



**T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE ULUSLAR
ÜSTÜ KAMU DÜZENİNDEN KAYNAKLANAN
DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN
UYGULANMASI**

Yüksek Lisans Tezi

**Olena DEMCHENKO
10044080**

İstanbul, 2018



**T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE ULUSLAR
ÜSTÜ KAMU DÜZENİNDEN KAYNAKLANAN
DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN
UYGULANMASI**

Yüksek Lisans Tezi

**Olena DEMCHENKO
10044080**

Danışman: Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ

İstanbul, 2018



YÜKSEK LİSANS TEZİ ONAY FORMU

Özel Hukuk

Yüksek Lisans programı öğrencisi..... Olena Demchenkonın
"Uluslararası Ticari Tahkimde Uluslar Üstü Kamu Düzeyinde
Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması" başlıklı tez çalışması,

Enstitümüz Yönetim Kurulu 25.05.2018 tarih ve 2018 / 475 / 12 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından
oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

	UNVANI, ADI SOYADI	İMZA
TEZ DANIŞMANI	Dr. Öğr. üyesi Ebru ŞENŞÖZ MALKOÇ	
JÜRİ ÜYESİ	Prof. Dr. Sükrü YILDIZ	
JÜRİ ÜYESİ	Dr. Öğr. üyesi Fatih SERBEST	

(*) Yüksek lisans tez savunma jürileri en az biri kurum dışından olmak üzere danışman dahil en az üç öğretim üyesinden oluşur. Jürinin üç kişiden oluşması durumunda eş danışman jüri üyesi olamaz. Eş tez danışmanının jüri üyesi olması durumunda asıl jüri beş üyeden oluşur.

ÖZET

Mevcut tez çalışması, dünya çapında tahkim kurumları, kanun koyucuları ve tahkim kararlarını uygulayan mahkemeler arasında kamu düzeni istisnası ve kamu düzeninden kaynağı olan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına yönelik temel pratik yaklaşımları incelemektedir. Bu tezde ulusal (seçilmiş ülkelerin mahkeme kararları ve tahkim kararları) ve uluslararası (Avrupa ve uluslar üstü mevzuatı, uluslararası tahkim kurumlarının kararları ve model yasaları) düzeyde modern görüş ve klasik içtihat örnekleri yansıtılmaktadır. Güncel araştırma, kamu politikasının ifadelerini (ambargo, ticaret kısıtlamaları, uluslararası yaptırımları), kamu politikasının kaynaklarının (ulusal, uluslararası, uluslar üstü niteliği taşıyan kaynaklarını ve Avrupa kamu düzeninin bu sistemdeki yerini) ayrıntılarını incelemektedir. Tahkim kurumlarının pratik yaklaşımları bu çalışmanın ana odak noktası olduğundan, uluslararası içtihatta olan örneklere dayanarak mevcut tezinin yazarı, belirli kamu düzeninin tahkim kararını ve daha fazla bu kararın icra edilebilmesini nasıl etkileyebileceğini (örneğin, tahkim yargılamasının reddedilmesi, tahkim kararının icrada bulunmaması, tahkim kararının uygulanmaması veya tahkim kararının iptali) açıklamaktadır. Bununla birlikte, mevcut tez, uygulanacak hukukun seçimi ve tahkim yerinin seçiminde tarafların ve hakemlerin kamu düzenini ve kamu düzeninden kaynağı olan doğrudan uygulanan kuralları dikkate almanın önemini vurgulamakta ve tarafların tahkim kararının uygulanması ve uyuşmazlığın tahkim edebilirliğini güvence altına almaları için olası bir çözüm sunmaktadır.

ABSTRACT

Present thesis paper examines main practical approaches to public policy exception and overriding mandatory rules of law application among arbitration institutions, legislators, and courts enforcing arbitral award worldwide. It reflects modern views and classical case-law examples on local (selected countries' court decisions and arbitration awards) and international level (European and transnational legislation, decisions and model laws of international arbitrational institutions). Current research examines in details expressions of public policy and overriding mandatory rules of law as a part of public policy: embargo, trade restrictions, sanctions; sources of public policy: of national international, supra-national character and place of European public policy in this system. As the practical approach of arbitration institution is the main focus of this paper, the author, basing on international examples in case-law, explains how certain public policy can influence on arbitration award and its further execution – refusal in the arbitration proceeding, award's enforcement or setting aside the award. Moreover, present thesis underlines the importance of taking into account public policy and overriding mandatory rules of law by parties and arbitrator in the stage of choice of law and venue of arbitration and offers a possible solution for parties to secure arbitrability and enforcement of the award.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖZET.....	iii
KISALTMALAR LİSTESİ	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1. TAHKİM YERİNİN SEÇİMİ. ESASA VE USULE UYGULANACAK HUKUKUN SEÇİMİ.....	5
1.1. Tahkim Yerinin Seçimi	6
1.2. Esasa ve Usule Uygulanacak Hukukun Seçimi	16
1.3. Tahkim Yerinin Seçiminde ve Usule Uygulanacak Hukukun Seçiminde Patolojik Tahkim Anlaşması	27
1.4. Esasa Uygulanacak Hukukta İstikrar Maddesi	35

İKİNCİ BÖLÜM

2. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN (OVERRIDING MANDATORY RULES OF LAW) TANIMI VE UYGULANMASININ ANA YÖNLERİ	42
2.1. Doğrudan Uygulanan Kuralların Uluslararası Tanımı	42
2.2. Doğrudan Uygulanan Kuralların Sınıflandırması.....	48
2.3. Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanmasının Ana Yönleri	51

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİNDEN KAYNAKLANAN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN (OVERRİDİNG MANDATORY RULES OF LAW) UYGULANMASINA PRAKTİK BİR YAKLAŞIM	61
3.1. Uluslararası Ticari Tahkimde Kamu Düzeninin Tanımı.....	61
3.2. Ulusal Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması. Yerel ve “Yabancı” Kamu Düzeninin Uygulanması.....	65
3.3. Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması	71
3.3.1. Uluslar Üstü Kamu Düzeninin Tanımı	73
3.3.2. Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması.....	77
3.4. AB Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması.....	83
3.5. Ulusal ve Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kurallar Olarak Uluslararası Yaptırımlar.....	89
3.5.1. Ulusal ve Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kurallar Olarak Ambargo	96
3.5.2. Ulusal ve Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kurallar Olarak Ticari Kısıltmaları	98
SONUÇ	102
KAYNAKÇA.....	109

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BIT	: İkili Yatırım Anlaşması
BK	: Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı
BM	: Birleşmiş Milletler
Brüksel I	: Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü
CJEU	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
CISG	: Malların Uluslararası Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
ed.	: editör
GATT	: Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
ICC	: Uluslararası Ticaret Odası
ICSID	: Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi
NAFTA	: Birleşik Meksika Devletleri arasında Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması
New York Sözleşmesi	: Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunu
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü

Rome I	: Avrupa Parlamentosunun ve Avrupa Konseyinin 593/2008 Sayılı Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü
Roma Sözleşmesi	: Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi
s.	: sayfa
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
UNIDROIT	: Uluslararası Özel Hukuk Birleştirme Enstitüsü
v.	: versus
vb.	: ve benzer
Viyana Sözleşmesi	: Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi

GİRİŞ

İki taraf arasındaki anlaşmazlıkta adalete erişmek için bir bebeğin bölüştürülmesine karar veren Kral Süleyman bilinen ilk hakemdir. Aynı zamanda, bu anlaşmazlığı çözmek için taraflar Kral Süleyman'ın hakem olarak seçilmesi, davanın tahkim süreci altında yürütülmesi, İsrail hukukunun tahkim sürecinde uygulanması için anlaşmaktadır. O zamandan beri süreç pek değişmedi. Tarafların irade özerkliği, tahkim yerinin ve tahkime uygulanan kanunlarının seçiminde en önemli faktördür. Bununla birlikte bazı durumlarda uluslar üstü veya ulusal kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar gibi bazı faktörler tahkim sürecine, hakem kararının icrasına ve tenfizine etkili olabilmektedir.

Günümüzde davaların karmaşıklığının ve tarafların çokluğunun, tahkim sürecinde katlanarak arttığı görülmektedir. Bu nedenle, sözleşmenin tüm taraflarının korunması ve hakem kararının yerine getirilmesinin sağlanması için tahkimde uygulanacak hukukun seçimi, tahkim yerinin seçimi, doğrudan uygulanan kuralların (uluslararası doktrinde “Overriding Mandatory Rules of Law” olarak geçen) ve uluslar üstü kamu düzeninin sözleşmeye olası etkileri taraflar ve hakem heyeti tarafından hesaba katılmalıdır.

Mevcut tez çalışması davaların çok taraflı ve karmaşık olması durumunda hem taraflar hem hakemler için önemli noktaları incelemektedir. Bu tez çalışması, uluslararası tahkimde yer alan modern yaklaşımların uygulanması ile davaların karmaşıklığı ve tarafların çokluğu ile kamu düzeni istisnalarının ve kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralların tahkim sürecinde nasıl uygulanacağı sorusunu cevaplamak amacıyla uluslararası içtihadı incelemektedir. Yazar, dünya çapında ticari tahkimi ve buna ilişkin model yasaların uygulanmasını etkileyen kamu düzeninin ve doğrudan uygulanan kuralların pratikte uygulanmasına odaklanmaktadır.

Doğrudan uygulanan kurallar, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının belirlenmesinde, hakem kararının icrası ve tenfizinde, hem taraflar hem hakem

heyetleri tarafından yapılabilen usul hukuku seçiminde, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun seçiminde, hakemlerin atanmasında ve tahkim yerinin seçiminde önemli bir rol oynamaktadır. Mevcut tez çalışmasında uluslararası ticari ilişkilerde ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklarda hangi tür doğrudan uygulanan kuralların (lex fori'nin ülkesi, lex causae'nin ülkesi veya tenfiz ülkesi) uygulanacağı sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır.

Mevcut tez çalışması, ulusal ve uluslararası mevzuat hükümlerini, tahkim sürecinin ve hakem kararının icrasının bir devletin müdahalesinden korunabilmesi kapsamında da incelemektedir. Uluslararası ticaretin aktörleri bakımından mevcut tez, sözleşmeye dayalı ilişkilerin her aşamasında kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralları hesaba katmanın önemini vurgulamaktadır. Bu kapsamda uygulanacak hukukun seçiminden hakem kararının uygulamasına kadar tahkim usul analizinin olası metodolojisini göstermektedir. Hakemler içinse bu tez, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'un (New York Sözleşmesi) ve Avrupa Parlamentosunun ve Avrupa Konseyinin 593/2008 Sayılı Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü'nün (Roma I) kapsamında kamu düzeni istisnasının ve doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına yönelik olası yaklaşımları göstermektedir.

Mevcut tez çalışmasında, uluslararası ticari tahkimin Avrupa boyutuna odaklanarak güncel uluslararası mevzuatın ve öğretilerdeki çalışmaların hukuki analizinde bulunulmakta ve farklı ülkelerin ulusal tahkim düzenlemeleri, konuya ilişkin ünlü uluslararası vakalar, uluslararası hakem heyetlerinin içtihatları ve uluslararası komisyonların istatistik raporları karşılaştırmalı olarak incelenerek çıkarımlarda bulunulmaktadır.

Kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar temel olarak tahkimde hem usule ve esasa uygulanacak hukukun seçimini hem de tahkim yerinin seçimini etkileyebilmektedir. Bundan dolayı yazar, bu tezde öncelikle esasa ve usule uygulanacak hukuk seçimine ve tahkim yerinin seçimine odaklanmaktadır. Mevcut tezin 1. bölümü, uyuşmazlığın çözümü sırasında tahkim yerinin seçiminde ve tahkimde esasa ve usule uygulanacak hukukun seçiminde hukuki esasları ve pratik

yönleri analiz etmektedir. Dahası, bu bölümde ticari sözleşmelerde yer alan esasa ve usule uygulanacak hukukun ve tahkim yerinin seçiminde (özellikle, yatırıma ilişkin tahkim yargılamaları sırasında) bazı öngörülemeyen doğrudan uygulanan kuralların etkilerinin güvence altına alınması için istikrar maddesinin konusu sunulmaktadır.

Farklı hukuk sistemlerine tabi birden çok tarafın katılması, birçok sözleşmeli uyuşmazlıkların olması, sözleşmeye dayalı olmayan ilişkilerin katılması gibi karmaşık durumlarda hakem heyeti için hangi doğrudan uygulanan kurallara yetki verilip verilmeyeceğinin tespiti zor olabilmektedir. Mevcut tez çalışması, bahsedilen durumlarda bunun anlaşılmasına yardımcı olma amacını taşımaktadır. Dahası tezin yazarı, yatırım faaliyetiyle bağlantılı olmayan sözleşmelerde de istikrar maddesinin kullanması ihtimaline ilişkin içtihat ve mevzuatı incelemektedir.

Yazar, 2. bölümde önceki bölümle bağlantılı olarak, kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların öğretideki görüşler ve farklı devletlerdeki kanun koyucuların konuya ilişkin yaklaşımları ışığında hukuki nitelendirilmesine odaklanmaktadır. Çünkü uluslararası tahkimde özellikle hangi doğrudan uygulanan kuralların hangi şekilde uygulanacağı, bu uygulamanın tahkim sürecinin sonuçlarına ve kararların tenfiz edilebilirliğine etkisi son derece önemlidir.

Kamu düzeninin (ulusal veya uluslararası) uygulanması, kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının ana unsurlarından biridir. Bu durum hem tahkim sürecini hem de hakem kararının tenfizini etkilemektedir. Mevcut tezinin 3. bölümünde New York Sözleşmesi'nin uygulanmasından kaynaklanan muhafazakâr ve çağdaş yaklaşımların yorumlanmasına yönelik olarak ticari tahkim sırasında uygulanan doğrudan uygulanan kuralların ana kategorileri incelenmektedir. Ayrıca, Avrupa kamu düzeni ve Avrupa kamu düzeninin doğrudan uygulanan kuralların sınıflandırılmasındaki yerini incelemektedir. Çünkü bu sınıflandırma uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde kamu düzeni istisnasının uygulanması sırasında hakemler için önem taşımaktadır. Bununla beraber 3. bölümde, uluslararası ve ulusal yaptırımlar (ambargo, yaptırımlar ve ticaret kısıtlamaları) kamu düzeni kavramı kapsamında ayrıntılı olarak incelenmektedir. Belirtilen kısıtlama önlemlerinin New York Sözleşmesi ve Roma I kapsamındaki kamu düzeni istisnasına girip girmediği sorusu cevaplandırılmaya çalışılmıştır.

Mevcut araştırma uluslararası ticaretin uygulayıcıları ve tahkim sürecine katılan taraflar bakımından, doğrudan uygulanan kuralların bir sözleşmenin uygulanmasına, uyuşmazlıkların çözümüne ve hakem kararına etkisini anlamak için önemlidir.

1. TAHKİM YERİNİN SEÇİMİ. ESASA VE USULE UYGULANACAK HUKUKUN SEÇİMİ

Kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kurallar, hem usule ve esasa uygulayacak hukukun ve tahkim yerinin seçiminde, hem de tahkim yargılaması ve hakem kararının tenfizinde tahkim üzerinde etkili olabilmektedir. Bu yüzden ilk olarak tahkim yerinin ve uygulanacak hukukun seçimini ve bu seçimin farklı aşamalarında doğrudan uygulanan kuralların tahkim sürecini nasıl etkileyebilecekleri tezin mevcut bölümde incelenmektedir.

Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Uyuşmazlık Çözümü 2016 İstatistik Raporuna göre 2016 yıl içinde ICC vakalarının % 50'den fazlasında en az üç taraf katılmaktadır, ICC vakalarının yaklaşık % 20'sinde beş ve daha fazla taraf katılmaktadır (bir vakada kırk altı taraf katılmaktadır) ve tüm vakaların % 10'u devletin veya devlete ait şirketlerin katılması ile yer almaktadır¹. Her sene davaların karmaşıklığı ve tarafların çokluğu artmakta sözleşmedeki tüm tarafların ve sözleşmeden dolayı etkilenmiş tarafların çıkarlarını korumak için tahkimde esasa ve usule uygulanacak hukukun seçiminde ve tahkim yerinin seçiminde yeni yaklaşımlar düşünülmelidir.

İngiliz hukuk firması Berwin Leighton Paisner tarafından otuz dört farklı hukuk sisteminin temsilcilerinin arasında 2014 yılında yapılan araştırmaya göre katılımcıların % 51'i tahkim yerinin seçiminden yerel mahkemenin aşırı müdahalesi nedeniyle pişman olduğunu belirtmiştir². Yerel hukuka göre hakem kararına karşı temyiz yoluna başvurma imkânının bulunmadığı durumlarda, katılımcıların % 64'ü bu devleti tahkim yeri olarak seçme ihtimallerinin artabileceğini, katılımcıların % 50'si uygulanacak hukuka ait ülkeyi tahkim yeri olarak büyük ihtimalde seçeceklerini

¹ ICC, **Full 2016 ICC Dispute Resolution Statistics**, Court Bulletin News, y.y. 31.08.2017, (Çevrimiçi), <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/full-2016-icc-dispute-resolution-statistics-published-court-bulletin/>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

² Berwin Leighton Paisner, **International Arbitration Research Based Report on Choice of Venue for International Arbitration**, y.y., 2014, s. 3, (Çevrimiçi), http://www.blplaw.com/download/BLP_International_Arbitration_Survey_2014_FINAL.pdf, (Erişim Tarihi: 29.12.2017).

belirtmektedir³. Benzer araştırma, Queen Mary Londra Üniversitesi ile birlikte White & Case hukuk firması tarafından 2010 yılında yapılmaktadır, bu da, davalıların yaklaşık % 50'sinin uluslar üstü kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralları tahkim sırasında yaygın olarak kullandığını göstermektedir⁴.

Tahkim sürecinin sonuçlarını ve taraflarının memnuniyetini etkileyebilecek birçok faktör vardır ve doğrudan uygulanan kurallar bunlardan biridir. Anlaşmazlıkta uygulanacak esas ya da usul hukukunu ve tahkim yerini seçmeden önce taraflar (veya diğer yetkili makamlar), hakem heyetinin kararını etkileyebilecek kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralları hesaba katmalarıdır.

Bazı durumlarda uyuşmazlık çözümünde, özellikle tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmesinde dâhil edildiği ve taraflar tarafından sonradan değiştirilmediği durumlarda, etkileyebilecek tüm doğrudan uygulanan kuralları öngörebilmek her zaman mümkün değildir. Bu nedenle tahkim sürecini başlatmadan önce, tahkim sözleşmesini etkileyebilecek kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların analiz edilerek tahkim sözleşmesinin hazırlanması taraflar için daha yararlı olabilmektedir. Çok taraflı karmaşık durumlarda hem tarafların farklı ülkelerle bağlantıda bulunması, hem uyuşmazlığın konusu olan sözleşmelerin veya sözleşmeye dayalı olmayan ilişkilerin değişik hukuk sistemlerden kaynaklanması halinde (yatırım ile alakalı konuları da içerecek şekilde), kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının ana yönleri mevcut bölümde açıklanmaktadır.

1.1. Tahkim Yerinin Seçimi

Mevcut bölümde ilk olarak uluslararası mevzuatı ve kurumsal tahkim kuralları inceleyerek tahkim yerinin seçimi hangi yolda taraflar ve hakem heyeti tarafından yapılabileceği ve kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların bu seçimin hangi aşamasında ve hangi şekilde tahkimi etkileyeceğini gösterilmektedir.

³ Berwin Leighton Paisner, s. 3.

⁴ Queen Mary University of London ve White&Case, **2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration**, y.y., 2010, s. 5, (Çevrimiçi), <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>, (Erişim Tarihi: 30.12.2017).

Hukuki kavram olarak tahkim yeri, bir tahkim sürecinin yasal olarak gerçekleştiği hukuk sistemidir⁵. Bu tez çalışmasında “tahkim yeri” olarak kullanılmış olan terim, hakem heyetinin coğrafi toplantı yeri değil, hukuki bir kavram olarak tahkim sürecinin yeri (tahkim yerine ait hukuk sistemi) tahkim yeri anlamına gelmektedir ve bir ülkenin tahkim kurulu ya da uluslararası kurumsal tahkim merkezi olarak tanımaktadır. Örneğin, taraflar tahkim yeri olarak Uluslararası Ticaret Odası (ICC) seçebilmektedir ama hakem heyetinin toplantı yeri New York, Paris ya da Singapur’daki tahkim merkezinde gerçekleşmektedir. Bu durumlarda ICC hukuki kavram olarak tahkim yeridir.

Tahkim sürecini etkileyen doğrudan uygulanan kuralların etkisi kontrol altında alınması ve uyuşmazlık çözümü en uygun şekilde sağlanması için güvenli ve itibarlı tahkim yeri seçmek önemlidir. Birleşik Hakemleri Kurumu’nun (CIArb) görüşüne göre itibarlı ve güvenli tahkim yerinin seçilmesi için taraflarca aşağıdaki nitelikleri taşıyan hakem heyeti seçilmelidir⁶:

- 1) Tahkim sürecinde mahkeme müdahalesini sınırlayan modern bir uluslararası tahkim kanunu olan tahkim yeri;
- 2) Uyuşmazlıkların en uygun çözümüne varması için tarafların irade özerkliğine saygı gösteren bağımsız ve tarafsız hakemler olan tahkim yeri;
- 3) Uluslararası tahkim alanında tecrübesi sahip olan uygulayıcıların bir işbirliği yansıtan tahkim yeri;
- 4) Uluslar üstü anlaşmazlıklarda şu anki ve gelecekteki profesyonellerine eğitim verme taahhüdünde bulunan tahkim yeri;
- 5) Tarafların irade serbestliğine göre seçilen avukat ya da temsilci tarafından temsil edilme olasılığında bulunan tahkim yeri;

⁵ Gonzalo Val, **Influence of the Arbitral Seat in the Outcome of an International Commercial Arbitration**, An Annual Publication of the ABA, Section of International Law, Vol. 50, No. 2, y.y., 2017, s. 331, (Çevrimiçi), https://disputescentre.com.au/wp-content/uploads/2017/06/Gonzalo_Vial_Arbitral_Seat_Article.pdf, (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

⁶ CIArb Londra İlkelerine Giriş, (Çevrimiçi), <http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/london/the-principles.pdf>, (Erişim Tarihi: 30.01.2018); Gonzalo, s. 332.

- 6) Erişilebilen ve güvenli bir tahkim mekânı olan tahkim yeri;
- 7) Tahkim sürecini doğru bir şekilde yürütmesi için uygun koşulları olan tahkim yeri;
- 8) Hukuk sistemlerin, hukuk kültürlerin çeşitliliğine ve uluslararası tahkim geleneklerine göre katılımcıların davranışlarını yöneten etik ve profesyonel normları öngören tahkim yeri;
- 9) Yabancı hukuktan kaynaklanan hakem kararlarının uygulanabilmesi sağlayan anlaşmalara katılan tahkim yeri;
- 10) İyi niyetle hareket eden hakemleri sorumluluktan koruyan tahkim yeri.

Tahkim yerinin seçimi tahkim süreci için aşırı derecede bir öneme sahiptir. Bunun nedeni, genel olarak tahkim yeri ile beraber usule uygulanacak “lex fori” ve tahkim yargılamasıyla ilgili denetleme yetkisine sahip mahkemeler seçilmiş olmaktadır⁷. Bununla birlikte tahkim ile ilgili aşağıdaki konular da tahkim yerinin seçiminden etkilenmektedir⁸:

- 1) Hakem kararlarının tanınması, uygulanması ve tenfizi;
- 2) Tahkim üzerinde denetim yetkisi bulunan mahkemeler;
- 3) Tahkime uygulanabilecek bazı usul kuralları;
- 4) Tahkim sürecinin maliyeti;
- 5) Kanunlar ihtilafının çözülme şekli;
- 6) Doğrudan uygulanan kuralları.

Tahkim yerinin seçiminin taraflarca asıl sözleşmeye bağlı olan tahkim anlaşmasında (hem asıl sözleşmesinin parçası olarak tahkim maddesi hem ayrı olarak

⁷ Gonzalo, s. 332; Nazlı Albayrak Ceylan, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi**, Ankara, 2016, s. 86;

⁸ Gonzalo, s. 335.

yapılan tahkim sözleşmesi) ya da sözleşmesel ilişki yoksa ayrı tahkim sözleşmesinde seçilmesi mümkündür.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Model Kanunu'na göre tahkim anlaşması:

“sözleşmeli veya sözleşmeyle tanımlanmamış bir hukuki ilişki bakımından taraflar arasında ortaya çıkan veya ortaya çıkabilecek olan tüm anlaşmazlıkların çözüme ulaşması için tahkim yoluna başvurabileceğine ilişkin bir anlaşmadır”⁹.

Taraflar, sözleşmeye dayalı ya da sözleşmeye dayalı olmayan ilişkilerden mevcut ya da gelecekte ortaya çıkacak uyuşmazlıkları çözmek için esasa ve usule uygulanacak hukuku ve tahkim yerini seçmekte serbesttir. Aynı zamanda esasa veya usule uygulanacak hukukunun seçimi sadece sözleşme tarafları için değil, fakat bazı durumlarda üçüncü taraflar için de önem taşıyabilmektedir ve bağlayıcı olabilmektedir. Örneğin, deniz ticareti hukukunda yer alan konşimentoya ilişkin davalarda taraflarca yapılan tahkim yeri seçimi üçüncü taraf (konşimentonun sahibi ya da taşımacı böyle üçüncü taraf olabilmektedir) için de bağlayıcıdır, fakat tahkim yerinin seçiminin bu durumda dava ile yakın bağlantısı olması gerekmektedir¹⁰.

Aynı zamanda doktrinde tahkim yeri seçiminin uyuşmazlık ile bağlantılı olup olmadığı hakkında tartışmalar vardır. Vincent Heuzé'nun görüşüne göre, tarafların irade özerkliğine dayanarak taraflar, dava ile yakın bağlantısı olmayan hukuk sistemini tahkim yeri olarak seçebilmektedir ve bu şekilde seçilmiş hakem heyeti tam tarafsız olmaktadır¹¹. Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi'nde yer alan görüşe göre

⁹ UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Dair Model Kanunu, y.y., 1994, madde 7, (Çevrimiçi), https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf, (Erişim Tarihi: 30.12.2017).

¹⁰ Topaloğlu, Binnaz, **The Validity of Jurisdiction and Arbitration Clauses as Against Third Party Holders of Bills of Lading - a Comparative Study Under French, English and Eu Law**, Annales de la Faculte de Droit d' Istanbul, S. 44, No. 61, İstanbul, 2012, s. 479, (Çevrimiçi), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/7066>, (Erişim Tarihi: 11.07.2018).

¹¹ Heuzé, Vincent, "Is it justified to confuse choice of court agreements and arbitration agreements?", ders notaları, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 2010 (naklen) Topaloğlu, s. 495.

tarafkların uyuşmazlık ile bağlantılı olmayan hukuk sistemi tahkim olarak seğemeyeceğini savunmaktadır¹².

Taraflar bazı durumlarda tahkim anlaşmasına girerken bir ũlkenin hukuk sisteminin seçiminin önemini küğümseyebilmektedir. Bu aşamada hakem heyetine ait hukuk sistemi tarafından uluslararası hakemlik kurallarını ve ilkelerini; örneğin, UNCITRAL, ICC, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) veya Uluslararası Özel Hukuk Birleştirme Enstitüsü (UNIDROIT) tanınıp tanınmadığını öğrenmek önemlidir.

Günümüzde pek çok ũlkede uzman tahkim merkezleri bulunmaktadır. Örneğin, Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticaret Tahkim Merkezi¹³, Londra Uluslararası Tahkim Merkezi¹⁴, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi¹⁵, Frankfurt Uluslararası Tahkim Merkezi¹⁶, Paris'teki ICC Tahkim Merkezi¹⁷, İsviçre Odası'nın Tahkim Merkezi¹⁸ gibi kendi tahkim kuralları bulunan kurumsal tahkim merkezleri mevcuttur. Taraflar, tahkim yerini seçme aşamasında bu kurumsal tahkim kurallarını göz önüne almalıdırlar. Ancak bazı kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kurallarının kullanmasında problemler çıkabilmektedir. Daha ayrıntılı olarak bu konu, patolojik tahkim anlaşması başlığı altında mevcut tezin 1.3. bölümünde ele alınacaktır.

Tahkim yerini seçerken bir diğer önemli husus da, tahkim yeri ũlkesinin tahkim süreçleri üzerinde yürürlükte olan mevzuatını incelemek önemlidir. Daha önce de belirtildiği üzere, tahkim yeri ũlkesinin hukuk sistemi (lex fori) mevzuatında, hakem kararını iptal edebilecek veya hakem kararının tenfizini neredeyse imkânsız hale getirebilecek hükümler iğeriyor olabilir. Bu sebeple, tahkim yeri olarak seçilen ũlkenin

¹² **Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözlmesi**, Lahey, 2005, madde 17, (Çevrimiçi), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>, (Erişim tarihi 19.11.2017); Topaloğlu, s. 494.

¹³ Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticaret Tahkim Merkezi, (Çevrimiçi), <https://mkas.tpprf.ru/en/>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

¹⁴ Londra Uluslararası Tahkim Merkezi, (Çevrimiçi), <http://www.lcia.org/>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

¹⁵ Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi, (Çevrimiçi), <http://www.siac.org.sg/>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

¹⁶ Frankfurt Uluslararası Tahkim Merkezi, (Çevrimiçi), https://www.frankfurt-main.ihk.de/english/legal_matters/disputeregulation/fiac/, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

¹⁷ Uluslararası Ticaret Odası, (Çevrimiçi), <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/dispute-resolution/>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

¹⁸ İsviçre Odası'nın tahkim kurulu, (Çevrimiçi), <https://www.swissarbitration.org/>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

mevzuatında yer alan hakem kararına karşı temyiz yoluna başvurma imkânı veya mahkeme müdahalesi ihtimali, tahkim yerinin seçimi sırasında önem arz etmektedir.

Örnek olarak, Arjantin’de hakem kararı, anayasaya aykırı, mantıksız veya yasadışı olabileceği gerekçesiyle her durumda itiraza konu olabilmektedir¹⁹. Benzer kural olan ülkelerde ICSID Sözleşmesi’nin düzgün bir şekilde uygulanmaması halinde, yatırımcılar ve devletler arasında çıkabilen uyuşmazlıklar bakımından sakıncalı sonuçlar doğabilmektedir.

Aynı şekilde Hindistan’ın mevzuatında öngörülmuş kurallara göre ulusal mahkemeler tahkim sürecini denetleme yetkisine sahiptir²⁰. Örneğin, McDonalds davasında Delhi Yüksek Mahkemesi tahkim usulüne ilişkin ihtiyati tedbir kararında bulunmaktadır²¹. Bu nedenle tahkim yerinin seçiminde ve uygulanacak hukukun seçiminde de mahkeme etkileşimi olasılığı taraflarca göz önüne alınmalıdır. Aynı şekilde Türk hukukunda da, Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre yapılan milletlerarası ticari tahkimde ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi Türk mahkemelerine tanınmıştır²².

Bazı hakem heyetleri, uyuşmazlığı daha uygun bir şekilde çözebilmesi için taraflarca seçilmiş olan tahkim yerini değiştirebilmektedir. Örneğin, PT Garuda Indonesia vs Birgen Air davasında taraflar, tahkim yeri olarak Endonezya’yı seçmiştir; ancak davaya ICC tarafından hukuki yardım edildiği için hakem heyeti tarafından tahkim yeri, ICC merkeze daha yakın olan Singapur olarak değiştirilmiştir²³.

¹⁹ Pablo F Richards ve Guido Barbarosch Richards Cardinal Tützer Zabala, **Anti-Arbitration Injunctions in Argentina, the International Journal of Public and Private Arbitration**, Global Arbitration Review. Special Report. The Arbitration Review of the Americas, Global Arbitration Review, 2008, s. 10-12, (Çevrimiçi), http://www.academia.edu/5982805/Anti-Arbitration_Injunctions_in_Argentina, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

²⁰ Trisha Mitra, **Forum Conveniens? India's Tryst with Anti-Arbitration Injunctions**, 'Pari Passu: Arbitration on an equal footing with Adjudication', Centre for Advanced Research in Dispute Settlement, Forthcoming, 2016, s. 8, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2898923>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

²¹ Trisha Mitra, s. 9.

²² **Milletlerarası Tahkim Kanunu**, 4686, 2001, Resmî Gazete 5/7/2001, S. 24453, madde 6, (Çevrimiçi), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4686.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.12.2017),

²³ Ali Tunçsav, **The Gravity of the Seat and the Seat Designation in International Commercial Arbitration with Focus on London, Singapore and Istanbul Legislation and Practice**, Yüksek Lisans Tezi, Tilburg University, Hollanda, 2017, s. 10, (Çevrimiçi), <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=144295>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

UNCITRAL Model Kanunu'nda öngörüldüğü gibi tarafların tahkim anlaşmasına girmesi için fikir birliğine varmaları gerekmektedir (UNCITRAL Model Kanunu'ndan örnek alınarak benzer hükümler birçok ülkenin mevzuatına girmiştir).

Taraflar tahkim sözleşmesi ve tahkim yerinin seçimi konusunda karşılıklı anlaşmaya vardığında, bu karşılıklı anlaşma her zaman tahkim yoluna gidileceğini nihai olarak göstermeyebilir. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunu'nun (New York Sözleşmesi) 2. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Âkit devletlerden her biri, tarafların akte dayanan veya akdî olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder... Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder”²⁴.

Gördüğümüz gibi, tahkim sözleşmesi veya asıl sözleşmede olan bir tahkim maddesi varsa bile taraflardan birinin anlaşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurduğu durumda ve diğer tarafın da bu başvuruya karşı herhangi bir itirazda bulunmadığı halde, tahkim anlaşması ortadan kalkmaktadır. Bu yüzden tahkim anlaşması veya asıl sözleşmede olan bir tahkim şartı bakımından tarafların karşılıklı mutabakatının nihai olmadığı söylenmektedir. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, tahkim itirazında bulunmaması halinde, taraflardan birinin tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık bakımından ulusal mahkemeye başvurması ile dava ulusal mahkemede görülebilmektedir.

²⁴ **Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunu**, UNCITRAL, New York, 1958, Kanun No. 3731, Kabul Tarihi 08.05.1991, Resmî Gazete ile yayımı: 21.05.1991, Sayı: 20877, madde 2, (Çevrimiçi), <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>, <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 30.12.2017).

Bazı ülkelerde hakemin atanması, taraflar ya da ulusal mahkeme tarafından yapılmaktadır. Bu yüzden tarafların tahkim yerinin seçimi sırasında bir ülkenin hakem tayin etme sürecinin kuralları incelemesi şarttır. Sadece Çin, Rusya ve Hong Kong gibi birkaç ülke hakem tayin etmek için ulusal mahkemelere yetki vermemektedir²⁵.

Aynı şekilde bazı durumlarda kamu çıkarları ile alakalı bir dava olduğunda devlet de bu davaya “dava arkadaşı” olarak katılabilmektedir. Avrupa Birliği (AB) adına Avrupa Komisyonu, AB tüzükleri ve AB politikaları ile ilgili davalara “dava arkadaşı” olarak sık sık katılmaktadır²⁶. Bu durum, daha detaylı olarak mevcut tezinin 2.3. ve 3.4. bölümlerinde açıklanmaya çalışılacaktır.

Yukarıda bahsedilen bilgilere göre tahkim yerinin seçimi şu şekilde belirlenebilmektedir:

- 1) Sözleşme tarafları tarafından;
- 2) Hakem heyeti tarafından (eğer taraflar bu seçime katılmazsa);
- 3) Ulusal mahkeme tarafından (eğer seçilmiş uygulanacak usul hukukunda bu öngörülürse).

Görüldüğü gibi, tahkim yerinin seçimi tahkim sürecinde önemli rol oynamaktadır, çünkü tahkim yerinin seçimi ile lex fori seçmektedir. Aynı zamanda lex fori’ye göre tarafların irade özerkliğinin sınırları, uygulanacak usul hukuku, kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar, tenfiz ve temyiz ihtimali belirlemektedir.

Tahkim yeri seçerken tarafların hakem kararının milliyeti konusunda lex fori’yi incelemek gerekmektedir, çünkü hakem kararının tenfizi ve tanınması hakem kararının milliyetine bağlıdır²⁷.

²⁵ Michael Ostrove ve Claudia Salomon, **Choice of Venue in International Arbitration**, Oxford University Press, 2014, s. 14.

²⁶ Robert Porubský ve Ondrej Ponistiak, **The Importance of the Seat of Arbitration in the European Context**, Czech Yearbook of International Law, CYIL 2016, 2015, s. 246-248, (Çevrimiçi), http://www.bpv-bp.com/download/publications/clanek_opo_rpo_010416.pdf, (Erişim Tarihi: 06.01.2018).

