TİCARİ TAHKİMDE YABANCILIK UNSURU

Av. Haluk BİLGİÇ*

G İ R İ Ş

Milletlerarası Özel Hukukta, bağlama kuralları çerçevesinde varlığı bir hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku tespit etmeye yarayan *"Yabancılık Unsuru"*, tahkim ile ilgili tartışmalarla bağlantılı olarak, bugünlerde hiç olmadığı kadar popüler. Bunun sebebi, milli hukuk sistemlerindeki sözleşme sonrası meydana gelen değişiklikler, yıllarca süren davalar ve neticede alınan kararların icrasında karşılaşılan güçlüklerin yabancı yatırımcıların risklerini arttırması ve dolayısıyla yabancı yatırımcıların *"milletlerarası tahkim"* olmadan büyük projelere kredi vermekten kaçınması ya da, kredi vermesi ancak ticari ve ekonomik faaliyetlere girerken yukarıda belirtilen *"hukuki riskleri"* de maliyetlerine dahil etmek durumunda kalmalarıdır[1]. Ülkemizde, bu sorun anayasa değişikleri ve bunu takip eden uyum kanunları ile by-pass edilmeye çalışılmış ve bugünlerde de TBMM tarafından kabul edilmesi beklenen Milletlerarası Tahkim Kanunu taslağı[2] ("Taslak") dikkatleri bu konu üzerine çekmektedir.

Bir ülkede, o ülkenin vatandaşları arasında yapılan ve sonuçları o ülke topraklarında gerçekleşecek olan hukuki ilişkilerden doğan ihtilafların çözümünde o ülkenin maddi hukuk kuralları uygulanır. Bunun pratikteki önemi ise, sözkonusu hukuki ilişki bakımından belirli bir bağlama noktasından hareketle uygulanacak hukukun tayinine gidilememesindedir. Ayrıca, sözleşme bir yabancılık unsuru içeriyorsa mahkeme doğrudan kendi maddi hukuk kurallarını uygulayamaz. Böyle bir durumda, mahkeme belirli bir bağlama noktasından yola çıkarak uygulanacak hukuku belirler.

Öte yandan, Anayasa'nın (değişik) 125. maddesine göre, Milletlerarası (yabancı) Tahkim, yabancılık unsuru taşıyan ve Tahkim Yeri Türkiye dışında olan tahkimdir.

Net bir hukuki tanıma sahip olmayan "yabancılık unsuru" kavramını daha iyi anlayabilmemiz için, New York Anlaşması ve UNCITRAL gibi uluslararası tahkim metinlerinde veya ulusalüstü tahkim kurallarında konunun nasıl ele alındığını, bir

---

* Birsel Hukuk Bürosu Avukatı

1 **Şanlı**, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s.235 vd.

2 Bu taslak şu anda Adalet Bakanlığı'nın oluşturduğu komisyonda görüşülmektedir ve henüz Meclis'e sunulmamıştır.

hakem kararının ne zaman *"yabancı"* ve ne zaman *"yerli"* karar sayılabileceğini görmek gerekmektedir. Bu sebeple, bu makalede milletlerarası ticari tahkimde oldukça tartışmalı olan yabancılık unsuru konusu üzerinde dururken, öncelikle milletlerarası düzeyde konunun nasıl değerlendirildiği incelenecek ve bunu takiben Ağustos 1999 tarihinde kabul edilen Anayasa değişiklikleri öncesi ve sonrasını ve ayrıca henüz Meclisten geçmemiş olan Milletlerarası Tahkim Kanunu (taslak) bakımından konunun ülkemizde değerlendirilişi ele alınacaktır.

I. TAHKİMİN MİLLİYETİ

Geçmişte yaygın olarak kabul edilen bir görüşe gore, milli ve milletlerarası tahkim ayrımı yapılamaz çünkü tahkimin kendisi bir kamusal otorite altında meydana gelmemekte olup, taraflar arasında yapılan bir sözleşmenin eseridir ve bunun doğal sonucu olarak da, tahkimin belli bir devletle bağlantısının kurulması ve ona bir milliyet verilmesi düşünülemez[3]. Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanununda, "*yabancı tahkim"* kavramı yerine "*milletlerarası tahkim*" kavramı kullanılmıştır. Bu tanımdan hareketle milletlerarası tahkimin yabancılık unsuru taşıyan tahkimden farklı olduğunu savunan bir görüşe[4] göre, milletlerarası tahkim kavramı altında bir tahkim davasının veya hakem kararının mutlaka belirli bir devletle ilişkilendirmesinin gerekmemektedir. Bununla beraber, günümüzde bir çok hukuk sistemi yerli ve yabancı tahkimi farklı hükümlere tabi kılmıştır ve ona bir milliyet vermiştir. Bu durumun teyidi hakem kararlarına yapılan atıflarda kullanılan "yabancı karar" kavramının hem milli mevzuatlarda hem de milletlerarası anlaşmalarda sıkça yer almasından da anlaşılmaktadır.

Örneğin, İsveç hukukuna göre[5], yabancı memleketlerde gerçekleşen ya da İsveç'te gerçekleşen ancak taraflarından birinin yabancı olduğu *tahkim "milletlerarası tahkim"*dir.

İngiliz hukukunda ise, 1979 tarihli Tahkim Kanunu taraflarının anlaşmayı yaptıkları zamanda İngiliz vatandaşı olmaları şartıyla İngiltere'de gerçekleşen tahkimi yerli tahkim olarak tanımlamakta idi. [6] A.B.D.'de NYA'nı onaylayan Kanun[7] yabancı

---

[3] **Rubino-Sammartano**, Mauro, International Arbitration Law, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, s.15 vd.

[4] **Birsel**, Mahmut/**Budak**, Ali Cem, Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası TahkimKonusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler-tartışmalar 11 Nisan 1997, Ankara 1997, s.207.

[5] Swedish Arbitration Act (4 March 1999), m. 52'ye göre "Yurt dışında verilen bir hakem kararı yabancı hakem kararı olarak addedilecektir".

[6] Arbitration Act, 4 Nisan 1979, Madde 3. Bu kanunun hükümlerinin çoğu, 1996 tarihli Tahkim Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni tahkim kanunun yabancı ve yerli tahkim arasında bir fark gözetmemektedir.

ülkelerde yer alan malvarlığıyla ya da yabancı ülkelerde ifa edilecek hizmetlerle yahut benzer makul bir bağla yabancı ülkeleri ilgilendirmedikçe, tarafları Amerikan vatandaşları olan tahkimi yerli tahkim olarak değerlendirmektedir.

Milletlerarası Anlaşmalara gelince, 1927 tarihli Cenevre Anlaşması'nın[8] adı *"Yabancı Hakem Kararların Tenfizi Anlaşması"*dır. NYA (1958) ise *"Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi'ne Dair Anlaşma"* adını taşımaktadır. Bu husus özellikle önemlidir; çünkü, yerli / yabancı hakem kararı ayrımı yapmayan ülkeler bile, iş tenfiz aşamasına geldiğinde bir ayrım yapmaya zorlanmakta ve tenfiz konusundaki en önemli uluslararası anlaşmalar bu hakem kararlarının tenfizini "yabancı" olmaları şartına bağlamaktadırlar.

