, tarafların hakem heyetine verdikleri irade serbestisi yetkisinden feragat etmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla hakem heyeti kararı, karara uygulanan “Ulusal Hukuk”un bağlı olduğu devletin siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik görüşünü yansıtan kamu düzeni^[31] ve müdahaleci (emredici) kurallarının^[32] etkisinin gözlemlendiği, sözleşme ve uyuşmazlığın uluslararası niteliği ile örtüşmeyen ve tenfiz kabiliyetine sahip bir karar elde edilmesi görüşünün ön plana çıktığı yorumlarına sahip olan tahkim mahkeme kararıdır.

Ulusal Mahkeme Hakimi’nin, “Hukuk Kuralları”nın maddi hukuk olarak uyuşmazlığın esasına uygulanması ile elde edilen hakem heyeti kararı üzerindeki etkisinin konvansiyonlarla uluslararası arenada edinim sağlanmış

[31] New York Konvansiyonu m.V(2)(b)’de kamu düzeni “Hakem kararının tanınması ve icrasının zikri geçen memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması.” ifadesi ile tanımlanmıştır.; (Born, 2009: 2620, 2622, 2833) “This public policy (or “orde public”) exception is modeled most directly on Article.V(2)(b) of the New York Convention, and has close parallels in other national arbitration regimes.”; “Public policy is consistent with applicable international law principles.”.

[32] (Şanlı, 2013/b: 47); (Özel, 2008: 164) “Müdahaleci kurallar devletin siyasi, sosyal ve ekonomik yapısını korumak amacıyla çıkarılmış kurallardır.”; (Ayoğlu, 2011: 119) Naklen; Hatice Özdemir Kocasalak, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s.196-197, “Hakemler, teknik açıdan tahkim yeri ülkesinin ya da kararın tenfiz edileceği devletlerin doğrudan uygulanan kural niteliğindeki düzenlemelerini uygulamak mecburiyeti altında değillerdir.”; Farklı görüş için bkz., (Born, 2009: 2184-2189) “Uluslararası Ticari Tahkim yargısında ticari uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukukun bir ulusal hukuk seçimi veya tespiti şeklinde sonuçlanması durumunda, Uluslararası Ticari Tahkim hakem heyeti tarafından ulusal hukuk sistemine ait kamu düzeni ve müdahaleci kuralları yargısal ilişkiye bağlı olarak dikkate alınmalıdır.”

minimum standartların üzerinde, ulusal hukuk sistemlerine getirilmiş sınırlamalardan uzak, Uluslararası Ticari Tahkim yargısı konusunda en yetkin yazarlarının öğretileri, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nda açıklanmış uygar devletlerce kabul edilen Uluslararası Hukuk Genel Prensipleri^[33] çerçevesinde, makul seviyede olması gereklidir.

5. Uluslararası Ticari Tahkim Yargısında Maddi Hukuk Olarak “Hak-kaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm” Yöntemi ve “Sözleşme Hükümleri, Ticari Örf ve Adet” Kurallarının Uygulanması ve Hakem Kararlarına Etkisi

Tahkim yargılamasında birçok uyuşmazlık borç veya alacakların tespiti amaçlı olmayıp yalnızca teknik içerikli konularda^[34] ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü maksatlı olması uyuşmazlık konusunda uzman hakemlerce sözleşme hükümleri^[35], taraf davranışları ve ticari örf ve adet ile ticari teamüllerin yorumlanması ile hakemler tarafından esasa uygulanacak hukuk olarak “Ulusal Hukuk” veya “Hukuk Kuralları” tespiti gereksinimime ihtiyaç doğurmaksızın sonuçlandırılabilir.

Uyuşmazlık, taraflar arasındaki ticari sözleşme ile ispatlanmış^[36] veya ticaret camiasının önceki deneyimlerine dayanan inkar edilemez konular içerebilmektedir.^[37] Taraflardan hak ve alacaklı olduğunu tasavvur eden veya borçluluğun tespitini talep eden taraf veya karşılıklı mutabakatları olan

[33] Orijinal metin için bkz., Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna, 23.05.1969. Entered into force on 27.01.1980); http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf [22.02.2015]; Orijinal çeviri metin için bkz., http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf [11.05.2013]

[34] (Gemalmaz, 2012: 61) ICSID kararlarında hakemler “Uyuşmazlıkları daha çok teknik boyutlarına çekerek meseleyi yatırımcıların çıkarları ve hakları açısından incelemiştir.”