²⁷ İnci Ataman-Fıganmeşe, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararların İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun GİRİLMESİNE YÖNELİK İKİ ÖNERİ**, Public and Private International Law Bulletin, Çilt: 31, S: 2, y.y.,

Her hakem kararı belirli bir hukuka (lex fori) tabi olmaktadır, bu yüzden hakem kararlarının milliyeti kararın verildiği yere göre belirlenebilmektedir²⁸. Genel olarak hakem kararının milliyeti, New York Sözleşmesi'nin 1. maddesinin analizi ederek belirlenebilmektedir. Buna göre başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlar yabancı hakem kararlardır²⁹.

Söylendiği gibi, hakem kararının icrası ve tenfizi hakem kararının milliyeti ile bağlı olmaktadır. Türk hukukunda yer alan kuralları uyarınca yabancı hakem kararının tenfizi şu şekilde belirtilmektedir:

“Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir. Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır”³⁰.

Aynı zamanda milli hakem kararlar Türk hukukuna göre şu şekilde belirtilmektedir:

“...Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır”³¹.

2012, s. 55, (Çevrimiçi), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/411045>, (Erişim Tarihi: 06.01.2018).

²⁸ Yavuz Kaplan, **Hakemlerin Milletlerarası Ticari Tahkime Milli Olmayan Kuralları Uygulamaları**, Cilt: III Sayı: 1, Ankara, 1997, s. 297, (Çevrimiçi), <http://hukukdergi.erezincan.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/1997-18.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.12.2017).

²⁹ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanunu, madde 1.

³⁰ **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu**, 5718 Sayılı, 27.11.2007 tarihli, Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 12.12.2007, Sayı: 26728, madde 60, (Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071212-1.htm>, (Erişim Tarihi: 04.01.2018).

³¹ **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, 6100 Sayılı, 12.01.2011 tarihli, Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih 04.02.2011, Sayı: 27836, Madde 407, (Çevrimiçi), <http://www.mevzuat.gov.tr/Mevzuat/Metin/1.5.6100.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.01.2018).

Bununla birlikte, hakem kararının milliyetine göre hakem kararının iptali Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesi (milli hakem kararları) ya da Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca (yabancı hakem kararı) yapılmaktadır. Görüldüğü gibi, hakem kararının milliyetine göre hakem kararının icrasına, iptaline ve tenfizine farklı usul hukukunun hükümleri uygulanmaktadır.

Ancak doktrinde bulunan görüşlere göre tahkim yeri seçerken bir ülkenin ulusal hukuk sistemine (belirli *lex fori*'ye) bağlanmamak mümkündür³². Bu durumlarda taraflar, tahkim yerinin seçimi yaparken uluslar üstü kurumsal tahkim merkezlerinden birini seçerek, hakem kararının uluslar üstü niteliği taşımasını sağlamaktadır³³. Ancak aynı zamanda tahkim yerinin ülkesinin hukukuna göre (belirli *lex fori*'ye göre) hakem kararının “milliyeti” –yabancı, ulusal ya da uluslar üstü hakem kararı- belirlenmektedir.

Türk hukukuna göre “*Milletlerarası Tahkim Kanunu, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır*”³⁴. Böyle hükümler hakem kararın delokalizasyonunu (tahkim yerinin hukuk sistemine göre belirtmeme niteliği) tanımaktadır ve tahkim yeri Türkiye’de olmasa bile, ancak Milletlerarası Tahkim Kanunu seçilirse hakem kararı Türk “milliyeti” nitelikleri taşınmaktadır. Normal olarak sadece az sayıda ülke böyle hakem kararın delokalizasyonu ulusal mevzuatında tanımaktadır³⁵. Böyle tahkim kararının delokalizasyonu tarafların irade özerkliğine bağlıdır.

Bu bölümde incelenmiş olan bilgilere göre taraflar, tahkim yerinin seçimi sırasında kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralların tahkim sürecini etkisi öğrenmek için, tahkim yeri olarak seçilmiş ülkenin ulusal mevzuatında aşağıdaki konular olup olmadığını incelemelidir:

- 1) Tahkim sürecine devlet müdahalesi;

³² Tunçsav, s. 19.

³³ Tunçsav, s. 20.

³⁴ Milletlerarası Tahkim Kanunu, madde 1.

³⁵ Tunçsav, s. 20.

- 2) Bir devletin ya da devlete benzer organizasyonun tahkim sürecine katılabilmesi (mesela, tahkim yeri AB’nde olmadığına da AB ile ilişkin davalara Avrupa Komisyonu’nun katılım olasılığı da göz önüne alınması şarttır);
- 3) Uluslararası model kanunlarının ve tahkim kurallarının kullanımına izin verebilmesi (daha ayrıntılı olarak bu konu mevcut tezin 1.3. bölümünde de açıklanmaktadır);

Tahkim yerinin seçimini yaparken tahkim yerinin hukuk sisteminden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar dikkate alınması şarttır, çünkü seçilmiş ülkenin kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar, sonraki bölümlerde anlatıldığı gibi, neredeyse her durumlarda hakem heyeti tarafından uygulanmaktadır. Bu yüzden tarafların çıkarlarının korunması için tahkim yerinin seçimine (tahkim anlaşmasına girince) tahkim yerinin seçimine önem verilmesi son derece önemlidir.

1.2. Esasa ve Usule Uygulanacak Hukukun Seçimi

Kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar, önceki bölümde belirtildiği gibi, hem esasa hem usule uygulanacak hukukunun seçimi sırasında etkili olabilmektedir. Bu yüzden mevcut bölümde uluslararası mevzuat ve kurumsal tahkim kuralları incelenerek tahkimde esasa ve usule uygulanacak hukukun seçiminin taraflar ve hakem heyeti tarafından ne şekilde yapılabileceği ve bu süreçte doğrudan uygulanan kuralların hangi aşamada ve nasıl etki alanı bulabileceği incelenecektir.

Daha önce bahsedildiği gibi, tahkim süreci her zaman taraflarının mutabakatına, tarafların rızasına ve irade özerkliğine bağlıdır. Aynı zamanda tarafların iradesi, uygulanacak hukuk seçiminin herhangi bir aşamasında da uyuşmazlığın uygun bir şekilde çözülmesi için önem taşımaktadır.

Tahkim sürecine, hakem kararının icrasına ve asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarının seçimi, uygulanacak hukuk seçimi olarak adlandırılmaktadır.

Uygulanacak hukuk seçimi aşağıdaki aşamalara bölünmüştür:

- 1) Asıl sözleşmeye ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçimi (substantive law);
- 2) Tahkim usulüne uygulanacak hukukun seçimi (procedural law);
- 3) Hakem kararına ve onun uygulanmasına uygulanacak hukukun seçimi (law of enforcement).

Kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar, yukarıda gösterilen aşamalardan herhangi birini etkileyebilmektedir. Bu nedenle belirli doğrudan uygulanan kurallarının belirli durumlarda nasıl gerçekleşeceğini ve nasıl tahkimi etkileyeceğini tanımlamak önemlidir. Özellikle uluslararası borçlanma ve uluslararası kredi ile bağlantılı olan durumlarda (yabancı hükümlere verilen kredileri) borçlu olan taraf devlet ise, bu taraf dokunulmazlık özelliğini taşıyabilmektedir ve bu durumda seçilmiş olan esasa ya da usule uygulanacak hukuk bu tarafın bölgesinde bazı durumlarda uygulanmamaktadır³⁶. Bu yüzden hakem kararının tenfizini sağlanması için kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kurallar uygulanacak hukukun seçiminde dikkate alınmalıdır.

Esasa uygulanacak hukukun seçimi aşağıda belirtilen hükümleri dayanarak yapılmaktadır.

Sözleşmeye bağlı yükümlülükler için geçerli olan Avrupa Parlamentosunun ve Avrupa Konseyinin 593/2008 Sayılı Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü (Roma I) 3. Maddesi'ne göre,

“Bir sözleşme taraflarca seçilen hukuk tarafından yönetilmektedir, bu seçim, sözleşmenin şartlarında veya davanın koşullarında açıkça gösterilmektedir,

³⁶ Davidson Sommers, Broches A. Delaume ve Georges R. Delaume, **Conflict Avoidance in International Loans and Monetary Agreements**, Law and Contemporary Problems, Vol. 21, No. 3, The Preventive Law of Conflicts, 1956, s. 473, (Çevrimiçi), <http://www.jstor.org/stable/1190306>, (Erişim Tarihi: 16.12.2017).

seçimlerine göre taraflar bütün veya sözleşmenin sadece bir bölümüne uygulanan hukuku seçebilmektedir”³⁷.

Türk hukukunda da esasa uygulanacak hukukunun seçimi şu şekilde tanımlanmıştır:

“Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir. Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur”³⁸

Görüldüğü gibi, çok taraflı karmaşık vakalarda birden fazla esasa uygulanacak hukukun seçimi (tarafların seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilmesi için) tahkim anlaşmasında yer alabilmektedir.

Tahkim bakımından öncelikle taraflar, esasa uygulanacak hukuk seçiminde bulunmaktadır. Tarafların esasa uygulanacak hukuk hakkında fikir birliğine varamaması ya da esasa uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasında seçilmemesi veya tahkim anlaşmasında esasa uygulanacak hukukun seçiminin hakem heyetine

³⁷ **Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuku Dair Tüzüğü (Roma I)**, S. 593/2008, Official Journal of the European Union, L 177/10, 2008, madde 3, (Çevrimiçi), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>, (Erişim Tarihi: 04.01.2018).

³⁸ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu, madde 24.

bırakılması halinde, hakem heyeti, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku geleneksel olarak tahkim yerinin ulusal hukuk kurallarına uygun olarak belirlemek zorundadır³⁹. Aynı süreç usul hukukunun seçiminde de geçerli olmaktadır. Bu yüzden önceki bölümlerde anlatıldığı gibi tahkim yerini seçerken tahkim yerine ait hukuk sisteminin mevzuatında bu konuya ilişkin düzenlenen hükümlerin incelenmesi gerekmektedir.

Ancak hakem heyeti, esasa uygulanacak hukukun taraflarca da kabul edildiği durumlarda doğrudan uygulanan kurallara ve ulusal ya da uluslar üstü kamu düzenine dayanarak asıl sözleşmede ya da tahkim anlaşmasında yazılan esasa veya usule uygulanacak hukuku uygulamamayı tercih edebilmektedir⁴⁰. Örneğin, tahkim anlaşmasında belirttiği tahkime uygulanacak usul kurallarını tahkim yerine ait hukuk sistemine kaynak olan doğrudan uygulanan kurallara göre uygulamak mümkün değil ise onun yerine bu hukuk sisteme ait olan usul kurallarını uygulamaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, UNCITRAL Model Kanunu'na göre tahkim anlaşması veya tahkim şartı şu şekilde belirtmektedir:

“sözleşmeli veya sözleşmeyle tanımlanmamış bir hukuki ilişki bakımından taraflar arasında ortaya çıkan veya ortaya çıkabilecek olan tüm anlaşmazlıkların çözüme ulaşması için tahkim yoluna başvurabileceğine ilişkin bir anlaşmadır”⁴¹.

Sözü edilenlerden görülebileceği gibi, sadece taraflar anlaşmazlığın tahkim sürecine uygun olup olmadığını değerlendirmektedir ve bazı durumlarda böyle anlaşmazlık sözleşmeli olmayabilmektedir. Sözleşmeye dayalı olmayan uyuşmazlık söz konusu olduğunda esasa ve usule uygulanacak hukukun seçimi tahkim sözleşmesine girerek taraflarca yapılmaktadır.

Bahsetmek gerekirse, çoğu zaman taraflar sadece esas hukuku belirtmektedir, fakat tahkim yargılama usulüne uygulanacak hukukun seçimi hakem heyetine bırakmış olmaktadır. Böyle bir eğilim, hakem kararının tenfizine ve hakem kararının tanınmasına sonrasında zarar verebilmektedir, çünkü böylece taraflar, usulüne

³⁹ Gonzalo, s. 342.

⁴⁰ Gonzalo, s. 342.

⁴¹ UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Dair Model Kanunu, madde 7.

uygulanacak hukukun seçimi hakem heyetine bırakınca hakem tarafından seçilen usul hukukundan kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralları da kontrol altında alamamaktadır

Gördüğümüz gibi, esasa ve usule uygulanacak hukukun seçimi taraflarca yapılmaktadır. Bu konuda tarafların karşılıklı mutabakatı olmaması halinde, esasa veya usule uygulanacak hukukun seçimi hakem heyeti tarafından tahkim yerinin hukukuna göre (lex fori) yapılmaktadır. Hakem Kaydı Hakkında Cenevre Protokolü'nün 2. maddesine göre tahkim süreci, tarafların iradesi doğrultusunda ve tahkim yeri olarak belirtilen hukuka göre yönetilmektedir⁴².

Günümüzde uluslararası tahkimde yer alan kurallara göre tahkim sürecinde tarafların iradesine öncelik verilmektedir. Ancak her durumda tahkim yerine ait kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralları dikkate almak gerekmektedir.

UNCITRAL Model Kanunu'nun 28 inci maddesinde tahkim usulüne uygulanacak ve esasa uygulanacak hukukun seçimleri arasındaki farkı şu şekilde tanımlanmaktadır:

“...hakem heyeti, uyuşmazlığın özüne uygulanacak olarak taraflarca seçilen bu tür hukuk kurallarına uygun olarak uyuşmazlığı kararlaştırmaktadır... Belirli bir devletin yasalarının veya hukuk sisteminin uygulanması, aksi belirtilmediği sürece, doğrudan doğruya o devletin maddi hukukuna atıfta bulunarak yapılmaktadır ve kanunlar ihtilafı kurallarına atıfta bulunmayacak şekilde yorumlanmaktadır... Taraflarca esasa uygulanacak olan herhangi bir hukukun seçimi yapılmazsa, hakem heyeti, kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen esasa uygulanabilecek hukuku olarak kabul edilen hukuku uygulamaktadır... Hakem heyeti, tarafların iradesine göre ex aequo et bono ya da amiable compositeur olarak bir karar vermektedir...

⁴² **Tahkim Anlaşmaları Dair Cenevre Protokolü**, 1923, Cenevre, madde 2, (Çevrimiçi), <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/5/15938.pdf>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

*Herhangi durumlarda hakem heyeti, sözleşme hükümlerine göre karar vermekte yükümlüdür ve bunun için geçerli olan ticari örf ve adalet hesaba katılmalıdır*⁴³.

Yukarıda bahsedilenlere göre, uygulanacak hukukun seçiminde serbest olan yalnızca taraflar değil, aynı şekilde hakem heyeti, doğrudan taraflarca bu öngörülmüşse (usul hukukunun seçimi ile) ya da iki tarafın rızasına ulaşamamışsa (esas hukukun seçimi ile), uygulanacak hukuku seçmekte yükümlüdür.

Bazı ülkelerde (örneğin, Singapur'da olduğu gibi) bir ülkenin tahkim kurumları tahkim yeri olarak seçilmesi halinde, otomatik olarak bu ülkeye ait uygulanacak usul hukuku taraflarca seçilmiş saymaktadır⁴⁴. Bu durumlarda tahkim yeri seçilmekte iken aynı zamanda otomatik olarak uygulanacak usul hukuku ve bu hukuktan kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralları seçilmiş olmaktadır.

Aynı şekilde bazı hakem heyetleri, uygulanacak usul hukuku taraflarca seçilmesine rağmen tahkim yerine ait usul kuralları uygulamaya karar verebilmektedir. Örneğin, Union of India vs McDonnell Douglas davasında olduğu gibi taraflar, tahkim yeri olarak Londra'yı ve tahkime uygulanacak usul hukuku olarak Hindistan usul kurallarını seçmektedir, ancak buna rağmen Londra'da yer alan hakem heyeti, İngiliz usul hukuku uygulamaya karar vermektedir⁴⁵. Böyle durumlarda tahkim anlaşması, patolojik tahkim anlaşması olarak ifade etmektedir. Daha detaylı bu konu mevcut tezinin 1.3 bölümünde incelenmektedir.

Uluslararası mevzuat incelendiğinde fark edilecektir ki, taraflar, usule uygulanacak hukukun seçiminde tam olarak serbest değildirler. Tarafların irade özerkliğinin sınırı, tahkim yeri olarak seçilmiş hukuk sisteminin kuralları ile belirlenmiştir.

Bazı durumlarda tahkim yerinin hukukuna göre tarafların uygulanacak usul hukuku seçme serbestliği tanınmamaktadır. Bu durumda hakem heyeti, geçerli tahkim

⁴³ UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Dair Model Kanunu, madde 28.

⁴⁴ Alastair Handersson, **Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat or Arbitration**, Singapore Academy of Law Journal, 2014, Singapore, s. 890, (Çevrimiçi), http://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/e-Archive/ctl/eFirstSALPDF_JournalView/mid/513/ArticleId/335/Citation/JournalsOnlinePDF, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

⁴⁵ Tunçsav, s. 14.

anlaşmasında yer alan hükümlerine rağmen, tahkim yeri olarak seçilmiş ülkenin kanunlarını ya da tahkim yeri uluslararası tahkim merkezi ise merkezin kurullarını uygulamak zorunda olabilir. Yukarıda bahsedilmiş olan Singapur'un kuralları uyarınca, tarafların Singapur'u tahkim yeri olarak seçmesi halinde, otomatik olarak Singapur'a ait uygulanacak usul hukuku taraflarca seçilmiş saymaktadır⁴⁶.

Görüldüğü üzere, uluslararası tahkimde esasa ya da usule uygulanacak hukukun seçimi aşağıdaki şekillerde yapılabilmektedir:

1) Tarafların anlaşmasına göre (tahkim anlaşması ya da tahkim şartı);

2) Hakem heyetine göre:

A. Tarafların bu konuda fikir birliğine ulaşmaması halinde;

B. Taraflarca uygulanacak hukuk seçme yetkisinin hakem heyetine devredilmesi halinde;

C. Lex fori'nin kurallarına ya da kurumsal kurallara göre uygulanacak hukukun tahkim yeri ile beraber otomatik olarak seçilmesi halinde (usul hukuku için).

Görüldüğü gibi taraflar, çok taraflı karmaşık tahkim yargılamalarında veya iki veya daha fazla devletle bağlantılı olan farklı ticari işlemlerde uyuşmazlık çözümü sırasında esasa ya da usule uygulanacak hukukun seçimi belirli hukuki sistemlerin kurallarını bilen ve bu konuda uzman olan hakemlere bırakınca hızlı ve uygun uyuşmazlık çözümüne ulaşabilmektedir. Ancak yukarıda bahsedildiği gibi taraflar, tahkimde uygulanacak usul hukukunu seçmekle beraber, tahkim sürecini etkileyen ve bu hukuk sisteminden doğan doğrudan uygulanan kuralları seçmektedir.

Hakem heyeti, esasa uygulanacak hukukun seçiminde bulunduğu halinde bazı durumlarda tahkim yerinin ulusal hukukunda ya da uluslar üstü mevzuatında yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorundadır⁴⁷.

⁴⁶ Handersson, s. 890.

⁴⁷ Gonzalo, s. 341.

Örnek olarak, AB’de zorunlu olan Roma I Tüzüğü’nün 4. maddesine göre esas hukukun seçiminde eğer taraflar tarafından esasa uygulanacak hukuk belirtilmemişse, hakem heyeti, sözleşmenin türüne göre bu Tüzükte öngörölmüş kurallar uygulamak zorundadır.

Mesela, Roma I Tüzüğü’nde aşağıdaki kurallar düzenlenmektedir:

- 1) *“Mal satış sözleşmesinde olan taraflar arasındaki ilişki satıcının ikamet ettiği ülkenin hukukuna tabidir;*
- 2) *Hizmet sözleşmesinde olan taraflar arasındaki ilişki, hizmet sağlayıcının sürekli ikametgâhı olduğu ülkenin hukukuna tabidir;*
- 3) *Taşınmaz mal ile alakalı kira sözleşmelerinde ya da taşınmaz mala karşı üçüncü kişilerin hakları doğabilecek olan sözleşmelerinde olan taraflar arasındaki ilişki bu taşınmaz malının bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir...*
- 4) *Bir bayilik sözleşmesinde olan taraflar arasındaki ilişki bayilik sahibinin ikamet ettiği ülkenin hukukuna tabidir;*
- 5) *Bir dağıtım sözleşmesinde olan taraflar arasındaki ilişki dağıtıcının ikamet ettiği ülkenin hukukuna tabidir;*
- 6) *Açık artırma ile malların satışı için yapılan sözleşmede olan taraflar arasındaki ilişki, açık artırmanın gerçekleştiği ülkenin hukukuna tabidir eğer böyle bir yer tespit edilebiliyorsa”⁴⁸.*

AB hukukunda karmaşık sözleşmelerde, sözleşmenin karakteristik edim borçlusu olan tarafın ikamet ettiği ülkenin hukuku esasa uygulanacak hukuk olarak belirlenmiştir. Aynı zamanda davanın tüm koşullarından açıkça anlaşıldığı takdirde sözleşmenin diğer ülke ile daha yakın bir şekilde bağlantılı olması durumunda bu ülkenin hukuku uygulanmaktadır⁴⁹.

Görüldüğü üzere taraflar, tahkim yeri hukukuna göre (lex fori) engellenmemiş ise, esasa uygulanacak hukukun seçiminde serbesttir. Ancak esasa uygulanacak bu

⁴⁸ Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuku Dair Tüzüğü (Roma I), madde 4.

⁴⁹ Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuku Dair Tüzüğü (Roma I), madde 4.

hukuk, taraflar arasındaki anlaşmazlığın en uygun şekilde çözümünü sağlamalıdır ve sözleşmenin uygulanmasına yardımcı olmalıdır.

Bununla birlikte, bir tahkim yargılaması sırasında karmaşık durumlarda birkaç tane tahkim anlaşması ve esasa ve usule uygulanacak hukukunun seçimi yer alabilmektedir. Bu durumda ICC Tahkim Kuralları'nın 9.uncu maddesine göre aşağıdaki hükümler yer almaktadır:

“Birden fazla sözleşmeden doğan veya o bağlantılı olan talepler, Tahkim Kuralları uyarınca bir veya birden fazla tahkim sözleşmesine bağlı olarak ileri sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın, tek bir tahkim davası içerisinde ileri sürülebilmektedir”⁵⁰.

Anlaşmazlık çözümü sırasında hakem heyeti, seçilmiş esasa veya usule uygulanacak hukuk ile sınırlanmış olmaktadır. Ancak bir tahkim sürecinde esasa ve usule uygulanacak hukuk olarak farklı ülkelerin hukuku seçilmiş olan çeşitli sözleşmelerin olması mümkündür, bu durumlarda çeşitli tahkim anlaşmaları farklı şeyler söylese bile böyle sözleşmeler aynı tahkim sürecinde toplanıp aynı tahkim kurallarına göre ileri sürülebilmek de mümkün olmaktadır.

Bazı durumlarda seçilen ülkenin hukuk sisteminde tarafların ulusal sistemlerine ilişkin genel ilkelerin veya uluslararası ya da uluslar üstü ilkelerin seçilmiş uygulanacak hukuk ile beraber uygulanmasına izin verebilmektedir. Uluslararası Ticari Sözleşmelerin UNIDROIT İlkelerinin önsözünde bu ilkeler şu şekilde uygulanmaktadır:

“Taraflar, sözleşmelerinin genel hukuk ilkeleri, lex mercatoria ya da benzerleri tarafından yönetildiğine karar verdikleri takdirde bu ilkeler uygulanabilmektedir,

⁵⁰ ICC 2017 Tahkim Kuralları ve 2014 Arabuluculuk Kuralları, y.y., 2017, madde 9, (Çevrimiçi), <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

ancak bu ilkeler ulusal hukuku yorumlamak ya da tamamlamak taraflarca ya da tahkim kurulu tarafından kullanılabilir”⁵¹.

Padova'da yer alan bir İtalyan mahkemesinde görülen davasında olduğu gibi UNIDROIT ilkeleri, *lex mercatoria* ya da Malların Uluslararası Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) uygun bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir⁵². Çeşitli hukuk sistemlerde esasa uygulanacak hukuka aynı görüş bulunmaktadır. Bu nedenle UNIDROIT ilkeleri geçerli esasa uygulanacak hukuk olarak taraflar tarafından tek başına seçilemez (UNIDROIT ilkelerinin metinde de bu ilkeler, esasa uygulanacak hukuka yardım eden enstrümanı olarak tanınmaktadır⁵³), fakat bu ilkeler, taraflarca seçilmiş tahkim yerinin ya da esasa veya usule uygulanacak hukuka ait devletin hukuk sistemine girdiğinde tahkim yargılaması sırasında uygulanabilmektedir.

Tezin sonraki bölümlerinde de gösterileceği gibi; uluslararası ilkeler, UNIDROIT ilkeleri, *lex mercatoria* ve uluslar üstü kurallar (bazı durumlarda tahkim yerinin ülkesi uluslararası anlaşmalarını imzalamasa bile) tahkim sırasında uygulanacak uluslar üstü kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralların belirlenmesinde rol oynayabilmektedir.

Bununla birlikte hakem heyeti, taraflarca uygulanacak hukukun seçiminin hakem heyetine bırakıldığı durumlarda tahkim yargılama sürecine uygulanacak hukukun seçiminde (usule veya esasa uygulanacak hukukun seçiminde) çeşitli yöntemler kullanabilmektedir⁵⁴.

⁵¹ **Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin UNIDROIT İlkeleri**, Uluslararası Özel Hukuk Birleştirme Enstitüsü, y.y., 2016, önsöz, (Çevrimiçi), <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

⁵² Tribunale Padova, *Ostroznik Savo v. Eurotrafic s.r.l.*, 11.01.2005, (Çevrimiçi), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1004&step=Abstract>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018); Ceyda Sural, **Respecting the Rule of Law: the UNIDROIT Principles in National Courts and International Arbitration**, 14 VJ, y.y. 2019, s. 251, (Çevrimiçi), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sural.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

⁵³ Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin UNIDROIT İlkeleri, önsöz.

⁵⁴ Markus A. Petsche, **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, Private International Law, S.R. Garimella and S. Jolly (ed.), Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2017, s. 24, (Çevrimiçi), http://www.springer.com/cda/content/document/cda_downloaddocument/9789811034572-c2.pdf?SGWID=0-0-45-1599781-p180514578, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

Bu yöntemler aşağıdaki şekillerde bulunabilmektedir:

- 1) “Lex fori” veya tahkim yerinin ulusal hukukun uygulanması (genel olarak bir ülke tarafından düzenlenen uluslararası ticari tahkime uygulanan ulusal yasalar ve tüzükler). Götaverken davasında olduğu gibi Paris'te bulunan hakem heyeti, Libya'da ve İsveç'te bulunan taraflar arasındaki anlaşmazlığın çözümde usule uygulanacak hukuk olarak Fransa hukukunu seçmektedir⁵⁵;
- 2) Davayla bağlantılı olan ulusal yasaların birikimli uygulanması (hakem heyeti, ulusal yasaların ortak usul normlarını ve tarafların ülkelerin uluslararası ticaret tahkimini düzenleyen tüzüklerini ve yasalarını analiz etmektedir). ICC'nin 6281 numaralı davasında olduğu gibi, Fransa'daki hakem heyeti, Yugoslavya ve Mısır'da bulunan taraflar arasındaki anlaşmazlığın çözümde Fransa, Mısır ve Yugoslavya'nın kanunlar ihtilafı normlarını analiz ederek bu üç farklı yargı sisteminin bağlantı unsurlarını bulup Yugoslav hukukunun esasa uygulanmasına karar vermektedir⁵⁶;
- 3) Tahkime ait genel ilkelerin uygulanması. Örneğin, Roma'da bulunan hakem heyeti, Türkiye ve Avusturya'da ikamet eden taraflar arasındaki anlaşmazlığın çözümünde Türk hukukunu uygulama kararı almaktadır, ancak uluslararası sözleşmelerde belirtilen uluslararası özel hukukun genel ilkelerine uygun olarak olduğu takdirde⁵⁷.

Yukarıda değinilenlere göre taraflar, hukuk seçiminin aşamasını (esas hukuku, tahkim usulüne uygulanacak hukuk, kararın tenfizine uygulanacak hukukun seçiminde) etki gösteren kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralları

⁵⁵ Cour d'appel de Paris, AB Götaverken v. General National Maritime Transport Company (GMTC), as legal successor of Libyan General Maritime Transport Organization (GMTO), ICC Dava No. 2977, 2978 ve 3033, 21.02.1980, (Çevrimiçi), http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=111, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

⁵⁶ ICC, Mısır Şirketi (alıcı) v. Yugoslav Şirketi (satıcı), ICC Dava No. 6281, 26.08.1989, (Çevrimiçi), <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/896281i1.html>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018),

⁵⁷ ICC, Alıcı (Avusturya) v. Satıcı (Türkiye), ICC Dava No. 6527, 1991, (Çevrimiçi), https://www.trans-lex.org/206527/_icc-award-no-6527-of-1991-yca-1993-at-44-et-seq/, (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

dikkatli bakması gerekmektedir. Bunun için aşağıdaki durumların hesaba katılması gerekmektedir:

- 1) Bir sözleşmenin veya sözleşme dışı olan ilişkilerin çok taraflı olabilmesi (farklı devletlerde ikamet eden üç ve daha fazla taraflar katılması durumunda);
- 2) Karışık konu olan sözleşmelerde ve sözleşme dışı olan ilişkilerde karmaşık ilişkilerin olabilmesi (farklı tür sözleşmelerin özelliklerini taşıyan sözleşmeler ve ilişkiler);
- 3) Seçilmiş esasa veya usule uygulanacak hukukta genel hukuk ilkelerinin veya uluslar üstü hukukun kullanabilmesinin imkânı.

Yukarıda belirtilen durumlarda farklı hukuk sistemlerinden doğan doğrudan uygulanan kurallar, uygulanacak hukukun seçiminde taraflar arasında olan ilişkileri etkilemektedir. Bu yüzden kapsamlı vakalarda sadece tahkim yeri hukukundan (lex fori) kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar değil (elbette, çoğunlukla tahkim kurulu tahkim yeri hukukundan (lex fori) doğan doğrudan uygulanan kuralları kabul etmektedir) bütün etkili hukuk sisteminden kaynaklayabilen doğrudan uygulanan kuralları hesaba katılmak önemli olmaktadır.

1.3. Tahkim Yerinin Seçiminde ve Usule Uygulanacak Hukukun Seçiminde Patolojik Tahkim Anlaşması

Patolojik tahkim anlaşması, geçerli kurallar dışında yapılan, fakat ilgili mahkeme ya da hakem heyeti tarafından geçerli olarak kabul edebilen eylemsiz veya gerçekleştirilemez olan tahkim şartı ya da tahkim anlaşmasıdır. Mevcut bölümde açıklanacak olan patolojik tahkim anlaşması, tahkim yargılamasına çeşitli hukuk sistemden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralları getirebilmektedir.

Kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar, önceki bölümde gösterildiği gibi uygulanacak hukukun ve tahkim yerinin seçimi sırasında etkili olabilmektedir. Aynı zamanda kanunlar ihtilafı ve uygulanacak hukuk seçiminden ve tahkim yerinin seçiminden kaynaklanan diğer sorunlar, bir tahkim sürecinde çeşitli

hukuk sistemlerinin uygulanmasını (tahkim yeri, esas hukuku ve usul hukuku farklı hukuk sisteminden kaynak alınca) sağlanmaktadır.

Sözleşmede patolojik tahkim anlaşmasının var olduğu, doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını ve doğrudan uygulanan kuralların hakem heyeti tarafından değerlendirileceğini (kurumsal hakem, doğrudan uygulanan kuralların farklı tanımı olan ve farklı başvuru sürecine sahip olan bir ülkenin diğer kurumların tahkim kurallarını kullanması halinde) etkileyebilmektedir.

Bu yüzden mevcut bölümde uluslararası mevzuatı, kurumsal tahkim kuralları ve uluslararası içtihadı inceleyerek tahkim anlaşmasında yer alan kanunlar ihtilafı, patolojik tahkim anlaşması olduğunu ve diğer sorunların çözebilme yolları gösterilmektedir.

Önceki bölümlerde söylendiği gibi tahkim yeri ve tahkime uygulanacak usul hukuku genel olarak taraflarca tahkim anlaşmasında seçilmektedir. Bununla birlikte tahkim yerinin seçimi bazı durumlarda esasa ve usule uygulanacak hukuku etkilemektedir ve vice versa. Mevcut bölümde böyle etkiyi daha detaylı açıklanmaktadır.

UNCITRAL Model Kanunu'nda belirtilen tahkim anlaşmasının tanımı şunları belirtmektedir:

“sözleşmeli veya sözleşmeyle tanımlanmamış bir hukuki ilişki bakımından taraflar arasında ortaya çıkan veya ortaya çıkabilecek olan tüm anlaşmazlıkların çözüme ulaşması için tahkim yoluna başvurabileceğine ilişkin bir anlaşmadır”⁵⁸.

Elbette, değişik ülkelerin kurumsal tahkim kurallarında ve ulusal kanunlarında tahkim anlaşmasını tanımlamaktadır, ancak bu tanımlar UNCITRAL'ından kaynaklanmaktadır.

Görebildiğimiz gibi taraflar, uyuşmazlığın yürütülmesi için tahkime uygun usul hukuku ve tahkim yerini seçme konusunda serbesttir, ancak bazen böyle bir irade

⁵⁸ UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Dair Model Kanunu, madde 7.

özerkliği, hakem kararının icrasını ya da tahkim anlaşmasının geçerliğini etkileyen sorunlara neden olabilmektedir.

New York Sözleşmesi'ne göre “*tahkim anlaşması hakem heyeti tarafından “geçersiz” ya da “eylemsiz veya gerçekleştirilemez” olarak kabul edilebilmektedir*”⁵⁹.

Hükümsüz ve geçersiz sözleşmelerden kaynaklanan sonuçlar açıktır - tahkim anlaşmasının geçersizliğine neden olmaktadır, fakat “eylemsiz veya gerçekleştirilemez” olan tahkim şartları ya da tahkim anlaşmaları, ilgili mahkeme ya da hakem heyeti tarafından geçerli olarak kabul edebilmektedir, ancak böyle anlaşmalar hakem kararının tenfizinin ve uyuşmazlık çözüm sürecinin yürütülmesini zorlaştırabilmektedir. Bu tahkim anlaşmaları “patolojik” olarak adlandırılmaktadır.

İlk olarak “patolojik tahkim anlaşması” tanım olarak 1974 yılında Frederic Eisemann tarafından kullanılmaktadır ve o zamandan beri uluslararası tahkim sözlüğünün ayrılmaz bir parçası haline gelmektedir⁶⁰.

Patolojik tahkim anlaşması aşağıdaki şekillerde bulunabilmektedir ⁶¹:

- 1) Taraflar, mevcut olmayan tahkim kuruluna veya mevcut olmayan tahkim kurallarına atıfta bulunmaktadır (yanlış yazılmış adı olabilmektedir). Örneğin, Pricol Limited vs Johnson Controls Enterprises Limited. & Ors davasında olduğu gibi taraflar, Singapur Ticaret Odası'nı tahkim yeri olarak seçmektedir, ancak Singapur Ticaret Odası bir tahkim kurumu değil⁶². Aynı şekilde Zhe Jiang Yisheng Petrochemical Co. Ltd. vs INVISTA Technologies S.à.r.l. davasında olduğu gibi taraflar, Çince'de olan tahkim yerinin adı tahkim anlaşmasında yanlış yazmaktadır ve bu yüzden mahkeme, tahkim

⁵⁹ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanunu, madde 2.

⁶⁰ Badrinath Srinivasan, **Defective Arbitration Clauses: An Overview**, Indian Institute of Quantity Surveyors Annual Insight, y.y., 2015, s. 52-53, (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2664882>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018); R. Doak Bishop, **A Practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses**, Texas, y.y., s. 19, (Çevrimiçi), <http://hoghooghi.nioc.ir/article/pdf/Practical%20Guide.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.01.2018).

⁶¹ Srinivasan, s. 53.

⁶² Srinivasan, s. 52.

anlaşmasında yazılan Çin'de olan tahkim yerinin İngilizce kısaltmasını kullanmaya karar vermektedir⁶³;

- 2) Mevcut olmayan hakemlere atıfta bulunmaktadır. Örneğin, ACC Limited vs Global Cements Limited davasında olduğu gibi taraflar, anlaşmazlık çözüm gerektiğinde vefat ettiği hakemi tahkim anlaşması ile tayin etmektedir⁶⁴;
- 3) İsteğe bağlı (ihtiyari) tahkim anlaşması. Bu tür tahkim anlaşmasında taraflar, belirli bir tahkim kuruluna ya da ulusal mahkemeye atıfta bulunmaktadır veya sadece bir tarafa tahkime başvurusunda bulunma hakkı vermektedir. Örneğin, Rus Ulusal Telefon Şirketi vs Sony Ericsson Mobile Communications davasında olduğu gibi Yüksek Mahkeme, isteğe bağlı tahkim anlaşmasını geçersiz olarak kabul etmektedir⁶⁵ ya da Naviera Amazonica Peruana SA vs Compania Internacional de Seguros del Peru davasında olduğu gibi, taraflar, Londra'da ve Peru'daki Lima şehrinin mahkemeleri tahkim yeri olarak seçmektedir⁶⁶;
- 4) Hibrit tahkim anlaşması. Bu türde taraflar, bir tahkim kurulunu tahkim yeri olarak seçmektedir, fakat uyuşmazlık çözümünü yönetmek için diğer tahkim kurulunun usul hukukunu seçmektedir. Bu tür tahkim anlaşması aşağıda daha ayrıntılı şekilde incelemektedir.