Ayrıca, bazı devletlerde devletin kendisinin ya da bir devlet kuruluşunun bir tahkim anlaşmasının tarafı olabilmesi için, hukuki işlemin *"uluslararası"* olması gerekmektedir[9]. Buna göre, bir tahkim anlaşmasının ilgili devlet tarafından uluslararası olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi önem kazanır.

Bu sebeplerle, yerli yabancı tahkim ayrımı yapıldığı gibi, bazı ülkeler milli kanunlarındaki düzenlemelerle yerli ve yabancı tahkimi farklı hükümlere tabi tutmuşlardır. Örneğin Fransız hukuku[10] Milletlerarası Fransız Tahkimini tanımladığı gibi milletlerarası olarak değerlendirdiği bu tahkime yerli tahkime uygulanandan farklı düzenlemeler getirir. Tahkim ve mahkemede görülen davalar arasında organik bir bağ olduğu düşünülür[11]. Her ne kadar genel olarak bir Yunan Hakim önüne getirilen dava bir Yunan mahkemesi kararı ve bir Türk Hakim önüne getirilen dava da Türk mahkemesi kararıyla sonuçlansa da, belirli bir ülkede yapılan ancak gerçekleştiği ülke hukuk sistemine yabancı unsurlar içeren tahkimin genel olarak milletlerarası tahkim olarak değerlendirildiği söylenebilir. Bu bakımdan, mahkeme yargılaması ve tahkim müessesesi arasında paralellik bulunduğu söylenemez.

II. HAKEM KARARININ MİLLİYETİNİ BELİRLEMEDE UYGULANABİLECEK KRİTERLER

A. Coğrafi Kriter

Milletlerarası Anlaşmalar üzerinde yapılacak bir incelemede kararın verildiği yerin tahkimin milliyetini belirlemede tercih edildiği görülebilir.

---

7 Act July 31, 1970, Appendix to G. GAJA, New York Convention (Dodds Ferry 1978-1980).

8 Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards (Cenevre, 26 Eylül 11927).

9 **Redfern**, Alan, **Hunter**, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s.12.

10 Decree May 12, 1981, no. 81-50.

11 **Rubino-Sammartano**, Mauro, age, s.16.

Cenevre Anlaşması (1927) diğer akit devletlerden birinde verilen kararların tenfizini düzenlemektedir[12]. NYA (1958) ise tenfiz istenen ülke dışındaki âkit devletlerden birinde verilen kararların tanınması ve tenfizi hakkındadır.

Cenevre Tahkim Anlaşması (1961)[13] kararın verildiği ülkeye ya da karar verilirken hukuku uygulanan ülkeye atıfta bulunmaktadır.

Bununla beraber, coğrafi kriter tatmin edici bulunmamaktadır. Örneğin, tahkimin Fransa'da gerçekleştiği ancak kararın Tunus'ta verildiği bir olayda tahkimin milliyeti belirsiz olacaktır. Zira, bir çok olayda, tahkim yeri seçilene ve hatta karar verilene dek tahkimin milliyeti belli olmayacaktır[14].

B. Uygulanan Usul Hukuku Kriteri

Tahkimin milliyetini tayinde uygulanan diğer bir metod da uygulanan usul hukuku kriteridir. Böylece, eğer tahkime uygulanan usul hukuku Türk usul hukuku ise, tahkim Hollanda'da yapılsa bile, verilecek karar Türk hakem kararı olarak değerlendirilecektir. Bu metodun, toprak esasındaki değişkenliklerden kaynaklanabilecek sorunları içermemesi sebebiyle, toprak esasından daha geçerli ve sağlam bir metod olduğu düşünülmektedir[15].

Bu iki metodu yanyana koyduğumuz zaman, aralarındaki farkın, sonuç itibariyle tenfiz edilme gerçekleştiği sürece, azaldığını görüyoruz. Bu tür güçlüklerin üstesinden gelinebileceği NYA'dan da görülebilir. NYA'na göre, usul hukuku kriteri coğrafi kriterden farklı olarak tanınmıştır. Buna göre, tahkimin gerçekleştiği ülke hukukuna göre tahkime yabancı usul hukuku uygulanması için bir engel yoksa, tahkim milli olarak değerlendirilmemelidir. Ancak, gene belirtmek gerekir ki, bu durum dahi, yurtdışında bir yerde usul hukuku uygulanan ülkenin tahkimi coğrafi kritere göre değerlendirmesi ve tenfiz aşamasında yabancı hakem kararı saymasına engel olarak görülmemelidir.

---

12 NYA m. VII/2 uyarınca, NYA'na taraf ülkeler arasında yürürlükten kalkmıştır.

13 European Convention on International Commercial Arbitration, Cenevre, 21 Nisan 1961, Madde IX.

14 "*Belirtilir ki hakem kararı tahkimin yapıldığı yerde, yani tahkim yerinde 'verilir'. Bu yerin hakemlerin ikametgahı ya da duruşma ya da duruşmaların yapıldığı yerle aynı olması gerekmemektedir. Aslında, bu yer ya tahkim sözleşmesinde, tahkime gidiş dilekçesinde ya da duruşma tutanağında kararlaştırılan ya da tahkim davasının merkez noktasını oluşturan yerdir. Kurumsal tahkimde kararın verildiği yer daima bellidir, aksi halde, herhangi bir şüphe olduğu takdirde hakemler tarafların anlaşmasıyla ya da gerektiğinde, tutanakla zapta geçen kendi kararlarıyla bu yeri tespit edeceklerdir",* **Mann**, F. A., Arbitration International, Nisan 1985, s.108.

15 **Rubino-Sammartano**, Mauro, age, s.18.

III. MİLLETLERARASI TAHKİM

Yerel ve yabancı hakem kararları arasında bir ayrım yapmanın sonucu olarak tüm tahkimler yerli ve yabancı tahkim olarak ikiye bölünmektedir. Bu bağlamda, gerek coğrafi kriter ve gerekse usul hukuku kriterine göre, verilen kararlar bir ülkeye göre yerli ve diğer tüm ülkelere göre de yabancı olarak değerlendirilecektir. Bu bağlamda, üçüncü bir ayrım yaparak *"milletlerarası tahkim"* kavramının kullanılıp kullanılamayacağı, bu kavramın *"yabancı tahkim"* ile eş anlamlı olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Milletlerarası terimi tamamen yerel veya milli olan tahkimle sınırötesi ve milletlerarası sayılan ya da Hakim Jessup tarafından *"ulusalüstü"*[16] olarak ifade edilen tahkimi ayırdetmek için kullanılmaktadır[17]. Bunun cevaplanabilmesi için de, tahkimi ne yerli ne de yabancı yapan unsurların varlığı araştırılmalıdır ki bu bir milletlerarası tahkim olsun[18].