[35] Ek bilgi için bkz., Ticari sözleşmeyi hazırlayan güçlü taraf iyi niyet ilkelerine göre mümkün olduğunca hükümlerin açık ve kendi menfaatleri açısından şüpheli bir durum yaratmayacak eşit şartlarda olmasına, ileride doğması muhtemel bir uyuşmazlık durumunda sözleşmenin düzenleyicisi olması nedeniyle aleyhte yorumlanması nedeniyle sorun yaratmamasına özen gösterir.

[36] (Şanlı, 2013/b: 46) Hiçbir hukuka dayanmayan (kendi kendini yöneten akitler) “self-regulatory agreements”

[37] Ek bilgi için bkz., Uluslararası ticaret camiasında herkesin uyması gerektiği kabul görmüş *lex mercatoria* (Uluslararası Ticaret Genel Prensipleri) kurallarının büyük çoğunluğu Ulusal ve Uluslararası Ticari Tahkim ve Ulusal Mahkeme kararları ile yasallaştırılmıştır.

taraf lar tahkim yargılamasına müracaat ederek yalnızca mevcut uyuşmazlığı hukuki zeminde hızlıca tasfiye etmeyi arzularlar. Bu gibi durumlarda, somut ve inkar edilemez içerikli konulara sahip uyuşmazlığın hızlıca çözümü için icra edilebilir kabiliyete sahip karar elde edebilme maksadıyla, tahkim mahkemesinin tarafların maddi hukuk olarak seçimini yaptıkları sözleşme hükümleri, taraf davranışları, ticari örf ve adet ile ticari teamüllerin uygulanması ve veya hakkaniyet ve nesafet ilkeleri, dostane çözüm yöntemi ile yargılamasının sonuçlandırılması tarafların beklentileridir.

Uluslararası Ticari Tahkim yargılamalarında özellikle teknik içerikli konularda ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde esasa uygulanacak hukuk seçimi gereksinimine ihtiyaç duyulmaksızın konu uyuşmazlık konusunda uzman hakem veya heyeti tarafından sözleşme hükümleri, taraf davranışları ve ticari örf ve adet ile ticari teamüllerin yorumlanması ile desteklenen çoğunlukla hakkaniyet ve nesafet ilkeleri, dostane çözümün maddi hukuk olarak uygulanması ile en kısa süre içinde uyuşmazlığın tasfiye edilmesine olanak sağlanarak tarafların ileride muhtemel yapacakları ticari ilişkilerine zarar vermeyi engelleyen, tarafların mutabakatları ile yargılama sonucunda elde edilecek kararın kesin ve bağlayıcı olduğu ve temyiz haklarından feragat ettikleri, rıza ile sonuçlandırılan kararlar elde edilmektedir.

Tarafların ticari itibarlarını riske etmeyi arzulamamalarının ifadesi, uyuşmazlığın en hızlı şekilde çözümlenmesi amacıyla tahkim yargılaması sonucunda elde edilecek kararın kesin ve bağlayıcı olduğu konusunda mutabakatları ve temyiz haklarından feragat etmeyi kabul ederek tahkim yargılaması talepleridir. Tarafların ileride muhtemel yapacakları ticari ilişkilerine zarar vermeği arzu etmemeleri, “Hakkaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm” yönteminin maddi hukuk kuralları olarak seçimi ile uyuşmazlığı çözmeye yönlendirmektedir.

Taraf iradelerinin “Hakkaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm” yöntemini uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak seçimi ile elde edilen kararlar, genelde kararın taraf rızası ile yerine getirilerek sonuçlandırılan uyuşmazlıklardır. Taraf rızası ile yerine getirilen kararlar, icrası maksadıyla New York Konvansiyonu’nun tanınma ve tenfiz prosedürünün yürütülmesine gereksinim duymayan kararlardır. Doğal olarak bu kararların ticaret ve sanayi odaları, birlikler, kurumsal tahkim kuruluşları tarafından ilgili ticaret camiasının bilgisine sunulmak üzere yayınlanma olanağı olmayan kararlar olması nedeni ile ulusal ve uluslararası sistem tarafından tanınan

ve bilinen bir maddi hukuk olma özelliğini yitirmesine sebep olmaktadır. Dolayısıyla, “Hakkaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm” yönteminin maddi hukuk olarak uygulanmasıyla elde edilen tahkim yargılaması kararları, ulusal hukuk sistemlerinde adli kararlara yansımamış ve içtihat oluşturması mümkün olmamıştır.