Tahkim anlaşmasında tahkim yeri ve uygulanacak usul hukukunun seçiminde dikkate alınması gereken birçok konu vardır. Ancak birçok durumda daha önceki bölümlerde açıklandığı gibi tahkim yeri seçerken bu tahkim yerinin kurallarına göre

⁶³ Sean Webb vb., Zhe Jiang Yisheng Petrochemical Co., Ltd. v. INVISTA Technologies S.à.r.l., a Case of an Application to Affirm the Invalidity of an Arbitration Clause, **China Guiding Cases Project**, Stanford Law School, 2016, s.3, (Çevrimiçi), <https://cgc.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/2/2016/11/B-and-R-TC6-English.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

⁶⁴ High Court, ACC Ltd. v. Global Cements Ltd., 7 SCC 71, MANU/SC/0489/2012, 2012 (Çevrimiçi), http://www.supremecourtcases.com/index2.php?option=com_content&itemid=99999999&do_pdf=1&id=24629, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

⁶⁵ Vishshiy Arbitrazhniy Sud Rossiyskoy Federaziyi, Russkaya Telefonnaya Kompanya v. Sony Ericsson Mobile Communications (Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, ЗАО «Русская Телефонная Компания» и Сони Ерикссон Мобайл Коммуникешнз), Dava No. № 1831/12, 2012, (Çevrimiçi), http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_98128cf5-b3ac-4955-b3ea-05de9221a392, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

⁶⁶ Richard Garnett, **Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration Clauses**, Journal of Private International Law Vol. 9 No. 3, 2013, y.y., s. 361, (Çevrimiçi), <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW161/garnett2013.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

kurumsal merkezlerin usul kurallarının kullanmasına izin verip vermeyeceğini öğrenmek faydalı olabilmektedir.

Söylendiği gibi, Londra Uluslararası Tahkim Merkezi, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi veya Frankfurt Uluslararası Tahkim Merkezi gibi kurumsal tahkim merkezleri onun yapısını, bu tahkim kurulunda olan özel şartları veya hakem vasfını kabul edilmek üzere kendi tahkim kurallarına sahiptir. Bu yüzden farklı yapıda olanlar tahkim kurulu tarafından bu tahkim kuralları kullanılması halinde tahkim sürecinde ya tahkime bağlı teknik konularda ya da hakem kararının tenfizinde sorun çıkabilmektedir.

ICC Tahkim Kuralları, ICC tahkim merkezi itibarlı tahkim yeri olduğu için birçok durumlarda taraflarca tahkim usulüne uygulanacak hukuk olarak seçilmektedir. Ancak taraflar, ICC'nden farklı olan tahkim yeri seçince ICC Tahkim Kuralları özel bir usul hukuku olduğu için tahkim anlaşmasının geçersizliğine adım atmış olabilmektedir.

ICC Tahkim Kuralları, onun uygulanmasından doğan sorunları çözmek için, 2012'de kabul edilen ICC Tahkim Kuralları'nın yeni redaksiyonundan başlayarak, aşağıdaki hükmü içermektedir:

“ICC tahkim merkezi, ICC Tahkim Kuralları uyarınca, verilen hakem kararlarının incelenmesi ve onaylanması da dâhil olmak üzere, tahkim sürecini yürütme yetkisine sahip tek kurumdur”⁶⁷.

Bahsedilen maddeye rağmen temel olarak ICC Tahkim Kurallarının diğer tahkim kurumları tarafından uygulanmasına herhangi bir yaptırım ya da uluslararası kurallar bulunmamaktadır. Böyle bir durumda uygulanacak usul hukukunun ve tahkim yerinin seçiminde tarafların irade özerkliği ilkesine dayanarak ICC Tahkim Kuralları'nın uygulanıp uygulanmayacağını yalnızca tarafların iradesiyle veya tahkim yerinin kuralları ile bağlıdır.

⁶⁷ ICC 2017 Tahkim Kuralları ve 2014 Arabuluculuk Kuralları, madde 1.

Yukarıda belirtilen durumlar dikkate alındığında ICC Tahkim Kuralları'nın diğer tahkim kurumları tarafından uygulanmasıyla ilgili birçok sorun bulunmaktadır. ICC Tahkim Kuralları uygulanacak usul hukuku olarak ve ICC olmayan tahkim kurulu tahkim yeri olarak seçilen patolojik tahkim anlaşmasına hakem heyetlerinin görüşleri aşağıdaki içtihatla açıklanmaktadır.

Rusya Federasyonu Hükümeti vs Badprim S.R.L. davasında taraflar, tahkim yeri olarak Ticaret ve Sanayi Odası (Stockholm, İsveç) ve tahkim sürecine uygulanacak usul hukuku olarak ICC Tahkim Kuralları'nı seçmektedir, ancak Rus hükümeti, hibrit tahkim anlaşmasının geçersizliği nedeniyle hakem kararına itiraz etmek için İsveç mahkemesine başvurmuştur⁶⁸. İsveç mahkemesi diğer taraftan, Stockholm Ticaret Odası'nın ICC'nin tahkim kurallarına göre en önemli görevleri yerine getirmesi için gerekli organizasyonlu yapı ve deneyime sahip olmadığını belirtmektedir (örneğin, ICC Tahkim Kurallarında ICC'nin ulusal komitelerine dayanarak hakemlerin atanmasını, diğer ICC tahkim merkezlerinde katılma deneyimlerine dayanarak hakemlerin onaylanması ve hakem kararlarının incelenmesi öngörülmektedir⁶⁹), fakat aynı zamanda ICC Tahkim Kuralları, mevcut tahkim sürecine girmesi için hakem heyeti tarafından uygun olarak değiştirilebilmesine karar vermektedir⁷⁰. Sonrasında da İsveç temyiz mahkemesi, tarafların anlaşmasını takip etmek için böyle bir tahkim kuralların uyarlamasının gerekli olduğunu ve hibrit tahkim anlaşmasının geçersiz olmadığını kabul edilmektedir⁷¹.

Görüldüğü gibi taraflar, hibrit tahkim anlaşması uyguladıklarında Stockholm Ticaret Odası'nın kurallarını geçerli usul hukuku olarak kullanmamaktadır, ancak bunun yerine mevcut hakem heyeti için tam olarak uygun olmayan ICC Tahkim Kuralları kullanmaktadır. Aynı zamanda hibrit tahkim anlaşmasının bu şekilde kullanılması temyiz mahkemesi tarafından geçersiz sayılmamaktadır.

⁶⁸ Stockholm Temyiz Mahkemesi, Rusya Federasyonu Hükümeti v. I.M. Badprim S.R.L, Case T 2454-14, 2015, s. 1, (Çevrimiçi), <https://www.arbitration.sccinstitute.com/Views/Pages/GetFile.ashx?portalId=89&cat=9 5791&docId=2281406&propId=1578>, (Erişim Tarihi: 10.01.2018).

⁶⁹ ICC 2017 Tahkim Kuralları ve 2014 Arabuluculuk Kuralları, madde 13.

⁷⁰ Rusya Federasyonu Hükümeti v. I.M. Badprim S.R.L, s. 3.

⁷¹ Rusya Federasyonu Hükümeti v. I.M. Badprim S.R.L,s. 3.

Gördüğümüz gibi hakem heyeti, hibrit patolojik tahkim anlaşması varsa eğer çözüm olarak taraflar tarafından seçilmiş usul hukuku mevcut tahkim sürecine göre değiştirebilmektedir.

Benzer bir karar Singapur'da yer alan temyiz mahkemesi tarafından Insigma Technology Co Limited vs Alstom Technology Limited davasında alınmaktadır. Söz konusu davaya göre taraflar, patent lisans sözleşmesinde tahkim anlaşması üzerinden tahkim yeri olarak Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi'ni ve tahkim usulüne uygulanacak hukuk olarak ICC Tahkim Kuralları'nı seçmektedir⁷². Ancak anlaşmazlık ortaya çıktığında Alstom Technology Ltd ilk olarak ICC'ye Singapur'da yer alan tahkim merkezine başvuruda bulunmaktadır, fakat Insigma Technology Co Limited, tahkim anlaşması ihlal ettiği için böyle bir talebi desteklememektedir⁷³. Alstom Technology Ltd'nin kararlaştırılan tahkim merkezine başvurmasından sonra ve onun talebi üzerine Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi, tahkim sürecindeki temel hükümlere kılavuz olarak kullanılan ICC Tahkim Kuralları ile birlikte kendi tahkim kurallarını uygulayacaklarını belirtmektedir⁷⁴. Öte yandan temyiz mahkemesi, hibrit tahkim anlaşmasını geçerli olduğuna ve tahkim sözleşmesinde öngörülen şekilde hakem heyetinin kurulması ve düzenlenmesine karar vermiştir⁷⁵. Bu karardan anlaşılacağı üzere mahkeme, tarafların hibrit patolojik tahkim sözleşmesi yapabileceklerini kabul etmiştir.

Gördüğümüz gibi hakem heyeti, hibrit patolojik tahkim anlaşması var olması halinde çözüm olarak taraflar tarafından seçilmiş usul hukuku tahkim yerine ait olan usul hukuku ile beraber kullanabilmektedir.

ICC Tahkim Kuralları'nın hibrit tahkim anlaşmasına uygulanması, her zaman sorun çıkarmamaktadır. Zhe Jiang Yisheng Petrochemical Corporation vs INVISTA Technologies S.à.r.l. davasında taraflar, tahkim anlaşmasında tahkim yeri olarak Çin Uluslararası Ekonomik Ticaret Tahkim Merkezi'ni seçmiş, tahkim sürecini düzenleyen

⁷² Singapur Temyiz Mahkemesi, Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd, Dava No. CA 155/2008, 02.06.2009, s.2, (Çevrimiçi), <http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/court-of-appeal-judgments/13850-insigma-technology-co-ltd-v-alstom-technology-ltd-2009-3-slr-936-2009-sgca-24>, (Erişim Tarihi: 11.01.2018).

⁷³ Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd, s. 4.

⁷⁴ Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd, s. 5.

⁷⁵ Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd, s. 5.

usul hukuku olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları'nı seçmiştir⁷⁶. Yüce Halk Mahkemesi, hibrit tahkim anlaşmasının geçersiz olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir⁷⁷.

Gördüğümüz gibi, hakem heyeti ya da hakem kararının tenfizinde bulunan ulusal mahkeme, hibrit patolojik tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna da karar verebilmektedir.

Bu nedenle önceki davalardan patolojik tahkim anlaşmasının taraflarca kullanılabilmesini ve böyle kullanım tahkim anlaşmasının her defa geçersizlik taşımadığını gösterebilmektedir. Özellikle ICC Tahkim Kuralları'nın ICC tahkim süreci dışında kullanıldığı durumlarda hakem heyeti, ICC Tahkim Kuralları'nı özel duruma uyarlayabilmektedir.

Aynı zamanda taraflar, tahkim yeri olarak ICC'ni seçmesi halinde ICC Tahkim Kuralları'nı tarafların anlaşmasına göre uyumsuzluğun çözmesi için daha uygun bir şekilde değiştirebilmektedir. Aslında bu durumlarda ICC, taraflarca değiştirilen maddeler ICC tahkimi için temel olduğunda böyle bir tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu tanımlayabilmektedir⁷⁸. Örneğin, ICC, tahkim sürecinin taraflar için bağlayıcı olmadığı öngörülen tahkim anlaşması ile ICC Tahkim Kuralları'na yapılan değişiklikleri kabul etmemektedir⁷⁹.

Bununla birlikte, patolojik tahkim anlaşmasını kullanılırken hibrit tahkim şartının geçerliliğini güvence altına alınması için seçilen usul hukuku ve lex fori'nin kuralları dikkate alınarak farklı yargı alanlarından etkilenebilecek doğrudan uygulanan kuralların uygulanma konusunda mahkeme uygulamalarının incelemesi önemlidir.

Patolojik tahkim anlaşmasının kullanım sırasında en basit ticari ilişkilerde en az üç farklı hukuk sistemi yer almaktadır (esas hukuku, usul hukuku ve lex fori). Daha kapsamlı durumlarda (geçen senede ICC'nde büyük miktarda çok taraflı davalar göz önüne alınarak) tahkim sürecinde daha fazla hukuk sistemi katılabilme ihtimal vardır. Bu durumlarda katılan bütün hukuk sistemleri tahkim sürecini ve hakem kararının

⁷⁶ Webb vb., s. 4.

⁷⁷ Webb vb., s. 4.

⁷⁸ Doak Bishop, s. 17.

⁷⁹ Doak Bishop, s. 17.

geçerliliği üzerinde etkisi olan kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralları üretebilmektedir.

1.4. Esasa Uygulanacak Hukukta İstikrar Maddesi

Önceki bölümde kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların esasa ve usule uygulanacak hukukun seçimi sırasında nasıl etkileyeceğini gösterilmektedir. Esas hukukun seçiminde uluslararası ve ulusal hukukun uygulanması tahkime bazı sorunlar getirebilmektedir. Bu nedenle ticari faaliyetleri ve uyuşmazlık çözümünü güvence altına almak için mümkün olan tüm tedbirleri hesaplamak önemlidir.

Mevcut bölümde uluslararası mevzuatı inceleyerek bazı durumlarda istikrar maddesi kullanarak kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralların (özellikle uluslararası yatırım sözleşmelerinde) uygulanmasının taraflarca sağlanabileceği gösterilmektedir.

İlk olarak istikrar maddesinin ne olduğundan bahsetmek gerekmektedir. İstikrar maddesi, yatırımcıları kanun ve yasal düzenleme değişikliklerinden koruyan hükümler olarak tanımlanmaktadır⁸⁰.

1970-1980'lerde kamulaştırma sürecinin yaygınlaşmasından sonra doktrinde istikrar maddesine dair tartışmalar başlamaktadır⁸¹. Bu tartışmada uygulanacak hukuku dondurabilen istikrar maddesini sözleşmeyi etkileyebilecek olan devlet eylemlerinden (kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallardan) korunması için sözleşmeye getirilip getirilemeyeceğini incelenmektedir⁸².

⁸⁰ Katja Gehne ve Romulo Brillo, **Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment**, Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center, 2017, s. 6, (Çevrimiçi), http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/Beitraege_TWR/Heft%20143.pdf, (Erişim Tarihi: 10.01.2018).

⁸¹ Gehne ve Brillo, s. 7.

⁸² Emmanuel Gaillard, **the Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law**, the Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, Juris Publishing, 2004, s. 186, (Çevrimiçi), http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2004/01/The-Role-of-the-Arbitrator-in-Determining-the-Ap /Files/IA Applicable-Law Arbitrators-Guide_040308_06/FileAttachment/IA_Applicable-Law_Arbitrators-Guide_040308_06.pdf, (Erişim Tarihi: 06.01.2018).

Uluslararası Finans Kurumu ve Birleşmiş Milletlerdeki (BM) Genel Sekreterin İş ve İnsan Hakları için Özel Temsilcisi tarafından 2009 yılında yürütülen çalışmada dünya çapında değişik ülkelerdeki istikrar maddelerini ve bunların etkilerini incelenmektedir. Söz konusu olan çalışmaya göre istikrar maddesi, yatırımcılar ve devletler arasında olan özel yatırım sözleşmelerin geçerliliği süresinde bir devletin kanununun değişikliklerine katkı sağlayan madde olarak açıklanmaktadır⁸³.

Gördüğümüz gibi, aslen istikrar maddesi uluslararası yatırım sözleşmelerinde kullanılmaktadır. Devlet, yabancı yatırımcı ve devlet arasında olan yatırım sözleşmesinde daha güçlü taraf olduğundan dolayı böyle sözleşmelerde tarafların hakları ve yükümlülüklerinde denge sağlanması için istikrar maddesi kullanmak faydalı olabilmektedir. Ancak bazı yazarlar, özel durumlarda uluslararası ticari sözleşmelerde de istikrar maddesinin kullanılmasının mümkün olduğunu savunmaktadır.

İstikrar maddesinin konusu, ticari ilişkilerde uygulanan doğrudan uygulanan kuralların üzerinde etkili olabilmektedir ve çoğunlukla yatırımcıların yatırım sözleşmelerinde devlet müdahalesinden, devlet tarafından kabul edilen ayrımcılık uygulanan yeni yasalardan, kamulaştırmadan korunmasını amaçlayabilmektedir⁸⁴. Bu yüzden mevcut tez çalışmasında kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların etkisinin kontrol altına alınması için istikrar maddesinin uluslararası ticari sözleşmelerde kullanabilip kullanamayacağını incelenmek önemlidir.

İlk olarak istikrar maddesinin türüne göre istikrar maddesinin özellikleri ve etkisi, istikrar maddesinin taraflarca kullanabilme yolları açıklamak gerekmektedir.

⁸³ Andrea Shemberg, **Stabilization Clauses and Human Rights**, A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights, y.y., 2009, s.4., s. 23, (Çevrimiçi), <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES>, (Erişim Tarihi: 07.01.2018).

⁸⁴ Shemberg, s. 4.

Uluslararası doktrinde yer alan sınıflandırmaya göre ticari sözleşmelerde üç tür istikrar maddesi olduğunu belirtilmektedir:

- 1) “Donduran” modeller (“freezing” clause). Bu tür istikrar maddesi, sözleşme süresi içinde taraflar arasında olan ilişkileri belirli bir devletin kanunların etkisi “dondurmaktadır”;
- 2) Ekonomik denge sağlayan modeller (economic equilibrium clause). Bu tür istikrar maddesi, “donduran” modellerden farklı olduğu gibi yeni kanunları “dondurmaz”. Ancak bu tür istikrar maddesi, tarafların sözleşmeyi imzaladıktan sonra geçerli yasalarda değişiklik olması halinde devletten yatırımcıya tazminatın (özel tarifeler, vergi muafiyeti vb.) verilmesi gerekeceğini savunmaktadır;
- 3) Hibrit modelleri (hybrid clause). Bu tür istikrar maddesi, geçerli yasadaki değişikliklerden önce yatırımcının sahip olduğu pozisyona geri dönmesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁵.

Yazar, mevcut tez uluslararası tahkime pratik yaklaşıma odaklandığı için aşağıdaki içtihadı analiz ederek istikrar maddesinin ana uygulama yönleri açıklamaktadır.

Yayınlanmamış ICC’nin No. 4961 davasında olduğu gibi Cezayir’deki bir devlet kuruluşu ve küresel krizden etkilenen sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getiremeyen Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) şirketi arasında yapılan uzun vadeli bir doğal gaz tedarik sözleşmesinden doğan uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Uygulanacak Cezayir hukukunu (o zamanda Cezayir Medeni Kanunu Fransız Medeni Kanunu’na dayanmaktadır) “donduran” istikrar maddesi, bu uyuşmazlığın konusu olan sözleşmede bulunmaktadır⁸⁷. Aynı zamanda uygulanacak hukuk, tarafların sözleşmeye girmeleri sırasında söz konusu olan sözleşmede istikrar maddesi içermesine izin vermemektedir, ancak sözleşmenin imzalanmasından sonra

⁸⁵ Shemberg, s. 26.

⁸⁶ Gaillard, s. 187.

⁸⁷ Gaillard, s. 187.

Cezayir Medeni Kanunu, tarafların istikrar maddesi getirmesine izin vererek (Mısır Medeni Kanunu'nun temel olarak alınması ile) değişmektedir⁸⁸. Bu nedenle hakem heyeti için istikrar maddesinin geçerli olup olmadığının belirlenmesi bu dava için çok büyük önem taşımaktadır⁸⁹.

Gördüğümüz gibi, bazı hukuk sistemlerine göre istikrar maddesinin sözleşmede kullanılma ihtimalinin uygulanacak hukukta belirtilmesi şarttır. Ancak aşağıda açıklandığı gibi hakem heyeti, istikrar maddesinin kullanımına uluslararası ilkelerine dayanarak izin verebilmektedir.

Bu durumlarda esas hukukunda istikrar maddesinin getirme imkânı öngörülmemiş ise, hakem heyeti, yabancılara devletler tarafından yapılan tedbir kararından koruyan uluslararası kamu hukuku ilkesi uygulanabilmektedir⁹⁰. *Revere Copper vs Incorporated-Overseas Private Investment Corporation* vakasında olduğu gibi seçilmiş Jamaika hukukunda yatırım sözleşmesine istikrar maddesi ekleme imkânı vermemektedir, ancak hakem heyeti, uluslararası hukuk ilkesini uygulanarak istikrar maddesinin geçerliğine izin vermektedir⁹¹.

Bununla birlikte uluslararası hukuk kurallara göre istikrar maddesi ile ilgili bazı opt-in prosedürleri öngörülmektedir. Mesela, Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi'nin 27. maddesine göre (Viyana Sözleşmesi) *“Bir taraf bir andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz⁹²”*. Aynı zamanda Viyana Sözleşmesi'nin 46. maddesine göre:

“Bir devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğer ki ihlal aşikar ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun... Bir ihlal, söz konusu

⁸⁸ Gaillard, s. 188.

⁸⁹ Gaillard, s. 188.

⁹⁰ Gehne ve Brillo, s.5.

⁹¹ Gehne ve Brillo, s.5.

⁹² **Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi (eklerle)**, Treaty Series, y.y., 1969, madde 27, (Çevrimiçi), <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.01.2018).

*meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşıkardır*⁹³.

Bu nedenle Viyana Sözleşmesi'nin tarafı olanlar ülkelerinde yer alan yatırımcılar ya da taraflar, bir devletin yeni kanunların insan haklarını, anayasal prosedürleri, iktidarı ayrıştırma gibi temel alanların yönetilmesini amaçlamadığı sürece söz konusu Viyana Sözleşmesi'nin hükümlerine dayanarak ortaya çıkan ulusal kanunlardan kendini korumak için istikrar maddesi kullanabilmektedir.

Görüldüğü gibi taraflar, kendi çıkarlarını kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların etkisinden korumak için tahkim yerine ait ülkenin ulusal hukukunda öngörülmüş ise ya da taraflarından birinin ülkesi Viyana Sözleşmesi'ne taraf ise veya uluslararası ilkeleri kullanarak istikrar maddesini kullanabilmektedir. Söz konusu mevzuatlar analiz edilince, istikrar maddesinin sadece yatırım sözleşmeleriyle sınırlı olarak değil, bir tarafı devlet olan bütün uluslararası ticari sözleşmelerde de kullanılabileceğini anlamak mümkündür.

Bazı akademisyenler, istikrar maddesinin bir devletin ulusal egemenliğine müdahale ettiğini savunmaktadır⁹⁴, çünkü istikrar maddesi, bir devletin kamu düzenini etkilemektedir. Özellikle Birleşmiş Milletler Genel Doğal Kaynaklar Üzerindeki Devletlerin Daimi Egemenliği Hakkında 1803 Sayılı Kararına Göre doğal kaynaklar üzerindeki bir devletin egemenliği savunmaktadır⁹⁵, bu yüzden doğal kaynaklar ile alakalı sözleşmelerde (örneğin, yeraltı kaynakların çıkarma sözleşmelerinde) istikrar maddesinin kullanılması sınırlı olmaktadır.

Ancak doktrinde istikrar maddesinin kullanılması, hem yatırım sözleşmelerinde hem bir tarafı devlet olan uluslararası sözleşmelerde çok tartışmalı bir konudur. Bir yandan istikrar maddesi, yatırım faaliyetlerini güvence altına almaktadır, yatırımcıları hakem kararlarını etkileyen doğrudan uygulanan kuralların belirli bir kısmından koruyabilmektedir ve ortaya çıkan anlaşmazlıkların hızlı çözümü

⁹³ Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi, madde 46.

⁹⁴ Gehne ve Brillo, s.4.

⁹⁵ **Doğal Kaynaklar Üzerindeki Devletlerin Daimi Egemenliği Üzerine BM Genel Kurulu Kararı 1803**, y.y., 1803, madde 1, (Çevrimiçi), http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803%28XVII%29, (Erişim Tarihi: 10.01.2018).

sağlanabilmektedir, öte yandan böyle bir istikrar maddesi, taraflara kamu düzenine karşı hareket etme serbestliği sunabilmektedir.

Aynı zamanda her devlet kanunlarını zamanla değiştirmekle yükümlüdür. Parkering vs Litvanya davasında olduğu gibi ICSID tahkim merkezinin görüşüne göre bir devlet yasama yetkisini kullanma hakkına sahip olduğunu ve bu yüzden istikrar maddesinin olmasına rağmen bir devlet her zaman kanunlarına değişiklik getirmekle yükümlü olduğunu savunmaktadır, bu nedenle yatırımcı de bir kanunun zamanla değişeceğini bilmelidir⁹⁶.

Gördüğümüz gibi, aslen istikrar maddesi dengesiz kamu düzeni olan ülkelerle yatırım anlaşmaları sağlamak için doktrine getirmektedir, fakat günümüzde bazı yatırımcılar ya da taraflar, kendi çıkarlarını korumak için bir devletin kamu düzenine karşı bu maddeyi kullanabilmektedir. İstikrar maddesinin, gelişmekte olan ekonomilerin yarattığı dengesiz kamu düzeninden korunma amacı ile ortaya çıktığını ve bu yüzden uluslar üstü kamu düzenine ve uluslararası ilkelere uyum sağlayan bir devletin yeni kanunlarına karşı bu maddenin kullanılmayacağını belirtmek önemlidir.

Yukarıda belirtilmiş olan Uluslararası Finans Kurumu'nun çalışmasına göre, Kuzey Afrika ülkelerinde bulunan kuruluşlarla yapılan sözleşmelerin çoğu, özellikle yeraltı kaynakların çıkartması ile bağlantılı olanlar sözleşmeler, “donduran” istikrar maddelerini içermektedir⁹⁷. Ancak Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün (OECD) birçok üye ülkelerinde istikrar maddesinin kullanılması, ayrımcılık karşıtı kamu düzeni ile sınırlı olmaktadır⁹⁸. Bu sınırlama, OECD üye ülkelerinde mevzuatın ani bir şekilde değişmemesi ve istikrarsız siyasi hareketler nedeniyle beklenmeyen kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallarının uygulanamaması ile açıklamaktadır. Aslında OECD üye ülkelerinde yapılan yatırım sözleşmelerde yatırımcılar için daha az risk oluşturmaktadır.

İstikrar maddesi, kamu düzeninden kaynağını alan bazı doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını engelleyebilmektedir. Ancak istikrar maddesi kullanarak bütün doğrudan uygulanan kuralların etkisini engellemek mümkün değildir. İnsan

⁹⁶ Gehne ve Brillo, s. 21.

⁹⁷ Shemberg, s. 23.

⁹⁸ Gehne ve Brillo, s.7.

hakları, çevre koruması vb. amaçlayan uluslar üstü doğrudan uygulanan kurallar her durumda uygulanmalıdır. Daha detaylı bu konu mevcut tezin 3.3.2. bölümünde açıklamaktadır.

Gördüğümüz gibi taraflar, istikrar maddesini sözleşmeye ekleyerek kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların sözleşmesel ilişkilerini ektisini güvenceye altında alabilmektedir. Bu nedenle uluslararası ticari sözleşmelerde bir taraf devlet ise (sadece yatırım sözleşmelerinde değil) istikrar maddesinin taraflarca sözleşmeye eklenme ihtimalinin konusunda esasa uygulanacak hukuku incelenmek önemlidir. Yatırım sözleşmelerinde her halükarda uluslararası hukuk ilkelerine dayanarak istikrar maddesinin esas sözleşmeye dâhil edilmesi (esasa uygulanacak hukuk buna izin vermese bile) tavsiye edilmektedir. Bazı durumlarda olduğu gibi hakem heyeti, istikrar maddesini kullanılabilme hükmünü içermeyen esasa uygulanacak hukuktan uzaklaşabilmektedir ve yabancılara devletler tarafından yapılan tedbir kararlarından koruyan uluslararası kamu hukuku ilkesine dayanarak istikrar maddesinin geçerliğine karar verebilmektedir.

2. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN (OVERRIDING MANDATORY RULES OF LAW) TANIMI VE UYGULANMASININ ANA YÖNLERİ

Daha önceki bölümlerde açıklandığı gibi doğrudan uygulanan kuralları (Overriding Mandatory Rules of Law), hem esasa ve usule uygulayacak hukukun ve tahkim yerinin seçiminde, hem de tahkim yargılaması ve hakem kararının tenfiz aşamasında tahkim üzerinde etkili olabilmektedir. Bu yüzden doğrudan uygulanan kuralların ne olduğunu ve tahkim sürecini nasıl etkileyebileceklerini anlamak önemlidir.

Mevcut bölümde uluslararası mevzuatı, kurumsal tahkim kurallarını incelenerek uluslararası doktrinde doğrudan uygulanan kuralların tanımı, uluslararası hukuk sisteminde doğrudan uygulanan kuralların yeri ve uygulamasının ana yönleri açıklanmaktadır.

2.1. Doğrudan Uygulanan Kuralların Uluslararası Tanımı

İlk olarak doğrudan uygulanan kuralların ne olduğunu anlamak önemlidir. Bu yüzden mevcut bölümde uluslararası doktrinde ve mevzuatta yer alan doğrudan uygulanan kuralların tanımı açıklanmaktadır.

Uluslararası ticari tahkime başvuran kurallara ilişkin olarak taraflar tarafından değiştirilebilen ve esas hukuka bakılmaksızın uygulanmış olan hükümler arasında ayırım yapmak mümkündür⁹⁹. Bu durumda uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanmış olan hükümler doğrudan uygulanan kurallar olarak bilinmektedir.

Uluslararası kaynaklarda doğrudan uygulanan kurallar “mandatory rules of law” olarak tanımlanmaktadır, ancak bazı yazarlar “mandatory rules of law” ve “overriding mandatory rules of law” tanımları arasındaki farkı vurgulamaktadır, çünkü bazı “mandatory rules of law” tahkimde ne olursa olsun etkilemesi şarttır; bu doğrudan

⁹⁹ Gonzalo, s. 344.

uygulanan kurallar “override” esas hukuku ya da usul kurallarını, bu kurallara bakılmaksızın uygulanmalıdır¹⁰⁰.

Doğrudan uygulanan kurallar, Alman hukukçu Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) tarafından doktrine getirmektedir¹⁰¹. Von Savigny’nın görüşüne göre, lex fori’nin “doğrudan uygulanan pozitif kuralların” uygulanmasıyla kanunlar ihtilafına dair kurallar her zaman kısıtlı olmaktadır, ancak Von Savigny, aynı zamanda doğrudan uygulanan kuralların istisnasının zamanla yok olacağını da savunmaktadır¹⁰². Ancak doğrudan uygulanan kuralların doktrini günümüzde çoğu uluslararası mevzuatta da yer almaktadır.

Örneğin, AB’deki mahkemeler ve kurumlar, AB ülkeleri için zorunlu olan Roma I Tüzüğünde doğrudan uygulanan kurallar bu şekilde tanımlanmaktadır:

“Bir ülkenin, siyasi, sosyal veya ekonomik örgütlenme gibi kamusal çıkarlarını ve kamu düzenini korumak üzere bu ülke tarafından önemli sayılan hükümler, o kadar ki bu hükümlerin kapsamı içinde yer alan herhangi bir duruma bu tüzük kapsamında sözleşmede geçerli olan hukuka bakılmaksızın uygulanabilecek nitelikte sahip olan hükümlerdir”¹⁰³.

Bu tüzükte doğrudan uygulanan kurallar, tahkim davasıyla bağlı olan bir ülkenin kamu çıkarlarını güvence altına almayı amaçlayan ulusal kurallar olarak kabul edilmektedir. Ancak bu, ticari tahkimde kullanılan doğrudan uygulanan kurallara sadece bir taraflı bakıştır. Gelecek bölümlerde açıklanacak olan uluslar üstü hukuk normları ve hukukun genel ilkeleri, tahkim sürecini etkileyen doğrudan uygulanan kurallar olarak da değerlendirilebilmektedir.

¹⁰⁰ Giuditta Cordero-Moss, **EU Overriding Mandatory Provisions and the Law Applicable to the Merits**, The impact of EU law on international commercial arbitration, Juris Publishing, Kapittel 10, 2017, s. 318, (Çevrimiçi), <https://folk.uio.no/giudittm/10-Chapter%2010-Cordero.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.04.2018).

¹⁰¹ F.C. von Savigny, **System des heutigen römischen Rechts**, Band VIII, Berlin, 1849, (naklen), Laura M. van Bochove, **Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law**, Erasmus Law Review, Vol. 7, No. 3, 2014, s. 148, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2536316>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

¹⁰² Van Bochove, s. 148.

¹⁰³ Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuku Dair Tüzüğü (Roma I), madde 9.

Pratik olarak mahkemeler ve tahkim kurumları daha geniş görüşe dayanmaktadır - sadece lex fori'den kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar ile sınırlı olmamaktadır ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların kararlarına dayanmaktadır.

Örneğin, CJEU Arblade davasında olduğu gibi mahkeme, doğrudan uygulanan kuralların terimi bir devletin siyasi, sosyal veya ekonomik düzenin korunması için çok önemli olan ulusal hükümleri olarak anlaşılacağını ve bir devletin ulusal topraklarında bulunan tüm gerçek ve tüzel kişilerin bu hükümlerin uygulamasını isteyeceğini savunmaktadır¹⁰⁴. Gördüğümüz gibi CJEU, sadece lex fori'den kaynaklı olan doğrudan uygulanan kurallar değil, bütün dava ile bağlantılı olan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını tercih etmektedir.

Ulusal ya da uluslar üstü kamu çıkarlarını, insan haklarını, genel hukuk ilkelerini, çevre koruma amaçlayan, ekonomik ve sosyal istikrarı koruyan bir ülkenin kanunları ya da uluslararası bir anlaşmada yer alan uluslararası toplum tarafından çok önemli görülen ulusal ya da uluslararası hükümler olarak doğrudan uygulanan kuralları tanımlamak daha uygundur. Bu nedenle ulusal ve uluslar üstü kamu düzeni, ticari tahkim sırasında uygulanan doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda belirtilenler göz önünde bulundurulduğunda tarafların, tahkim sürecine veya esas hukuk olarak seçilmiş hükümlerde ifade edilen beklentileri, uygulanacak hukuk (esas ve/veya usul) ile bağlantılı olan doğrudan uygulanan kurallar tarafından hüsrana uğratabilmektedir.

UNCITRAL sekreterliğinin açıklayıcı notunda tarafların tahkime uyumazlığı sunma, tahkim haklarını etkin bir şekilde yerine getirme, hakem tayin etme irade özerkliği, tahkimi yönetmek için usul hukuku seçme irade özerkliği, ulusal mahkeme tarafından tahkime uygulanan emirlerinden koruma kabiliyeti ve tarafsız tahkim sürecinin garantisine sahip olma konusundaki çıkarları üzerinde ulusal yasalarda

¹⁰⁴ CJEU, C-396/96 ve C-376/96 birleşmiş davalar, Arblade, 1999, (Çevrimiçi), <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44859&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=725939>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

bulunan taraflarca beklenmeyen kısıtlamaların etkili olduğunu belirtmektedir¹⁰⁵. Böyle kısıtlamalar, ekonomik, sosyal, çevresel, adil ticaret uygulaması ve insan hakları korumasında ulusal ve uluslararası çıkarları güvence altına almayı amaçlamaktadır.

Söylendiği gibi, doğrudan uygulanan kurallar, bir ülke tarafından “önemli sayılan” hükümlerdir. Bu özelliğin açıklanması (hangi hükümler hangi alanlarda bir devlet için önemli olmaktadır), genel olarak mevzuatta belirtilmektedir, ancak kanun koyucu tarafından bir hükmünün devlet için önemini belirtmesi mahkemelere bırakılmaktadır¹⁰⁶. Bazı yazarlar, doğrudan uygulanan kuralların uluslararası ve uluslar üstü niteliği taşıdığını savunmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar, bir devletin o kadar önemli sayılan hükümleri ki bir devletin hükümler alanı ile herhangi bir bağlantı olduğunda bu kuralların esas hukukuna bakılmaksızın uygulanmasını gerektiren bir öneme sahip olduğu hükümlerdir¹⁰⁷. Örneğin, AB’nde tüketici koruması, devlet yardımı, insan hakları, çevre koruması, rekabet kuralları vb. mahkemelerce AB için çok önemli olduğunu belirtmektedir. Daha ayrıntılı olarak bu konu mevcut tezinin 3.4. bölümünde incelenmektedir.