Bu bağlamda, tahkimin taraflarının farklı milliyetler ya da ikametgahlara sahip olmasının, yani *"sübjektif"* kriterin bir tahkimi milletlerarası yapıp yapamayacağı tartışılabilirse de, bu unsur esasa uygulanacak hukuku etkilemekle beraber usule uygulanacak hukuku etkilemeyeceğinden, yukarıda ifade ettiğimiz anlamda bir *"milletlerarası tahkim"* oluşturmaya yeterli değildir.

Fransız hukukuna göre, *"uluslararası ticarete ilişkin"* tahkim, milletlerarası tahkimdir. UNCITRAL Model Kanunu'na[19] göre, milletlerarası tahkimden söz edebilmek için, diğer kriterlerin yanısıra, sözleşmenin esaslı yükümlülüklerinden en azından birinin tarafların anlaşmayı yaparken ikamet ettiği ülkeden farklı bir ülkede ifa edilmesi gerekmektedir[20]. Ancak, genel olarak ticaretin zaten farklı ülkelerdeki taraflar arasında geçerek uluslararası bir nitelikte olmasından, bu kriterin de bizi sübjektif kriterden farklı bir yere götürmediği ortadadır.

Bir başka kriter olarak önerilen usul hukuku kriteri, hakemlerin uygulayacakları usul hukukunu dikkate alarak, diğer kriterlerden daha uygun görünmektedir. Bu kriterе, uygulanacak usul hukukuna göre tahkimin yerli ya da yabancı olabileceği gibi bir eleştiri getirilebilir. Bu durumda, milletlerarası tahkimin yurtdışında ve farklı

---

16 Ulusalüstü terimi ilk olarak Hakim Jessup tarafından, sınırötesi ilişki ve hukuki muamelelere uygulanan yerel, ulusal ya da uluslararası hukuk kurallarını tarif etmek için kullanılmıştır: bkz. "Transnational Law*" Storrs Lectures on Jurisprudence* (Yale Law School 1956).

17 **Redfern**, Alan, Hunter, Martin, Law and Practice of International Arbitration, s.12.

18 **Rubino-Sammartano**, Mauro, age, s.20.

19 21 Haziran 1985 tarihinde Birleşmiş Milletler (Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) tarafından Kabul edilmiştir. Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu Tarafından 21 Haziran 1985'te kabul edilmiştir) milli tahkim usulüne bir örnek teşkil etmek, uluslararası ticari tahkimi bu modeli kabul eden ülkelerin sınırlı kanunlarının dışına çıkarırken bir ahenk oluşturarak uluslararası ticari tahkimin uygulanması ve usullerini yeknesak hale getirmek amacını güder.

20 Madde 1(3)(b)(ii).

milliyetten taraflar arasında geçen tahkim olacağı düşünülür. Her ne kadar genel olarak tahkimin mutlaka bir ulusal usul hukukuna tabi olacağı gibi bir inanış varsa da, benim de katıldığım bir görüşe göre, bu zorunlu değildir ve usuli milletlerarasılık da mümkündür; şöyle ki:

A. Uygulanacak Usul Hukukların Birden Fazla Olması

Tarafların ihtilafın farklı noktalarına uygulanmak üzere birden fazla usul hukuku tayin etmelerine hiç bir engel yoktur. Hakemlerin tayini hususunda bir hukuk, ve kanıt elde etme konusunda da diğer bir hukuk seçilebilir. Bu tür bir seçim, yerel ve yabancı kararların ötesinde bir biçimde tahkime *"ulusalüstülük"* katar

B. Uygulanacak Usul Hukukunun Tahkim Yeri Usul Hukukuna Ait Kamu Düzeninden Sayılan Hükümlerine Uyulması Zorunluluğu

Her ne kadar uygulanan usul hukuku tahkim yerinin usul hukukundan farklı olsa da, tahkim yerinin kamu düzeninden sayılan zorunlu hükümlerine riayet edilmelidir.

C. Ulusalüstü Tahkim Kuralları

Taraflar *ad hoc* olarak kendi usul kurallarını yaratabileceği gibi, ulusal bir kimliği olmayan milletlerarası tahkim kurumlarının kurallarının uygulanmasını da seçebilirler. Daha önce de söylendiği gibi, tahkimin *lex fori* içinde düşünülemeyeceği ve yerli ya da yabancı hukuk nosyonlarının bu müessese için geçerli olmadığı savunulmaktadır. Ayrıca, tahkim kuralları ihtilafın çözümü sırasında ortaya çıkabilecek her hususu çözemez, bu kurallara genel olarak eklemeler yapılması[21] ya da usuli kamu düzeni kuralları çerçevesinde değiştirilmesi gerekebilir[22].

D. Uluslararası Anlaşmalarla Oluşturulan Tahkim

Milletlerarası tahkim Washington Anlaşması (1965)[23] ya da Cezayir Şehri Bildirileri (1981)[24] gibi uluslararası anlaşmalardan da kaynaklanıyor olabilir. Nitekim, Washington Anlaşması'nda, verilen kararın âkit devletlerin her biri tarafından sanki kendi ülkelerinde verilmiş bir karar gibi değerlendirilmesi gerektiği belirtilir ki bu da kararın ulusalüstülüğünü ve milletlerarası niteliğini teyit etmektedir.

---

21 **Rubino-Sammartino**, Mauro, "Rules of Evidence in International Arbitration", Journal of International Arbitration, 1986-1987.

22 **Rubino-Sammartino**, Mauro, The Keban Arbitration, Arbitration 1980, s.241.

23 The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States.

24 Algiers Declarations, 20 Ocak 1981, A.B.D. ve İran arasında imzalanmıştır.

E. Tahkim Sözleşmesinin Milletlerarası Niteliği

Davanın aksine, tahkim usuli işlemlerden ibaret değildir. Tahkimin en büyük dayanağı ve doğum sebebi tahkim anlaşmasıdır. Bu bakımdan, tahkim anlaşmasının niteliği önemlidir. Farklı milletlere mensup tarafların yaptığı anlaşmalar, her halde milletlerarası anlaşmalardır.

Yukarıda anlatılanların ışığında, yerli ve yabancı kararların yanında bir de milletlerarası hakem kararlarının var olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Usuli bakımdan kesin olarak milletlerarası sayılan (uygulanan usul kuralları bakımından) kararlar olabileceği gibi, milletlerarası tahkim sözleşmelerinden kaynaklandığı için milletlerarası sayılan kararlar da vardır. Bununla beraber, tahkim sözleşmesinin veya şartlarının dayanağını teşkil eden esas ilişkinin mahiyeti ve sonuçları dikkate alınmadan, sadece tahkimin suni ve tesadüfi unsurlarından yola çıkarak milli veya milletlerarası niteliğini belirlemek gerçekçi değildir[25]. Bunun sebebi tahkimin belirli bir maddi ilişkiden doğan uyuşmazlığın çözümünü sağlayan bir hukuki vasıta olmasıdır ve dolayısıyla, bağlı olacağı hukuki rejimi belirlerken tahkim aşamasının değil, bundan önceki maddi ilişkiyi esas almalıdır[26].