Hakemlerin, tarafların iradeleri ile açıkça uyuşmazlığı “Hakkaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm” yöntemi ile karara bağlamaları amacıyla yetkili kılınmış olmaları durumunda “Hakkaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm” maddi hukuk kuralları ile karar verebilme yetkisiyle donatılmış oldukları kabul edilir. Bu durumda hakemler uyuşmazlığı “Hukuk” veya “Hukuk Kuralları” ile sınırlanmaksızın yorum ve vicdanlarına bağlı kalarak adil ve makul olduğuna inandıkları bir karar ile çözümlerler. Hakemlerin pozitif bir hukuk sistemine *-lex fori-* tabi olmamaları nedeniyle genellikle amiable compositeur olarak karar verdikleri kabul edilmektedir.^[38] Hakemler genellikle hakkaniyet ve nesafet ilkeleri, dostane çözümün maddi hukuk olarak uygulanması ile sonuçlandırdıkları uyuşmazlıklarda sözleşme hükümleri, taraf davranışları ve ticari örf ve adet ile ticari teamüllerden yararlanarak kararlarını desteklemektedirler.

[38] (Born, 2009: 2238) Naklen; Rubino-Sammartano, Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) and Ex Bono et Aeque (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law), 9 (1) J. Int'l Arb. 5 (1992); Kerr, Equity Arbitration in England, 2 Am. Rev. Int'l Arb. 377 (1993), “Amiable Compositeur” ve “Ex Aeque et Bono” farklı ulusal hukuk sistemlerinde farklı anlamlar ifade etmektedir. Bazı yetkililer uyuşmazlığın çözümünü karara bağlarken amiable compositeur olarak yükümlülüklerini yerine getirir ve gerekli olması durumunda taraflara karşı eşitlik göz önünde bulundurularak düzenleme yapmaktadır.

SONUÇ

Tahkim yargılaması tercihinde bulunan taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi bazen ticari sözleşmenin müzakere ve hazırlama safhasındaki zaafı nedeniyle bilinçsiz olarak, bazen de ticari ve ekonomik ilişkilerini tahrip etmemek (farklı bir ifade ile güçlü, güçsüz veya galip, mağlup olmamasının sağlanabilmesi maksadıyla), ilişkilerini mümkün olduğunca sağlıklı bir şekilde devam ettirebilme kabiliyetine sahip olabilmek ve güven erozyonuna yol açmamak amacıyla, bunun yanı sıra sözleşme kapsamındaki ifadelere farklı dil ve kültür çevrelerine mensup olmalarından kaynaklanabilecek muhtemel yanlış anlamlar yüklenme olasılığından, ticari işlemin niteliğine göre sözleşmeye uygulanabilecek birçok seçimin ve sözleşmenin ifası sürecinde değişkenlik gösterebilecek şartların mevcudiyetinden ve her bir muhtemel uyuşmazlığın çözümü için tahkim yargılamasının yürütülmesini sağlayacak esasa uygulanacak hukuk seçimlerinin belirsizliğinden dolayı bilinçli olarak yapılmamaktadır.^[39]

Uluslararası karakterli ticari sözleşme ile ticari ilişki içine giren farklı siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik sistemlerden gelen uluslararası ticaret uygulayıcısı taraflar vatandaşlığı, ikametgah, mutad mesken veya işyeri merkezinin bulunduğu devlet ulusal hukuku da dâhil olmak üzere bir ulusal hukuk sistemlerinden çok uluslararası ticarete hakim Uluslararası Ticaret Genel Prensipleri'ne aşınadılar.^[40] Bu nedenledir ki Uluslararası Ticari Tahkim yargılaması tercihinde bulunan, Uluslararası Ticaret Genel Prensipleri'ne aşına tarafların maddi hukuk seçiminde irade serbestisine klozlarda genel olarak üstünlük tanınmış olması ile ifade edilmesi arzu-lanan anlamın, tarafların hakem heyeti tayini ile paylaşım içine girdikleri yetki devrine istinaden, hakem heyetinin irade serbestisinin ulusal hukuk sistemlerindeki sınırlamalardan bağımsız, tahkim yargılaması sonucunda elde edilecek karar ile tarafların ihtiyaçlarına cevap verecek sonuçlara ulaşılmasında