Roma Sözleşmesi’ne Avrupa Komisyonu’nun notuna göre, doğrudan uygulanan kurallar, ulusal yasalarda yer alan bir ülkenin sosyal ve ekonomik düzenini garanti altına almak için tasarlanmış olan ve aynı zamanda “kamu düzeni” olarak da adlandırılan hükümleridir¹⁰⁸. Bu notta bahsedilmiş olan doğrudan uygulanan kurallar, tarafların sözleşme ile vazgeçemez olan kurallardır, özellikle de zayıf tarafların (tüketiciler, işçiler, yayın sözleşmelerinde yazarlar, reşit olmayanlar, ticari ajanlar vb.) korumaya yönelik olanlar kurallar olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁹.

¹⁰⁵ UNCITRAL sekreterliği, **Explanatory note by the on the Model Law on International Commercial Arbitration**, UNCITRAL Yearbook, No. E.87.V.4, XVI, 1985, s.16, (Çevrimiçi), https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

¹⁰⁶ Van Bochove, s. 148.

¹⁰⁷ **Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation**, 2003, Brüksel, madde 3.2.8.1., (Çevrimiçi), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX_52002DC0654&from=EN, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

¹⁰⁸ Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, madde 3.2.7.3..

¹⁰⁹ Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, madde 3.2.8.

Gördüğümüz gibi, doğrudan uygulanan kuralların tanımı uluslararası ve ulusal mevzuatında yer almaktadır, ancak ayrıntılı olarak hangi kavramların bu tanımı içerdiği ya da hangi alanlarda yer alan kamu düzenlerinin bu kural kapsamında olduğunu mahkeme ya da tahkim süreci ise hakem heyeti tarafından belirtmektedir. Bu yüzden ilk olarak bunu anlaması için tarafların her özel durumda içtihadı bakması gerekmektedir.

Mesela, Unamar vs Navigation Maritime Bulgare davasında olduğu gibi CJEU, sözleşme serbestisi ilkesine ilişkin temel ilkenin etkisini güvence altına almak için AB’nde doğrudan uygulanan kurallar olarak AB anlaşmalarında yer alan dört serbestîye anlayışına (malların, insanların, hizmetlerin ve sermayenin hareket serbestliği) doğrudan uygulanan kurallar teriminin katı bir biçimle yorumlanacağını, doğrudan uygulanan kuralların ve tarafların irade özerkliği aralarında denge bulmak gerekeceğini vurgulamaktadır¹¹⁰. Bu davada Belçika şirketi ve Bulgar şirketi tahkim anlaşmasında esasa uygulanacak hukuk olarak Bulgaristan hukuku ve tahkim yeri olarak Sofya'daki (Bulgaristan) Ticaret ve Sanayi Odası'nın tahkim divanı seçmektedir, ancak aynı zamanda bir taraf uyuşmazlık çıktıktan sonra Belçika'daki mahkemeye başvurusunda bulunmaktadır¹¹¹. Öte yandan Belçika'daki mahkeme, Belçika hukukunun bu uyuşmazlıkta esasa uygulanmasının gerektiğini doğrudan uygulanan kural olarak tanımlamaktadır ve bu yüzden davanın Belçika mahkemesinde yer alacağı belirtilmektedir¹¹². Gördüğümüz gibi, mevcut davada CJEU için Belçika hukuku doğrudan uygulanan kuralların olup olmadığını belirtmek gerekmektedir¹¹³. Aynı zamanda AB mevzuatında yer alan kurallara uygulanan AB üye ülkelere ait şirketler arasında olan uyuşmazlık çözümünde hangi hukuk sistemine ait doğrudan uygulanan kuralları tercih edip etmeyeceğini belirlemek gerekmektedir (AB hukuku üstelik niteliği taşıdığına). Çünkü hem Belçika'nın hem Bulgaristan'ın (bu ülkelere ait şirketler dâhil) AB üye ülkesi olduğu için AB hukukunda yer alan doğrudan

¹¹⁰ CJEU, Unamar vs Navigation Maritime Bulgare, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663, 2013, s.1, (Çevrimiçi), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=143185&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=235908>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017); Giesela Ruhl, **Commercial Agents, Minimum Harmonization and Overriding Mandatory Provisions in the European Union: The Unamar Case**, Common Market Law Review, Vol. 43, No. 1, 2016, s. 4, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2755903>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

¹¹¹ Unamar vs Navigation Maritime Bulgare, s.1.

¹¹² Unamar vs Navigation Maritime Bulgare, s.1.

¹¹³ Unamar vs Navigation Maritime Bulgare, s.3.

uygulanan kurallar onların hukuka ekleyip uygulanması şarttır. Bu yüzden mevcut davada CJEU, AB mevzuatında yer alan kurallar AB üye ülkelerinde yer alan kişiler ve şirketler için doğrudan uygulanan kurallar olarak tanımlamaktadır ve bir hukuk sistemi tam olarak doğrudan uygulanan kuralı olarak tanımlamayacağını savunmaktadır¹¹⁴.

Bununla birlikte, bir hükmün doğrudan uygulanan kural niteliğini taşıması için kamu düzeni ve kamusal çıkarları koruması gerekmektedir. Ancak bazı şartlarda özel çıkarlar, kamu düzeni istisna maddesinin ya da doğrudan uygulanan kuralların kapsamına girebilmektedir, fakat bu durumda bu özel çıkarlar, en azından kısmi olarak kamusal çıkarlar ile ilişkili olması gerekmektedir¹¹⁵.

Örneğin, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı (BK), Fransa ve birçok Avrupa ülkelerde tüketicilerin hakları, insan hakları, çalışanların hakları gibi özel çıkarları doğrudan uygulanan kuralların ve aynı zamanda kamu düzeni istisnasının kapsamına girmektedir; böyle hakların korunması, zayıf tarafların kötüye kullanılması sivil toplum için bir tehdit olarak görülebildiği için kamusal çıkarlar kapsamında olmaktadır¹¹⁶. Sade özel çıkarların (kamu çıkarlarıyla alakalı olan) doğrudan uygulanan kurallar olarak tanınması mümkün olmamaktadır¹¹⁷.

Yukarıda belirtilen Unamar vs Navigation Maritime Bulgare davasında CJEU, doğrudan uygulanan kurallar ele alınca özel ya da kamusal çıkarlar arasındaki farkı vurgulanmamaktadır, fakat doğrudan uygulanan kuralları sadece bir devlet için önemli olan hükümler olarak tanımlamaktadır¹¹⁸. Ancak bir devlet için özel çıkarlar (çalışanların hakların korunması gibi) da kamusal önem taşıyabilmektedir ve bu yüzden doğrudan uygulanan kurallar olarak da tanımlanabilmektedir.

Roma I Tüzüğünde yer alan tanımında sadece ulusal hükümler, doğrudan uygulanan kurallar olarak tanımlanmaktadır. Ancak uluslararası içtihadı göre mahkemeler ve hakem heyetleri daha sık doğrudan uygulanan kurallar olarak

¹¹⁴ Unamar vs Navigation Maritime Bulgare, s.5.

¹¹⁵ Van Bochove, s. 149.

¹¹⁶ Van Bochove, s. 150.

¹¹⁷ Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, madde 3.2.8.3.

¹¹⁸ Unamar vs Navigation Maritime Bulgare, s.4.

uluslararası ve uluslar üstü kamu düzeni tanımlamaktadır. Daha ayrıntılı bu konu mevcut tezin 2.3. ve 3.3.2. bölümlerinde açıklanmaktadır.

Görüldüğü gibi, doğrudan uygulanan kurallar kavram olarak, seçilmiş olan uygulanacak hukuka bakılmaksızın bir devletin onun kamu düzeni için çok önemli sayılan hükümleridir ve/veya uluslar üstü seviyede birkaç devlet tarafından çok önemli sayılan uluslararası mevzuatta yer alan hükümlerdir. Bununla birlikte doğrudan uygulanan kuralların tanımı mevzuatta yer almasına rağmen bu kuralların özellikleri ve kapsamı her durumda mahkeme ya da tahkim ise hakem heyeti tarafından belirlenmektedir. Bu yüzden uluslararası tahkimde ilk olarak tahkim yerinin mevzuatta hangi kavramları ve hangi hükümleri doğrudan uygulanan kurallar olarak tanımlayacağını öğrenmek gerekmektedir.

2.2. Doğrudan Uygulanan Kuralların Sınıflandırması

Önceki bölümde doğrudan uygulanan kuralların uluslararası mevzuatta ve içtihatla yer alan tanımı incelenmektedir. Doğrudan uygulanan kuralların uluslararası ticari tahkimi etkisini anlamak için mevcut bölümde uluslararası doktrinde yer alan doğrudan uygulanan kuralların sınıflandırması ve doğrudan uygulanan kuralların ana türleri açıklanmaktadır.

Söylendiği gibi, doğrudan uygulanan kurallarının mevcut olduğu farklı sınıflandırmalar vardır. Doğrudan uygulanan kurallar, kaynağına göre doğrudan uygulanan kurallar ve mahiyetine göre doğrudan uygulanan kurallar olarak iki başlık altında incelenebilir. Kaynağına göre doğrudan uygulanan kurallar aşağıdaki şekilde sınıflandırılmaktadır:

- 1) Ulusal niteliklere sahip olan doğrudan uygulanan kurallar (Bu tür kurallar ve hükümler, devletin egemenliğinden kaynaklanmaktadır ve bir devletin kamu düzeni için önemli sayılan hükümleri içermektedir);

- A. Sözleşmeye uygulanacak hukukun (lex contractus) ve tahkim yeri hukukunun (lex fori) ulusal doğrudan uygulanan kuralları¹¹⁹ (Esas hukuktan, tahkim yerinin usul kurallarından ya da tahkim yerine ait hukuk sisteminden kaynağını alan doğrudan uygulanan kurallar. Bu tür kurallar ve hükümler, doğrudan sözleşme ya da tahkim süreci ile ilişkili olan kurallardır.);
- B. Yabancı bir ülkenin ulusal doğrudan uygulanan kuralları¹²⁰ (Bu tür kurallar, sözleşme tarafı, esasa veya usule uygulanacak hukuk ya da tahkim yeri ve tam olarak uyuşmazlıkla doğrudan bağlantılı olmayan yabancı doğrudan uygulanan kurallardır.);
- 2) Uluslararası veya uluslar üstü kökenli doğrudan uygulanan kurallar (Lahey-Visby Kuralları, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi gibi uluslararası organlar tarafından yapılan anlaşmalar ve kurallar veya Avrupa Birliği yasaları gibi uluslar üstü örgütler tarafından kabul edilen kanunlar ve kurallar).

Bununla birlikte, onların mahiyetine göre doğrudan uygulanan kurallar aşağıdaki sınıflandırmaya girmektedir:

- 1) İhtilafli doğrudan uygulanan kurallar (Bu tür kurallar, mahkeme ya da hakem kararına göre uygulamaktadır, hakem ya da hakim tarafından uygun olarak tanımlanabilmektedir. Böyle doğrudan uygulanan kuralların her defada ihtilafsız uygulanmasının garantisi yoktur.);
- 2) İhtilafsız doğrudan uygulanan kurallar (Bu tür kurallar, vakaların çoğunda hakem heyeti tarafından uygulanmaktadır ve genel olarak uluslararası toplum tarafından önemli sayılmaktadır¹²¹.):

¹¹⁹ Simona Travnickova, **Limitations of Choice of law - Mandatory Rules And International Mandatory rules**, Çek Cumhuriyeti, 2008, s. 3, (Çevrimiçi), <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

¹²⁰ Travnickova, s. 3.

¹²¹ Cordero-Moss, s. 318.

- A. Force majeure olarak doğrudan uygulanan kurallar (Bu tür kurallar, sözleşmede öngörülemeyen ancak lex contractus'un bir gerçek unsuru olarak uygulanabilen olaylarda olan kurallar; örneğin, bazı akademisyenler, uluslararası yaptırımları, sözleşme kapsamında bir gerçek veya force majeure unsuru olarak görmektedir¹²².);
- B. Uluslar üstü kamu düzeni olarak doğrudan uygulanan kurallar (Bu tür kurallar, uluslararası sözleşmelerde, genel hukuk ilkelerinde ve ticari geleneklerde yer alan insan haklarını, bonos mores, genel hukuk ilkeleri, adil uygulamasını vb. korumak üzere konulan hükümlerdir¹²³.);
- C. Lex contractus'un doğrudan uygulanan kuralları (Bu tür kurallar, uluslar üstü ve ulus ötesi kamu düzenine aykırı olmadıkça tarafların veya hakem heyetinin seçtiği bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarıdır. Bazı akademisyenler, lex contractus'un doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına ilişkin farklı görüşlere sahiptir, örneğin, bir görüşe göre tarafların hakem heyeti tarafından herhangi kuralı uygulamamasını istemeleri halinde sözleşmeye uygulamak üzere belli bir hukuku seçmeyeceği (taraflarca uygulanacak hukuk seçildiği durumlarda) ve böylece lex contractus'tan kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların hakem heyeti tarafından ihtilafsız uygulandığı savunulmaktadır¹²⁴.);
- D. Tahkim yerinin doğrudan uygulanan kuralları (Bu tür kurallar, tahkimde ihtilafsız uygulanan lex fori'nin doğrudan uygulanan kurallarıdır. Örneğin, ICC Tahkim Kurallarının 6. maddesine göre

¹²² Andrew Barraclough ve Jeff Waincymer, **Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration**, Melbourne Journal of International Law, Vol.6, 2005, s. 13, (Çevrimiçi), http://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0003/1681167/Barraclough-and-Waincymer.pdf, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

¹²³ Pierre Lalive, **Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration**, Pieter Sanders (ed), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series, Vol. 3 New York, 1987, 257, s. 285–286, (Çevrimiçi), [http://www.lalive.ch/data/publications/58 - Transnational \(or Truly International\) Public Policy and International Arbitration in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration 1986.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/58 - Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration 1986.pdf), (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

¹²⁴ Andrew Barraclough ve Jeff Waincymer, **a.g.e.**, s. 24.

hakem heyeti, hakem kararı verdiğinde tahkim yerindeki doğrudan uygulanan kurallarının gerekleri dikkate alınmalıdır¹²⁵).

Gördüğümüz gibi, doktrinde yer alan görüşlere göre doğrudan uygulanan kurallar onların mahiyetine göre ya da kaynağa göre sınırlandırmaktadır. Belirli bir kuralın hakem heyeti ya da mahkeme tarafından uygulanıp uygulanmayacağını önceden anlamak için bu kuralın hangi türe ait olduğu tespit edilmelidir.

2.3. Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanmasının Ana Yönleri

Söylendiği gibi, doğrudan uygulanan kuralların tanımı mevzuatta yer alsa bile her özel durumda doğrudan uygulanan kuralların kapsamına gelen kavramlar ve hükümler *lex fori*'ye dayanarak hakem heyetinin veya mahkemenin görüşüne göre tanımlanmaktadır.

Bu yüzden mevcut bölümde uluslararası mevzuatta ve içtihadta yer alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının ana yönleri açıklanmaktadır.

İlk olarak uluslararası mevzuata bakınca önceki bölümde bahsedilmiş olan Roma I Tüzüğü'ne göre:

“... Hiçbir şey, forum kurallarının zorunlu olan hükümlerinin uygulanmasını kısıtlamaz, böyle doğrudan uygulanan hükümleri sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirmesi hukuka aykırı hale getirdiği sürece sözleşmeden doğan yükümlülüklerin veya yükümlülüklerin yerine getirildiği ya da gerçekleştirildiği ülkenin hukukunun zorunlu olan hükümlerine etkide bulunabilmektedir...”¹²⁶.

¹²⁵ ICC 2017 Tahkim Kuralları ve 2014 Arabuluculuk Kuralları, madde 6.

¹²⁶ Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuku Dair Tüzüğü (Roma I), madde 9.

Aynı zamanda Roma I Tüzüğü'nün 21. maddesine göre:

“Bu Tüzükte belirtilen herhangi bir ülkenin hukukunun hükümlerinin uygulanması, ancak bu tür bir hükmün uygulaması forumun kamu düzenine açıkça aykırı ise reddedilebilmektedir”¹²⁷.

Bu nedenle Roma I Tüzüğü'ne göre tahkim yerine ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının zorunlu olduğunu ve sözleşmenin yerine getirileceği ülkeye ait veya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin doğmasının yerine ait doğrudan uygulanan kuralların hakem heyetinin kararına göre uygulanabileceği belirtilmektedir.

Aynı zamanda AB'de lex fori'den farklı olan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını Yunanistan Cumhuriyeti vs Grigorios Nikiforidis davasında CJEU tarafından açıklanmaktadır. Bu davada olan CJEU görüşüne göre lex fori'den kaynaklanan, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin doğduğu devletin ve sözleşmeye yerine getirildiği devletin mevzuatından kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallardan farklı olan doğrudan uygulanan kuralların uygulaması hukuki güvenlik ilkesine aykırı olmaktadır¹²⁸. Mevcut karar ile CJEU, üçüncü ülkenin, bazı durumlarda esasa uygulanacak hukukun ülkesinin doğrudan uygulanan kuralların AB içinde uygulanması yasaklanmaktadır, ancak diğer doğrudan uygulanan kuralların olayın unsurları olarak mahkeme tarafından dikkate alınacağını belirletmektedir¹²⁹.

Hakem heyeti, lex fori'den kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallardan farklı olan doğrudan uygulanan kurallar uygulayabilmektedir, fakat bu durumlarda hakem kararının tarafların talebinden fazlasına hükmetmiş olması sebebiyle (talebin ötesinde, talepten başka) ultra petita olduğu için iptal edilme imkânı vardır¹³⁰.

¹²⁷ Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuku Dair Tüzüğü (Roma I), madde 21.

¹²⁸ CJEU, Yunanistan Cumhuriyeti vs Grigorios Nikiforidis, C-135/15, y.y., 2016, s. 3, (Çevrimiçi), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184541&doclang=EN>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

¹²⁹ Yunanistan Cumhuriyeti vs Grigorios Nikiforidis, s. 4.

¹³⁰ Sixto Sanchez Lorenzo, **Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts After Roma I**, Yearbook of Private International Law, Volume 12, Almanya, 2010, s. 90, (Çevrimiçi), http://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/36676/SanchezLorenzo_MandatoryRules.pdf;jsessionid=C25497E5DF32185D852991F0CBD11676?sequence=6, (Erişim Tarihi: 21.11.2017),

Gösterildiği CJEU kararında ulusal doğrudan uygulanan kurallar hakkında bahsedilmektedir, fakat mevcut tezde olan görüşe göre uluslar üstü kamu düzeninin kapsamına giren doğrudan uygulanan kuralların herhangi durumda uygulanması şarttır. Uluslar üstü kamu düzeninin kapsamına giren doğrudan uygulanan kuralların, lex fori ile bağlantılı olmadığında mahkeme ya da hakem heyeti tarafından verildiği yetki dışında (ex officio) uygulanması da mümkündür¹³¹.

Yukarıda bahsedildiği gibi doğrudan uygulanan kurallar bir ülkenin kamu düzeninin korunmasını amaçlamaktadır. Bununla birlikte lex fori'ye ait doğrudan uygulanan kurallara öncelik verildiği için bazı durumlarda AB'deki mahkemeler, AB kamu düzeni ile bağlantıda bulunan davalarda tahkim yeri AB dışında olsa da AB kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallara tahkim sırasında yabancı hakem heyeti tarafından önem verilmemesi halinde böyle hakem kararının tenfizini kabul etmemektedir¹³². Örneğin, AB'deki mahkemeler, ticari ajans sözleşmeleri ile ilgili anlaşmazlıklarda AB kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının güvence altına alınması için AB dışı olan hakem heyeti tarafından verilen hakem kararlarının tenfizini kabul etmemektedir¹³³. Bu durumda AB'den kaynağını alan doğrudan uygulanan kurallar uluslar üstü nitelik taşımaktadır ve hakem heyeti tarafından AB çıkarlarıyla bağlantılı olan durumlarda uygulanmalıdır.

Ingmar GB Ltd vs Eaton Leonard Technologies Inc davasında olduğu gibi Birleşik Krallık'ta ikamet eden ticari aracı, Kaliforniya'da yer alan bir şirkete karşı bir İngiliz mahkemesinde sözleşme sonrası tazminata dair bir dava açmaktadır¹³⁴. Taraflar, esas hukuku olarak Kaliforniya'daki hukuku seçmektedir, ancak bu hukukun hükümlerinde sözleşme sonrası tazminatın ödeme mekanizması içermemektedir¹³⁵. Bu

¹³¹ Xandra E. Kramer, EU Overriding Mandatory Law and the Applicable Law on the Substance in International Commercial Arbitration, In F. Ferrari (Ed.), **The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration**, New York, Juris 2017, s. 294, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=3046585>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

¹³² Cordero-Moss, s. 333.

¹³³ Cordero-Moss, s. 333.

¹³⁴ CJEU, Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc, C-381/98, y.y., 2000, s.1, (Çevrimiçi), <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45788&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15153>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

¹³⁵ Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc, s. 10.

durumda İngiliz mahkemesi, Ticari Aracılar Dair Direktif'in uluslar üstü kamu düzeni kapsamında doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmasına karar vermektedir¹³⁶.

Önceki bölümlerde açıklandığı gibi tahkim yerine ve esasa veya usule uygulanacak hukuka rağmen uluslar üstü kamu düzeninin kapsamına giren doğrudan uygulanan kuralların herhangi durumda uygulanması şart olmaktadır. Bazen hakem kararının tenfiz aşamasında doğrudan uygulanan kurallar, tahkim yerinin ve uygulanacak hukukun seçiminin geçerliğini etkileyebilmektedir. Bu durumlarda hakem kararı tenfiz edilemez hale gelebilmektedir. Bu yüzden tahkim sırasında uluslar üstü kurallara önem vermek tenfiz için çok önemlidir. Uluslar üstü kamu düzenine giren kavramların konusu daha ayrıntılı mevcut tezin 3.3. bölümde incelenecektir.

Bazen tahkim yerinin seçimi, uluslar üstü kamu düzeninin kapsamına girdiğinde doğrudan uygulanan kural olarak tanımlanabilmektedir. Örneğin, Hollanda'da yer alan bir davada olduğu gibi mahkeme, Lahey-Visby Kuralları'na uyarınca tarafların bu kurallarına karşı yapılan tahkim yerinin seçimi uluslar üstü kamu düzenine aykırı olduğunu ve dolayısıyla geçersiz olduğunu tanımaktadır¹³⁷. Gördüğümüz gibi tahkim yerinin seçimi uluslar üstü kurallara aykırı olduğunda lex fori'den kaynaklanmayan, fakat uluslar üstü kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralları uygulanmalıdır.

Bununla birlikte, Genentech Inc. vs Hoechst GmbH ve Sanofi-Aventis Deutschland GmbH davasında yer alan Başsavcı'nın görüşüne göre bir mahkeme, hakem kararlarının tenfiz edilebilirliği hakkında karar verince bu hakem kararının bütün AB rekabet hukukuna değil sadece AB kamu düzenine uygun olup olmadığını incelemekle sınırlı olmalıdır¹³⁸. Ancak önceki bölümde bahsedilmiş olan Unamar vs Navigation Maritime Bulgare davasında AB mevzuatı uluslar üstü doğrudan uygulanan kurallar olarak tanımlanmaktadır¹³⁹. Bu davalardan görebildiği gibi sistem

¹³⁶ Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc, s. 11.

¹³⁷ Basedow, Jürgen, **Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms**, Essays in Honour of Michael Bogdan, Patrik Lindskoug, Ulf Maunsbach vs, eds., Max Planck Private Law Research Paper No. 14/1, Juristförlaget i Lund, 2013, s. 15, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2390620>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

¹³⁸ CJEU, Opinion of Advocate General, Genentech Inc. vs Hoechst GmbH ve Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, C-567/14, 2016, s. 1, (Çevrimiçi), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175146&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=856415>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

¹³⁹ Unamar vs Navigation Maritime Bulgare, s.5.

olarak uygulanacak hukuk (mevcut davada AB rekabet hukuku) doğrudan uygulanan kuralların kapsamına girmemektedir, fakat AB mevzuatının bazı hükümlerini uluslar üstü niteliği taşıdığı için doğrudan uygulanan kurallar olarak mahkeme ve hakem heyeti tarafından uygulanmalıdır.

Daha önce bahsedildiği gibi, esasa uygulanacak hukuk tam olarak değil sadece onun özel hükümleri doğrudan uygulanan kurallar olarak tanımlayabilmektedir, dahası tahkim yerinin seçimi doğrudan uygulanan kurallardan dolayı, özellikle AB çıkarlarıyla bağlı olan durumlarda, mahkeme tarafından geçersiz tanımlanabilmektedir. Daha ayrıntılı AB kamu düzeninin uygulanması mevcut tezin 3.4. bölümde açıklanmaktadır.

Görüldüğü gibi, bir hakem kararının tenfizi sağlanmak için ilk olarak bu hakem kararının uluslar üstü ya da lex fori ve tenfiz ülkesine ait kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallara uygun olmasının sağlanması gerekmektedir.

Bunla birlikte, doğrudan uygulanan kuralların yürürlüğe koyulup koyulmayacağı göz önünde bulundurulması için böyle doğrudan uygulanan kuralların hakem heyeti tarafından onların niteliğine, amacına ve bunların uygulanmalarının veya uygulanmamalarının sonuçlarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁰.

Aynı zamanda Türk hukukuna göre doğrudan uygulanan kuralların uygulanması şu şekilde belirtmektedir:

“Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır”¹⁴¹.

¹⁴⁰ Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuku Dair Tüzüğü (Roma I), madde 9.

¹⁴¹ **Millelerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, Kanun No. 5718 , Kabul Tarihi 27.11.2007, Resmî Gazete ile yayımı: 12.12.2007, Sayı: 26728, madde 6, (Çevrimiçi), <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.5718&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=3>, (Erişim Tarihi: 30.12.2017).

Görüldüğü gibi, Türkiye’de esasa uygulanacak hukuka bakılmaksızın Türk hukukundan kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar uygulanmalıdır.

Bazı durumlarda taraflar, esas hukukun seçiminde bu hukukun sözleşmeye doğrudan doğruya etkisi dikkate alınmamaktadır. Örnek olarak, taraflar esasa uygulanacak hukuk olarak ABD hukukundan birini seçmektedir, fakat aynı zamanda yükümlüklerin yerine getirilmesinin gecikmesi halinde sözleşmede öngörülen cezaların ödenmesi için ayrıntılı bir mekanizma seçilmiş hukuka göre geçersiz olmaktadır¹⁴². Bu durumlarda iki farklı yaklaşım yer almaktadır. Birinci yaklaşıma göre taraflar, tahkim yerini seçmekte serbest olmaktadır ve hakem heyetine yetki vermektedir, bu yüzden hakem heyeti sözleşmede olan hükümlerine öncelik vermelidir; ikinci yaklaşıma göre hakem heyeti, seçilmiş hukuku uygulamalıdır¹⁴³. Hakem kararı bir ulusal ya da uluslar üstü kamu düzenini ihlal etmediği sürece hakem heyeti, bu yaklaşımlar arasında seçim yapmakta serbesttir¹⁴⁴.

Görüldüğü gibi hakem heyeti, lex fori’ye ait mevzuatı, usul kuralları ve uluslar üstü kamu düzeni dikkate alınarak doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağına karar vermektedir.

Bununla birlikte, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi’nin 7. maddesine göre (Roma Sözleşmesi):

“...bir ülkenin hukukunu uygular iken, durumun en yakın bir bağlantısının olduğu başka bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, bu kurallar bu ülkenin hukukuna göre esas hukuka bakılmaksızın uygulanmalı ise, yetki verilebilmektedir... foruma ait hukukun doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını herhangi bir durumda kısıtlamaz.”¹⁴⁵.

¹⁴² Cordero-Moss, s. 336.

¹⁴³ Cordero-Moss, s. 337.

¹⁴⁴ Cordero-Moss, s. 337.

¹⁴⁵ **Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi**, 80/934/EEC, 19.06.1980, Official Journal of the European Communities, No. L 266/1, 1980, madde 7, (Çevrimiçi), http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22cc5c49-2b36-4962-aa60-e928a52efa66.0008.02/DOC_1&format=PDF, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

Gördüğümüz gibi, Roma Sözleşmesine göre lex fori'den kaynaklı olan doğrudan uygulanan kurallar uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanmalıdır.

Ancak BK ve Almanya gibi bazı ülkeler, bazı doğrudan uygulanan kuralların uygulanması dair (BK'ta doğrudan uygulanan kuralların uygulanması hakem heyetinin kararı ile bağlanmaktadır, Almanya'da sözleşmedeki hükümlerin bonos mores'e aykırı olduğunda uluslar üstü kamu düzenine karşı olduğu için öyle hükümler geçersizdir) Roma Sözleşmesine ihtiraz kaydı vermektedir ¹⁴⁶. Bu durumlarda devlet, uluslar üstü kamu düzenine ve uluslararası hukuk ilkelerine ulusal doğrudan uygulanan kurallarından lex fori ile bağlanmadan üstelik vermektedir.

Aynı zamanda Lahey İlkeleri'nin 11. maddesine göre:

“Bu İlkeler, bir hakem heyetinin (bir mahkemenin) taraflarca seçildiği hukuka bakılmaksızın foruma ait olan hukukun zorunlu hükümlerinin uygulamasını engellemez... Foruma ait hukuk, bir hakem heyetinin başka bir hukuk sisteme ait doğrudan uygulanan kuralları dikkate alıp almayacağını belirlemektedir... Hakem heyeti, forumun kamu düzeninin (ordre public) temel kavramlarına açıkça aykırı olduğunda taraflarca seçilmiş olan esasa uygulanacak hukukun uygulanmamasına karar verebilmektedir... Hakem heyeti, taraflarca esasa uygulanacak hukuku seçilmediği halinde foruma ait hukuka göre bu durumda esasa uygulanabilecek hukukun kamu düzenini uygulayıp uygulamayacağına karar vermektedir...¹⁴⁷”.

Görüldüğü gibi, lex fori'ye ait doğrudan uygulanan kurallar her bir durumda uygulanmalıdır, ancak diğer doğrudan uygulanan kuralların uygulanması lex fori hukukuna göre belirlenmektedir. Aynı zamanda Lahey İlkeleri'nde kamu düzeninin istisna hükümlerinin uygulanması lex fori'nin kurallarına göre olduğunu belirtilmiştir. Fakat AB hukukuna göre hukuki güvenlik ilkesi uyarınca sadece lex fori devletinin,

¹⁴⁶ Bernardo Cortese, **International Economic Sanctions as a Component of Public Policy for Conflict-of-Laws Purposes**, L. Picchio Forlati ve L.-A. Sicilianos (ed.), Economic Sanctions in International Law / Les sanctions économiques en droit international, Hague Academy of International Law, The Law Books of the Academy, Vol. 23, Nijhoff, The Hague, 2004, s. 731, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2524865>, (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

¹⁴⁷ **Lahey İlkeleri**, y.y., 2015, madde 11, (Çevrimiçi), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>, (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

yükümlülüklerin doğduğu devletin ve sözleşme yerine getirildiği devletin doğrudan uygulanan kurallar mahkeme ve hakem heyeti tarafından uygulanmalıdır.

Doktrinde olan bazı görüşlere göre taraflarca seçilmiş esasa uygulanacak hukuktan kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanması şarttır¹⁴⁸, çünkü taraflar, bu hukuku seçtiği anda ondan kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralları otomatik olarak kabul ettiğini sayılmaktadır. Bu yaklaşım tarafların irade özerkliği sağlayan ilkeye dayanmaktadır¹⁴⁹, ancak pratikte yaygın şekilde kullanılmamaktadır.

Aynı zamanda tahkim yargılaması sırasında hiçbir hukuki sistemine ait olmayan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmaması hakkında Nazlı Albayrak Ceylan tarafından savunan bir görüş yer almaktadır¹⁵⁰. Bu görüşe göre tahkim yerine ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanmaması, kamu düzenine aykırı olabileceği için hakem kararının iptali sağlanabilmektedir¹⁵¹. Gördüğümüz gibi, hakem heyeti, tahkim yerine ait doğrudan uygulanan kurallar uygulanmalıdır. Sonraki bölümlerde açıklanacağı gibi, uluslar üstü doğrudan uygulanan kurallar, çeşitli hukuk sistemlere girdiğinde, fakat tahkim yeri olan ülkenin mevzuatının bir parçası olmadığında, yine de hakem heyeti tarafından uygulanabilmektedir.

Bununla birlikte, uluslararası ticarete opt-in enstrümanlarının kullanılması mümkün olduğu için (örnek olarak, Viyana Sözleşmesi, Ortak Avrupa Satış Hukuku, Rotterdam Kuralları opt-in enstrümanlarıdır) doğrudan uygulanan kuralların opt-in enstrümanlarıyla beraber kullanılabileceği belirtmek gerekmektedir.

Doktrinde olan görüşlere göre, opt-in enstrümanlarında olan hükümlerin ulusal doğrudan uygulanan kurallardan üstünlüğü savunulmaktadır, ancak bazı alanlarda (örneğin, tüketici korunması) uluslararası ya da uluslar üstü kuralların ulusal hukuka girdiğinde (AB hukuku) böyle ulusal doğrudan uygulanan kurallara opt-in enstrümanlarından üstelik verilmektedir¹⁵².

¹⁴⁸ Cordero-Moss, s. 321.

¹⁴⁹ Cordero-Moss, s. 321.

¹⁵⁰ Nazlı Albayrak Ceylan, s. 86.

¹⁵¹ Nazlı Albayrak Ceylan, s. 87.

¹⁵² Basedow, Jürgen, **Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010**, Rabel Journal of Comparative and International Private Law (RabelsZ), Vol. 75, No. 2, 201, Max Planck Private Law

Ancak opt-in enstrümanlarının kullanılması herhangi bir durumda ulusal doğrudan uygulanan kuralların yetkisini engellemektedir¹⁵³. Kanaatimizce, opt-in enstrümanları kullanılırken tahkimde ilk sırada uluslar üstü doğrudan uygulanan kurallar, sonra opt-in enstrümanlarından kaynağını alan doğrudan uygulanan kurallar ve sonunda ulusal doğrudan uygulanan kuralların hakem heyeti tarafından uygulanması gerekmektedir.

Doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına ilişkin doktrinde yer alan görüşler aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- 1) Lex fori'ye ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanması (diğer doğrudan uygulanan kurallar lex fori'nin kurallarına göre uygulanabilmektedir);
- 2) Lex fori'ye ait, sözleşmeden doğduğu devlete ait, sözleşme yükümlüklerinin yerine getirildiği devlete ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanması (AB bu görüş uygulamaktadır);
- 3) Lex fori'ye ait ve hakem kararının tenfiz ülkesine ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanması (hakem kararını tenfiz haline getirebilmesi için);
- 4) Lex contractus'a ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanması (diğer doğrudan uygulanan kurallar hakem heyetinin görüşüne göre uygulanabilmektedir);

Bununla birlikte, yukarıda bahsedilmiş olan herhangi görüşü ele alınarak uluslar üstü kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kurallar mutlaka uygulanmalıdır. Bu kurallar detaylı olarak mevcut tezin 3. bölümünde açıklanacaktır.

Görüldüğü üzere, doğrudan uygulanan kurallar, tahkimde tarafların irade özerkliğini kısıtlayan kurallardır. Uygulanacak hukukun seçimine (esasa ya da usule

Research Paper No. 11 s. 401, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1752985>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

¹⁵³ Christopher Bisping, **The Common European Sales Law and Mandatory Provisions in the Conflict of Laws**, Warwick School of Law Research Paper No. 2012/23, 2012, s. 15, (Çevrimiçi), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2192501>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

uygulanacak olan) bakılmaksızın tahkim yerine ait doğrudan uygulanan kurallar çoğu durumlarda uygulanmalıdır. Diğer doğrudan uygulanan kurallar, tahkim yeri olan ülkenin kurallarına göre ve hakem heyetinin görüşüne göre uygulanmalıdır.

AB'nin mevzuatında yer alan hukuki güvenlik ilkesi uyarınca; lex fori'nin ülkesinin, sözleşmeye ilişkin yükümlüklerin yerine getirildiği ülkenin ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin doğduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının haricinde, farklı kaynaklardan doğan doğrudan uygulanan kurallar uygulanmamalıdır. Ancak yukarıda sayılan ülkelerden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar dışında, diğer hukuk sisteminden kaynaklanan kuralların mevcut davanın konusu ile bağlantısı varsa, ya da hakem kararının üzerinde etkisi varsa ve temel olarak bu tür kurallar lex fori'ye ait ülkenin genel hukuk ilkelerine aykırı değilse, hakem heyeti, bu tür kuralları doğrudan uygulanan kural olarak değil; olayın unsurları olarak dikkate alabilir. Aynı zamanda hem hakem kararının tenfiz edebilmesi ve icrada bulunması, hem de hukuki güvenlik ilkesinin sağlanması uluslararası tahkim için aşırı önem taşımaktadır. Bu nedenle mevcut tezde yer alan görüşe göre uluslararası ticari tahkimde uluslar üstü kamu düzeninden, tahkim yerinin kurallarından ve hakem kararının tenfiz ülkesinin kurallarından kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar mutlaka uygulanmalıdır. Diğer doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağı hakkında hakem heyeti ya da mahkeme lex fori'nin kuralları uyarınca karar vermektedir.

3. ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİNDEN KAYNAKLANAN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN (OVERRIDING MANDATORY RULES OF LAW) UYGULANMASINA PRATİK BİR YAKLAŞIM

Daha önceki bölümlerde belirtildiği gibi, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını etkileyen birçok yön vardır ve birçok durumda hakem heyeti, davaya en yakın bağlantısı olan ve hakem heyetinin veya bir mahkemenin uluslararası hukuk ilkelerine yaklaşımına bağlı olan doğrudan uygulanan kuralların etkisini tanınıp tanınmayacağına karar veren kurumdur.

Dahası doğrudan uygulanan kurallar çoğu zaman kamu düzeni kavramı ile beraber anılmaktadır. Çünkü hem doğrudan uygulanan kurallar hem kamu düzeninin kuralları kamu çıkarlarının korunmasını amaçlamaktadır ve hakem kararını her aşamasında etkileyebilmektedir. Tahkim yerinin seçiminde, esasa ve usule uygulanacak hukukun seçiminde kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar tahkimi etkilemektedir. Bununla birlikte, hakem kararının uygulanması ve tenfiz aşamasında kamu düzeni istisna maddesi uygulanmaktadır. Mevcut tezde doğrudan uygulanan kuralların (overriding mandatory rules of law) uluslararası kavramı kullanılmaktadır ve bu yüzden bu bölümde tahkimin her aşamasını etkileyen kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların kapsamı açıklanacaktır.

Hakem kararının uygulanması (icrası) ve tenfizi doğrudan doğruya bu hakem kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığı ile alakalıdır. Mevcut bölümde mahkeme ve hakem kararlarına dayanarak farklı ülkelerde kamu düzeni kapsamına giren doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına yönelik temel pratik yaklaşımlar incelenmektedir.

3.1. Uluslararası Ticari Tahkimde Kamu Düzeninin Tanımı

Önceki bölümlerde açıklandığı gibi kamusal çıkarların korunması, doğrudan uygulanan kuralların bir niteliğidir. Çoğu ülkede kanun koyucu, hakem kararının uygulanması için hakem kararının kamu düzenine aykırı olmaması şartını aramaktadır.

Bu yüzden hakem heyetleri tahkim sürecinde kamu düzeninin kurallarını doğrudan uygulanan kural kapsamında incelemektedir.

Bu bölümde uluslararası doktrinde yer alan kamu düzeninin tanımı açıklanmaktadır.

New York Sözleşmesi'ne göre mahkeme, tahkim sürecine uygun olmadığına ve kamu düzenine aykırı olduğunda bir hakem kararının tanınmasını ve uygulanmasını reddedebilmektedir¹⁵⁴. Bu nedenle hakem kararının uygulanmasını ve tenfizini güvence altına almak için ilk olarak kamu düzeni olarak değerlendirilebilen hususları tanımlamak önemlidir.

Kamu düzeni istisnasının hükümleri, "kamu düzeni" teriminin tam anlamını ve kapsayabileceği değerleri bir ülke tarafından bireysel olarak belirlendiği halde, kamu düzeni olarak belirli bir ülkenin yasal veya kültürel değerlerini ifade etmektedir¹⁵⁵. Aynı zamanda kamu düzeni sadece bir ülkenin hukuki ve ahlaki standartlarına göre değil, dahası coğrafik bölgeye göre de değişmektedir ve zaman geçtikçe de değişmektedir¹⁵⁶. Bu yüzden kamu düzeni ne olduğunun anlaşılması için her özel durumda lex fori'nin kurallarına ulaşmak gerekmektedir.

Bununla birlikte, kamu düzeni ve kamu hukuku ile arasında fark olduğunu vurgulanmak gerekmektedir. Kamu hukukunun hükümleri çoğu hukuk sistemlerde zorunlu olmaktadır ve kamu düzeninin kapsamına girmektedir, fakat kamu düzeni, bir devletin hukuki ve ahlaki standartları korumaktadır ve kamu hukukundan daha geniş bir kavramdır¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanunu, madde 5.

¹⁵⁵ Avrupa Parlamentosu İç Politika Genel Müdürlüğü, **Study on Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU**, y.y., 2014, s. 31, (Çevrimiçi), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU\(2015\)509988_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 15.01.2018),

¹⁵⁶ Karl-Heinz Böckstiegel, **Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement**, IBA Journal of Dispute resolution, Special Issue, The New York Convention – 50 Years, 2008, s. 125, (Çevrimiçi), http://www.arbitration-icca.org/media/4/44543421599110/media012277202358270_bockstiegel_public_policy...iba_unconfererence_2008.pdf, (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

¹⁵⁷ Böckstiegel, s. 125.

Uluslararası doktrinde kamu düzenine ilk atıfta bulunan Mitchel vs Reynolds davasıydı¹⁵⁸. Mevcut davada Lord Macclesfield, İngiltere üzerinden ticaretin kısıtlanmasını içeren ve ticarete tekelleşmeye yol açan bir sözleşmenin kamu düzeninin ihlali nedeni ile geçersizliğini vurgulamaktadır¹⁵⁹. Böylece ticarete kamu düzeninin önemi ilk defa vurgulanmıştır.

Uluslararası tahkimde kavram olarak kamu düzeni, dini, ekonomik, politik ve yasal çevrede toplumun temel ilkelerinin koruyucu rolünü üstlendiği düşünülmektedir¹⁶⁰. Bununla birlikte kamu düzeni, ahlak ilkeleri ile hukuk ilkeleri arasındaki fark gibi nedenlerle tahkimde uygulanacak hukukun seçimini düzelten mekanizma olarak tanımlanabilmektedir.

Tahkim dışında kamu düzeni, devlet egemenliğinin yardımı ile düzenlenen halkın genel anlamda sağduyu ve ortak vicdanı olarak tanımlanmaktadır, bununla birlikte kamu düzeninin kuralları, kamu sağlığı, güvenlik ve refah konularında uygulanmaktadır¹⁶¹. Ancak daha geniş bir perspektifte kamu düzeninin kesin bir tanımı yoktur, çünkü kamu düzeni, zaman ve bölge üzerinde değişiklik gösteren bir kavramdır¹⁶². Bununla beraber kamu düzeni anlayışı, farklı devletler arasında farklı kavramlar ve nitelikleri içermektedir ve daha da önemlisi, kamu düzeninin kavramı insani ve toplumsal değerlere göre sürekli değişmektedir¹⁶³.

Doktrindeki bir görüşe göre bir devlet, sadece olağanüstü önem taşıyan durumlarda (hakem kararının ahlak kurallarına aykırı olduğunda ya da sosyal veya ekonomik düzenin temelini temsil eden bir kuralları ihlal ettiğinde) kamu düzeninin

¹⁵⁸ Farshad Ghodoosi, **The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements**, Nebraska Law Review, Volume 94, Issue 3, y.y., 2016, s. 692 (Çevrimiçi), <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=2833&context=nlr>, (Erişim Tarihi: 13.01.2018).

¹⁵⁹ Ghodoosi, s. 692.

¹⁶⁰ Martin Hunter ve Gui Conde e Silva, **Transnational and Public Policy in Investment Arbitration**, the Journal of World Investment, Vol.4, No. 3, 2003, s. 369, (Çevrimiçi), http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232929401680/martin_and_gui_conde_e_silva.pdf, (Erişim Tarihi: 16.12.2017).

¹⁶¹ Christopher S. Gibson, **Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law**, Penn State Law Review, Forthcoming, Suffolk University Law School Research Paper No. 09-26, 2009, s. (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1394447>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018),

¹⁶² Lalive, s. 289.

¹⁶³ John Wires, **The Public Policy Sword and the New York Convention: A Quest for Uniformity**, Bond University, y.y., 2009, s. 7, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1323081> ya da <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.132308>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

istisna maddesinin uygulanması ile hakem kararını iptal edebilmektedir ya da hakem kararının tenfizi reddedilebilmektedir¹⁶⁴. Ancak bu görüş sadece uluslar üstü kamu düzeninin uygulanmasına dair doğru sayılabilir.

Bölgesellik ilkesine dayanarak ticari tahkim sırasında uygulanan kamu düzeni kuralları aşağıdaki şekilde sınıflandırılabilir:

1) Uluslar üstü (dünya çapında uygulanmaktadır ve uluslararası düzeyde kabul edilen standartlar taşımaktadır):

A. Uluslararası sözleşmelerde yer alan kamu düzeni (örnek olarak, AB mevzuatı ya da New York Sözleşmesi),

B. Uluslararası sözleşmelerde yer almayan kamu düzeni (lex mercatoria, bonos mores vb.) ya da

2) Ulusal (belirli bir ülkede uygulanmaktadır ve bu eyalette kabul edilen standartlar taşımaktadır) nitelik taşımaktadır.

Bazı yazarlar, uluslararası sözleşmelerde (uluslararası) ve genel hukuk ilkelerinde (uluslar üstü) belirlenen kamu düzeni olarak uluslararası ve uluslar üstü kamu düzenini ayırt etmektedir¹⁶⁵. Ancak bu iki tür kamu düzeninin arasında katı sınırlar yoktur, çünkü uluslararası sözleşmeler, anlaşmalar, düzenlemelerinde de hukukun genel ilkeleri içermektedir ve vice versa.

Bununla birlikte, bazen ulusal ve uluslar üstü kamu düzeni kavramlarını birbirinden ayırmak zor olabilmektedir. Örneğin, AB kamu düzeni AB üye devletlerin mevzuatına girdiği anda hem ulusal hem uluslar üstü nitelikleri taşımaktadır, ya da milletlerarası anlaşmalarda olan kamu düzeni kuralları, bir devlet tarafından bu anlaşma imzalandıktan ya da onaylandıktan sonra bu devletin ulusal kamu düzeninin bir parçası olarak tanımlanmaktadır.

¹⁶⁴ Camilla Tronsgaard, **EU Competition Law as ordre public in International Commercial Arbitration**, UIO, Yüksek Lisans Tezi, 2014, s.13, (Çevrimiçi), <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/39597/773.pdf?sequence=1>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

¹⁶⁵ Wires, s. 10.

Bazı durumlarda ise doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeninin kurallarını ayırmak mümkün değildir. Önceki bölümlerde açıklandığı gibi hem doğrudan uygulanan kurallar, hem kamu düzeninin kuralları bir devlet için önemli sayılan kamusal çıkarları korumaktadır ve aynı zamanda hem doğrudan uygulanan kurallar, hem kamu düzeninin kuralları ulusal ve uluslar üstü niteliği taşımaktadır. Bunlar sadece tahkim sürecinin farklı aşamalarında uygulanmaktadır. Tahkim yerinin seçiminde, esasa uygulanacak hukukun seçiminde, tahkim sürecine uygulanacak usul hukukunun seçiminde doğrudan uygulanan kurallardan bahsedilmektedir fakat hakem kararın tenfiz aşamasında kamu düzeni istisna maddesinin uygulanmasından bahsetmek gerekir. Bu yüzden sonraki bölümlerde kamu düzeninden kaynaklanan ve uluslararası toplum için olağanüstü önem taşıyan doğrudan uygulanan kurallar incelenecektir.

Görüldüğü gibi, her ülkede ve her bölgede kamu düzeni kavramının kapsamına farklı değerler girdiğinden, uluslararası doktrinde kamu düzeninin tanımı ve kapsayan değerleri belirlenememektedir. Bu nedenle tahkim sürecinde kamu düzeni kapsamına giren doğrudan uygulanan kurallar uygulanmakta iken tahkimi etkileyen kamu düzeni kavramının belirlenmesi için ilk olarak *lex fori*'nin kurallarına ulaşmak gerekmektedir.

3.2. Ulusal (Yerel) Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması ve Yabancı Kamu Düzeninin Uygulanması

Daha önceki bölümlerde açıklandığı gibi Roma Sözleşmesi, Roma I, New York Sözleşmesi'nde doğrudan uygulanan kuralların ve kamu düzeninin uygulanması bakımından daha muhafazakâr görüşler içermektedir. Bu doğrultuda hakem heyetleri ve mahkemelerden ulusal kamu düzeni koruyan kuralların uygulamasını beklenmektedir.

Mevcut bölümde uluslararası doktrinde, ulusal devlet mevzuatlarında ve uluslararası içtihadta yer alan ulusal kamu düzeninin kapsamına giren doğrudan uygulanan kuralların ana uygulanma yönleri açıklanmaktadır.

Bununla birlikte Taslak Komitesi, New York Sözleşmesi'ne yapılan raporda sadece "*hakem kararının uygulanan veya tenfizde bulunan ülkenin hukuk sisteminin temel ilkelerine açıkça aykırı olduğu*" durumlara kamu düzeni istisna maddesinin

uygulanmasını sınırlandırmayı planladığını belirtmektedir¹⁶⁶. Böylece Taslak Komitesi, New York Sözleşmesi'nde yer alan kamu düzeni anlayışına muhafazakâr bir yaklaşım uygulamaktadır.

Daha önce de belirtildiği gibi, New York Sözleşmesi, ulusal veya yerel kamu düzeni kavramı bakımından, kamu düzeninin istisna hükümlerine en muhafazakâr şekilde yaklaşmaktadır. Şöyle ki, New York Sözleşmesi'ne göre kamu düzeni istisna maddesinin kapsamına sadece ulusal kamu düzeni girmektedir. Bunu göz önünde bulunduran ve kamu düzeni istisna maddesine bu tür muhafazakâr yaklaşımları uygulayan devletler, büyük olasılıkla yabancı kamu düzeni veya uluslar üstü kamu düzeninin tahkim üzerinde etkili olan doğrudan uygulanan kurallar olarak tanınmasını reddetmektedir.

Bununla birlikte, New York Sözleşmesi'nde hakem kararının tanınmasının ya da uygulanmasının, hakem kararının tenfiz ülkesinin kamu düzenine aykırı olduğunda istisna maddesinin yürürlüğe gireceği yazılmaktadır¹⁶⁷. New York Sözleşmesinde benimsenen yaklaşım kabul edilecek olursa, yalnızca hakem kararının tenfiz edileceği ülkenin yerel kamu düzeniyle bağlantılı olan doğrudan uygulanan kurallar (tahkim yerinden farklı olabilmektedir) uygulanacaktır.

Her ne kadar ülkelerin çoğu kamu düzeni istisna maddesinin kapsamını geniş tutma eğiliminde olsa da, muhafazakâr yaklaşımlar da hala uygulama alanı bulabilmektedir. Dar yaklaşım uyarınca, bir devletin kamu düzeni istisna maddesinin uygulanması (uluslar üstü kamu düzeni dâhil), pozitif hukukta öngörülen belirli hükümlere dayanmalıdır. Örneğin, Fransa'da doğrudan kanunda öngörölmüş olan hükümlere göre hakem kararı, uluslararası kamu düzenine aykırı olmadığında Fransa'da tenfiz edilebilir¹⁶⁸. Fransa örneğinde görüldüğü gibi, uluslar üstü kamu düzenine bir ülkenin usul hukukunda geçerlilik tanınması halinde, bu ülkenin usul

¹⁶⁶ **Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards**, UN Doc. E/2704 ve E/AC.42/4/Rev.1, y.y., 1955, s.14, (Çevrimiçi), http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=3295, (Erişim Tarihi: 13.01.2018).

¹⁶⁷ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunu, madde 5.

¹⁶⁸ **Fransa'nın Medeni Usul Kanunu**, Kitap IV, (Çevrimiçi), http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_INTERNATIONAL_ARBITRATION.pdf, (Erişim Tarihi: 17.01.2018).

hukukunu uygulayacak olan hakem heyetleri ve ülkenin ulusal mahkemeleri tarafından uluslararası kamu düzenine uygunluk şartı aranacaktır.

Ancak New York Sözleşmesi'nin hakem kararının tenfiz ülkesinin kamu düzeninin uygulanmasını vurgulamış olan hükümlerine bakılmaksızın bütün mahkemeler ve hakem heyetleri uluslararası kamu düzeninin kapsamına giren doğrudan uygulanan kuralları uygulayabilir.

Görüldüğü gibi, New York Sözleşmesi'nde sadece ulusal kamu düzenine aykırı olduğunda hakem kararının uygulanmasının kamu düzeni istisnası kapsamında reddedebileceği belirtilmiştir. Fakat pratik olarak ulusal ve uluslar üstü kamu düzenini ayırmak bazı durumlarda zor olabilmektedir. Örneğin, bazı ülkelerde olduğu gibi hakem kararının tenfizini düzenleyen ulusal kurallarda hakem kararının uluslararası kamu düzenine aykırı olması tenfizi red sebebi (tenfiz engeli) olabilmektedir. Örneğin AB hukukunda, AB mevzuatı hem uluslar üstü hem ulusal nitelik taşıdığı için AB kamu düzeni farklı nitelik taşımaktadır.

Bununla birlikte yukarıda belirtildiği gibi, AB mevzuatına giren Roma I Tüzüğe göre:

“Hiçbir şey, forum kurallarının zorunlu olan hükümlerinin uygulanmasını kısıtlamaz, böyle doğrudan uygulanan hükümleri sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirmesi hukuka aykırı hale getirdiği sürece sözleşmeden doğan yükümlülüklerin veya yükümlülüklerin yerine getirildiği ya da gerçekleştirildiği ülkenin hukukunun zorunlu olan hükümlerine etkide bulunabilmektedir...”¹⁶⁹.

Bu tüzüğe dayanarak hakem heyeti, tahkim yeri olduğu ülkenin yerel kamu düzeninin kapsamına giren doğrudan uygulanan kuralları mutlaka uygulamalı ve diğer “yabancı” kamu düzenini hakem heyetinin görüşüne göre uygulanabilmektedir.

Mevcut tezinin 2.3. bölümde açıklandığı gibi farklı ülkelerin ulusal kurallarına göre kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına

¹⁶⁹ Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuku Dair Tüzüğü (Roma I), madde 9.

(lex fori'ye, lex contractus'a, lex causase'ye, usul hukukuna ait, uluslar üstü doğrudan uygulanan kuralların vb. uygulanması) farklı yaklaşımlar yer almaktadır. Bu yüzden "yabancı" kamu düzeni kapsamına giren doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağını anlaması için lex fori'nin kurallarına ulaşmak gerekmektedir. Örneğin, AB'nde "yabancı" kamu düzeni kapsamına giren doğrudan uygulanan kurallar (uluslararası yaptırımlar hariç) uygulanmamaktadır. Türkiye'de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 31. maddeye göre

"Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir... Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.¹⁷⁰"

Gördüğümüz gibi, bazı ülkelerde "yabancı" kamu düzeni kapsamına giren doğrudan uygulanan kuralların uygulanması hakem heyetinin görüşü ile bağlanmaktadır. Daha ayrıntılı "yabancı" kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının konusu mevcut tezin 3.4 ve 3.5. bölümlerde açıklanmaktadır.

Aynı zamanda doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının kapsamında tam olarak "yabancı" kamu düzeni olarak hangi kavramların kabul edileceğinin de belirlenmesi gerekmektedir. New York Sözleşmesi'nin dar yaklaşımına dayanarak "yabancı" kamu düzeni, hakem kararının tenfiz yeri olan devletin kuralları hariç olan başka bir devletin kamu düzeni olarak tanımlanabilir. Roma I Tüzüğü'ne veya Roma Sözleşmesi'nin hükümlerine dayanarak tahkim yerinin, yükümlüklerin doğduğu ülkenin, ya da yükümlüklerin yerine getirildiği ülkenin kamu düzeni dışındaki diğer ülkenin kamu düzeni "yabancı" olarak tanımaktadır. Aşağıdaki içtihat bu konu daha ayrıntılı açıklanmaktadır.

Westacre Investments Incorporated vs Jugoimport SPDR Holding Co. Limited & Vb. davasında sözleşme taraflarından biri, hakem kararının bu kararın tenfiz

¹⁷⁰ Millelerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, madde 31.

edileceği ülke olan İngiltere'nin kamu düzenini ihlal ettiğini vurgulamaktadır¹⁷¹. Ancak İngiltere temyiz mahkemesi, mevcut davada söz konusu hakem kararının İngiltere kamu düzenini ihlal etmesine rağmen, bu kararın taraflarca tahkim anlaşmasında belirtilen esasa uygulanacak hukukun kurallarından ve usul hukukunun kurallarından kaynaklanan kamu düzenini ihlal etmediğine karar vermiştir¹⁷². Bu doğrultuda İngiltere temyiz mahkemesi, kamu düzeni istisna maddesini uygulamayarak hakem kararının tenfizini kabul etmiştir¹⁷³.

Görüldüğü gibi, bazı durumlarda hakem kararının tenfiz aşamasında hakem kararının onun tenfiz ülkesinin kamu düzenine aykırı olduğunda, fakat esasa ve usule uygulanacak hukukun ve tahkim yerinin kamu düzeni kapsamına giren doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olmadığında böyle hakem kararının uygulanmasının ve tanınmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Bu nedenle yerel kamu düzeni, aşağıda sayılan ülkelerin ulusal kamu düzeni olarak tanımlanabilmektedir:

- 1) Tahkim yerinin ülkesi;
- 2) Esas hukukun kaynağını alan ülke;
- 3) Usul hukukunun kaynağını alan ülke;
- 4) Hakem kararının tenfiz ülkesi;
- 5) Yükümlülüklerin yerine getirildiği ülke;
- 6) Yükümlülüklerin doğduğu ülke;
- 7) Üçüncü ülke.

Görüldüğü gibi, doğrudan uygulanan kurallar ya da kamu düzeninin kavramına giren doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağı tahkim yeri olan

¹⁷¹ İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi, Westacre Investments Inc. v. Jugoimport SPDR Holding Co., Ltd., 1999, s.3, (Çevrimiçi), http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=546, (Erişim Tarihi: 13.01.2018).

¹⁷² Westacre Investments Inc. v. Jugoimport SPDR Holding Co., Ltd., s.2.

¹⁷³ Westacre Investments Inc. v. Jugoimport SPDR Holding Co., Ltd., s.3.

ülkenin ya da tenfiz yeri olan ülkenin kuralları ile bağlı olmaktadır. Bu yüzden sözleşme tarafları tarafından seçilmiş esas veya usul hukukunun, ya da tahkim yerinin kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar dışında diğer doğrudan uygulanan kuralların uygulanması için hakem heyetinin yetkiye sahip olup olmadığını son derece tartışmalıdır.

Uluslararası Hukuk Enstitüsünün Kararı'na göre, uluslararası hakemlerin pozisyonunu inceler iken akılda tutulması gereken bir kavram olarak “yabancı kamu hukukunun uygulanmamasının ilkesi” ortaya konulmaktadır¹⁷⁴. Bu tür “yabancı” kamu düzeni uygulanmama kuralı, hukukun üstünlüğüne sahip ülkeler için faydalı bir rol oynayabilmektedir (örneğin, AB, üye devletlerin yasalarını ihlal eden üçüncü ülkelerin kısıtlayıcı tedbirlerini uygulamamaktadır¹⁷⁵), fakat hukukun üstünlüğüne sahip olmayan ülkelerde bu tür bir kuralın uygulanması uluslar üstü kamu düzenine ve yaptırım rejimlerine aykırı olabilmektedir. Ancak diğer bölümlerde açıklandığı gibi bazı durumlarda yabancı kamu düzeni ve yabancı kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar uluslar üstü niteliği taşıdığı anda (uluslar üstü yaptırımlar, örneğin) ya da dava ile yakın bağlantıda olduğunda (tenfiz aşamasında değil, tahkim yargılaması sırasında) uygulanabilmektedir.

Bu nedenle, yukarıda belirtilen kamu düzeninin veya kamu düzenini kavramına giren doğrudan uygulanan kuralların “yabancı” olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, hakem heyetinin kararına veya gerektiğinde bu kararı icra eden ülkenin mahkemesinin kararına bağlıdır.

Yine de “yabancı” kamu düzeni ve “yabancı” doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağını anlaşıması için içtihatla olan örneklere bakılması gerekmektedir.

¹⁷⁴ Lalive, s.263.

¹⁷⁵ **Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy**, No. 11205/12, 2012, madde 52, (Çevrimiçi), <https://europeansanctions.files.wordpress.com/2013/03/eu-guidelines-on-sanctions-2012.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.02.2018); **Regulation (EC) No 2271/96 and Joint Action 96/668/CFSP protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom**, y.y., 1996, önsöz, (Çevrimiçi), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996R2271:EN: HTML>, (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

Şili Ulusal Bankası ve Küba Ulusal Bankası arasındaki bir dava, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde yabancı doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına ilişkin bir örnek olarak de alınabilir. Söz konusu olan davaya göre Şili Ulusal Bankası (Banco Central de Chile) 1972'de bir Avrupa bankasından ABD doları olarak bir kredi almış ve Küba Ulusal Bankası tarafından tutulan bir hesapta Zürih'teki (İsviçre) bankaya kredinin bir kısmını yatırmıştır¹⁷⁶. 1973'te Şili'de bir darbe olduğunda General Pinochet'e ülkenin iktidarını ele geçirmiştir. Bu durumda Şili'de bir siyasi değişimin bir sonucu olarak Küba Ulusal Bankası 1256 Sayılı Kanun'u yayımlanmış ve bu kanuna göre Şili Ulusal Bankası'nın hesapları dondurulmuştur¹⁷⁷. Bu nedenle Şili Ulusal Bankası, kabul edilen depoya erişim elde etmek için Zürih mahkemelerine başvurmak zorunda kalmıştır. Aynı zamanda mahkeme, verilen bir teminatın kredi olarak kabul edildiğini ve Şili hukukuna tabi olması gerektiğini söylemiştir¹⁷⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi, tarafların kendi faaliyetlerinden dolayı değil, cezai yaptırımların sonuçlarından dolayı yükümlüklerini yerine getirememesi halinde sorumluluktan kurtulacağını belirtmiştir¹⁷⁹. Fakat aynı zamanda mahkeme, İsviçreli bankanın Küba Ulusal Bankasına yatırılan fonları transfer etmek için herhangi bir "aktif" müdahalede (bankaya para transferi için talimat vermek zorunda değil, sadece bu transferi doğrulaması yeterli) bulunmak zorunda kalmadığı için mevcut davada bu kuralın uygulanmayacağını da belirtmiştir¹⁸⁰.

Bu nedenle mahkeme, mevcut davada yabancı kamu düzeninin kapsamında giren kuralların tanınmayacağına ve aynı zamanda Küba hukukunun (Şili hukuk taraflarca seçilmesine rağmen) sözleşme uygulanabilse bile, Küba'nın kamu hukukunun hükümlerinin bu konuda aynı şekilde tanınmayacağına karar

¹⁷⁶ Banco Nacional de Cuba vs Banco Central de Chile, DFR - BGE 118 II 348, 68. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung (naklen); Christoph Brunner, **Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-Performance in International Arbitration**, Wolters Kluwer Law&Business, y.y., 2009, s.288.

¹⁷⁷ Brunner, s.288.

¹⁷⁸ Brunner, s.288.

¹⁷⁹ Brunner, s.288.

¹⁸⁰ Brunner, s.289.

vermektedir¹⁸¹. Yukarıda belirtildiği gibi, mahkeme, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için geçerli olarak “yabancı” kamu düzenini tanımamaktadır.

Aynı şekilde Messageries Maritimes davasında olduğu gibi “Messageries maritimes” adlı Fransız şirketi Kanada doları ile altın cinsinden bir kredi almaktadır, ancak Kanada doları tevkifatı ve altın kullanımını yasaklayan kanunlar nedeniyle borçlarını kâğıt parayla ödemeye çalışmaktadır¹⁸². Bu davaya göre hakem heyeti, esas hukukun doğrudan uygulanan kurallarına rağmen Fransız hukukuna göre bir sözleşme tarafının altın değerine ödeme olarak kabul edebildiğine karar vermektedir, çünkü bu tür doğrudan uygulanan kurallar Fransız hukuk kurallarına göre uluslararası kamu düzeninin kavramını ihlal etmektedir¹⁸³. Bu nedenle bu davada hakem heyeti “yabancı” doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını yasaklayan uluslararası kamu düzeni anlayışını uygulamaktadır.

Görüldüğü gibi, hakem kararının tenfizinde, uluslararası mevzuatta yer alan dar yaklaşım uygulanmakta uluslararası tahkimde bu hakem kararının sadece ulusal kamu düzenine aykırı olup imkânsız olmaktadır. Ancak daha sonraki bölümlerde açıklanacağı üzere, günümüzde içtihatla daha geniş yaklaşım uygulanmaktadır ve mahkemeler ve hakem heyetleri, hakem kararının uluslararası ve uluslar üstü kamu düzenine aykırı olmamasını temin etmeye çalışmaktadır.

Bununla birlikte, birçok hukuk sistemlerinde “yabancı” kamu düzenine ve doğrudan uygulanan kuralların uygulanmamasına tercih etmektedir. Ancak yine de sonraki bölümlerde açıklandığı gibi uluslararası anlaşmalara dayanarak “yabancı” kamu düzeni de hakem heyeti ya da mahkeme tarafından dikkate alınabilmektedir.

3.3. Uluslararası Ticari Anlaşmazlık Çözümünde Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması

Yukarıda da belirtildiği gibi, doktrinde kamu düzeninin kaynağına göre ulusal (ulusal düzenlemelerde öngörülen), uluslararası (uluslararası düzenlemelerde öngörülen) ve uluslar üstü (hukukun ve ahlakın genel ilkelerine dayanarak uluslararası

¹⁸¹ Brunner, s.289.

¹⁸² Lalive, s. 267.

¹⁸³ Lalive, s. 268.

düzenlemelerde öngörülen ve öngörülmuş olmayan) kamu düzeni olarak sınıflandırılmaktadır.

Ancak hem uluslararası hem de uluslar üstü kamu düzeni ve kamu düzenin kavramına giren doğrudan uygulanan kurallar arasındaki sınır belirgin değildir. Çünkü genel hukuk ilkeleri ve ahlaki kuralların çoğunluğu uluslararası düzenlemelerde yer almaktadır ve vice versa. Bu yüzden, bunları uluslar üstü kamu düzeninin kavramına dâhil etmek daha uygundur.

Mevcut bölümde uluslararası doktrinde, mevzuat ve içtihatla yer alan uluslar üstü kamu düzeninin ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların tanımı ve ana uygulanma yönleri açıklanmaktadır.

3.3.1. Uluslar Üstü Kamu Düzeninin Tanımı

Uluslar üstü kamu düzeninin kuralları ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar, tahkim yargılamasının her aşamasını etkileyebilmektedir. Bu yüzden öncelikle uluslar üstü kamu düzeninin ne olduğunu açıklamak gerekmektedir.

Mevcut bölümde uluslararası doktrinde, mevzuatta ve içtihatla yer alan uluslar üstü kamu düzeninin ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların tanımı açıklanmaktadır.

Uluslar üstü ya da evrensel kamu düzeninin terimi, iç politikaya ters düşen, yaygın olarak kabul edilen evrensel ahlaki değerler olarak Sanders'da Lalive tarafından açıklanmaktadır¹⁸⁴.

Daha önceki bölümlerde incelendiği gibi, günümüzde çoğu tahkim merkezleri, kamu düzeni istisna hükümlerine ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallara geniş bir yaklaşımda bulunmaktadır. Bununla birlikte, New York Sözleşmesi'nde yer alan kamu düzeni istisna maddesi, uyuşmazlık çözümü meselelerinde uluslararası ve uluslar üstü kamu düzenine aykırı olduğu halde uygulanmaktadır. Geniş yaklaşım benimsenecek olursa, New York Sözleşmesi'nde

¹⁸⁴ Martin Hunter ve Gui Conde e Silva, s. 366-367.

yer alan kamu düzeni istisna maddesi hakem kararının sadece tenfiz ülkesinin ulusal kamu düzenine aykırı olduğunda değil, uluslar üstü kamu düzenine aykırı olduğunda da uygulanacağı sonucuna varılabilir.

Uluslararası Hukuk Derneği tarafından hazırlanan rapora göre özel durumlar hariç bir hakem kararının kesin olduğuna saygı gösterilmelidir¹⁸⁵; hakem kararının uluslar üstü kamu düzenine aykırı olduğunda böyle özel durumların olduğunu anlaşılmalıdır¹⁸⁶. Bununla birlikte, bahsedilen rapora göre uluslar üstü kamu düzeni kavramına aşağıdaki hususlar girmektedir:

- 1) Bir devletin doğrudan ilişkili olmadığı durumlarda bile korumak istediği adalet veya ahlaka ilişkin temel ilkeler;
- 2) “Lois de police” veya “kamu düzeninin kuralları” olarak bilinen, bir devletin temel politik, sosyal veya ekonomik çıkarlarını korumak için tasarlanmış kurallar;
- 3) Bir devletin diğer devletlere veya uluslararası örgütlere ve uluslararası anlaşmalara karşı yükümlülüklerini yerine getirme görevi¹⁸⁷.

Uluslararası ya da uluslar üstü kamu düzeni, tahkim yerinin ya da hakem kararının tenfiz edileceği devletlerin kanunlarına -uluslararası anlaşmalarda öngörülen hükümler ve maddeler olarak (örneğin, AB kamu düzeni üzerinde tartışmalar gibi)- girdiği halde, ulusal kamu düzeninin bir parçası olarak ya da ulusal doğrudan uygulanan kurallar olarak uygulanabilmektedir.

Ancak bir devlet tarafından (tahkim yerinin, esasa uygulanacak hukukun veya hakem kararının tenfiz ülkesi) onaylanmayan uluslararası antlaşmalarda, genel hukuk ilkelerinde ve uluslararası hukuki düzenlemelerde yer alan uluslar üstü kamu düzeninin ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların hakem heyeti tarafından uygulanabilip uygulanamayacağı hakkında uluslararası doktrinde tartışmalar yer almaktadır. Birçok ülkelerde yer alan hakem

¹⁸⁵ Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, Arbitration International, S. 19, Baskı 2, 2003, (naklen), Gibson, s. 134.

¹⁸⁶ Gibson, s. 134.

¹⁸⁷ Gibson, s. 136.

heyetleri, bir devlet tarafından (tahkim yerinin, esasa uygulanacak hukukun veya hakem kararının tenfiz ülkesi tarafından) onaylanmayan anlaşmalar uluslararası kamu düzeni olarak kabul etmektedir ve buna dayanarak hakem kararını vermektedir¹⁸⁸.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde genel hukuk normlarının yanı sıra insan hakları, adil işlem hakları ve bonos mores kuralları (rüşvet, terörizm, soykırıma karşı normlar vb.) gibi temel ahlaki değerler ve standartlar da uygulanmalıdır¹⁸⁹. Bu nedenle uluslararası ticari davranış standartlarının korunması için hakem heyeti, uyuşmazlık çözümü sırasında evrensel (uluslar üstü) kamu düzenini de dikkate almalıdır.

Bu fikir aynı zamanda Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin UNIDROIT İlkeleri ve ona ait Model Maddeleri tarafından da desteklenmektedir. UNIDROIT ilkelerine göre doğrudan uygulanan kurallar (örneğin, rüşvet yasağı, döviz kontrol yasaları, anti tröst düzenlemeleri, çevre koruma kuralları), esasa uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanmalıdır¹⁹⁰. UNIDROIT ilkelerinde uluslar üstü doğrudan uygulanan kurallar ve uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların, ulusal doğrudan uygulanan kurallardan üstün oldukları açıkça belirtilmiştir¹⁹¹.

Uluslar üstü kamu düzeni ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar, uluslararası toplum tarafından dini, ekonomik, politik ve yasal çevrede kabul edilmiş olan normlar ve toplumun temel ilkeleri olarak açıklanabilmektedir.

Bununla birlikte, uluslar üstü kamu düzeninin kuralları;

- 1) Uluslararası anlaşmalarda ve kurallarda gösterilmiş (örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan hükümler):

¹⁸⁸ Lalive, s. 290-291.

¹⁸⁹ Gaillard Emmanuel, John Savage ve Gaillard Fouchard, **Goldman on International Commercial Arbitration**, 1999, s. 856-857.

¹⁹⁰ Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin UNIDROIT İlkeleri, madde 1.4.

¹⁹¹ Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin UNIDROIT İlkeleri, madde 1.4.