IV. ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE "ULUSLARARASI" TERİMİNİN ANLAMI

Bu terimin tanımında iki ana kriterin uygulanması sözkonusudur. İlk kriter "ihtilafın niteliği" kriteridir. Bu da demektir ki, *tahkim "uluslararası ticari menfaatlerle ilgili"* ise, uluslararasıdır[27]. Diğer kriter ise *"tarafların milliyeti"* üzerinde durur, yani kişilerin milliyeti ya da ikametgahı veya şayet bir tüzel kişi sözkonusu ise, idare merkezi. Bu kriter çerçevesinde, bir Fransız şirketi ile bir İngiliz şirketi arasındaki tahkim Fransız ve İngiliz takımlarının yaptığı rugby maçı kadar uluslararasıdır[28]. Bazı ülkeler ilk kriteri ve bazıları da ikinci kriteri seçerken Model Kanun'u seçerek ikisinin karışımı bir metodu seçen ülkeler de vardır.

A. İhtilafın Uluslararası Niteliği

Milletlerarası Ticaret Odası ("ICC") Tahkim Mahkemesi'ni 1923'de Paris'te kurmuştur[29]. 1927'de yapılan ve ihtilafın niteliği kriterini tercih eden ICC1927'de

---

25 **Şanlı**, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s.28.

26 **Nomer**, Ergin, Ekşi, Nuray, Gelgel, Günseli, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2000, s.4.

27 Fransız Usul Hukuku Kanunu'nun 1492. Maddesinde yapılan tanım budur. 12 Mayıs 1981 tarihli KHK 81-500.

28 **Redfern**, Alan, Hunter, **Martin**, age, s.14.

29 MTO'nın "Milletlerarası Ticaret Mahkemesi" genel olarak algılandığı gibi bir mahkeme değildir. Aslında, diğer görevlerinin yanısıra MTO Tahkim Kuralları çerçevesinde oluşturulan tahkimleri denetleyen bir konseydir. Yani oluşturulan tahkim kurulları önlerine gelen davada tam yetkiye sahiptir.

yapılan değişiklikten sonra, taraflar aynı milletten olsa dahi ihtilaf yabancılık unsuru içeriyorsa tahkime uygulanabilecek bir şekle girmiştir. Şu andaki haliyle, ICC Kuralları, ICC Milletlerarası Tahkim Divanı'nın fonksiyonunu Kurallara *göre "uluslararası karakterli iş ihtilaflarını tahkim yoluya çözmek"* olarak tanımlar[30]. Bununla beraber, Kurallar *"uluslararası karakterli iş ihtilafları"*nın ne olduğunu tanımlamamaktadır. MTO'nın yayınladığı açıklayıcı kitapçıkta ise şu açıklama yer almaktadır:

"...tahkimin uluslararası niteliğe sahip olması için tarafların mutlaka farklı milliyetlerden olması gerekmez. Bir sözleşme konusu itibariyle ulusal sınırların ötesine geçebilir, mesela aynı milletten iki tarafın yabancı bir ülkede ifa edilecek bir sözleşme yapması ya da bir devlet ve yabancı bir şirketin o devlette faaliyette bulunan bir kuruluşunun yaptığı sözleşme gibi."[31]

B. Tarafların Milliyeti

Bu kriterde, tahkim anlaşmasının taraflarının milliyeti, ikametgahı ya da işyerlerinin bulunduğu yer rol oynamaktadır. 1961 tarihli Cenevre Anlaşması'nda benimsenen bu kriter 1996 tarihli Tahkim Kanununun yürürlüğe girmesinden önce İngiltere tarafından da benimsenmişti. İsviçre'de taraflarının milliyetine göre tahkimin uluslararası olabildiği ülkelerden biridir. 1 Ocak 1989'dan beri İsviçre'de yapılan uluslararası tahkimlere Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanmaktadır. Buna göre, tahkimin uluslararası olabilmesi için sözleşme yapılırken taraflardan en az birinin ikametgahının ya da mutad meskeninin İsviçre dışında olması gerekmektedir[32].

Milliyet kriteri NYA bakımından A.B.D.'de de uygulanmaktadır. A.B.D.'de NYA'nı onaylayan Kanun[33] yabancı ülkelerde yer alan malvarlığıyla ya da yabancı ülkelerde ifa edilecek hizmetlerle veya benzer makul bir bağla yabancı ülkeleri ilgilendirmedikçe, tarafları Amerikan vatandaşları olan tahkimi yerli tahkim olarak değerlendirmektedir. Burada, NYA'na gore yabancı sayılan hakem kararlarını incelemekte yarar vardır:

C. 1958 NYA'na Göre Yerli Sayılmayan Hakem Kararları

NYA diğer bir âkit devlet ülkesinde verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizine olduğu gibi, *tanınma ve tenfizin istendiği ülkede yerli sayılmayan hakem kararlarına* da uygulanır[34]. Bu yerli sayılmayan kararlara da uygulanma kriteri

---

30 MTO Tahkim Kuralları Madde 1(1).

31 The International Solution to International Business Disputes-ICC Arbitration, ICC Publication No. 301 (1977), s.19.

32 Bkz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 12. Bölümü.

33 Act July 31, 1970, Appendix to G. GAJA, New York Convention (Dodds Ferry 1978/1980).

34 NYA Madde 1(1).

Amerikan İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi'nce, *Bergesen v. Joseph Muller Corp* davasında ilginç bir yorumla değerlendirilmiştir[35]. Buna gore, Temyiz Mahkemesi New York eyaletinde verilmiş ve iki tarafı da yabancı olan bir hakem kararını NYA ve ilgili Amerikan uygulama kanunu uyarınca yerli olmayan bir karar olarak değerlendirmiştir[36]. Olumlu eleştiriler[37] alan bu Temyiz Mahkemesi kararı aynı zamanda sadece tarafları yabancı olduğu için A.B.D.'de verilen bir hakem kararının yabancı sayılmasının doğru olup olmadığı sorusunu akla getirmiştir.[38].