[39] (Şanlı, 2013/b: 42) “Sözleşmeden doğabilecek muhtemel uyuşmazlığın çözümünde kilit rol oynayacak olan maddi hukuk, bilinçli şekilde seçilmelidir”; (Şanlı, 1986: 212); (Şanlı, 2013/a: 264); Farklı görüş için bkz., Taraflarca yapılacak bir hukuk seçiminin sağlayacağı yarar, seçimin yapılmadığı durumlardaki belirsizliğe tercih edilebilir.; (Şanlı ve Ekşi, 2005: 31) “Tarafların ileride ortaya çıkabilecek sorunları sözleşme safhasında önleyebilmek için veya -ileride sorunlar çıktığında- kolay çözüme ulaşabilmek için, hukuk olarak belirli bir devlet hukukunu seçmeleri amaca uygun düşer.”.

[40] (Şanlı, 1986: 146; Naklen, Lew, Applicable Law in Int.Com.Arb., 116-117)

sınırlamalara maruz kalmamasıdır. Uluslararası ticaret uygulayıcısı tarafların irade serbestisi ulusal hukuk sistemlerindeki kamu düzeni ve müdahaleci kurallardan arındırılarak evrensel kamu düzeni ve müdahaleci kurallar ile sınırlandırılmalıdır.

Tarafların irade serbestileri evrensel ve uygar devletlerce kabul edilmiş Uluslararası Hukuk Kuralları vasıtasıyla desteklenmekte olmasına rağmen ulusal hukuk sistemlerindeki Uluslararası Ticaret Hukuku'nun ana kaynağını oluşturan UNCITRAL tarafından hazırlanarak taraf devletler tarafından onaylanan konvansiyonların, hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulayacakları hukukun ulusal hukuk sistemlerindeki müdahaleci kurallar ile tarafların açık ve net seçim yapmaları veya yapmamaları ile ilişkilendirmesi bugünün ihtiyaçlarının gerisinde kaldığı, tarafların hakemlere tanıdıkları yetkilerin sınırlandırılmasına yol açması ve hakemlerin irade serbestilerine ihlal özelliği taşımaktadır. ICSID tahkim yargılaması sonucunda elde edilen kararların çoğunluğunun ulusal hukuk sistemlerindeki sınırlamalara maruz kalmaksızın, Uluslararası Hukuk Kuralları'na göre verilmiş hakem kararları olduğu^[41] tespitinden yola çıkılarak, günümüzde Uluslararası Ticari Tahkim yargısı anlayışının gelişimine bağlı olarak konvansiyonlarda esasa uygulanacak hukuk hükümlerinde hakem heyeti tarafından tespiti yapılacak "Hukuk" teriminden anlaşılması gereken, tespiti yapılan "Ulusal Hukuk"un Uluslararası Hukuk Kuralları ile birlikte uygulanmasını ifade ettiği şekilde düzenlemeye ihtiyaç duyduğudur.

Uluslararası ticaretin sürekliliği amacıyla taraf iradesine dayalı, devletlerin ulusal hukuk sistemlerinin müdahalesinin Uluslararası Hukuk Kuralları ile sınırlandırıldığı ve uyuşmazlıkların "Hukuk Kuralları" çerçevesinde

[41] ICSID Tahkim Kuralları, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere hukuk kuralları seçimine olanak sağlamasına rağmen seçimim yokluğunda, ihtilafa taraf olan devlet hukukunu -ihtilaf konusu ilişkinin en çok ev sahibi devlet hukukunu ilgilendirdiği varsayımından hareketle- yetkili kılacaktır. Fakat ev sahibi devletin egemenlik yetkisine dayanarak uluslararası ticari sözleşmenin hukuki rejimini etkileyebilecek hukuki tasarruflarda bulunabileceği dikkate alınarak -bu uygulamanın yabancı bir devlette yatırım yapan gerçek veya tüzel kişiliğe sahip yatırımcı için oluşturacağı risk ve güvensizlik teşkil edebileceği- taraf ev sahibi devletin hukukunun uygulanması Uluslararası Hukuk Kuralları ile sınırlandırılarak ev sahibi devlet hukukundaki istikrarsızlıklara ve uluslararası hukuka aykırı gelişmelere karşı ticari uyuşmazlığın çözümünün uluslararası hukuk çerçevesinde taraflar arasındaki ticari sözleşmenin kurulması aşamasındaki şartların korunması amaçlanarak sonuçlandırılmaya çalışılmıştır.