- A. Bir tahkim yerinin, esasa veya usule uygulanacak hukukun ya da hakem kararının tenfiz ülkesi tarafından onaylanmış olan;
- B. Bir tahkim yerinin, esasa veya usule uygulanacak hukukun ya da hakem kararının tenfiz ülkesi tarafından onaylanmış olmayan;
- 2) Uluslararası hukuk ilkelerinde gösterilmiş (örneğin, UNIDROIT İlkeleri'nde yer alan hükümler);
- 3) Uluslararası hukuk geleneklerinde gösterilmiş (örneğin, Alman hukukunda uluslararası sözleşmeler, bonos mores'e aykırı ise geçersiz olmaktadır¹⁹²)

olabilmektedir.

Lalive tarafından bahsedilmiş olan İsviçre'deki doktrinde yer olan görüşe göre, kamu düzeni istisnasının uygulanması, özel hukuk niteliği taşıyan kanunlar ihtilaf kurallarıyla sınırlandırılmalıdır¹⁹³. Bununla birlikte, bir sözleşme tarafının ikamet ettiği ülke, yükümlüklerin yerine getirildiği ülke, ya da üçüncü ülkenin kamu düzenini veya kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya cevap verebilmek için, mevcut tezin 2.3 bölümünde açıklandığı gibi her özel durumda lex fori'nin kurallarına ulaşmak gerekmektedir.

Görüldüğü gibi, ulusal ve uluslar üstü kamu düzeni arasındaki fark, uluslararası tahkime yönelik bireysel yaklaşımda yatmaktadır. Sadece hakem heyeti, kamu düzeninin veya kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların ulusal ya da uluslar üstü nitelik taşımasına karar verebilir¹⁹⁴.

Viyana Sözleşmesinin 27. maddesine göre, *“bir taraf, ulusal hukukunun hükümlerini, bir anlaşmanın yerine getirilmemesi nedeniyle haklı sebep olarak*

¹⁹² Cortese, s. 734.

¹⁹³ Lalive, s. 263.

¹⁹⁴ Hunter ve Conde e Silva, s. 369.

kullanamaz”¹⁹⁵. Bu hükümleri, tarafların ulusal kanunların üzerinde uluslar üstü hukuk ilkeleri ve kamu düzeninin hüküm sürdüğü durumlar ima edilebilmektedir.

Bu nedenle, uluslar üstü kamu düzeninin kuralları ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynağını alan doğrudan uygulanan kurallar, esasa uygulanacak hukuka ve tahkim yerinin ulusal kamu düzenine bakılmaksızın (bu tür uluslar üstü kamu düzeni ulusal hükümet tarafından onaylanmamış veya uygulanmamış olsa da) uygulanmalıdır¹⁹⁶.

Görüldüğü gibi, uluslar üstü kamu düzeni, uluslararası anlaşmalarda, bonos mores kurallarında, uluslararası hukuk ilkelerinde, lex mercatoria’da yer alan temel ahlaki ve hukuki değerler ve standartlar olarak tanımlanabilmektedir. Bununla birlikte kanaatimizce uluslar üstü niteliği taşıyan kurallar, tahkim sürecinin herhangi aşamasında esasa uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanmalıdır.

3.3.2. Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması

Daha önce açıklandığı gibi, uluslar üstü kamu düzeninin kuralları ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar, tahkim sürecinin herhangi bir aşamasını etkileyebilmektedir. Bununla birlikte diğer doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağını anlaşılmaması için tahkim yerinin kurallarına ulaşmak gerekmektedir. Fakat uluslar üstü kamu düzeninin kurallarının uluslararası toplum için son derece önemli olduğu için hakem heyeti veya mahkeme tarafından bu kuralların uygulanması şarttır.

Mevcut bölümde uluslararası doktrinde ve içtihadta yer alan uluslar üstü kamu düzeninin ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların pratik uygulanması göstermektedir.

Uluslar üstü kamu düzeninin uygulanmasının ilk örneklerinden biri, 1810 yılında köle ticareti üzerine Greenwood vs Curtis davasının örneğidir. Söz konusu olan davada bir köle satış konusunda Afrika’da yapılan sözleşme tarafı, sözleşmeye ilişkin

¹⁹⁵ Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi, madde 27.

¹⁹⁶ Hunter ve Conde e Silva, s. 372.

borç toplamak için mahkemeye başvuruda bulunmuştur¹⁹⁷. Ancak köle ticareti milletler topluluğu ülkelerinde yasaklanmış olsa da sözleşmenin yapıldığı ve yükümlülüklerin yerine getirildiği Afrika sahilinde hala bu faaliyetleri yasaklanmış olmadığı için mahkeme, insanın nesne olarak değerlendirildiği ticaretin yasaklanmasına yönelik kamu düzeni ilkesi uygulamıştır¹⁹⁸. Bu durumda uluslararası ticari uyumsuzluk çözümü sırasında insan haklarını korumaya ilişkin uluslar üstü kamu düzeni uygulanmaktadır.

Söz konusu davaya benzer bir şekilde 1982'deki Alman Federal Mahkemesi, bonos mores'e ve UNESCO Sözleşmeleri'ne dayanarak Nijerya'dan yasadışı olarak ithal edilen arkeolojik eserler üzerindeki sigorta sözleşmesinin de yasadışı olduğunu belirtmektedir¹⁹⁹. Aynı şekilde Fransız mahkemesi, Kraliçe Isabel Emri Komutanı'nın Katolikliğe ait madalyalara ilişkin satış sözleşmelerinin kamu ahlakına aykırı olduğu için geçersiz olduğuna karar vermiştir²⁰⁰.

Banque Ottomane davasında da, Paris Temyiz Mahkemesi, *“herhangi pozitif hukukun bir sisteminde göstermemiş olanlar ve özellikle Fransız hukukuna göre kabul edilmemiş olanlar uluslararası kamu düzeninin ilkelerin”* uygulamasını reddetmiştir²⁰¹. Görüldüğü gibi mahkeme, evrensel bir kamu düzeni tanınmasa bile, uluslararası ticari ve finansal ilişkilerin güvenliğinin sağlanması için çeşitli hukuk sistemlerinde ortak olan anonim şirketlerin hissedarlarının çıkarlarını koruyan kurallar olarak tanınması gerektiğini belirtmiştir²⁰².

Gördüğümüz gibi, bir kuralın uluslar üstü kamu düzeni olarak tanınması için bu hükmün en azından birkaç hukuk sistemine ait olan pozitif hukuka girmesi gerekmektedir. Bir kurala birkaç yargı alanında önem verilmesi halinde bu kuralın uluslararası toplum tarafından tanınması ve uluslar üstü kamu düzenine girmesi kuralın mahiyeti bu yönde ise mümkün olabilir.

¹⁹⁷ Suffolk İlçe Mahkemesi, Greenwood v. Curtis, 6 Mass No.358, 1810, s.1, (Çevrimiçi), <http://masscases.com/cases/sjc/6/6mass358.html>, (Erişim Tarihi: 17.01.2018).

¹⁹⁸ Greenwood v. Curtis, s.2.

¹⁹⁹ Lalive, s. 276.

²⁰⁰ Lalive, s. 276.

²⁰¹ Lalive, s. 277.

²⁰² Lalive, s. 277.

Yukarıda belirtilen mahkeme uygulamalarında uluslararası ya da uluslar üstü kamu düzeninden sayılan ahlaki normlar, gelenekler ve bonos mores ilkelerinin pozitif hukukta gösterilmiş olduğu takdirde uygulandığı görülmüştür. Bu nedenle uluslar üstü kamu düzeninin kavramı, hakem heyeti için hâlâ ulusal kaynak olarak kalmaktadır, ancak onun mahiyetine göre uluslar üstün olduğu belirtilmelidir²⁰³.

Uluslar üstü kamu düzeni, uluslararası normatif eylemlerde öngörülen ilkeler ve normlar biçiminde ele alınarak aşağıdaki içtihatla daha ayrıntılı olarak tartışılmaktadır.

Haziran 1984'te Avrupa Toplulukları, Kanada'da yabancı tedarikçilerin ürettiği alkollü içecek ithalatı, satışı ve dağıtımını ile ilgili Kanada'daki yönetmelikler ile ilgili bir konu hakkında Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nın (GATT) Paneli'ne başvuruda bulunmaktadır; aynı zamanda ABD, Avustralya, İspanya, Yeni Zelanda, GATT Paneline katılmaktadır²⁰⁴. Kanada'da ticaret politikasını kurmak için gücünü yürüten anayasal otorite Federal hükümettir ve yalnızca ulusal mahkeme bu tür davalarla ilgili karar verebilmektedir²⁰⁵. Dahası, Kanada eyaletlerinde alkol satışı, ithalatı ve dağıtımını düzenleyici politikalar oluşturan İl Likör Kurulları olarak adlandırılan devlet kurumları bulunmaktadır²⁰⁶. 1928 Toksikleştirici Likörler İthalatı Hakkında Kanuna göre Kanada Parlamentosu, içki satma hakkına sahip bir taşra teşkilatı (il likör kurulu) tarafından belirlenen şartlar dışında likör ithalatını kısıtlamaktadır²⁰⁷. Avrupa Toplulukları, Kanada'daki alkollü içeceklerin pazarlama ajansları tarafından ayrımcılık politikasını uyguladığını, Kanada'nın GATT kapsamındaki yükümlülükleri yerine getirmediğini ve GATT kapsamında Avrupa Topluluklara tahakkuk ettiren avantajları (özellikle de söz konusu ürünlere verilen vergiler) Kanada'nın tarife çizelgesine bağlı olduğu için geçersiz kılındığını veya zayıflattığını vurgulamaktadır²⁰⁸. Nitekim ithal edilen markalar satışa sunulmak için İl Likör Kurulu tarafından konulan kurallara göre önceden gerekli satış hacmine

²⁰³ Lalive, s. 278.

²⁰⁴ Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması İthalat Paneli, Distribution and Sale of Alcoholic Drinks by Canadian Provincial Marketing Agencies, Panel Raporu, L/6304 - 35S/37, 1988, s.1, (Çevrimiçi), <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/canadaalcdistribution.pdf.download>, (Erişim Tarihi: 16.12.2017).

²⁰⁵ Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması İthalat Paneli, s. 3.

²⁰⁶ Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması İthalat Paneli, s. 3.

²⁰⁷ Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması İthalat Paneli, s. 4.

²⁰⁸ Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması İthalat Paneli, s. 4.

ulaşması gerekmektedir²⁰⁹. Belirli bir seviyenin altında bir perakende fiyatı ile ithal edilen şaraplar Kanada'nın British Columbia veya Alberta eyaletlerinde kabul edilmemektedir; ancak tek el mağazalarının dışında doğrudan şarap dağıtımına izin verilmektedir, fakat ithal edildiği şarap bu kapsamda olamamaktadır²¹⁰. Avustralya ve ABD, Avrupa Toplulukları'nın başvurularını desteklemektedir²¹¹.

Benzer bir durum, ABD'nin Kanada'ya ithal edilen biralarını etkileyen davada görülmüştür. Bu dava, ABD'nin talebi üzerine Panel'de 1992'de görüşülmüştür. Panel, Kanada mevzuatının GATT'ye göre ulusal muamele ilkesinin ihlali olduğunu tespit etmiştir²¹². Bu nedenle hakem heyeti, uluslararası antlaşmalarla kapsanan uluslar üstü kamu düzenine ilişkin uluslararası yatırım yasalarının temel ilkelerinden biri olan ulusal muamele ilkesine dayanarak davada karar vermiştir. Görüldüğü gibi GATT'nin hükümleri uluslar üstü nitelikleri taşımaktadır ve ulusal kuralların üstünde olmaktadır.

Bununla birlikte, Metalclad Corporation vs Birleşik Meksika Devletleri davasında Guadalcazar Meksika Belediyesi'nde faaliyette bulunan Amerika Birleşik Devletleri'nin şirketleri ve kendi yerel yönetimi aracılığıyla Birleşik Meksika Devletleri arasında Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'nın (NAFTA) uygulanması üzerinde uyuşmazlık ortaya çıkmıştır²¹³. Metalclad, Guadalcazar'da bulunan La Pedrera bölgesinde tehlikeli atık için bir nakil istasyonu inşa etmek ve işletmek için gerekli izinleri almaya hak kazanmaktadır, ancak öte yandan Guadalcazar Valisi, çöplüğün işleyişini ifşa etmek ve inşaatı önlemek için bir kamu kampanyası başlatmıştır²¹⁴. Aynı zamanda protestocular, misafirleri ve işçileri taşıyan otobüslerin girişini ve çıkışını engellemiş ve Metalclad'a karşı sindirme taktikleri kullanmıştır²¹⁵. Bundan sonra belediye, bir inşaat ruhsatı olmaması nedeniyle tüm bina

²⁰⁹ Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması İthalat Paneli, s. 5.

²¹⁰ Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması İthalat Paneli, s. 5.

²¹¹ Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması İthalat Paneli, s. 6.

²¹² Hunter ve Conde e Silva, s. 372.

²¹³ ICSID, Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Dava No. ARB(AF)/97/1, 2000, s. 7 (Çevrimiçi), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.12.2017).

²¹⁴ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, s. 10.

²¹⁵ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, s. 10.

faaliyetlerinin durdurulmasını emretmiş ve bundan dolayı inşaat aniden sona ermiştir²¹⁶.

Hakem heyeti, NAFTA antlaşmasının hükümlerine dayanarak Metalclad'ın yatırımının uluslararası hukuka uygun olarak adil ve eşit muamele görmediğini ve Meksika'nın NAFTA'yı ihlal ettiğini tespit etmiştir²¹⁷. Bu nedenle bu davada hakem heyeti, ulusal mevzuatın uluslar üstü hedefler üzerindeki etkisine odaklanmıştır²¹⁸. Görüldüğü gibi NAFTA'nın hükümleri uluslar üstü nitelik taşımaktadır ve ulusal kurallardan üstün olduğu kabul edilmektedir.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. vs Kosta Rika Cumhuriyeti davasında da, çoğunluk hissedarları ABD vatandaşı olan Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. Kosta Rika Cumhuriyeti'nin "Santa Elena" olarak bilinen bir mülkün (30 kilometreden fazla Pasifik kıyı şeridinin yanı sıra, sayısız nehir, yay, vadi, orman ve dağlar, flora ve hayvan varlığının göz kamaştırıcı çeşitliliğinden oluşan bir araziye kapsayan ve bir turistik tesis ve konut topluluğu olarak davacı tarafından takip edilen arazi) kamulaştırılmasıyla ilgili olarak ve özellikle, söz konusu kamulaştırmanın sonucu olarak Kosta Rika Cumhuriyeti tarafından Compañía del Desarrollo de Santa Elena'ya ödenen tazminat ile ilgili olarak hakem heyetine başvurmuştur²¹⁹. Santa Elena'nın Compañía del Desarrollo de Santa Elena tarafından satın alınmasından sonra Kosta Rika Cumhuriyeti bir kamulaştırma kararı çıkarmış ve şirkete tazminat olarak yaklaşık 1.900.000 ABD Doları ödenmesini önermiştir²²⁰. Kosta Rika yasaları, kamu amacı ile kamulaştırılan mülkün on yıl içinde bu amaca tahsis edilmesi gerektiğini ve bu öngörülen sürede yapılmadığında orijinal sahibinin dilekçesi ile mülkün iadesinin gerçekleştirileceğini öngörmektedir²²¹. Ancak Kosta Rika bu yasalarda öngörülen hükümleri uygulamamıştır²²². Öte yandan ABD'de, ABD vatandaşlarının veya pay sahiplerinin en az % 50'si ABD vatandaşı olan şirketin mülkünü kamulaştırmış bir

²¹⁶ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, s. 10.

²¹⁷ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, s. 11-12.

²¹⁸ Hunter ve Conde e Silva, s. 369.

²¹⁹ ICSID, Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Dava No. ARB/96/1, s. 7, (Çevrimiçi) https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw_6340.pdf, (Erişim Tarihi: 19.12.2017).

²²⁰ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, s. 8-9.

²²¹ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, s. 10

²²² Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, s. 11.

ülkeye uluslararası kurumların finansal desteği onaylanması da dâhil olmak üzere ABD'nin dış yardımını yasaklayan “Kask Değişikliği” yasası yürürlüğe girmiştir²²³.

Mevcut davada hakem heyeti, tarafların esasa uygulanacak hukuk hakkında açık ve net bir anlaşmaya varıp varmadığına ve bu nedenle kamulaştırılan mülkün değerlendirilmesi ile ilgili olarak dikkate alınması gereken Kosta Rika hukukunun kuralları ve ilkelerinin yanı sıra uluslararası kamu hukukunun kurallarının da geçerli olduğuna karar verememiştir²²⁴. Bu yüzden hakem heyeti, mevcut davada uyuşmazlık çözümünün sağlanması için, Kosta Rika ulusal hukukunda belirli bir hüküm bulunmadığında, uluslararası ve uluslar üstü kuralların uygulanacağına karar vermiştir²²⁵. Bununla birlikte hakem heyeti, Kosta Rika hukukunun, uluslararası iyi niyeti koruyan ilkelere ve pacta sunt servanda ilkelerine aykırı olmadığı takdirde uygulanacağını belirtmiştir²²⁶. Görüldüğü gibi mevcut davada hakem heyeti, ulusal hukukun uluslararası ilkelere ve ticari geleneklere aykırı olmayan kısmını uygulamaktadır.

Mitsubishi vs Soler Chrysler-Plymouth davasında Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, anti tröste karşı olan ABD'nin iç kamu düzenine rağmen uluslararası ticarete anti tröst ile ilgili özel başvuruların tahkim sürecine girmesine karar vermektedir²²⁷. Görebildiğimiz üzere mahkeme, ulusal kamu düzenine aykırı, ancak uluslar üstü kamu düzenine aykırı olmayan hakem kararının uygulanmasına karar vermektedir.

Yukarıda yer alan içtihatlardan uluslararası anlaşmalarda, uluslararası geleneklerde ve uluslararası ilkelere yer alan uluslar üstü kamu düzeni kurallarının

²²³ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, s. 8.

²²⁴ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, s. 24.

²²⁵ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, s. 25.

²²⁶ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, s. 25.

²²⁷ Lisa Sopata, **Mitsubishi Motors Corp. vs Soler Chrysler-Plymouth, Inc: International Arbitration and Antitrust Claims**, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol.7, Iss. 3, y.y., 1986, s. 595-596, (Çevrimiçi), <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1208&context=njilb>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017); ABD Yüksek Mahkemesi, Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614, No. 83-1569, 02.07.1985, (Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların ulusal hükümlerden üstünlüğü anlaşılabilir.

3.4. AB Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması

Mevcut tez çalışmasında belirtildiği gibi AB mevzuatından kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralların uluslararası doktrinde özel bir yeri bulunmaktadır. AB içinde hem ulusal (AB mevzuatı AB üye devletlerin ulusal sistemine bütünleşmiş edildiğinde) hem de uluslararası (AB'nin ayrı bir üye olduğu uluslararası sözleşmeler, AB düzenlemeleri, direktifleri, politikaları ve antlaşmaları) niteliği taşıyan kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralların uygulanması durumu söz konusudur.

Bu yüzden AB kamu düzeni ve AB kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallardan özel olarak bahsedilmesi gerekmektedir. Mevcut bölümde uluslararası doktrinde, AB mevzuatında ve içtihatla yer alan hem uluslar üstü hem ulusal nitelik taşıyan AB kamu düzeninin ve AB kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların pratik uygulanması gösterilmeye çalışılacaktır.

Avrupa Birliği mevzuatı uluslar üstü bir niteliğe sahip olduğu için AB kamu düzeni aynı zamanda AB üye devletlerinin kamu düzenini ve aynı şekilde tahkim sürecini etkilemektedir. Örneğin, bir sözleşmenin tarafları Avrupa Birliği üye devletlerinde ikamet etmekte ve üye devletlerden birinin hukuku esasa uygulanacak hukuk olarak seçilmekte ancak sözleşmenin hükümleri Avrupa Birliği mevzuatını ihlal etmektedir (örneğin, Roma Sözleşmesi uyarınca anti tröst hükümlerini ihlal eden ortak girişimi bir sözleşmede katılmaktadır). Bu durumda hakem heyetinin, sözleşmede seçilmiş esas hukukun anti tröst hükmünü ihlal etmemesi halinde, Avrupa anti tröst hükümlerinin tahkim sürecini etkileyen doğrudan uygulanan kural olarak dikkate alınıp alınmayacağını tespit etmesi gerekmektedir. Bu nedenle, mevcut bölümde AB içinde kamu düzeni istisna maddesinin ve AB mevzuatından kaynağını alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanması detaylı olarak tartışılacaktır.

Her ne kadar Avrupa Birliğinde uyuşmazlık çözümünde milletlerarası yetki meseleleri Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve

Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel I) tarafından düzenlenmekteyse de, Brüksel I Tüzüğü'nün 1. maddesine göre tahkim bu düzenlemenin kapsamı dışında bırakılmıştır²²⁸.

AB mevzuatı olarak tahkim sürecinde hakem kararının tenfizini etkileyen kamu düzeni istisna maddesi ve tahkim yerinin ve esasa veya usule uygulanacak hukukun seçimini etkileyen doğrudan uygulanan kurallarla ilgili madde içeren Roma I Tüzüğü uygulanmaktadır. Ancak Roma I Tüzüğü'nün uygulanabilmesi için bir sözleşme tarafının AB içinde ikamet etmesi gerekmektedir²²⁹. Çok taraflı ve karmaşık vakalarda AB kuralların uygulanıp uygulanmayacağı'nın tespiti bakımından bu husus büyük önem arz etmektedir.

Bununla birlikte, tahkim sırasında AB düzenlemelerinde yer alan hangi hükümlerin AB kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kural niteliği (AB kamu çıkarlarını koruyan ve büyük önem arz eden hüküm niteliği) taşıdığı net olarak belirli değildir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (CJEU), AB mevzuatının normlarına dayanarak kamu düzeni kavramına daha kapsamlı bir yorum getirmektedir. Bir AB üye devletinin ulusal mahkemelerinin hakem kararının tenfiz edileceği mahkeme olması halinde, o devletin ulusal kamu düzenin uygulanırsa, “eşdeğerlik ilkesi” ve “etkililik ilkesi” uyarınca, AB kamu düzeni de uygulanmak zorundadır²³⁰. Ancak hâlihazırda AB hukukunun hangi hükümlerinin AB kamu düzeninin bir parçasını oluşturduğu ve Roma I Tüzüğü'nün kapsamında kamu düzeni istisna maddesinin ve doğrudan uygulanan kuralların uygulanması için bir gerekçe oluşturup oluşturmadığı açık değildir²³¹.

²²⁸ **Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü**, y.y., 1968, madde 1, (Çevrimiçi), [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=EN), (Erişim Tarihi: 13.01.2018).

²²⁹ Topaloğlu, s. 461.

²³⁰ **Study on Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU**, Avrupa Birliği İç Politikaları Genel Müdürlüğü, y.y., 2014, s. 11, (Çevrimiçi), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU\(2015\)509988_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

²³¹ Study on Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU, s. 11.

Hakem heyetleri tarafından verilen tedbir kararlarının, AB üye devlet mahkemeleri tarafından yerine getirilip getirilmeyeceğine ilişkin kesin bir hüküm AB mevzuatında bulunmamaktadır. Ancak AB mevzuatına göre Brüksel I kuralları uyarınca, AB üye devlet mahkemelerinin yargı yetkisini kullanmasını engellediği için hakem heyetlerinin tedbir kararı vermesi AB kamu düzeni ile uyumsuzluk göstermektedir²³². Bu yüzden AB ile bağlantılı olan tahkim süreçlerinde hakem heyeti tarafından verilen tedbir kararlarının icrası konusunda (böyle tedbir kararının icra yeri AB üye devletlerinde olduğunda) bu durumun dikkate alınması gerekmektedir.

AB kamu düzeni ve AB mevzuatından kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların uygulanması hakkında en ünlü örnek *Eco Swiss China Time Ltd vs Benetton International NV* davasıdır. Mevcut davada CJEU, rekabet hukuku ile alakalı davaların tahkim sürecinin kapsamına girdiğini ve AT Antlaşmasının rekabet kurallarının ulusal mahkemelerin Roma I tarafından tanınan kamu düzeni istisnası ve doğrudan uygulanan kurallar altında girdiğini göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmiştir²³³.

Bununla birlikte, *Elisa María Mostaza Claro vs Centro Móvil Milenium SL* davasında CJEU, bir tüketici ile ilgili tahkim yargılaması sırasında ya da hakem kararının tenfizi hakkında karar veren bir ulusal mahkemenin, tahkim anlaşmasının Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşulları Dair 93/13/EEC Direktife göre “haksız koşulu” oluşturup oluşturmadığını tespit etmesi gerektiğine ve öyle ise hakem kararını geçersiz olacağına karar vermiştir²³⁴.

Görüldüğü gibi, AB mevzuatında yer alan rekabet kuralları ve tüketicinin korunmasına ilişkin kurallar, AB kamu düzeni ve AB kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar olarak tanımlanmaktadır.

²³² Study on Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU, s. 5.

²³³ CJEU, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, ECJ Dava No. C-126/97, 01.06.1999, (Çevrimiçi), http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dc680e945dcefb402ca8_4dd8b890afdb92.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNaxf0?text=&docid=44616&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=301404, (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

²³⁴ CJEU, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, ECJ Dava C-168/05, 26.10.2006, (Çevrimiçi), s.4-5, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=63926&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=350652>, (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

AB çıkarlarının bir davaya dâhil olduğu durumlarda AB, özellikle yatırıma ilişkin davalarda “dava arkadaşı” olarak katılmaktadır²³⁵. Örneğin, AES Summit Generation Limited ve AES-Tisza Erözü Kft vs Macaristan Cumhuriyeti²³⁶, Electrabel S.A. vs Macaristan Cumhuriyeti²³⁷, Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. ve S.C. Multipack S.R.L. vs Romanya²³⁸ ICSID davalarında, ICSID tahkim merkezi, Avrupa Komisyonu’nun -hukuki argümanlar sunabileceği ve bu sebeple ihalenin askıya alınabileceği için- dava arkadaşı olarak tahkim sürecine katılmasına izin vermiştir. Aynı şekilde UNCITRAL kurallarına göre yürütölen Achmea vs Slovak Cumhuriyeti davasında da, bir taraf AB Komisyonu'nun tahkim sürecine katılmasını talep etmiştir²³⁹.

Yatırım konularına ilişkin tahkim dikkate alındığında AB'nin dava arkadaşlığı konusunda görüşü 1219/2012 sayılı Tüzüğü’nün 13. maddesi analiz edilerek anlaşılabilir:

*“Bir üye devlet, Avrupa Komisyonu'na iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında uyuşmazlık çözümü için herhangi bir talep hakkında derhal bilgilendirmelidir ve Avrupa Komisyonu tarafından sürece katılımı içerebilecek etkin bir savunma sağlamak için Avrupa Komisyonu ile işbirliği yapmalıdır.”*²⁴⁰.

Ancak AB tarafından yapılan sözleşmelerin geçerliliğini düzenleyen Viyana Sözleşmesinin 30 ve 59. maddelerine göre²⁴¹ ve Avrupa antlaşmalarında uyuşmazlık

²³⁵ Porubský ve Ponistiak, s. 248.

²³⁶ ICSID, AES Summit Generation Limited ve AES-Tisza Erözü Kft v. Macaristan Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/07/22, 2010, s.5, (Çevrimiçi), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf, (Erişim Tarihi: 13.01.2018).

²³⁷ ICSID, Electrabel S.A. v. Macaristan Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/07/19, 2012, s.8, (Çevrimiçi), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4495.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.01.2018).

²³⁸ ICSID, Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. ve S.C. Multipack S.R.L. v. Romanya, ICSID Dava No. ARB/05/20, 2013, s. 9, (Çevrimiçi), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>, (13.01.2018).

²³⁹ PCA, Achmea v. Slovak Cumhuriyeti, PCA Dava No. 2008-13, 2012, s.2, (Çevrimiçi), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

²⁴⁰ **Regulation (EU) No 1219/2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries**, y.y., 2012, madde 13, (Çevrimiçi), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0040:0046:En:PDF>, (Erişim Tarihi: 13.12.2018).

²⁴¹ Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi, madde 30, 59.

çözümü sürecini düzenleyen Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 344. maddesine göre²⁴² AB içinde yapılan (yatırımcı ve devlet ilişkilerinde uyuşmazlık çözümü olarak tahkim sürecini sağlayan) İkili Yatırım Anlaşmaları (BIT) kapsamında AB, ihtilaf çözümlerine müdahale etme gücüne sahiptir. Avrupa Komisyonu'nun raporuna göre, AB üye devletlerinin ulusal mahkemelerini ve AB Adalet Divanı'nı tahkim sürecinin dışında tutarak AB hukukunu ihlal eden AB içi birçok BIT vardır²⁴³.

AB kurallarının AB kamu düzeni kapsamına girebileceği belirli bir sınırlama olmamasına rağmen; tüketicinin korunması, anti tröst, devlet yardımı veya yatırım faaliyeti gibi bazı konular, AB kamu düzeni ve AB mevzuatından kaynağını alan doğrudan uygulanan kurallar olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bu konular, kamu düzeni istisnasının ve doğrudan uygulanan kural hükümlerin uygulanması sırasında dikkate alınmaktadır.

Belirtilmelidir ki, tüketicinin korunması, anti tröst, devlet yardımı veya yatırım faaliyeti ile bağlantılı olan davalara AB Komisyonu “dava arkadaşı” olarak katılabilmektedir.

Örneğin, Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. ve S.C. Multipack S.R.L. vs Romanya davasında, hakem heyetinin Romanya'yı AB üye ülkesi olarak bağlayan yükümlülöklere ve özellikle devlet yardımı kurallarına aykırı bir karar vermesi halinde, Avrupa Komisyonu, AB hukukunun üstünlüğü nedeniyle bu tür bir hakem kararının Romanya'da uygulanamayacağını ve AB'deki ulusal mahkemelerin AB yasalarını ve kamu politikalarını ihlal eden kararları uygulayamayacağını altını çizmektedir²⁴⁴. Aslında ICSID tahkim kurallarına göre ICSID hakem kararı ulusal mahkemeler için bağlayıcı olsa bile, AB için bağlayıcı değildir²⁴⁵. Dolayısıyla Avrupa Komisyonu'nun görüşlerine rağmen, ICSID tahkim

²⁴² **Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma**, Official Journal of the European Union, C 326/194, 2012, s.148, (Çevrimiçi), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>, (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

²⁴³ **Commission Staff Working Document on the Movement of Capital and the Freedom of Payments**, SWD 94, 2017, y.y., s. 27, (Çevrimiçi), https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-capital-market-monitoring-analysis_0.pdf, (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

²⁴⁴ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. ve S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, s. 367.

²⁴⁵ **Commission Decision (EU) 2015/1470 on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania — Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013**, y.y.,

merkezinin Romanya-İsveç BIT hükümlerini ihlal eden bir hakem kararı vermesi halinde, Avrupa Komisyonu, bu hakem kararının Romanya'da tenfizi sırasında tenfiz eden devlete karşı tedbir kararı vermek ve hakem kararını durdurmak zorunda kalmıştır²⁴⁶.

Aynı şekilde AES Summit Generation Limited ve AES-Tisza Erözü Kft vs Macaristan Cumhuriyeti davasında ICSID mahkemesi, Avrupa hukukunun uluslararası hukuk rejimi olarak ikili bir niteliğe sahip olduğunu, AB mevzuatının ulusal hukuk düzeninin bir parçası olarak tanıtıldığını ve bir devletin kendi iç hukukunu uluslararası yükümlülüklerinin ihlalleri için bir mazeret olarak kullanmayacağını belirtmektedir²⁴⁷.

Görüldüğü gibi, AB Komisyonu, AB üye devletlerin katılması ile yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık çözümü sırasında tahkim sürecine katılabilmektedir ve bu sürece ilişkin hakem kararı AB kamu düzenine aykırı olduğunda hakem kararının tenfizini durdurabilmekte ve engelleyebilmektedir.

Enerji Şartı Antlaşması (AB tarafından da imzalanmış olan anlaşma²⁴⁸) bakımından ise farklı bir durum gündeme gelmektedir. Çünkü Avrupa Komisyonu, AB adına söz konusu anlaşmanın bir tarafı olarak hareket etme yetkisine sahip²⁴⁹ ve bu nedenle tahkim sürecine dava arkadaşı olarak değil süje olarak katılmak yetkisine sahiptir²⁵⁰.

Hakem kararının icrası ve tenfizi etkileyen Avrupa mevzuatından kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni, taraflar ve hakem heyeti tarafından

30.03.2015, (Çevrimiçi), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9152.pdf>, (15.01.2018).

²⁴⁶ Commission Decision (EU) 2015/1470 on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania — Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013, s. 5.

²⁴⁷ AES Summit Generation Limited ve AES-Tisza Erözü Kft v. Macaristan Cumhuriyeti, s.97.

²⁴⁸ Enerji Şartı Anlaşması Üyeleri, (Çevrimiçi), <https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/>, (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

²⁴⁹ **Decision (EC) No. 98/181 on the conclusion, by the European Communities, of the Energy Charter Treaty and the Energy Charter Protocol on energy efficiency and related environmental aspects**, Official Journal of the European Communities, L 69/2, y.y., 1997, s. 3, (Çevrimiçi), http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bb5339f8-f387-4c05-a895-1a64f898413c.0006.02/DOC_1&format=PDF, (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

²⁵⁰ Fernando Dias Simões, **A Guardian and a Friend? the European Commission's Participation in Investment Arbitration**, Michigan State International Law Review, Vol. 25.2, s. 258, (Çevrimiçi), <https://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1219&context=ilr>, (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

dikkate alınmalıdır. Bu durumda AB kamu düzeni kapsamının içine, temel olarak hem ulusal kamu düzeni (AB üye devletlerinin AB mevzuatına uyma zorunluluğundan dolayı), hem yabancı kamu düzeni (AB'nin uluslararası siyasi sahnede ayrı bir aktör olarak alınması halinde) ve hem de uluslar üstü kamu düzeni (AB tüzükleri ve direktifleri uluslar üstü karakter taşıdııkça) kavramları girmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar göz önüne alındığında, tahkim sürecine etki edecek olan AB kamu düzeni olarak Avrupa mevzuatından kaynağını alan doğrudan uygulanan kurallar -özellikle yatırım faaliyeti, enerji, anti tröst, rekabet hukuku, tüketici koruması veya devlet yardımı ile bağlantılı alanlarda- hakem heyeti ve mahkeme tarafından dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte bu alanlarda Avrupa Komisyonu'nun "dava arkadaşı" olarak tahkim sürecine katılabileceği ve hakem kararının tenfizini engelleyebileceğinin de dikkate alınması gerekir.

3.5. Ulusal ve Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kurallar Olarak Uluslararası Yaptırımlar

Daha önceki bölümlerde açıklandığı gibi, uluslararası ticari uyuşmazlık çözüm kavramında hem tahkim yerinin seçimi hem de esasa ve usule uygulanacak hukukun seçimi üzerinde etkili olabilecek doğrudan uygulanan kurallar ve hakem kararının tenfizinde kamu düzeninin kuralları, ulusal ve uluslar üstü nitelik taşıyabilir.

Mevcut bölümde uluslararası doktrin, mevzuat ve içtihatla yer alan hem uluslar üstü hem ulusal niteliği taşıyan kamu düzeni ve kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar olarak uluslararası yaptırımların uygulanması incelenecektir.

Uluslararası yaptırımlar, kaynağına bağlı olarak uluslar üstü, ulusal veya "yabancı" kamu düzeni (üçüncü ülke tarafından konulan yaptırımlar) olarak kabul edilebilmektedir. Uluslar üstü yaptırımlar, uluslararası kurumlar tarafından konulan yaptırımlardır ve aynı şekilde ulusal yaptırımlar, tahkim ile bağlı olan ülke (esasa uygulanacak hukukun ülkesi, tahkim yerinin ülkesi, sözleşmeden doğan yükümlüklerin yerine getirildiği ülke vb.) ya da üçüncü ülke ("yabancı" kamu düzeni ya da "yabancı" doğrudan uygulanan kurallar) tarafından konulan yaptırımlardır.

Ulusal yaptırımlardan bazıları üçüncü ülke “yabancı” kamu düzeni olarak düşünülebilmektedir. Birçok hakem heyeti ve mahkemenin üçüncü ülkelerin “yabancı” kamu düzenine yetki vermemesine rağmen (örneğin, AB, üye devletlerin yasalarını ihlal eden üçüncü ülkelerin yaptırımları uygulanmamaktadır²⁵¹), böyle “yabancı” doğrudan uygulanan kuralların kapsamına giren uluslararası yaptırımlar, tahkim yerinin ve esasa veya usule uygulanacak hukukun seçiminde taraflarca dikkate alınmaktadır.

Aynı zamanda uluslararası yaptırımlar, uluslar üstü nitelik taşıdığında (BM Güvenlik Konseyi tarafından yayınlanan kısıtlama tedbirleri ve yaptırımları gibi²⁵²) hakem heyeti tarafından dikkate alınmalıdır ve esasa uygulanacak hukuka bakılmaksızın uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmalıdır.