Söz konusu Amerikan 2. Bölge Temyiz Mahkemesinin kararına göre, ihtilafın, tarafları Norveçli bir armatör ve İsviçreli Müller şirketi arasında, 1969, 1970 ve 1971 yıllarında yapılan üç adet çarter parti sözleşmelerinden 1970 ve 1971 yıllarına ait olanlarından kaynaklandığını görürüz. Her çarter party *ad hoc* tahkim şartı içermekteydi ve bu tahkim şartında"*Tahkim yeri New York eyaletinin New York şehri olacaktır ve New York Eyaleti kanunları uygulanacaktır, çoğunlukla alınacak karar yetkili herhangi bir mahkemede tenfiz edilebilecek ve tüm dünyada taraflar üzerinde bağlayıcı ve nihai olarak etkisini gösterecektir*" denmekteydi. 1972 yılında, 1970 ve 1971 çarter partilerini ifa ederken çıkan ihtilafların çözümü için tahkime giden Bergesen sürastarya, yükleme ve liman masraflarına istinaden tazminat istedi. Müller iddiaları reddederek karşı talepler ileri sürdü. 14 Aralık 1978 senesinde New York şehrinde verilen karar sonucunda Bergesen masraf ve faiz hariç 61,406 Amerikan Doları tazminat kazandı. NYA'na dayanan Bergesen İsviçre'de tenfiz işlemlerine başladı[39]. Zürih Asliye Hukuk Mahkemesince verilen tenfiz kararı Zürih Kantonu temyiz Mahkemesi tarafından 8 Aralık 1980 tarihinde onaylandı. Müller İsviçre Federal Mahkemesi'ne giderek, NYA'na gore kararın bağlayıcılık kazanmadığı[40] iddiasıyla kararı temyiz etti. Bu bağlamda, Müller, New York Eyaleti Usul Hukuku'nun, tenfiz isteyen tarafın hakem kararı kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde New York mahkemesine başvurarak kararın onaylanmasını istemesi gerektiğini

---

35 710 F.2d 928 (2d Cir. 1983).

36 Chapter Two of the Federal Arbitration Act, 9. U.S.C. 201-208.

37 bkz. M. **Feldman**, *An Award Made in New York Can Be a Foreign Arbitral Award*, 39 Arb. J. 14 (1984); case comment by J. **Love**, 15 J. **Mar**. L. & Com. 134 (1984); W. **Phillips**, *Recognition of Foreign Arbitral Awards: The Second Circuit provides a Hospitable Forum*, 10 Brooklyn J. Int'l L. 489 (1984).

38 van den **Berg**, Albert Jan, Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention, Arbitration International 2/3, 1986, s.191..

39 Rapor, 9YB Comm. Arb. 437 (1984).

40 NYA V(1)(e): "*Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafın talebi sebketmez ve mumaileyh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin selahiyetli makamı huzurunda 'hakem kararı taraflar için henüz vacibürriaye olmamış olur veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun bakımından selahiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunduğunu' ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz".*

belirten bir hükmüne[41] dayanmıştır. Bu görüşe göre, hakem kararı ancak New York mahkemesince onaylanırsa NYA anlamında bağlayıcı ve icra edilebilir olacaktır. Her ne kadar böyle bir onay NYA anlamında tenfiz için gerekmese de, Bergesen'in avukatları risk almamak için 10 Aralık 1981 yılında New York'daki Amerikan Bölge Mahkemesi'ne bu onay için başvuruda bulunmuşlardır. Bu sırada, New York Usul Kanunu kararın tebliğinden itibaren bir yıl içinde onay başvurusunun yapılmasını gerektirdiği için sorun çıkmıştır. Bu gerekliliğin aksine, NYA'nın A.B.D.'de uygulanmasına dair kanuna göre, bu süre kararın verilmesinden itibaren üç senedir[42]. Karar 14 Aralık 1978 senesinde verildiğinde bir yıllık hak düşürücü sure geçmiş ve üç yıllık uygulama kanunu süresinin geçmesine de dört gün kalmıştı. Buna göre, Bergesen davayı uygulama kanunu üzerine kurmuştur.

Böylece, Bölge Mahkemesi ve Temyiz mahkemesinin bu kararın tenfizinin NYA ve uygulama kanunu çerçevesinde mümkün olup olamayacağı meselesi hakkında karara vermesi gerekmiştir. Aksi halde, tenfiz gerçekleşmeyecektir. Hakem kararı toprak kriteri altında değerlendirilemeyeceğinden (çünkü karar A.B.D.'de verilmiştir), tenfiz için *"milli addedilmeyen"* bir karar olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bölge mahkemesi bu soruya olumlu cevap vererek, Anlaşmanın A.B.D.'deki uygulama alanı *itibariyle "Amerika'da verilen ancak yabancı menfaatleri ilgilendiren kararlara uygulanabileceği"* şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[43] Temyiz Mahkemesi de bu kararı onaylamıştır[44]. Temyiz Mahkemesi onama kararını verirken NYA'nın oluşumu sonrasındaki tartışmaları göz önüne almıştır[45]. Buna göre, kanunun sadece toprak esasına göre diğer âkit devletlerde verilen kararlara uygulanması hükmü tartışmalıydı ve Konferansa katılanların ikiye bölünmesine yol açmıştı. Common Law ve Doğu Avrupa ülkeleri toprak esasını tercih ederken, Fransa, Federal Almanya gibi Kara Avrupası ülkeleri hakem kararının milliyetinin usule uygulanan hukuk tarafından belirlenmesini tercih etmekteydiler. Türkiye'nin de içinde bulunduğu Çalışma Grubu, uzlaşmacı bir tavırla iki kriteri de barındıran bir çözüm önerisiyle gelmişti.[46] Temyiz Mahkemesi'nin gerekçeli kararının can alıcı noktası aşağıda aktarılmıştır:

"Anlaşma (NYA) milli addedilmeyen kararları tanımlamamıştır. Bu tanımın bilinçli olarak yapılmadığı ve böylece tenfiz istenen ülke makamının kendi ulusal kanunları ışığı altında bir 'milli addedilmeyen' tanımı yapabilmesi ve böylece mümkün olduğu kadar fazla kararın kapsama alanına dahil edilmesi istendiği anlaşılmaktadır. Tanımın yapılmaması toprak kriterinin savunuculuğunu yapan

---

41 N.Y.C.P.L.R., 7510.

42 9 U.S.C. 207.

43 548 F.Supp. 650 (S.D.N.Y. 1982).

44 710 F. 2d 928 (2d Cir. 1983).

45 van den **Berg**, agm, s.194.

46 Supra dn. 43. bkz. van den **Berg**, agm, s.194 vd.

ülkelerin Anlaşmayı onaylamasını kolaylaştırdığı gibi, kararın milliyetinin tahkime uygulanan usul hukukuna göre tayin edilmesi gerektiğini düşünen ülkeler tarafından da daha kabul edilebilir kılmıştır. Mahkememizin Kabul ettiği görüşe göre, "milli addedilmeyen" kararlar yabancı bir ülkede verildiği için değil, fakat yabancı bir ülkenin hukuki düzeninde verildiği, örneğin yabancı bir hukuka tabi olduğu ya da tenfiz istenen ülke dışında ikamet eden ya da iş yeri bulunan tarafları içerdiği için milli addedilmezler. Milletlerarası hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için yapılan Anlaşmanın ruhuna daha uygun düştüğü için, Mahkememiz bu daha geniş yorumu tercih etmektedir. Anlaşmada amaçlananın tarafları iki yabancı tüzel kişi olan bu davaya uygulanması bizi bu hakem kararının milli olmadığı sonucuna götürmektedir"[47].