“Sözleşme Hükümleri, Ticari Örf ve Adet Kuralları”nın uygulanması veya “Hakkaniyet ve Nesafet İlkeleri, Dostane Çözüm” yönteminin maddi hukuk olarak uygulanması ile yalnızca konu uyuşmazlık konusunda uzman hakemler tarafından karara bağlandığı Uluslararası Ticari Tahkim yargılaması adaletli sonuca ulaşmak için uygun çözüm yöntemlerinden biridir.

Sözleşme hükümleri, ticari örf ve adet kurallarının uygulanması ve veya hakkaniyet ve nesafet ilkeleri, dostane çözüm yönteminin maddi hukuk olarak uygulanması ile elde edilen Uluslararası Ticari Tahkim mahkeme kararları, genel olarak uluslararası ticaret uygulayıcısı tarafların aralarındaki ticari sözleşmenin hazırlanma ve ifası sürecini “Uluslararası Hukuk Genel Prensipleri” olarak da bilinen iyi niyet *-bona fides-* ve ahde vefa *-pacta sunt servanda-* ilkelerine bağlılıkla yürüttükleri dolayısıyla ticari sözleşme hükümlerinin taraf davranışları ve ticari örf ve adet ile ticari teamülleri kapsamında incelenmesi ile elde edilen hak ve adalete uygun kararlardır. Tarafların tahkim kararının kesin ve bağlayıcı olduğunu, temyiz haklarından feragat ettiklerini ve rıza ile sonuçlandırılan kararlar elde edileceğini beyan ettikleri, farklı bir ifade ile tahkim kararının icra kabiliyeti kazandırılma amacıyla tanınma ve tenfiz başvuruları ile ulusal mahkemelere itikal etmeksizin rıza ile yerine getirileceği beyanı ile elde edilen kararlar ulusal mahkeme ve ICSID kararları dışında yegane hukuki yasallığa ve doğrudan icra kabiliyetine sahip karar niteliğinde olup, ticaret camiasının ihtiyaçlarını ve beklentilerini karşıladığını göstermektedir.

Fakat bu görüşün geçerliliği için altındaki boşluğun uluslararası teamül kuralları ile oluşmuş olan Uluslararası Hukuk Kurallarında^[42] tanımlanmış çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretileri ve bu konudaki genel bir uygulamanın kanıtı olarak uygar devletler tarafından kabul edilen “Uluslararası Hukuk Genel Prensipleri”nin uygulanarak elde edilen adli kararlar ile doldurulması gereklidir.

Günümüzde uygulamada bulunan Bretton Woods kurumları olarak bilinen kuruluşların ilgili birimlerinin çalışmaları sonucunda hazırlanan Uluslararası Ticari Tahkime ait konvansiyonlar ve sahip oldukları hükümler zamanının siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik sistemlerinin etkisinde

[42] Bilgi için bkz., Dip Not 29, 30

gelişme göstermiştir.^[43] Bu nedenle günümüz siyasal, sosyal, kültürel ve neo-liberal ekonomik sistemin ihtiyaçlarına cevap veren ICC'nin UNCITRAL, Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için oluşturulan Uluslararası Enstitü UNIDROIT (The International Institute for the Unification of Private Law), Hague Conference on Private International Law gibi önemli devletlerarası organizasyonlar ile çalışan Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu önerileri doğrultusunda uluslararası ticaret camiasının ihtiyaçlarını olduğunca hızlı yansıtan revizyon görmüş ICC Tahkim Kuralları ile uyumlu düzenlemelere gidilmesi gereklidir.