Örneğin, BM Güvenlik Konseyi, şirketler ve gruplar için (Al Wasel ve Babel General Trading LLC, Al Rashid Trust, Al-Huda Dini Turizm için Devlet Şirketi, AMROGGANG Development Banking Corporation, Baghdad Borsası, Doğu Kara Bankası, Benevolence International Foundation, Butembo Havayolları, DCB Finance Limited, Global Relief Foundation, Leader (Hong Kong) International Trading Limited vb.) ve belirli bireyler için (belirli Taliban, DAESH üyeleri vb.) farklı yaptırımlar uygulamaktadır²⁵³.

BM Güvenlik Konseyi tarafından konulan yaptırımlar, uluslar üstü niteliği taşıdığı ve uluslararası toplum için önemli olduğu için hakem heyeti ve mahkeme tarafından herhangi durumda uygulanmalıdır.

²⁵¹ Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy, madde 52; Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, madde 1.

²⁵² Eric De Brabandere ve David J. Holloway, Sanctions and International Arbitration, Larissa van den Herik (ed.), **Research Handbook on Sanctions and International Law**, Grotius Centre Working Paper 2016/058-IEL, Leiden Law School Research Paper, 2016, s. 8, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2847000>, (Erişim Tarihi: 26.01.2018).

²⁵³ BM Güvenlik Konseyi Konsolide Yaptırım Listesi, (Çevrimiçi), <https://scsanctions.un.org/fop/fop?xml=htdocs/resources/xml/en/consolidated.xml&xslt=htdocs/resources/xsl/en/consolidated.xsl>, (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

BM Güvenlik Konseyi'nin yaptırımlarından farklı olarak AB tarafında konulan yaptırımlar, AB mevzuatı gibi hem ulusal hem uluslar üstü niteliği taşımaktadır. Bu yüzden AB tarafından dayatılan kısıtlama tedbirleri ve yaptırımları, hem ulusal hem de uluslar üstü nitelik taşıyanlar olarak özel hukuki duruma sahiptir. Aynı zamanda AB üye ülkelerinin vatandaşları, AB hukuku kapsamına giren şirketler, AB üye ülkeleri, AB ile bağlantılı olan tüm durumlarda AB yaptırımları uygulanmalıdır²⁵⁴. Bu nedenle, AB içinde yer alan hakem heyetleri ve mahkemeler, herhangi durumda AB yaptırımlarını uygulamak zorundadır. Fakat AB dışı olan hakem heyetleri AB ile herhangi bir bağlantısı var olduğu ve hakem kararının icra yeri AB içinde olduğu halde (hakem kararının icrası sağlamak için) AB yaptırımları uygulanmalıdır.

Son tarihte yürürlükte olan AB yaptırımlarının listesine göre AB, ekonomik ve ticari alanlarda birçok ülkeye ve ülkeye benzer oluşumlara karşı yaptırımlar uygulamaktadır. Örneğin, Belarus (silah ambargosu, belirli hizmetlerin sunulması yasağı), Çin (silah ambargosu), Kuzey Kore (silah ambargosu, teknoloji, lüks mallar, petrol ürünleri ithalatının yasaklanması, yatırımın yasaklanması, tahvillerin kısıtlanması), Rusya Federasyonu (silahlar ambargosu, teknoloji, deri ihracatı, Arktikle ilgili ekipmanın ithalatının yasağı, tahvillerle ilgili kısıtlamalar), Suriye (bazı mallar üzerindeki ambargo, altın ticaretinde kısıtlama, yeni tesis ve elektrik santrallerinin inşaatı yasaklanması, telekomünikasyon ekipmanların ambargosu, teknolojiler, yatırım yasağı), Ukrayna'ya (Kırım'dan malın ithalatı yasağı, belirli hizmetlerin verilmesi yasağı) karşı yaptırımlar uygulanmaktadır²⁵⁵.

Ancak belirli bireylere karşı yaptırımlar bakımından, bireyler (genellikle girişimci ve ilgili şirketler) uluslararası sözleşmenin bir tarafı olarak kabul edilirse ve yabancı tahkim yeri ve yabancı hukuk esasa uygulanacak hukuk olarak seçilmişse, bu durumda hakem heyeti tarafından tahkime etki eden üçüncü ülke kamu düzeni olarak uluslararası bireysel yaptırımların dikkate alınıp alınmayacağı belirlenmesi gerekmektedir. Özellikle, bu durum Rusya Federasyonu'na karşı yaptırımlar için geçerlidir.

²⁵⁴ Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy, s. 16.

²⁵⁵ Avrupa Birliği yaptırım listesi, 2017, (Çevrimiçi), https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/restrictive_measures-2017-04-26-clean.pdf, (Erişim Tarihi: 18.01.2018).

Sözleşme hükümlerine dayanarak taraflar, uluslararası yaptırımların (doğrudan uygulanan kuralların) force majeure olduğunu vurgulayabilmektedir. Ancak her zaman force majeure istisna maddesi geçerli olmamaktadır. Örneğin, Rusya Federasyonu'na karşı AB'nin yaptırımlarında *“bu karar altında verilmiş olan tedbirlerden etkilenen herhangi bir sözleşme veya işlemle ilgili yaptırımlarda listelenen kuruluşlar, herhangi bir Rus birisi, kuruluş veya onun temsilcileri tarafından yapılan herhangi bir başvuru kabul edilememektedir”²⁵⁶* şeklinde bir ifade yer almaktadır.

Görüldüğü gibi, bazı yaptırımlara dayanarak bir sözleşmenin tarafları (bu durumda herhangi bir Rus şahıs, kurum veya kuruluşla yapılan sözleşmeleri), kendisine karşı yaptırım nedeniyle sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi için force majeure istisna maddesi kullanarak sorumluluktan kurtulamamaktadır.

Bununla birlikte, uluslararası yaptırımlar, tahkim sürecinde tahkim yerinin seçimine ve esasa veya usule uygulanacak hukuk seçimine aşağıdaki durumlarda etkili olabilmektedir:

- 1) Taraflardan birinin yaptırımda listelenmesi halinde;
- 2) Sözleşmeyle bağlantılı olan kuruluşlardan birinin yaptırımda listelenmesi halinde;
- 3) Bir sözleşmenin veya anlaşmazlığın konusunun yaptırım rejiminin kapsamına girmesi halinde;
- 4) Tahkim yerinin yaptırımlardan etkilenen ülkede yer alması halinde;
- 5) Atanan hakemin yaptırımlardan etkilenen ülkeden gelmesi halinde;

²⁵⁶ **Decision 2014/512/CFSP concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine**, Official Journal of the European Union, L 229/13, y.y., 2014, madde 7, (Çevrimiçi), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014D0512>, (Erişim Tarihi: 18.01.2018).

- 6) Tarafların yaptırımlardan etkilenen bir ülkenin hukukunu seçmesi halinde.

Bununla birlikte, uluslararası hakem heyetleri ve tahkim merkezleri genelde tahkim sırasında uluslararası kısıtlama tedbirlerini ve yaptırımları dikkate almaktadır. Örneğin ICC tahkim merkezi; Birleşmiş Milletler, AB ve Yabancı Varlıklar Kontrol Bürosu gibi kurumların yaptırım düzenlemelerine uygun olarak faaliyet göstermek zorundadır²⁵⁷. Dahası ICC, Londra Uluslararası Tahkim Merkezi ve Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü, Rusya Federasyonu'na karşı AB yaptırım uygulanması hakkında ortak görüşüne göre bütün Avrupa'daki tahkim kurumları, Rusya'ya karşı AB, ABD ve Birleşmiş Milletler yaptırımlarına uymak zorundadır²⁵⁸. Ancak, taraflar AB kurumlarında uyuşmazlığın çözümüne başvurmak istiyorlarsa, yetkili kurumda donma fonlarından muaf tutulmak zorundadırlar²⁵⁹. Örneğin, adli ücretlerin, uluslararası yükümlülüklerin veya insani ihtiyaçlar için yapılan ödemeler için bu türden muafiyet verilebilmektedir²⁶⁰.

Örnek olarak, AB ve ABD'nin yaptırımlarından etkilenen Rus taraflar, Asya bölgesinde bir yeri tahkim yeri olarak seçmesi halinde, AB ülkelerinden birinin yasalarını uygulanacak hukuk olarak seçmemektedir. Ancak bu durumda hakem kararının uygulanması AB ülkesinde gerçekleşecek olursa, yaptırımlar yürürlükte kaldığında hakem kararı uygulanamaz hale gelmektedir. Bu nedenle esasa ve usule uygulanacak hukukun ve tahkim yerinin seçiminde taraflar, uyuşmazlık çözümünü etkileyen olası yaptırımları dikkate almalıdır.

Bununla beraber, belirli bir hakem veya hakem heyetine uygulanan yaptırımlar dikkate alındığında bu konuda ulusal mevzuatın incelenmesi gerektiği belirtilmelidir. Yukarıda da söylendiği gibi Rusya'ya karşı AB'nin yaptırımlarında herhangi bir Rus bireysel yaptırım kapsamı altına alınmaktadır (ki hakem de olabilmektedir). Dahası,

²⁵⁷ ICC uluslararası yaptırımlarla ilgili bilgi: (Çevrimiçi), <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/international-economic-sanctions/>, (Erişim Tarihi: 18.01.2018).

²⁵⁸ ICC, LCIA ve SCC, **The potential impact of the EU sanctions against Russia on international arbitration administered by EU-based institutions**, y.y., 2015, s.3, (Çevrimiçi), http://www.sccinstitute.com/media/80988/legal-insight-icc_lcia_scc-on-sanctions_17-june-2015.pdf, (Erişim Tarihi: 18.01.2018).

²⁵⁹ The potential impact of the EU sanctions against Russia on international arbitration administered by EU-based institutions, s.3.

²⁶⁰ Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy, s. 16.

örneğin, Birleşik Krallık mevzuatına göre Birleşik Krallık dışında faaliyet gösterenler dâhil olmak üzere Birleşik Krallık vatandaşları ve şirketleri, İngiltere yasaları ve yaptırım rejimlerine dâhil olmaktadır²⁶¹. Bu nedenle hakem heyeti, belirli yaptırımlara dayanmak zorunda değilse bile, hakem heyetinde bazı hakemler yaptırım rejimleriyle etkilenmiş olabilmektedir.

Üstelik yaptırımdan etkilenen kişiye karşı ya da bu kişinin lehine mahkeme ya da tahkime başvuruda bulunma hakkı, bu tür bir kısıtlama tedbiri ile yasaklanmış değildir, ancak böyle hakem kararının verilmesi ya da hakem kararının tenfizi imkânsız olabilmektedir²⁶². Bu nedenle yaptırımlar çoğunlukla tenfizi etkilemektedir.

Uluslararası yaptırımların uygulanmasına pratik yaklaşımla bakacak olursak, aşağıda yer alan içtihadın dikkate alınması gerekmektedir.

Centro-Com davasında sözleşmenin İtalyan ve Sırp tarafları, Londra merkezli banka üzerinden ödeme yapmalıdır, fakat İngiliz makamları Birleşik Krallık'ın Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne karşı uyguladığı yaptırımlar nedeniyle böyle bir ödemeyi yasaklamaktadır²⁶³. CJEU, bu davada İngiltere tarafından konulan yaptırımların uygulanmasının AB kamu düzenine karşı olduğu kanısına varmıştır²⁶⁴.

Görüldüğü gibi, AB kamu düzeni, AB üye devletinin kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallarından üstün olmaktadır ve AB üye devletlerinin ulusal yaptırımları, AB kamu düzenine karşı olduğunda uygulanmamaktadır.

Irak Maliye Bakanlığı vs Fincantieri Cantieri Navali Italiani davasında iki İtalyan şirket, BM Güvenlik Konseyi Kararı uyarınca BM yaptırımlarına tabi olan Suriye vatandaşıyla Irak'a askeri malların satışı konusunda sözleşme

²⁶¹ De Brabandere ve Holloway, *Sanctions and International Arbitration...*, **a.g.e.**, s. 16,

²⁶² HM Treasury, *Financial Sanctions: Frequently Asked Questions*, y.y., 2017, (Çevrimiçi), https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/645280/financial_sanctions_guidance_august_2017.pdf, (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

²⁶³ ECJ, *Queen v. Centro-Com Srl*, Dava C-124/95, 1997, s.19, (Çevrimiçi), <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddd6c1e764d9a449cf9a1681b45b15e6a3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNaNn0?text=&docid=100435&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=79797>, (04.02.2018).

²⁶⁴ *Queen v. Centro-Com Srl*, s.19.

imzalamaktadır²⁶⁵. Öte yandan Irak Maliye Bakanlığı ICC'ne tahkim için başvurmuştur²⁶⁶. Ancak ICC, yaptırımlardan dolayı davayı reddetmektedir²⁶⁷. Davanın sonunda İsviçre Federal Mahkemesi, bir yaptırım rejiminin sadece tarafların sözleşmesel ilişkileri seviyesinde faaliyet gösterdiğini ve uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünü etkilemediğini belirtmiştir²⁶⁸. Görüldüğü gibi uluslararası yaptırımlar, hakem kararının tenfizini etkilemesine rağmen uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesini etkilememektedir.

MGM Productions Group vs Aeroflot Rus Havayolları davasında MGM şirketi, Russo International Ventures, Inc (New York merkezli şirket) lehine Aeroflot tarafından İran Havayollarına uçak kiralama konusunda danışmanlık hizmeti vermek üzere Aeroflot ile sözleşme imzalamaktadır²⁶⁹. Öte yandan Aeroflot, İran'a ABD'nin uyguladığı yaptırımlar nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmektedir²⁷⁰. Aynı zamanda hakem heyeti, söz konusu sözleşmenin bir İran makamına değil Aeroflot'a verilen hizmetler ile ilgili olduğunu ve bu nedenle yaptırımların kamu düzeni istisnası olarak uygulanmadığını belirtmektedir²⁷¹. Görüldüğü gibi uluslararası yaptırımların dava ile bağlantısı olsa da uluslar üstü yaptırımlar, kamu düzeni olarak uygulanmaktadır.

Açıklamalar ve örnek içtihatlardan anlaşılacağı üzere uluslararası yaptırımlar, taraflardan birinin sözleşmeyi yerine getirmesine etki edebilmektedir. Aynı zamanda yaptırım kapsamına göre sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf, yükümlüklerin yerine getirilmemesinden doğan sorumluktan force majeure maddesi kullanarak kurtulamamaktadır. Bununla birlikte yaptırımların

²⁶⁵ Irak Yüksek Yargı Konseyi, Yargıtay, Iraq Ministry of Finance v. Fincantieri Cantieri Navali Italiani, No./1932/1952/, 2012, s.8, (Çevrimiçi), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V14/043/77/PDF/V1404377.pdf?OpenElement>, (Erişim Tarihi: 26.01.2018); De Brabandere ve Holloway, Sanctions and International Arbitration..., **a.g.e.**, s. 9.

²⁶⁶ Iraq Ministry of Finance v. Fincantieri Cantieri Navali Italiani, s.8; De Brabandere ve Holloway, Sanctions and International Arbitration..., **a.g.e.**, s. 9.

²⁶⁷ Iraq Ministry of Finance v. Fincantieri Cantieri Navali Italiani, s.8; De Brabandere ve Holloway, Sanctions and International Arbitration..., **a.g.e.**, s. 9.

²⁶⁸ Iraq Ministry of Finance v. Fincantieri Cantieri Navali Italiani, s. 5; De Brabandere ve Holloway, Sanctions and International Arbitration..., **a.g.e.**, s. 9.

²⁶⁹ ABD Yargıtayı, MGM Productions Group v. Aeroflot Russian Airlines, Dava No. 03-7561, s. 5, (Çevrimiçi), <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/7/17745.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

²⁷⁰ MGM Productions Group v. Aeroflot Russian Airlines, s. 5.

²⁷¹ MGM Productions Group v. Aeroflot Russian Airlines, s. 5.

uygulanması aynı zamanda tahkim yeri ve uygulanacak hukuk ülkesinin kurallarına da bağlıdır (söz konusu yaptırımların her özel durumda etkili olup olmayacağını belirtmesi üzere).

3.5.1. Ulusal ve Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kurallar Olarak Ambargo

Daha önceki bölümlerde açıklandığı gibi uluslararası ticari uyuşmazlık çözüm sırasında kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar olarak uluslararası yaptırımlar, hem ulusal hem de uluslar üstü nitelik taşıyabilmektedir.

Mevcut bölümde uluslararası doktrinde ve içtihadta yer alan kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar olarak uluslararası yaptırımların bir türü olan ambargonun uygulanması incelenecektir.

Ambargo, uluslararası ticari uyuşmazlık çözümlerinde etkili olabilecek başka bir kısıtlayıcı önlemdir. Uluslararası yaptırımlar (ambargo dâhil), kaynağa bağlı olarak uluslar üstü, ulusal veya “yabancı” kamu düzeni ya da kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar (üçüncü ülke tarafından konulan yaptırımlar) olarak sınıflandırılabilir.

Ambargo hükümlerine yetki verilip verilmeyeceği sadece hakem heyetine değil, aynı zamanda ulusal mevzuata da bağlıdır. Bazı ülkeler, “yabancı” doğrudan uygulanan kurallardan veya ulusal hukuk ilkelerine ya da bonos mores aykırı olan “üçüncü ülkelerin” kurallarından mevzuatında korumacı politika izlemektedir.

Avrupa Birliği'nde “yabancı” kamu düzeninden koruma hükümleri 22 Kasım 1996 tarihli ve 2271/96 sayılı AT Tüzüğünde belirtilmektedir²⁷². Bu Tüzüğün ekinde de sözü edilen Küba, Libya ve İran'a karşı uluslararası yasa dışı tanımlanan ABD tarafından koyulan ambargoların kabul edilmesinden etkilenmektedir²⁷³.

²⁷² Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, madde 1.

²⁷³ Cortese, s. 741; Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, madde 1.

Ambargo, uluslararası kısıtlama tedbirlerinin bir sonucu olarak değil, belli bir devletin kamu düzeninin bir parçası olarak da (örneğin, ulusal kamu düzeninin bir sonucu olarak ABD'nin ton balığı ambargosu) karşımıza çıkabilir²⁷⁴. Aynı zamanda ambargo, doğrudan veya dolaylı olarak tahkim sürecini etkileyebilmektedir. Bahsi geçen Ton balığı - Yunus davasında ABD, balıkçılık sırasında yunusları öldürme faaliyeti nedeniyle Venezüella ve Meksika'dan ithal edilen ton balığı üzerine doğrudan ambargo ve Fransa, İngiltere, İtalya ve İspanya dâhil olmak üzere on altı eyalete, bu devletlerin Meksika ve Venezüella'dan gelen ton balığı ithalatını yasaklanması şeklinde, dolaylı ambargo uygulamaktadır²⁷⁵. Görüldüğü gibi ambargo, kamu düzeninin sonucu olarak uluslararası ticari tahkimi etkilemektedir.

Regazzoni vs Sethia davasında Güney Afrika'daki nihai varış noktasına sahip bir Hintli kargonun sahibi olan bir İngiliz şirketi-satıcı ve bir İsviçre şirketi-alıcı arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunu seçmektedir²⁷⁶. Aynı zamanda Hint kökenli nüfusa karşı yaptırım uygulamayı amaçlayan Güney Afrika'nın ırkçı ayrımcılık politikasının yasaklanması yoluyla Hint ambargo mevzuatının bu davada uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi için taraflar, Lordlar Kamarasına başvuruda bulunmaktadır²⁷⁷. Bu durumda sözleşmenin yerine getirilmesi Hindistan yasalarını ihlal etmektedir, üstelik taraflar, sözleşmeye girdiği anda bunun farkındalardır ve hakem heyeti, “yabancı dost ülkesinin” hükümlerine aykırı olan ve dolayısıyla kamu düzenine de aykırı olan sözleşmenin İngiltere’de uygulanamaz hale geldiğine karar vermektedir²⁷⁸. Görüldüğü gibi bu örnekte de ambargo, kamu düzeni kavramına girmektedir ve uluslar üstü doğrudan uygulanan kural olarak uyuşmazlık çözümünde uygulanmaktadır.

Compagnie Européenne des Pétroles vs Sensor davasında Sibiry Boru Hattı'nın inşaatında kullanılacak olan sismografin, Fransız şirketi (alıcı) ve bir Amerikan şirketinin sahip olduğu bir Hollandalı şirket arasındaki sözleşmede, esasa

²⁷⁴ Carol J. Beyers, **The U.S./Mexico Tuna Embargo Dispute: a Case Study of the GATT and Environmental Progress**, Maryland Journal of International Law, Vol. 16, Maryland, 1992, s. 233, (Çevrimiçi), <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol16/iss2/3>, (Erişim Tarihi: 06.02.2018),

²⁷⁵ Avrupa Komisyonu, Basın bülteni, (Çevrimiçi), http://europa.eu/rapid/press-release-MEMO-92-42_en.htm, (Erişim Tarihi: 06.02.2018); Beyers, s. 234.

²⁷⁶ Lordlar Kamarası, Regazzoni v. Sethia, 1957, s. 302, (Çevrimiçi), <http://www.uniset.ca/other/css/1958AC301.html>, (Erişim Tarihi: 05.02.2018).

²⁷⁷ Regazzoni v. Sethia, s. 303.

²⁷⁸ Regazzoni v. Sethia, s. 304.

uygulanacak hukuk olarak Hollanda hukuku seçilmiştir²⁷⁹. Fakat ABD tarafından herhangi bir malın SSCB'ye ihraç edilmesini yasaklanan ABD ambargosu bu davada uygulama alanı bulmuştur²⁸⁰. Davalı, force majeure'den dolayı olarak yükümlükleri yerine getirmeyeceği iddiasında bulunmuş, ancak hakem heyeti, ABD ambargo hükümlerini uygulamak için dava ile yeterli bağlantı bulunmadığına karar vermiştir²⁸¹. Görüldüğü üzere hakem heyeti, tahkim sürecinde belirli bir doğrudan uygulanan kurala (ulusal ambargo dâhil) ya da kamu düzeninin uygulanmasına her özel durumda yetki verilip verilmeyeceği hakkında karar veren tek kurumdur.

Yukarıda belirtilenler göz önünde bulundurulduğunda bazı anlaşmazlıklarda ambargo kurallarının uygulanıp uygulanmayacağını anlamak için, ilk olarak, ambargonun ulusal veya uluslar üstü niteliğinin ambargonun kaynağına göre belirleneceği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan uluslar üstü yaptırımların kapsamına giren ambargoların çoğunlukla uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Yine, doğrudan, dolaylı ve olası dolaylı ambargoların, esasa ve usule uygulanacak hukukun ve tahkim yerinin seçiminde -uluslararası yaptırımlar dolaylı şekilde de tahkimi etkileyebileceğinden- taraflarca dikkate alınması gerekmektedir.

3.5.2. Ulusal ve Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kurallar Olarak Ticaret Kısıtlamaları

Daha önceki bölümlerde açıklandığı gibi, uluslararası ticari uyuşmazlık çözüm sırasında kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar olarak uluslararası yaptırımlar, hem ulusal hem de uluslar üstü nitelik taşıyabilmektedir.

Mevcut bölümde uluslararası doktrinde, mevzuatta ve içtihatla yer alan kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar olarak uluslararası yaptırımların bir türü olarak ticaret kısıtlamalarının uygulanması incelenecektir.

Ticaret kısıtlamaları mahiyet ve kaynak olarak farklıdır. Örneğin, belirli ülke tarafından uygulanan ithalat kısıtlamaları ve kotalar, taraflar arasında uyuşmazlık çözümü amacıyla force majeure olarak kabul edilebilmektedir. Ancak uluslararası ya

²⁷⁹ Cortese, s. 748.

²⁸⁰ Cortese, s. 748.

²⁸¹ Cortese, s. 748.

da uluslar üstü nitelik taşıyan ihracat ve ithalat kısıtlamaları (BM Güvenlik Konseyi tarafından veya belirli yaptırım rejiminin bir sonucu olarak konulmuş olanlar ticaret kısıtlamaları), doğrudan uygulanan kurallardır ve bazı durumlarda (eğer kısıtlayıcı tedbirle belirtilmişse) taraflar, force majeure savunma maddesini talep edememektedir.

Bununla birlikte, uluslararası ticaret sözleşmelerinin çoğu, özellikle petrol ya da tohumlarla ilgili olanlar, model sözleşme hükümleri ile (örneğin, Tohumlar ve Yağlar Dernekleri Federasyonu'nun²⁸², Tahıl ve Yem Ticaret Birliği'nin²⁸³ model hükümleri) düzenlenmektedir. Aynı şekilde Incoterms hükümlerine göre genelde varış ülkesinde ithalat vergileri, gümrük vergileri veya benzer ödemeleri, alıcı tarafından ödenmesi gerekeceğini belirli ticari ilişkiler için model olarak öngörülmektedir.

İthalat veya ihracat kısıtlamaları ticaret kısıtlamalarından biridir. Bu nedenle Incoterms hükümleri uyarınca ithalat veya ihracat kısıtlamalarında alıcı, performanstan veya yüksek masraflardan ve para cezalarından mustarıptır. Bu yüzden uluslararası ticaretle ilgili uyuşmazlıklarda tahkim sürecini etkileyen olası kısıtlayıcı kamu düzeni kurallarını dikkate almak gerekir.

Aynı zamanda, GATT 11. maddesine göre

“Bu sözleşme tarafınca hiçbir kısıtlama veya yasaklamalar, herhangi bir diğer tarafın hükümranlık alanından gelen herhangi bir ürünün ithalatına ya da veya herhangi bir ürünün ihracatına veya satışına, ihracatçı taraf için gerekli olan gıda maddelerinin veya diğer ürünlerin kritik eksikliklerini önlemesi veya azaltmaması için geçici olarak uygulanan ihracat yasaklamaları veya kısıtlamaları hariç, getirilmemektedir veya sürdürülmemektedir... İthalat ve ihracat yasaklamaları veya kısıtlamaları, uluslararası ticarete malların sınıflandırılması, derecelendirilmesi veya pazarlama standartları veya yönetmeliklerin uygulanması için gereklidir... Herhangi bir şekilde ithal edilen herhangi bir tarımsal veya

²⁸² FOSFA, (Çevrimiçi), <https://www.fosfa.org/>, (Erişim Tarihi: 05.02.2018).

²⁸³ GAFTA, (Çevrimiçi), <https://www.gafta.com/> (Erişim Tarihi: 05.02.2018).

balıkçılık ürününde ithalat kısıtlamaları hükümet önlemlerinin uygulanması için gereklidir...»²⁸⁴.

Görüldüğü gibi, GATT hükümleri uyarınca GATT tarafı olan ülkeler, diğer GATT tarafı olan ülkelere sadece GATT'de öngörülmüş olan belirli durumlarda ticaret kısıtlamaları uygulayabilmektedir.

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) tarafından yürütülen Şili-Kılıçbalığı davasında AB (talep edildiği zamanda Avrupa Toplulukları), tarafların karşılıklı olarak anlaşmaya varmasına rağmen AB balıkçı gemilerinin Güney Doğu Pasifik'te faaliyet göstermesi ve Şili limanlarında kılıç balıklarını bırakmasının Şili tarafından yasaklanmasının GATT'ın 11 ve 20'inci maddelerinin ihlaline yol açtığını iddia etmektedir²⁸⁵. Söz konusu davada DTÖ anlaşmalarının DTÖ dışında olan anlaşmalardan üstün olduğu vurgulanmaktadır.

Aynı şekilde DTÖ tarafından yönetilen AB-Muz davasında, AB'nin (talep edildiği zamanda Avrupa Toplulukları) muz üzerinde ithalat kısıtlamalarına ilişkin Ekvador, Guatemala, Honduras, Meksika ve ABD devletleri talepte bulunmaktadır²⁸⁶. Anlaşmazlıkların çözümünde taraflar, 2006 yılından başlayarak muz ithalatı için tarifesi sistemi üzerinde anlaşmıştır²⁸⁷.

Bir ülke, uluslararası sözleşmelerde bulunan hükümleri ve uluslararası yükümlülükleri ihlal etmemek kaydıyla uluslararası ticareti kısıtlayabilmektedir. Buradan anlaşılacağı üzere, uluslararası ticari kısıtlamalarda uluslararası anlaşmalar önemli rol oynamaktadır.

Bu nedenle, ticari tahkim sırasında taraflar, sözleşmelerini veya sözleşmesiz ilişkilerini etkileyen uluslararası ticaret anlaşmalarını ve ticaret politikalarını dikkate almalıdırlar. Taraflar, ithalat kısıtlamalarının mahiyetine ve kaynağına bağlı olarak bu tür olayı force majeure (sınırlı ithalat, kota, ülkeler arasında anlaşmazlık, ya da sözde

²⁸⁴ DTÖ, **Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması**, y.y., 1986, (Çevrimiçi), https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf, (Erişim Tarihi: 05.02.2018).

²⁸⁵ DTÖ, **Chile-Swordfish**, 2007, (Çevrimiçi), https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds193_e.htm, (Erişim Tarihi: 06.02.2018).

²⁸⁶ DTÖ, **Ekvador, Guatemala, Honduras, Meksika, ABD v. Avrupa Birliği**, 2012, s. 2, (Çevrimiçi), https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm, (Erişim Tarihi: 06.02.2018).

²⁸⁷ Ekvador, Guatemala, Honduras, Meksika, ABD v. Avrupa Birliği, s. 4.

“ticaret savaşları” durumunda) veya doğrudan uygulanan kurallar (BM Güvenlik Konseyi tarafından uygulanan ticaret kısıtlamaları durumunda) olarak değerlendirmelidir.

SONUÇ

Mevcut tez çalışmasında yazar, hakem heyetlerinin ve hakem kararını uygulayan ve hakem kararının tenfiz edileceği ulusal mahkemelerin uluslararası ticari tahkim sırasında kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralları uygulaması konusunda pratik yaklaşımları incelemiştir. Genel olarak yazar, uluslar üstü kamu düzeni kurallarına ve uluslar üstü doğrudan uygulanan kurallara odaklanmıştır.

Son yıllarda uluslararası ticari tahkim daha yaygın hale gelmektedir ve aynı şekilde hakem heyetleri tarafından yürütülen davalar, çok taraflı ve çok sayıda yargı alanını içererek daha karmaşık hale gelmektedir. Bu nedenle mevcut tez çalışması, hakemler için tahkimi etkileyen birden fazla hukuk sisteminden doğan doğrudan uygulanan kuralların uygulanması için önemli bir el kitabıdır.

Mevcut tezde Roma I Tüzüğü'nde öngörülen tanımdan daha kapsamlı doğrudan uygulanan kuralların tanımı sunulmaktadır. Bu tez çalışmasına göre doğrudan uygulanan kurallar, ulusal ya da uluslar üstü kamu çıkarlarını, insan haklarını, genel hukuk ilkelerini, çevreyi, ekonomik ve sosyal istikrarı koruyan bir ülkenin kanunları ya da uluslararası bir anlaşmada yer alan uluslararası toplum tarafından çok önemli görülen ulusal ya da uluslararası hükümlerdir. Bu nedenle sadece ulusal değil, aynı zamanda uluslar üstü kamu düzeni, ticari tahkim sırasında uygulanan doğrudan uygulanan kurallar olarak değerlendirilmelidir.

Doktrinde yer alan görüşlere göre doğrudan uygulanan kurallar ve özellikle kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar, onların mahiyetine göre ya da kaynağa göre sınırlandırmaktadır. Belirli bir doğrudan uygulanan kuralın hakem heyeti ya da mahkeme tarafından uygulanıp uygulanmayacağını anlamak için bu kuralın türü öncelikle belirlenmelidir.

Kamu düzeninin kapsamına giren ve uluslararası tahkimi her aşamasında etkileyebilen doğrudan uygulanan kurallar aşağıdaki yargı alanlarından kaynaklanabilmektedir:

1) Ulusal hukuk sistemi;

- A. Bir tarafın yasal ikametgâh devletinin ulusal hukuk sistemi;
- B. Esasa uygulanacak hukukun devletinin ulusal hukuk sistemi;
- C. Yükümlüklerin doğduğu devletin ulusal hukuk sistemi;
- D. Yükümlüklerin yerine getirildiği devletin ulusal hukuk sistemi;
- E. Usule uygulanacak hukukun devletinin ulusal hukuk sistemi;
- F. Tahkim yerinin devletinin ulusal hukuk sistemi;
- G. Hakem kararının tenfiz devletin ulusal hukuk sistemi;
- H. Üçüncü bir devletin ulusal hukuk sistemi;

2) Uluslar üstü hukuk sistemi;

- A. Uluslar üstü kurumlar ve kuruluşların uluslar üstü hukuk sistemi (AB, BM);
- B. Uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan uluslar üstü hukuk sistemi;
- C. Uluslararası hukuk ilkelerinden ve geleneklerinden kaynaklanan uluslar üstü hukuk sistemi.

Görüldüğü gibi, doğrudan uygulanan kurallar, tahkimde tarafların irade özerkliğini kısıtlayan kurallardır. Bununla birlikte ihtilafli (hakem heyetine göre ihtiyari olarak uygulanan) ve ihtilafsız (her halükarda hakem heyetlerince uygulanması gereken) doğrudan uygulanan kurallar vardır. Örneğin, esasa veya usule uygulanacak hukukun seçimine bakılmaksızın tahkim yerine ait doğrudan uygulanan kurallar çoğu durumda geçerli olmaktadır. Diğer doğrudan uygulanan kurallar, tahkim yeri olan

ülkenin kurallarına göre (lex fori'ye göre) ve hakem heyetinin görüşüne göre uygulanmalıdır.

AB mevzuatı bakımından doğrudan uygulanan kuralların özel durumunu görebilmek mümkündür. AB'nde hukuki güvenlik ilkesi uyarınca lex fori, yükümlüklerin yerine getirildiği, yükümlüklerin doğduğu ülkeden farklı kaynağını alan doğrudan uygulanan kurallar uygulanmamalıdır. Ancak diğer doğrudan uygulanan kurallar ile mevcut davanın konusu arasında bağlantı bulunması veya diğer doğrudan uygulanan kuralların hakem kararı üzerinde etkili olması ve temel olarak, eğer bu tür kuralların hakem heyetine ait ülkenin genel hukuk ilkelerine karşı olmaması halinde hakem heyeti, bu tür kuralları olayın unsurları olarak dikkate almaktadır.

Aynı zamanda hem hakem kararının tenfiz haline getirilebilmesi, hem de hukuki güvenlik ilkesine uyum sağlanması uluslararası tahkim için aşırı önem taşımaktadır. Bu yüzden mevcut tezin yazarına göre, uluslararası ticari tahkimde uluslar üstü kamu düzeninden, tahkim yerinin ülkesinin kurallarından ve hakem kararının tenfizde bulunan ülkenin kurallarından kaynaklı olan doğrudan uygulanan kurallar mutlaka uygulanmalıdır.

Diğer doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hakem heyeti ya da mahkeme, lex fori'nin kurallarına göre karar vermektedir. Uygulanacak hukukun seçimine (usule veya esasa) bakılmaksızın tahkim yerinin kurallarından ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar uygulanmalıdır. Ancak diğer doğrudan uygulanan kurallar, eğer bu doğrudan uygulanan kuralların mevcut dava ile bağlantısı varsa veya hakem kararının tenfizi etkileyebilirse ve temel olarak, eğer bu doğrudan uygulanan kurallar tahkim yeri olarak seçilmiş ülkenin yasal ilkelerine müdahale etmezse, hakem heyetinin buna karar vermesi halinde geçerlidir.

Tahkim yerinin seçimi ve esasa veya usule uygulanacak hukuk seçimi aşamasında ticari ilişkileri etkileyen olası doğrudan uygulanan kuralların dikkate alınması önemlidir.

Doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının tarafların kontrolü altına alınması için taraflar, tahkim yerinin seçimi sırasında tahkim için seçilmiş ülkenin ulusal mevzuatını aşağıda belirtilen konular bakımından dikkatle incelemelidir:

- 1) Tahkim yeri olarak seçilmiş ülkenin mevzuatı uyarınca uluslararası model kanunları ve tahkim kuralları kullanımına izin verileceği;
- 2) Tahkim sürecine devlet müdahalesi olabileceği;
- 3) Bir devletin ya da devlete benzer organizasyonunun tahkim sürecine katılabileceği (tahkim bölgesine rağmen AB ile ilişkin davalara AB katılımı olasılığı da göz önüne alınması şarttır)

Sayılan durumlar mevcut ise doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının tarafların kontrolü altına alınması zorlaşmaktadır.