D. UNCITRAL Model Kanunu

Kural olarak (madde 1(2)) sadece âkit devletlerin topraklarında gerçekleşen tahkime uygulanabilecek olan Model Kanun, özellikle *milletlerarası ticari tahkime* uygulanmak üzere hazırlanmıştır. Bu bağlamda, "milletlerarası" teriminin tanımlanması gerekmiştir. Model kanun hakkında hazırlanmış resmi rapora göre,

"Model Kanun sadece milli menfaatlerin ihtilaf konusu olduğu tahkimlerden daha kapsamlı olan bir özel hukuki rejim getirdiği için, bu tanımı yapmak gerekli ancak zordur[48]*"*

UNCITRAL Model Kanununda da (m. 1/3) "milletlerarasılık" (Yabancılık Unsuru) şu şekilde belirlenmiştir:

> *"(a) Tarafların iş merkezlerinin, Tahkim sözleşmesinin akdedildiği tarihte farklı devletlerde olması, veya*
>
> *(b) (i) Tahkim Sözleşmesinde veya ona dayanarak belirlenmiş olan hallerde tahkim yerinin veya (ii) ticari ilişkiden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği veya ihtilafın konusunun en çok bağlantılı olduğu yerin* ***tarafların iş merkezinin bulunduğu devletten başka bir yerde bulunması****, veya*
>
> *(c) tarafların tahkim sözleşmesinin konusunun birden çok memleketle ilişkili olduğunu açık bir şekilde kabul etmeleri hallerinde Tahkim milletlerarası nitelik taşır".*

Her ne kadar yukarıdaki kriterlerle ilgili olarak, tarafların normal şartlarda *"milli"* olarak değerlendirilecek bir hukuki ilişkiyi *"yabancı bir tahkim yeri"* seçmek suretiyle milletlerarası bir ilişkiye çevirdiği itirazı yapılabilirse de, Model Kanun'un

---

47 ibid.; bkz. van den **Berg**, agm, s.194.

48 Report of the Secretary General, 14th Session of UNCITRAL June 19-26, 1981, UN Doc. A/CN 9/207 at para. 32.

sadece âkit devletlerde gerçekleşen tahkimler üzerinde geçerli olduğu hatırlanmalıdır[49]. Aynı milliyete sahip iki taraf hukuken geçerli bir şekilde yabancı tahkim yeri seçebiliyorsa (ki Model Kanun'un 20. maddesi taraflara bu özgürlüğü vermektedir) gerçekleşecek olan tahkimin milletlerarası sayılması gerekmektedir. Zira, aksi halde tahkim, bu seçilen yabancı memleketin tahkime uygulanan milli hukukuna tabi olurdu.

V. YARGITAY'IN "YABANCILIK UNSURU"NA BAKIŞI

7 Kasım 1951 tarihli kararında[50] "*yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş hakem kararları*"nın yabancı hakem kararı olduğu neticesine varan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6 Mayıs 1998 tarihli *"Yetki Anlaşması"* (MÖHUK m. 31) ile ilgili olarak verdiği kararda *"Yabancılık Unsuru"* şu şekilde yorumlanmıştır:

> *"Borç ilişkisi, yabancılık unsuru taşımalıdır. Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akid konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir.* ***Yabancılık unsuru taşımayan bir borç ilşkisi için yabancı ülke mahkemesine yetki veren anlaşma Türk hukuku yönünden geçerli olmaz****".*

Tahkim sözleşmesinde ise, tarafların Türkiye dışındaki bir yeri tahkim yeri olarak kabul etmeleri, her iki taraf Türk olsa bile, sözkonusu yabancılık unsuru tahkimin milletlerarası olması için yeterlidir[51]. Çünkü, yabancı bir ülkedeki Tahkim Yeri, tıpkı Yetki Anlaşmasında münhasır yetkili kılınan yabancı mahkemenin belirtilmesi halinde (MÖHUK m. 31) olduğu gibi, bağlama noktası olarak tahkimin hangi devletin milletlerarası tahkime uyguladığı usul hukuku düzenine (*Lex Loci Arbitri*) tabi olacağını tayin eden Sübjektif Esaslı Noktadır (BK 2/1)[52].

VI. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ VE TAHKİM KANUNU TASARISI

Anayasa değişikliğinden önce de İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki (İYA) hükümler sayesinde International Convention on the Settlement of Investment

---

49 M: **Holtzmann**, Howard, E. **Neuhaus**, Joseph, A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, s.30.

50 Yargıtay HGK, E. 126, K. 109, T. 7.11.1951, **Koral**, R, Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararı Mefhumu ve Yargıtay Genel Kurulunun "Otorite Kanunu" Kriteri, İHFM, C. 42, s.1-4, İstanbul 1977.

51 Yarg. 11.HD 12 Nisan 1990 tarihli, E. 2864-K.3271 numaralı ve 10 Mayıs 1994 tarihli, E. 1993/5034-K. 1994/4082 numaralı kararları.

52 **Birsel**, Mahmut Tevfik, Tahkim Sözletmesi

Disputes between States and Nationals of Other States ("ICSID Convention") ve ICSID Tahkim Kuralları ("ICSID Tahkimi") uygulama alanı bulabiliyordu. Anayasa değişikliğiyle beraber, İYA ve ICSID Tahkimi olanaklarından yoksun sözleşme tarafları da milletlerarası tahkime gidebilme şansını elde etmiştir[53]. Nitekim, 13 Ağustos 1999 tarihinde kabul edilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 2. maddesiyle Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki hükümler eklenmiştir:

> *"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir".*

Her ne kadar, bu düzenlemeyle, ilk hükümle, yabancı yatırımcılar tarafından uzun zamandır beklenen milletlerarası tahkimi kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerine sunulsa da, eklenen son hükümde bunun ancak *yabancı unsurlu* akitlerde mümkün olacağı ifade edilerek bir sınırlama getirilmektedir. *"Yabancılık unsuru"* ifadesi Anayasada geçmekle beraber, Türk hukukunda, 4501 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesine kadar, *"yabancılık unsuru"*nun yasal bir tanımı yoktu[54]. Birçok durumda yetki şartı olarak *"yabancı kontrolü"*nü arayan A.B.D. ile Türkiye arasında imzalanmış olan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yeralan ICSID Tahkimi'nden farklı olarak, burada yer alan yabancılık unsuru daha çok Türk mahkemelerinin yorumuna kalmıştı[55]. 4501 sayılı Kanun m. 2'de tanımlandığına gore"yabancılık unsuru":

"*Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden birini*" ifade eder.