Günümüz sofistike piyasa ekonomisi sisteminin etkisi sonucu siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik sebeplerle uluslararası ticaret tarafları arasındaki uluslararası karakterli ticari sözleşmeye istinaden mal, hizmet, sermaye ve bilginin bir devletin egemen olduğu ekonomik sınırları aşarak el değiştirmesi işlemi (her türlü ticari muamele) neticesinde doğması muhtemel veya doğan uyuşmazlığın çözümünde ekonomik verimsizliği bertaraf edebilmek amacıyla Uluslararası Ticari Tahkim yargısına başvurulması durumunda farklı devletlerde ikametgah, iş merkezi ve mutad meskeni olan ya da farklı devletlerin vatandaşlığına sahip olan gerçek, tüzel kişiler veya uluslararası ticarete iştirak etme zorunluluğu olan devletlerin ve yetki devrine istinaden hakem heyetinin esasa uygulanacak maddi hukuk seçimi ve tespitinde bir kompleks sınırlamalara maruz kalmaksızın uluslararası ticaretin sürekliliğine ve gelişimine duyulan ihtiyaçtan yola çıkarak çağdaş çözüm üretme gereksinimi karşılayacak eşit şartlarda erişimini sağlayacak irade serbestisine sahip olmaya gereksinim duymaktadır.

[43] Merkantilist ve fizyokrat bilhale Adam Smith tarafından ifade edilen serbest ticaret anlayışının 1929 yılında başlayan ve 1930'lu yıllar boyunca devam eden yerkürede ilk kez küresel olarak hissedilen Büyük Buhran olarak isimlendirilen krizin ardından Keynesyen müdahaleci devlet anlayışının önem kazanması sonucunda devletin ekonomideki rolü ve işlevleri artmıştır. 1944 yılında II.Dünya savaşı esnasında küresel ekonomik sistemin sürekliliğinin sağlanabilmesi amacıyla Bretton Woods Konferansı sonucunda Keynesyen iktisat teorisi kapsamında devletin etkin şekilde rol aldığı Uluslararası Para Fonu, Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası vb. mali ve ticari faaliyetleri ile ekonomik sistemde ihtiyaç duyulan kurumlar olarak oluşturulmuştur. 1970'li yılların sonlarından itibaren müdahaleci devlet anlayışından vazgeçen yaklaşım neticesinde neoliberal iktisat teorisi kapsamında devletin serbest piyasaya dolayısıyla ekonomiye etkisi sınırlandırılmış, minimum seviyelere düşürülmüştür.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Z., (2013), Milletlerarası Tahkim, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Ayoğlu, T., (2011), Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet–Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Born, G., (2009), International Commercial Arbitration, Netherland, Kluwer Law International.
- Özel, S., (2008), Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Şanlı, C., (2013/a), Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Şanlı, C., (2013/b), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Şanlı, C., (1986), Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Doktora Tezi, 1985), Ankara, Sevinç Matbaası.
- Şanlı, C., ve Ekşi, N., (2005), Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım.
- Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Konvansiyonu (Cenevre, 1961), (RG 23.09.1991–21000)
- Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (New York, 1958), (RG: 21.5.1991–20877)
- Gemalmaz, B., (2012), Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları, Yatırım Kavramı–Mülkiyet Kavramı Benzerliği ile Hak Sahipliğinin Karşılaştırılması, Esen, E., ve Akcan, A., (edt.), 2012 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi Uluslararası Tahkim Kongresi, (50-90), İstanbul
- CISG Convention, Contracts for The International Sale of Goods (Vienna, 1980); http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html [10.06.2015].

ICC Arbitration Rules (2017); <http://icc.tobb.org.tr/icc-tahkimkullari.php> [10.06.2015]; <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration> [30.09.2018];

ICSID Convention (2006); <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb> [10.06.2015].

ICSID Convention, Regulations and Rules (2006) Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb> [10.06.2015].

European Convention on International Commercial Arbitration (Geneva, 1961) <https://treaties.un.org> [10.06.2015] ; <http://conventions.coe.int> [10.06.2015].

The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html [10.06.2015].

The Statute of the International Court of Justice, <http://www.icj-cij.org/documents> [10.06.2015]

UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013) http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html [10.06.2015]

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) with amendments as adopted in 2006 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html [10.06.2015]

Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna, 1969) http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf [22.02.2015] <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf> [22.02.2015]