Aynı zamanda esasa veya usule uygulanacak hukukun seçiminde ve genel olarak bir devlet ile tahkim anlaşmasına girerken taraflar, uluslararası ticaret sözleşmesinde uluslararası hukuk ilkelerine dayanarak (uygulanacak hukuk buna izin vermese bile) istikrar şartı getirme olasılığını dikkate almalıdırlar. Çünkü bazı durumlarda hakem heyeti, istikrar maddesinin kullanılmasına izin vermeyen esasa uygulanacak hukukun hükümlerinden uzaklaşabilmektedir ve devlet müdahalelerinden koruyan uluslararası hukuk ilkesine dayanarak istikrar maddesinin kullanılmasına izin verebilmektedir.

Bununla birlikte taraflar, doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını zorlaştıran (hakem heyeti, lex fori'nden farklı olan tahkim kurallarını uyguladığında bu kurallar kapsamında yer alan doğrudan uygulanan kurallarının tanımı ve uygulama sürecinin farklı olabilmesi için) patolojik tahkim anlaşmasından mümkün olduğu kadar kaçınmalıdır. Dahası, böyle patolojik tahkim anlaşmaları bütün tahkim anlaşmasının geçersizliğine neden olabilmektedir.

Taraflar, ICC dışında tahkim sürecine devam ederken, tahkim usulüne ICC Tahkim Kuralları'nın uygulanacağı konusunda ısrarcılar ise, ICC Tahkim Kuralları'nın özel duruma uyarlanması konusunda ısrar etmeye de hazır olmalıdırlar. Hibrit tahkim şartı kullanılırken bu hibrit hükümlerin geçerliliğini güvence altına

almak ve seçilen usul hukuku ve tahkim yerini dikkate alarak farklı yargı alanlarından etkilenebilecek olası doğrudan uygulanan kuralları belirleyebilmek için, önceden lex fori'nin içtihatlarını analiz etmek önemlidir.

Taraflar arasındaki uluslararası ticari ilişkiden doğan uyuşmazlığın görüldüğü tahkim sürecine doğrudan uygulanan kuralların müdahalesi aşağıda belirtilen sonuçları doğurabilmektedir:

- 1) Sözleşmeyi yerine getirme imkânsızlığı (yükümlüklerin yerine getirildiği ülke tarafından konulan doğrudan uygulanan kurallardan dolayı);
- 2) Hakem kararının iptal edilebilmesi (tahkim yeri olan ülke tarafından konulan doğrudan uygulanan kurallardan dolayı);
- 3) Hakem kararının tenfizinin imkânsızlığı (hakem kararının tenfizinde bulunan ülke tarafından konulan doğrudan uygulanan kurallardan dolayı).

New York Sözleşmesi'nde mahkemenin kendi kararıyla bir hakem kararının tanınması ve uygulanmasını reddedebilme gerekçesi olarak, hakem kararının tahkim sürecine ve kamu düzenine uygun olmaması sebebi kabul edilmiştir. Bu nedenle hakem kararının uygulanmasını ve tenfizini güvence altına almak için kamu düzeni olarak değerlendirilebilecek hususları tanımlamak uluslararası ticari tahkim bakımından önem arz eden bir durumdur.

Nitekim "kamu düzeni" terimi ve kamu düzeni kapsamına giren değerler her hukuk sisteminde farklı anlaşılır. Bu nedenle kamu düzeninin tanımı ve uygulama usullerini anlaşılması için, tahkim yeri olarak seçilen ülkeye ait hukuk sistemi ve usul hukukunun incelenmesi gerekmektedir.

Tezde anlatıldığı üzere kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların uygulanabilme yolları, New York Sözleşmesi ve Roma I Tüzüğü'nün hükümlerinde yer almaktadır. Ulusal ve uluslar üstü kamu düzeni ve kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar arasındaki fark, uluslararası tahkime yönelik bireysel yaklaşımda yatmaktadır.

Günümüzde çoğu hakem heyeti, kamu düzeni istisna hükmünü ve kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralları geniş bir yaklaşımla yorumlamakta ve ihtilaf çözümü meselelerinin uluslararası veya uluslar üstü kamu düzenine aykırı olduğu durumlarda kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralları devreye sokmaktadır. Uluslararası veya uluslar üstü kamu düzeni olarak tahkim yerinin, esasa uygulanacak hukukun ya da hakem kararının tenfizinde bulunan ülke tarafından onaylanan ya da imzalanan uluslararası anlaşmalarda öngörülen hükümler anlaşılmaktadır. Ancak mevcut tez çalışmasında -uluslararası içtihat da dikkate alınarak- hakem heyetinin, bir devlet (tahkim yeri, esasa uygulanacak hukukun ülkesi, ya da hakem kararının tenfizinde bulunulan ülke) tarafından onaylanmayan, ancak genel hukuk ilkeleri, gelenekler, insan hakları, bonos mores ve genel ticari davranış normlarını içeren ve diğer birçok hukuk sistemlerinde yer alan uluslararası anlaşmalardaki hükümleri uygulaması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bahsedilen hükümler, uluslar üstü kamu düzeni olarak düşünülmelidir ve uluslararası çıkarlar, insan hakları ve çevre korumaya yönelik hükümler, uluslararası ticari uyuşmazlık çözümü sırasında hakem heyeti tarafından ihtilafsız uygulanmalıdır.

AB kamu düzeni ile ilgili özellikli durum ise, AB kamu düzeninin hem ulusal hem de uluslar üstü nitelik taşımasında yatmaktadır. AB'ye üye ülkeler, AB kamu düzenine uyumlu olmak zorundadır ve böylece kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar her zaman tahkim sürecine dâhil edilmelidir. Ancak diğer ülkeler için AB kamu düzeni ulusal karakter taşımaktadır ve hakem heyetlerince üçüncü ülkenin “yabancı” doğrudan uygulanan kuralları olarak değerlendirilebilmektedir.

Bahsetmek gerekir ki, AB üye devletleri için bile tüm AB yasaları ve düzenlemeleri AB kamu düzeni olarak değerlendirilmemektedir. Örneğin, rekabet kuralları, tüketici korunması, anti tröst sorunları, yatırım faaliyeti, devlet yardımı, insan hakları ve çevre koruma konularında AB mevzuatının hükümleri, AB kamu düzeni olarak değerlendirmektedir. Diğer konular bakımından mahiyetlerine göre konunun AB kamu düzeni kapsamına girip girmeyeceği ayrıca incelenmelidir.

Bununla birlikte, AB çıkarına ilişkin her durumda Avrupa Komisyonu, “dava arkadaşı” olarak tahkim sürecine katılma yetkisine sahiptir. Avrupa Komisyonu'nun

dava arkadaşı olarak katıldığı tahkim yargılamaları bakımından hakem heyetinin Avrupa Komisyon'nun taleplerini uygulamadığı hallerde, AB içinde bu hakem kararının tenfizi neredeyse imkânsız hale gelmektedir. Görüldüğü üzere, Avrupa mevzuatı ve Avrupa kamu düzeni ile alakalı tahkim süreçlerinde, özellikle yatırım faaliyeti, enerji, anti tröst, rekabet hukuku, tüketicinin korunması veya devlet yardımı ile bağlantılı alanlarda, AB'nin olası müdahaleleri dikkate alınmalıdır.

Kanaatimizce uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların uygulanması kural olarak kabul edilmelidir. Ancak hakem heyeti tarafından “yabancı” ulusal doğrudan uygulanan kuralların (üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralların) uygulanması bakımından böyle kesin bir sonuca ulaşamamaktadır. Örneğin, AB veya BM tarafından konulan doğrudan uygulanan kurallar söz konusu olduğunda onların uygulanması (BM Güvenlik Konseyi kısıtlama tedbirlerinin uygulanması durumunda herhangi bir ülke için ve AB mevzuatının uygulanmasında AB üye ülkeleri ve kurumlar için) ihtilafsız olarak ve yabancı devletlerin ulusal doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ihtilafı olarak (bazı hukuk sistemlerinde bu tür doğrudan uygulanan kuralların uygulanmamasına dair kurallar vardır) değerlendirilmelidir.

Bu nedenle uluslararası kısıtlama tedbirleri (yaptırımlar, ambargo, ticaret kısıtlamaları) şu şekilde sınıflandırılmaktadır:

- 1) Her hukuk sisteminde ihtilafsız uygulanan (BM kısıtlama tedbirleri),
- 2) Bazı hukuk sistemlerinde ihtilafsız uygulanan (AB içinde olan hakem heyeti için AB kısıtlama tedbirleri) veya
- 3) İhtilafı (hakem kararına bağlı olarak).

Uluslar üstü kamu düzeni ve uluslar üstü kamu düzeninden kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar, hakem heyeti tarafından her durumda uygulanmalıdır. Tarafların uluslar üstü doğrudan uygulanan kurallar nedeniyle sözleşmeden doğan yükümlüklerini yerine getirmemesi için force majeure maddesini kullanmaları kabul edilmeyebilmektedir ve yukarıda belirtilenler göz önünde bulundurulduğunda böyle bir durumda taraflar sorumluluktan kurtulamamaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler:

ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci. **Milletlerarası Ticari Hakem Kararların İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Girilmesine Yönelik İki Öneri**. Public and Private International Law Bulletin. Çilt: 31. S: 2. y.y. 2012. (Çevrimiçi). <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/411045>. (Erişim Tarihi: 06.01.2018).

BARRACLOUGH, Andrew ve Jeff WAINCYMER. **Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration**. Melbourne Journal of International Law. Vol.6. 2005. (Çevrimiçi). http://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0003/1681167/Barracough-and-Waincymer.pdf. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

BASEDOW, Jürgen. Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms. **Essays in Honour of Michael Bogdan**. Patrik Lindskog, Ulf Maunsbach vs. eds. Max Planck Private Law Research Paper No. 14/1. Juristförlaget i Lund. 2013. (Çevrimiçi). <https://ssrn.com/abstract=2390620>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

BASEDOW, Jürgen. **Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010**. Rabel Journal of Comparative and International Private Law. Vol. 75. No. 2. 201. Max Planck Private Law Research Paper No. 11. (Çevrimiçi). <https://ssrn.com/abstract=1752985>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

BEYERS, Carol. **The U.S./Mexico Tuna Embargo Dispute: a Case Study of the GATT and Environmental Progress**. Maryland Journal of International Law. Vol. 16. Maryland. 1992. (Çevrimiçi).

<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol16/iss2/3>. (Erişim Tarihi: 06.02.2018).

BISHOP, R. Doak. **A Practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses.** Texas. y.y. (Çevrimiçi). <http://hoghooghi.nioc.ir/article/pdf/Practical%20Guide.pdf>. (Erişim Tarihi: 07.01.2018).

BISPRING, Christopher. **The Common European Sales Law and Mandatory Provisions in the Conflict of Laws.** Warwick School of Law Research Paper No. 2012/23. 2012. (Çevrimiçi). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2192501>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. **Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement.** IBA Journal of Dispute resolution. Special Issue. The New York Convention – 50 Years. 2008. (Çevrimiçi). http://www.arbitration-icca.org/media/4/44543421599110/media012277202358270bckstiegel_public_policy...iba_unconference_2008.pdf. (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

BRUNNER, Christoph. **Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-Performance in International Arbitration.** Wolters Kluwer Law&Business. y.y. 2009.

CEYLAN, Nazlı Albayrak. **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi,** Ankara, 2016.

CORDERO-MOSS, Giuditta. **EU Overriding Mandatory Provisions and the Law Applicable to the Merits, The impact of EU law on international commercial arbitration.** Juris Publishing, Kapittel 10. y.y. 2017. (Çevrimiçi). <https://folk.uio.no/giudittm/10-Chapter%2010-Cordero.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.04.2018),

CORTESE, Bernardo. **International Economic Sanctions as a Component of Public Policy for Conflict-of-Laws Purposes.** L. Picchio Forlati ve L.-A. Sicilianos (ed.). *Economic Sanctions in International Law / Les sanctions économiques en droit international.* Hague Academy of International Law. The Law Books of the Academy. Vol. 23. Nijhoff. The Hague. 2004. (Çevrimiçi). <https://ssrn.com/abstract=2524865>. (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

DE BRABANDERE Eric ve David HOLLOWAY. *Sanctions and International Arbitration.* Larissa van den Herik (ed.). **Research Handbook on Sanctions and International Law.** Grotius Centre Working Paper 2016/058-IEL. Leiden Law School Research Paper. 2016. (Çevrimiçi). <https://ssrn.com/abstract=2847000>. (Erişim Tarihi: 26.01.2018).

GAILLARD, Emmanuel. **the Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law.** the Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration. Juris Publishing. 2004. (Çevrimiçi). http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2004/01/The-Role-of-the-Arbitrator-in-Determining-the-Ap/Files/IA_Applicable-Law_Arbitrators-Guide_040308_06/FileAttachment/IA_Applicable-Law_Arbitrators-Guide_040308_06.pdf. (Erişim Tarihi: 06.01.2018).

GAILLARD, Emmanuel. John SAVAGE ve Gaillard FOUCHARD. **Goldman on International Commercial Arbitration.** y.y. 1999.

GARNETT, Richard. **Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration Clauses.** *Journal of Private International Law* Vol. 9 No. 3. 2013. y.y. (Çevrimiçi). <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW161/garnett2013.pdf>. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

GEHNE, Katja ve Romulo BRILLO. **Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment.** Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center. 2017.

(Çevrimiçi). http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/Beitraege_TWR/Heft%20143.pdf, (Erişim Tarihi: 10.01.2018),

GHODOOSI, Farshad. **The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements**. Nebraska Law Review. Volume 94. Issue 3. y.y.. 2016. (Çevrimiçi). <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=2833&context=nlr>. (Erişim Tarihi: 13.01.2018).

GIBSON, Christopher. **Arbitration. Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law**. Penn State Law Review. Forthcoming. Suffolk University Law School Research Paper No. 09-26. 2009. (Çevrimiçi). <https://ssrn.com/abstract=1394447>. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

GONZALO, Val. **Influence of the Arbitral Seat in the Outcome of an International Commercial Arbitration**. An Annual Publication of the ABA, Section of International Law. Vol. 50. No. 2. y.y. 2017. (Çevrimiçi). https://disputescentre.com.au/wp-content/uploads/2017/06/Gonzalo_Vial_Arbitral_Seat_Article.pdf, (Erişim Tarihi: 30.01.2018),

HANDERSSON, Alastair. **Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat or Arbitration**. Singapore Academy of Law Journal. 2014. Singapore. (Çevrimiçi), <http://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/e-Archive/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/513/ArticleId/335/Citation/JournalsOnlinePDF>. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

HUNTER, Martin Hunter ve Gui CONDE E SILVA. **Transnational and Public Policy in Investment Arbitration**. the Journal of World Investment. Vol.4. No. 3. 2003. (Çevrimiçi). http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232929401680/martin_and_gui_conde_e_silva.pdf. (Erişim Tarihi: 16.12.2017).

KRAMER, Xandra E. EU Overriding Mandatory Law and the Applicable Law on the Substance in International Commercial Arbitration. In F. Ferrari (Ed.) **The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration**. New York. Juris. 2017. (Çevrimiçi). <https://ssrn.com/abstract=3046585>. (Erişim Tarihi: 19.01.2018).

LALIVE, Pierre. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration. Pieter Sanders (ed). **Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration**. ICCA Congress Series. Vol. 3 New York. 1987. (Çevrimiçi). [http://www.lalive.ch/data/publications/58 -
Transnational \(or Truly International\) Public Policy and International Arbitration in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration 1986.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/58_-_Transnational_(or_Truly_International)_Public_Policy_and_International_Arbitration_in_Comparative_Arbitration_Practice_and_Public_Policy_in_Arbitration_1986.pdf). (Erişim Tarihi: 19.11.2017)

MITRA, Trisha. **Forum Conveniens? India's Tryst with Anti-Arbitration Injunctions**. Pari Passu: Arbitration on an equal footing with Adjudication. Centre for Advanced Research in Dispute Settlement. Forthcoming. 2016. (Çevrimiçi). <https://ssrn.com/abstract=2898923>. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

OSTROVE Michael ve Claudia SALOMON. **Choice of Venue in International Arbitration**. Oxford University Press. 2014.

PETSCHKE, Markus. **Choice of Law in International Commercial Arbitration**. Private International Law. S.R. Garimella and S. Jolly (ed.). Springer Nature Singapore Pte Ltd.. 2017. (Çevrimiçi). [http://www.springer.com/cda/content/document/
cda_downloadaddocument/9789811034572-c2.pdf?SGWID=0-0-45-1599781-
p180514578](http://www.springer.com/cda/content/document/cda_downloadaddocument/9789811034572-c2.pdf?SGWID=0-0-45-1599781-p180514578). (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

PORUBSKY Robert ve Ondrej PONISTIAK. **The Importance of the Seat of Arbitration in the European Context**. Czech Yearbook of International Law. CYIL 2015. (Çevrimiçi). [http://www.bpv-bp.com/download/
publications/clanek_opo_rpo_010416.pdf](http://www.bpv-bp.com/download/publications/clanek_opo_rpo_010416.pdf). (Erişim Tarihi: 06.01.2018).

RICHARDS, Pablo ve Guido Barbarosch Richards Cardinal Tützer ZABALA. **Anti-Arbitration Injunctions in Argentina. the International Journal of Public and Private Arbitration.** Global Arbitration Review. Special Report. The Arbitration Review of the Americas. Global Arbitration Review. 2008. (Çevrimiçi). [http://www.academia.edu/5982805/Anti-Arbitration Injunctions in Argentina](http://www.academia.edu/5982805/Anti-Arbitration_Injunctions_in_Argentina). (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

RUHL, Giesela. **Commercial Agents, Minimum Harmonization and Overriding Mandatory Provisions in the European Union: The Unamar Case.** Common Market Law Review. Vol. 43. No. 1. y.y. 2016. (Çevrimiçi). <https://ssrn.com/abstract=2755903>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

SHEMBERG, Andrea. **Stabilization Clauses and Human Rights.** A research Project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights. y.y. 2009. (Çevrimiçi). http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab_8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES. (Erişim Tarihi: 07.01.2018).

SIMOES, Fernando Dias **A Guardian and a Friend? the European Commission's Participation in Investment Arbitration.** Michigan State International Law Review. Vol. 25.2. (Çevrimiçi). <https://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1219&context=ilr>. (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

SIXTO SANCHEZ, Lorenzo. **Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts After Rome I.** Yearbook of Private International Law. Vol. 12. Almanya. 2010. (Çevrimiçi). http://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/36676/SanchezLorenzo_MandatoryRules.pdf;jsessionid=C25497E5DF32185D852991F0CBD11676?sequence=6. (Erişim Tarihi: 21.11.2017),

SOMMERS, Davidson. Broches DELAUME ve Georges DELAUME. **Conflict Avoidance in International Loans and Monetary Agreements.** Law and Contemporary Problems. Vol. 21. No. 3. The Preventive Law of Conflicts. 1956.

s. 473. (Çevrimiçi). <http://www.jstor.org/stable/1190306>. (Erişim Tarihi: 16.12.2017).

SOPATA, Lisa. **Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth. Inc:**

International Arbitration and Antitrust Claims. Northwestern Journal of International Law & Business. Vol.7. Iss. 3. y.y. 1986. (Çevrimiçi). <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1208&context=njilb>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017)

SRINIVASAN, Badrinath. **Defective Arbitration Clauses: An Overview.** Indian

Institute of Quantity Surveyors Annual Insight. y.y. 2015. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2664882>. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

SURAL, Ceyda. **Respecting the Rule of Law: the UNIDROIT Principles in National**

Courts and International Arbitration. 14 VJ. y.y. 2019. (Çevrimiçi). <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sural.pdf>. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

TOPAOĞLU, Binnaz. **The Validity of Jurisdiction and Arbitration Clauses as**

Against Third Party Holders of Bills of Lading - a Comparative Study Under French, English and Eu Law, Annales de la Faculte de Droit d' Istanbul, S. 44, No. 61, İstanbul, 2012, (Çevrimiçi), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/7066>, (Erişim Tarihi: 11.07.2018).

TRAVNICKOVA, Simona. **Limitations of Choice of law - Mandatory Rules And**

International Mandatory rules. Çek Cumhuriyeti. 2008. (Çevrimiçi). <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

TRONSGAARD, Camilla. **EU Competition Law as ordre public in International**

Commercial Arbitration. UIO. Yüksek Lisans Tezi. Norveç. 2014. (Çevrimiçi), <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/39597/773.pdf?sequence=1>. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

TUNÇSAV, Ali. **The Gravity of the Seat and the Seat Designation in International Commercial Arbitration with Focus on London, Singapore and Istanbul Legislation and Practice.** Yüksek Lisans Tezi. Tilburg University. Hollanda. 2017. (Çevrimiçi), <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=144295> (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

VAN BOCHOVE, Laura M. **Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law.** Erasmus Law Review. Vol. 7. No. 3. 2014. (Çevrimiçi). <https://ssrn.com/abstract=2536316>, (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

WEBB, Sean vd. Zhe Jiang Yisheng Petrochemical Co.. Ltd. v. INVISTA Technologies S.à.r.l. a Case of an Application to Affirm the Invalidity of an Arbitration Clause. **China Guiding Cases Project.** Stanford Law School. 2016. (Çevrimiçi). <https://cgc.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/2/2016/11/B-and-R-TC6-English.pdf>. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

WIRES, John. **The Public Policy Sword and the New York Convention: A Quest for Uniformity.** Bond University. y.y.. 2009. (Çevrimiçi). <https://ssrn.com/abstract=1323081> ya da <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.132308>. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

Uluslararası Mevzuatı:

Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma. Official Journal of the European Union. C 326/194. 2012. s.148. (Çevrimiçi). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>. (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

Commission Decision (EU) 2015/1470 on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania — Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013. y.y. 30.03.2015. (Çevrimiçi).

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9152.pdf>.
(15.01.2018).

Commission Staff Working Document on the Movement of Capital and the Freedom of Payments. SWD 94. 2017. y.y.. (Çevrimiçi).
https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-capital-market-monitoring-analysis_0.pdf. (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

Çok Taraflı Viyana Sözleşmesi (eklerle). Treaty Series. y.y. 1969. (Çevrimiçi).
<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>. (Erişim Tarihi: 10.01.2018).

Decision 2014/512/CFSP concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine. Official Journal of the European Union. L 229/13. y.y. 2014. (Çevrimiçi). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014D0512>. (Erişim Tarihi: 18.01.2018).

Decision (EC) No. 98/181 on the conclusion, by the European Communities, of the Energy Charter Treaty and the Energy Charter Protocol on energy efficiency and related environmental aspects. Official Journal of the European Communities. L 69/2. y.y. 1997. (Çevrimiçi). http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bb5339f8-f387-4c05-a895-1a64f898413c.0006.02/DOC_1&format=PDF. (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

Doğal Kaynaklar Üzerindeki Devletlerin Daimi Egemenliği Üzerine BM Genel Kurulu Kararı 1803. y.y. 1803. s. 15. (Çevrimiçi).
http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803%28XVII%29. (Erişim Tarihi: 10.01.2018).

Fransa'nın Medeni Usul Kanunu. Kitap IV. (Çevrimiçi). http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_INTERNATIONAL_ARBITRATION.pdf. (Erişim Tarihi: 17.01.2018).

Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy. No. 11205/12. 2012. (Çevrimiçi). <https://europeansanctions.files.wordpress.com/2013/03/eu-guidelines-on-sanctions-2012.pdf>. (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması. y.y. 1986. (Çevrimiçi). https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf. (Erişim Tarihi: 05.02.2018).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu. 6100 Sayılı. 12.01.2011 tarihli. Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih 04.02.2011. Sayı: 27836. (Çevrimiçi). <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>. (Erişim Tarihi: 04.01.2018).

ICC 2017 Tahkim Kuralları ve 2014 Arabuluculuk Kuralları. y.y. 2017. (Çevrimiçi). <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf>. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

Milletlerarası Tahkim Kanunu, No. 4686, 2001, Resmî Gazete 5/7/2001, Sayı 24453, (Çevrimiçi), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4686.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.12.2017),

Regulation (EU) No 1219/2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries. y.y. 2012. (Çevrimiçi). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0040:0046:En:PDF>. (Erişim Tarihi: 13.12.2018).

Regulation (EC) No 2271/96 and Joint Action 96/668/CFSP protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country and actions based thereon or resulting therefrom. y.y. 1996 (Çevrimiçi). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996R2271:EN:HTML>. (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

Study on Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU. y.y. 2014.

(Çevrimiçi). [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU\(2015\)509988_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf). (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuku Dair Tüzüğü (Roma I).

593/2008 Sayılı. Official Journal of the European Union. L 177/10. 2008.

(Çevrimiçi). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>. (Erişim Tarihi: 04.01.2018).

Tahkim Anlaşmaları Dair Cenevre Protokolü. Cenevre. 1923. (Çevrimiçi),

<http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/5/15938.pdf>,
(Erişim Tarihi: 05.01.2018).

UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Dair Model Kanunu. y.y. 1994.

(Çevrimiçi). https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf. (Erişim Tarihi: 30.12.2017).

UNCITRAL sekreterliği. Explanatory note by the on the Model Law on International

Commercial Arbitration. UNCITRAL Yearbook. No. E.87.V.4. XVI. 1985.

(Çevrimiçi). https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelerin İlkeleri. Uluslararası Özel

Hukuk Birleştirme Enstitüsü, y.y. 2016. (Çevrimiçi).

<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

Uygulanacak Hukukun Seçimi Konusunda Lahey İlkeleri. y.y. 2015. (Çevrimiçi).

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>. (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York

Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunu. UNCITRAL. New York. 1958. s. 3. (Çevrimiçi). <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>. (Erişim Tarihi: 30.12.2017).

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu. 5718 Sayılı.

27.11.2007 tarihli. Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 12.12.2007. Sayı: 26728. (Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071212-1.htm>, (Erişim Tarihi: 04.01.2018).

Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi. 80/934/EEC. 19.06.1980. Official

Journal of the European Communities. No. L 266/1. 1980. (Çevrimiçi). http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22cc5c49-2b36-4962-aa60-e928a52efa66.0008.02/DOC_1&format=PDF. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi. Lahey. 2005. (Çevrimiçi).

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>. . (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

Yargı Yetkisi ve Medeni ve Ticari Konularda Kararların Uygulanması Dair Brüksel

Sözleşmesi. y.y. 1968. (Çevrimiçi). [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=EN). (Erişim Tarihi: 13.01.2018).

Mahkeme ve Tahkim Kararları:

ABD Yargıtayı. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth. Inc. 473

U.S. 614. No. 83-1569. 02.07.1985. (Çevrimiçi). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

ABD Yargıtayı. MGM Productions Group v. Aeroflot Russian Airlines. Dava No. 03-7561. (Çevrimiçi). <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/7/17745.pdf>. (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

Cour d'appel de Paris. AB Götaverken v. General National Maritime Transport Company (GMTC). as legal successor of Libyan General Maritime Transport Organization (GMTO). ICC Dava No. 2977. 2978 and 3033. 21.02.1980. (Çevrimiçi). http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=111. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

DTÖ. Chile-Swordfish. 2007. (Çevrimiçi). https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds193_e.htm. (Erişim Tarihi: 06.02.2018).

DTÖ. Ekvador. Guatemala. Honduras. Meksika. ABD v. Avrupa Birliği. 2012. (Çevrimiçi). https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm. (Erişim Tarihi: 06.02.2018).

CJEU. Arblade. C-396/96 ve C-376/96 birleşmiş davalar. 1999. (Çevrimiçi). <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44859&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=725939>. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

CJEU. Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV. ECJ Dava No. C-126/97. 01.06.1999. (Çevrimiçi). <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dc680e945dcefb402ca84dd8b890afdb92.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNaxf0?text=&docid=44616&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=301404>. (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

CJEU. Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL. ECJ Dava C-168/05. 26.10.2006. (Çevrimiçi). <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=63926&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=350652>. (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

CJEU. Genentech Inc. vs Hoechst GmbH ve Sanofi-Aventis Deutschland GmbH. Opinion of Advocate General. C-567/14. y.y. 2016. (Çevrimiçi). <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175146&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=856415>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

CJEU. Ingmar GB Ltd vs Eaton Leonard Technologies Inc. C-381/98. y.y. 2000. (Çevrimiçi). <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45788&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15153>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

CJEU. Queen v. Centro-Com Srl. Dava C-124/95. 1997. (Çevrimiçi). <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30ddd6c1e764d9a449cf9a1681b45b15e6a3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNaNn0?text=&docid=100435&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=79797>. (04.02.2018).

CJEU. Unamar vs Navigation Maritime Bulgare. C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663. y.y. 2013. (Çevrimiçi), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=143185&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=235908>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

CJEU. Yunanistan Cumhuriyeti vs Grigorios Nikiforidis. C-135/15. y.y. 2016. (Çevrimiçi). <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184541&doclang=EN>. (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması İthalat Paneli. Distribution and Sale of Alcoholic Drinks by Canadian Provincial Marketing Agencies. Panel Raporu. L/6304 - 35S/37. 1988. (Çevrimiçi). <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/canadaalcdistribution.pdf.download>. (Erişim Tarihi: 16.12.2017).

- ICC. Alıcı (Avusturya) v. Satıcı (Türkiye). ICC Dava No. 6527. 1991. (Çevrimiçi).
https://www.trans-lex.org/206527/_/icc-award-no-6527-of-1991-yca-1993-at-44-et-seq/. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).
- ICC. Mısır Şirketi (alıcı) v. Yugoslav Şirketi (satıcı). ICC Dava No. 6281. 26.08.1989.
(Çevrimiçi). <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/896281i1.html>. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).
- ICSID. AES Summit Generation Limited ve AES-Tisza Erözü Kft v. Macaristan Cumhuriyeti. ICSID Dava No. ARB/07/22. 2010. (Çevrimiçi).
https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf.
(Erişim Tarihi: 13.01.2018).
- ICSID. Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica. ICSID Dava No. ARB/96/1. s. 7. (Çevrimiçi) https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw_6340.pdf. (Erişim Tarihi: 19.12.2017).
- ICSID. Electrabel S.A. v. Macaristan Cumhuriyeti. ICSID Dava No. ARB/07/19. 2012.
(Çevrimiçi). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4495.pdf>. (Erişim Tarihi: 13.01.2018).
- ICSID. Ioan Micula. Viorel Micula. S.C. European Food S.A. S.C. Starmill S.R.L. ve S.C. Multipack S.R.L. v. Romania. ICSID Dava No. ARB/05/20. 2013.
(Çevrimiçi). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>. (13.01.2018).
- ICSID. Metalclad Corporation v. The United Mexican States. ICSID Dava No. ARB(AF)/97/1. 2000. (Çevrimiçi). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>. (Erişim Tarihi: 19.12.2017).
- Irak Yüksek Yargı Konseyi. Yargıtay. Iraq Ministry of Finance v. Fincantieri Cantieri

Navali Italiani. No./1932/1952/. 2012. (Çevrimiçi). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V14/043/77/PDF/V1404377.pdf?OpenElement>. (Erişim Tarihi: 26.01.2018);

İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi. Westacre Investments Inc. v. Jugoinport SPDR Holding Co.. Ltd.. 1999. (Çevrimiçi). http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=546. (Erişim Tarihi: 13.01.2018).

High Court. ACC Ltd. v. Global Cements Ltd.. 7 SCC 71. MANU/SC/0489/2012. 2012 (Çevrimiçi). http://www.supremecourtcases.com/index2.php?option=com_content&itemid=99999999&do_pdf=1&id=24629. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

Lordlar Kamarası. Regazzoni v. Sethia. 1957. (Çevrimiçi). <http://www.uniset.ca/other/css/1958AC301.html>. (Erişim Tarihi: 05.02.2018).

PCA. Achmea v. Slovak Cumhuriyeti. PCA Dava No. 2008-13. 2012. (Çevrimiçi). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>. (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

Singapur Temyiz Mahkemesi. Insignia Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd. Dava No. CA 155/2008. 02.06.2009. (Çevrimiçi). <http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/court-of-appeal-judgments/13850-insignia-technology-co-ltd-v-alstom-technology-ltd-2009-3-slr-936-2009-sgca-24>. (Erişim Tarihi: 11.01.2018).

Stockholm Temyiz Mahkemesi. Rusya Federasyonu Hükümeti v. I.M. Badprim S.R.L. Case T 2454-14. 2015. (Çevrimiçi). <https://www.arbitration.sccinstitute.com/Views/Pages/GetFile.ashx?portalId=89&cat=95791&docId=2281406&propId=1578>. (Erişim Tarihi: 10.01.2018).

Suffolk İlçe Mahkemesi. Greenwood v. Curtis. 6 Mass No.358. 1810. (Çevrimiçi). <http://masscases.com/cases/sjc/6/6mass358.html>. (Erişim Tarihi: 17.01.2018).

Tribunale Padova. Ostroznik Savo v. Eurotrafic s.r.l.. 11.01.2005. (Çevrimiçi).
<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1004&step=Abstract>.
(Erişim Tarihi: 12.01.2018).

Vishshiy Arbitrazhniy Sud Rossiyskoy Federaziyi. Russkaya Telefonnaya Kompanya v. Sony Ericsson Mobile Communications (Высший Арбитражный Суд Российской федерации. ЗАО «Русская Телефонная Компания» и Сони Ерикссон Мобайл Коммуникешнз). Dava No. № 1831/12. 2012. (Çevrimiçi).
http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_98128cf5-b3ac-4955-b3ea-05de9221a392. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

Raporlar:

Avrupa Birliği İç Politikaları Genel Müdürlüğü. **Study on Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU**. y.y. 2014. (Çevrimiçi).
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU\(2015\)509988_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf). (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

Avrupa Komisyonu. **Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation**. 2003. Brüksel. (Çevrimiçi). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=EN>. (Erişim Tarihi: 12.01.2018).

Berwin Leighton Praisner. **International Arbitration Research Based Report on Choice of Venue for International Arbitration**. y.y. 2014. (Çevrimiçi).
http://www.blplaw.com/download/BLP_InternationalArbitration_Survey_2014_FINAL.pdf. (Erişim Tarihi: 29.12.2017).

Birleşmiş Milletler. **Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards**. UN Doc. E/2704 ve E/AC.42/4/Rev.1. y.y. 1955. (Çevrimiçi).
http://newyorkconvention_1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=3295. (Erişim Tarihi: 13.01.2018).

ILA. Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. Arbitration International. S. 19. Baskı 2. 2003.

HM Treasury. **Financial Sanctions: Frequently Asked Questions.** y.y. 2017.

(Çevrimiçi). https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/645280/financial_sanctions_guidance_august_2017.pdf.
(Erişim Tarihi: 04.02.2018).

ICC. **Full 2016 ICC Dispute Resolution Statistics.** Court Bulletin News. y.y. 2017.

(Çevrimiçi). <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/full-2016-icc-dispute-resolution-statistics-published-court-bulletin/>. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

ICC, LCIA ve SCC. **The potential impact of the EU sanctions against Russia on**

international arbitration administered by EU-based institutions. y.y. 2015.
(Çevrimiçi). http://www.sccinstitute.com/media/80988/legal-insight-icc_lcia_scc-on-sanctions_17-june-2015.pdf. (Erişim Tarihi: 18.01.2018).

White&Case ve Queen Mary University of London. **2010 International Arbitration**

Survey: Choices in International Arbitration. y.y. 2010. (Çevrimiçi).
<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>. (Erişim Tarihi: 30.12.2017).

İnternet belgeleri:

Avrupa Birliği Yaptırım Listesi. 2017. (Çevrimiçi). [https://eeas.europa.eu/sites/](https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/restrictive_measures-2017-04-26-clean.pdf)

[eeas/files/restrictive_measures-2017-04-26-clean.pdf](https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/restrictive_measures-2017-04-26-clean.pdf). (Erişim Tarihi: 18.01.2018).

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Konsolide Yaptırım Listesi. (Çevrimiçi).

<https://scsanctions.un.org/fop/fop?xml=htdocs/resources/xml/en/consolidated.xml&xslt=htdocs/resources/xsl/en/consolidated.xsl>. (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

CIArb Londra İlkelerine Giriş. (Çevrimiçi). <http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/london/the-principles.pdf>. (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

Enerji Şartı Anlaşması Üyeleri. (Çevrimiçi). <https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/>. (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

Frankfurt Uluslararası Tahkim Merkezi. (Çevrimiçi). https://www.frankfurt-main.ihk.de/english/legal_matters/disputeregulation/fiac/. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

İsviçre Odası'nın tahkim kurulu. (Çevrimiçi). <https://www.swissarbitration.org/>. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

ICC uluslararası yaptırımlarla ilgili bilgi: (Çevrimiçi). <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/international-economic-sanctions/>. (Erişim Tarihi: 18.01.2018).

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi. (Çevrimiçi). <http://www.lcia.org/>. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticaret Tahkim Mahkemesi. (Çevrimiçi). <https://mkas.tpprf.ru/en/>. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi. (Çevrimiçi). <http://www.siac.org.sg/>. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).

Uluslararası Ticaret Odası. (Çevrimiçi). <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/dispute-resolution/>. (Erişim Tarihi: 05.01.2018).