Tanımın "*sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olmaz"* halini yabancılık unsurunun varlığı sonucuna bağlaması Türkiye'deki imtiyaz sözleşmelerinin uluslararası finansmana ihtiyacı olduğu gözönüne alınınca yerinde bir düzenlemedir[56]. Anayasa m. 125 doğrudan doğruya imtiyaza ya da sözleşmenin kendisine değil ancak

---

53 **Kroeger**, H. Elizabeth- **Kautz**, Timothy J.- **Açikel**, Ercan, Turkey Revisited: Developments in Energy Project Arbitration In the Context of Bilateral Investment Treaties and ICSID ("Turkey Revisited"), Mealey's International Arbitration Reports, September 1999, s.1

54 21 Ocak 2000 tarihinde Kabul edilen "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun" (4501 Sayili Kanun RG no. 23941).

55 **Kroeger-Kautz-Açıkel**, age, s.4; Supra.

56 **Yeşilırmak**, Ali, Turkish Implementation Legislation on Agreements Regarding Energy and Infrastracture Projects: Access to Arbitration, Mealey's International Arbitration Reports February 2000, s.40 vd..

imtiyazla ilgili bir uyuşmazlığa atıfta bulunduğundan, yabancılık unsuru imtiyazda değil fakat uyuşmazlıkta mevcut olmalıdır. Yukarıdaki hükümden, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde taraflardan birinin Türkiye Cumhuriyeti veya onu temsil eden kamu tüzel kişisi olacağı düşünülürse, yabancı yatırımcı, Türkiye'de kurulmuş proje şirketleri ve yatırımın gerçekleştirilmesi için gerekli krediyi sağlayan yabancı bankalar ve yabancı finansman kuruluşları, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklarda "yabancı unsuru" oluşturabilir[57]. Buna göre, imtiyaz sözleşmesinin tarafı:

1. Yabancı yatırımcı, veya

2. Yatırımı gerçekleştirmek için Türkiye'de kurulan ve yabancı yatırımcı veya yatırımcılar tarafından dolaylı veya dolaysız kontrol edilen proje şirketleri, ayrıca

3. Yatırımın finansmanının, önemli ölçüde, yabancı banka veya finansman kurumları tarafından yapılması kaydıyla, Türk şirketleri tahkim yeri yurt dışında olan milletlerarası tahkim sözleşmesi akdedebilmelidirler.

VII. TÜRK TAHKİM KANUNU TASLAĞI'NDA YABANCILIK UNSURU

Kanun taslağının *"Uygulama Alanı"* başlıklı ilk maddesinde "*Bu Kanun Tahkim Yeri Türkiye'de olan Milli ve Milletlerarası Tahkime uygulanır*" dendikten sonra, 2. Maddede yer alan "Tanımlar" kısmında *Tahkim yeri Türkiye'de olan ve Tahkime konu uyuşmazlığın tarafları Türk vatandaşı veya tüzel kişisi olan Tahki*m, "**Milli Tahkim**" olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede "**Milletlerarası Tahkim**" ise şu şekilde ifade edilmiştir:

Tahkim Yeri Türkiye'de olan "Milletlerarası Tahkim":

"(a) Taraflardan en az birinin iş merkezinin, Tahkim Sözleşmesinin akdedildiği tarihte Türkiye'den başka devletde olması, veya

(b) ticari ilişkiden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği veya ihtilafın konusunun en çok bağlantılı olduğu yerin tarafların iş merkezlerinin bulunduğu devletten başka bir yerde bulunması, veya

(c) tarafların Tahkim Sözleşmesinin konusunun birden çok memlekette ilişkili olduğunu açık bir şekilde kabul etmeleri hallerinde Tahkim milletlerarası nitelik taşır"

Tasarıya göre, Tahkim Yeri Türkiye dışında olan Milletlerarası Tahkim, Tahkim yerinde milletlerarası tahkime uygulanan hukuka tabi olacaktır ve kanunlaştığında, Tahkim Kanunu, IX: Bölümünün hükümleri hariç, Tahkim Yeri Türkiye dışında olan

---

[57] **Birsel**, Mahmut Tevfik, Tahkim Sözletmesi, s.8.

Milletlerarası Tahkime uygulanmayacaktır. Bahsedilen IX. Bölüm'de, Yabancılık Unsuru başlıklı madde 40'a göre,

"Milletlerarası Tahkimde, Tahkim Yerinin bulunduğu ülkenin milletlerarası tahkime uyguladığı usul hükümlerinin tahkimde uygulanmayacağı, tahkim sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olmadıkça, Tahkim Yerinin Türkiye dışında bir mahal olması -ikinci fıkrada belirtilen yabancılık unsurlarının hiçbiri dava konusu olayda olmasa bile- Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki 2 Mayıs 1982 tarihli ve 2675 sayılı Kanunun 1. Maddesi anlamında yabancı unsurun varlığı için yeterlidir.

Tahkim davasının yabancı bir usul hukukunun otoritesi altında cereyan etmesinin yanında, uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı veya icra edileceği yerin veya akdin konusunun Türkiye'den başka bir ülkede olması veya borç ilişkisine uygulanacak hukukun Türk maddi hukukundan başka bir hukuk olması gibi hususlar Yabancılık Unsurunun varlığı için yeterlidir"

Maddenin ilk fıkrasına göre, Tahkim Yerinin bulunduğu ülkenin milletlerarası tahkime uyguladığı usul hükümlerinin tahkimde uygulanmayacağı, tahkim sözleşmesinde, açıkça belirtilmiş olmadıkça, ikinci fıkrada detaylı olarak belirtilen yabancılık unsurlarının hiçbirinin mevcut olmaması halinde dahi, MÖHUK m. 1 anlamında bir yabancılık unsuru var sayılacaktır. Kanımca, bu hüküm oldukça sakıncalı ve yanlış kaleme alınmıştır, zira, özel hukuk alanında irade serbestisi içinde yapılan bir sözleşmenin bu kanunun varlığından dahi haberdar olmayan taraflarının, bu Kanun'a tabi olmayacaklarını açıkça belirtmemiş olmalarından dolayı kendilerini birden yabancılık unsuru taşıyan bir ihtilafta ve bu Kanun'un kapsamı içinde bulmaları adil değildir. Hemen bu maddeyi izleyen 41.maddede ise, *"İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Türkiye Dışında Tahkimle Çözülmesi için Gerekli Yabancılık Unusuru"* başlığı altında şu düzenleme önerilmektedir:

(A)"Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların Türkiye dışındaki bir Tahkim Yerinde Tahkim yoluyla çözülmesi, Hakem Davasındaki Davacı tarafın:

a) İmtiyaz Sözleşmesinin tarafı Yabancı Yatırımcı veya onun halefi veya yurt dışında kurulan ve Yabancı Yatırımcı veya Yatırımcılar tarafından dolaylı veya dolaysız kontrol edilen proje şirketleri veya yatırımın finansmanının yapan yabancı finansman kurumları ve yabancı bankalar, veya

b) Kamu hizmetleriyle ilgili İmtiyaza ait yatırımı gerçekleştirmek için Türkiye'de kurulan ve Yabancı Yatırımcı veya Yatırımcılar tarafından dolaylı veya dolaysız kontrol edilen proje şirketleri, veya

c) Yatırım finansmanının, önemli ölçüde, Yabancı banka veya Finansman Kurumları tarafından yapılması kaydıyla, Türk Şirketleri olmasına bağlıdır."

Yukarıdaki madde Anayasa değişikliğiyle başlayan ve sonrasında çıkan uyum kanunlarıyla devam eden, temel amacı Danıştay'ın İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde söz sahibi olmasını ve Yabancı Tahkim önündeki engellerin kalkması olan düzenlemeler zincirindeki son halka olarak yasalaşmayı beklemektedir. Her ne kadar moda kavramlarla liberal yeni dünya düzeni, küreselleşme ve Türkiye'nin uluslararası ticarette söz sahibi olabilmesi için bu adımlar ve hukuki düzenlemeler kaçınılmaz olsa da, içinde "*yabancı yatırımcı tarafından dolaysız ya da dolaylı olarak kontrol edilen proje şirketi*" gibi ifadeler yer alan hükümler içeren ve *"yabancı yatırımcı"* adına böylesine bir "*ısmarlama*" kanun çıkarılmasının, kanun yapma tekniği ve devletin ciddiyeti bakımlarından yerinde olmadığını düşünüyorum. Zira, bu haliyle, yukarıda anılan maddesiyle bir sektörü düzenlemeye çalışan Kanun, bir tepki kanunu niteliğindedir.

SONUÇ

Yukarıda özetlediğim tartışmalardan genel bir sonuca varmak mümkündür. Kanımca, tahkim özel bir müessese olsa da, bu müessese çerçevesinde tanımı yapılmaya çalışılan yabancılık unsurunun Devletler Özel Hukukundan ayrı bir kavram olarak düşünülmesi konunun niteliği bakımından yerinde olmaz. Sözleşmelerin Devletler Özel Hukuku dalının kapsamında olabilmesi için sözleşmeye taraf olanlar arasındaki ilişkinin şahsi veya coğrafi açıdan yabancılık unsuruna sahip olması yeterlidir[58]. Buna göre, bir sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması için tarafların farklı vatandaşlıkta olmaları; taraflardan birinin ikametgah veya mutad meskeninin yabancı ülkede olması; taraflarca yabancı bir hukukun seçilmesi durumlarından birinin varlığı gerekmektedir.

Görüldüğü gibi, yabancılık unsuru konusunda değişik hukuk sistemleri ve tahkim mekanizmaları değişik yaklaşımlar ve kriterler öngörmüşlerdir. Kanımca, *hem "toprak esası"*na göre âkit devletlerde verilen hakem kararlarına hem de *"milli addedilmeyen"* kararların tanınması ve tenfizine uygulanabilen NYA kriterleri, tahkimden yana bir yorumla değerlendirildiği sürece yeterlidir. Nitekim, yukarıdaki örnekte de görüldüğü gibi, Amerikan mahkemeleri tahkim yanlısı tavırlarıyla dünyanın sayılı tahkim merkezlerinden biri olmuş ve aynı zamanda da uluslararası ticarette güçlü yerlerini de korumuşlardır. Gerek 4501 sayılı Kanunla yapıldığı gibi ve gerekse Milletlerarası Tahkim Kanunu tasarısında yapılmaya çalışıldığı gibi, bu konuda karşılaşılan güçlüklerin kanun yapma tekniğine aykırı bir şekilde çözülmeye çalışılması gerçekçi değildir. Önemli olan, doktrin ve yargı kararlarının olumlu bakış

---

[58] **Ekşi**, Nuray, Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı, MHB, Yıl 12, S.1-2, s.9

açısına sahip yaklaşımları ve küresel ticaretin gerektirdiği şekilde bir yorumla bu kavram kargaşasının sona ermesidir ki Türkiye'nin dışa açılmasına paralel olarak bu konuya daha evrensel bir yaklaşımın getirilmesi kaçınılmaz olarak görünmektedir.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

Birsel, Mahmut Tevfik, *Tahkim Sözleşmesi* (Yayınlanmamış Makale)

Birsel, Mahmut/**Budak**, Ali Cem, *Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası TahkimKonusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?,* Sempozyum Bildiriler-Tartışmalar 11 Nisan 1997, Ankara 1997

Ekşi, Nuray, *Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı*, MHB, Yıl 12, S. 1-2,

Koral, Rabi, *Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararı Mefhumu ve Yargıtay Genel Kurulunun "Otorite Kanunu" Kriteri*, İHFM, C. 42

Kroeger, H. Elizabeth- Kautz, Timothy J.- Açikel, Ercan, *Turkey Revisited: Developments in Energy Project Arbitration In the Context of Bilateral Investment Treaties and ICSID* ("Turkey Revisited"), Mealey's International Arbitration Reports, September 1999

M. **Holtzmann**, **Howard** , E. Neuhaus, Joseph, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Boston, 1989

M. **Feldman***, An Award Made in New York Can Be a Foreign Arbitral Award*, 39 Arb. J. 14 (1984)

Nomer, Ergin, **Ekşi**, Nuray, **Gelgel**, Günseli, *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2000

Redfern, Alan, **Hunter**, Martin, *Law And Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd Edition, London 1999

Report of the Secretary General*, 14th Session of UNCITRAL* June 19-26, 1981

Rubino-Sammartano, Mauro, *International Arbitration Law*, Boston 1990

Rubino-Sammartino, Mauro, "*Rules of Evidence in International Arbitration*", Journal of International Arbitration, 1986-1987.

Rubino-Sammartino, Mauro, *The Keban Arbitration*, Arbitration 1980

Şanlı, Cemal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986

Şanlı, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,* İstanbul 1996

Yeşilırmak, Ali, *Turkish Implementation Legislation on Agreements Regarding Energy and Infastracture Projects: Access to Arbitration*, Mealey's International Arbitration Reports, February 2000

Van Den **Berg**, Albert Jan, *Non-domestic Arbitral Awards Under the 1958 New York Convention*, Arbitration International, 2/3 1986

W. **Phillips**, *Recognition of Foreign Arbitral Awards: The Second Circuit provides a Hospitable Forum*, 10 Brooklyn J. Int'l L. 489 (1984).

K I S A L T M A L A R

age	: adı geçen eser
agm	: adı geçen makale
arb.	: arbitration
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
Cir.	: Circuit
Comm.	: Commercial
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
F.	: Federal
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
ICSID	: International Convention on Settlement of Investment Disputes
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
md.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NYA	: New York Anlaşması
N.Y.C.P.L.R.	: New York Civil Procedural Law Rules
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S.D.N.Y.	: South District of New York
Supp.	: Supplement
T	: Tarih
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
vd.	: ve devamı
YB	: Year Book
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi