



MİLLETLERARASI ELEKTRONİK TİCARÎ TAHKİMDE KANUNLAR İHTİLÂFI MESELELERİ THE CONFLICT OF LAWS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ELECTRONIC ARBITRATION

Zeynep ÖZGENÇ*
Bashdar Abdullah MOHAMMED**

Öz

Bu makale İnternet ortamında cereyan eden elektronik tahkim ile ilgilidir. E-tahkim, milli yargı yetkisinin yavaş ve karmaşık olması nedeniyle elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde etkisiz kaldığı için, ulusal veya geleneksel tahkimin hızı, kolaylığı ve esnekliği ile uyuşmazlıkların çözümünde rol oynamaktadır. Geleneksel tahkim pahalıdır ve uzun zaman alabilir, ayrıca kararına ve uygulanmasına itiraz etmenin önündeki engeller vardır, ancak e-tahkim hız ile belirlenir, çünkü elektronik tahkim tarafların ihtilaf veya ihtilaf için taraflara devredilmesini hakem heyeti gerektirmez.

Elektronik tahkim konusu, küresel bilgi ve iletişim teknolojilerinin modern konularından biridir. Elektronik tahkim uygundur ve bu modern teknolojileri yönetebilir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, İnternet, Elektronik Tahkim, Uyuşmazlık Çözümü, Elektronik Hakem Kararı.

Abstract

This article is about international arbitration that takes place on the Internet. E-arbitration plays a role in the settlement of disputes with the speed, ease and flexibility of national or conventional arbitration, whether internal or international, because national jurisdiction has become ineffective in resolving disputes arising from electronic commerce because of its slow and complex nature, It is expensive and can take a long time on the other hand, as well as obstacles to objecting to its ruling and its implementation unlike e-arbitration is characterized by speed as electronic arbitration does not require the transfer of parties to the dispute or physical presence before the arbitral tribunal.

The subject of electronic arbitration is one of the modern topics of the modernity of the global information and communication technologies. It is suitable and governs these modern technologies.

Keywords: Arbitration, Internet, Online Arbitration, Dispute Resolution, Online Arbitral Awards.

Giriş

Günümüzde tahkim her şeyden önce ticaretin ve ekonominin milletlerarası bir nitelik kazanmasının ve sınır aşırı edim mübadelesindeki modern gelişmelerin bir sonucudur. Farklı devletlerin vatandaşı olan taraflardan hiçbiri, karşı tarafın vatandaşı olduğu devlet yargısına tâbi olmak istememektedir. Böylece tahkim kaydı, aynen hukuk seçimi kaydı gibi, milletlerarası ticarî uygulamanın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.

Ancak özellikle milletlerarası ticarî ilişkilerin büyüklüğü, çok yönlü ve çok tarafılığı tahkim yargılamasında da dahi yargılamanın uzunluğuna sebep olmaktadır. Bu durum tahkim masraflarının artmasına ve dolayısıyla milletlerarası tahkim muhataplarının memnuniyetsizliğine yol açmıştır. Milletlerarası tahkimin bu nedenlerden dolayı itibar kaybetmemesi ve ortaya çıkış amaç ve hedeflerinden sapmaması için birçok ülke ve tahkim kurumları, tahkimde yargı giderlerinin ve masrafların azaltılması ile ilgili milletlerarası tahkim kurallarını yeniden düzenlemektedir. Modern hukuk sistemlerinde tahkim, uyuşmazlıkların önemli bir çözüm metodu olarak kullanılmaktadır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

** Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi.



Tahkim yargılamasında kanunlar ihtilâfı meselesi tahkim anlaşmasının esasına, tahkim prosedürlerine ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespiti şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu bölüm başlığı altında da söz konusu üç hususu elektronik ticarî tahkim yargılaması açısından incelemeye çalışacağız.

I. Milletlerarası elektronik ticarî tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk

A. Elektronik Tahkim Anlaşmasının Şekline Uygulanacak Hukuk

MTK' da iletişim araçları sınırlayıcı değil, örnekleme yöntemiyle sayılmış; fakat yazılı bir kayıt verme kıstasından bahsedilmemiş olsa da, yeni teknolojik gelişmelerin sonucu olan iletişim araçlarının, yazılı bir tahkim şartı oluşturup oluşturmayacağını tespitinde, "yazılı bir kayıt verme" özelliğinin olup olmadığına bakılması gerekmektedir (Akıncı, 2016, 119). Konumuz açısından asıl önemli olan husus ise tahkim anlaşmasını elektronik ortamda akdedilip akdedilmeyeceğidir. Bu durumda, yazılı tahkim şartının varlığı belirtilebilmektedir. Günümüzde internet ve e-posta milletlerarası ticaret hayatının ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Bu nedenle ticarî yazışmalara ek olarak, sözleşmeler ve tahkim koşulları elektronik olarak yapılabilir (Tiryaki, 2018, 10). Burada en önemli sorun, ispat hukuku bakımından ortaya çıkmaktadır. Taraflar arasında uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi sırasında, davalı taraf, elektronik ortamda gönderilen irade beyanının kendisine ait olmadığını iddia ederse, elektronik ortamda dermeyan edilen iradenin davalıya ait olup olmadığını tespitinin nasıl yapılacağı belirsizdir. Zira, özel güvenlik sistemleri kapsamında elektronik imzalar (dijital imzalar) bir tarafa bırakılırsa, başkasının adına iradeyi başka birisinin adına e-posta adresine girerek bildirmek teknolojik olarak mümkündür (Tiryaki, 2018, 11).

Tahkim yerinin Türkiye olduğu bir uyuşmazlıkta, hakem kararı Türkiye dışında tenfiz edilecek ve kararın tenfiz edileceği ülke Model Kanunu kabul etmiş bir ülke değilse, Türk Hukuku'na göre geçerli bir tahkim şartının varlığı kabul edilmesine karşın, tenfiz ülkesi New York Sözleşmesi'ni uygulayarak, geçerli bir tahkim şartı olmadığı için hakem kararının tenfizini reddedebilecektir.

Tahkim anlaşmasının yazılı olma şartı, bazı ülkelerde başlangıçta katı bir kural olarak algılandığı görülmektedir. Örneğin, Birleşik Arap Emirlikleri (UAE) Medeni Usûl Hukuku, md. 203/2'de, "tahkim anlaşmasının sadece yazılı olarak kanıtlanacağını" belirtilmektedir. Diğer ülkeler ise millî kanunlarında elektronik yazılar geleneksel yazılarla eşit kabul etmektedirler. Örneğin, Türk Hukuku gibi. Zira MTK md. 4'te tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği için taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, faks ve teleks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması da yeterlidir. Ancak tahkim şartının yazılı olması kuralının, zamanla bu katılığını kaybettiği görülmektedir (Atalı, 2018, 23). Özellikle ticarî hayatta taraflardan birinin imzalı bir mektubu ile tahkimi teklif ettiği ve diğer tarafın da kendi imzaladığı bir mektupla bu tahkimi kabul ettiği hallerde yazılı şartın yerine getirildiği kabul edilmektedir. Ayrıca yazılı şekil şartında bulunması gerekli elle atılmış olan imzanın yerinin, zaman içinde *stenogram* veya mekanik imzalarla doldurulduğu görülmektedir (Atalı, 2018, 23).

Yukarıda genel ve soyut olarak belirtildiği üzere geleneksel yazı ile elektronik yazı elektronik ortamda her ikisi de ispatta aynı işlevi gerçekleştirir, Elektronik yazının, geleneksel yazılı kanıtların elde edilmesi için gerekli olan aynı koşulları sağlayabilecek durumdadır. Böylece, tahkim anlaşmanın yazılı olma şartının katı bir kural olarak algılandığı millî kanunlarda internet ortamında tesis edilen tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışmalı hale gelebilmektedir. Ancak elektronik yazı ile geleneksel yazılar eşit olarak kabul eden ülkelerde elektronik tahkim anlaşmaları şeklen geçerli kabul edilmektedir.

B. Elektronik Tahkim Anlaşmasının Taraflarının Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

1. Tarafların Elektronik Tahkim Anlaşması Yapma Ehliyeti

Tahkim anlaşmasında taraflar tüm anlaşmalarda olduğu gibi anlaşma yapma ehliyetine sahip olmalıdır. Ehliyetsiz tarafın yaptığı anlaşma hukuk olarak geçersizdir ve bu tür bir geçersizlik 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde yabancı hakem kararlarının tanınmasına/tenfize engeldir. 1958 New York Sözleşmesi'ne göre ehliyete uygulanacak olan hukuk tarafların haklarında uygulanması gereken hukuktur (Özel, 2018, 307). Bu hukuk tenfiz hâkiminin kendi kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenecektir.

Kural olarak, hukukî işleme taraf olma gerçek ve tüzel kişiler tahkim anlaşması yapmak konusunda da ehliyeti haizdirler. Bu kapsamda, gerçek kişiler ile şirketlerin ehliyetlerine uygulanacak hukuk benzerlikler göstermektedir. Ancak şirketlerin farklı nedenlerle farklı ülke hukuklarına tâbi kılınabilmeleri nedeniyle, şirketlerin ehliyetine uygulanacak hukukun tespiti, gerçek kişilerin ehliyetine uygulanacak hukukun tespitine kıyasen daha karmaşıktır (Işık, 2018, 86).

Tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetsiz olduğu ve bu nedenle, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığı itirazı hakemlerin heyeti önünde de yapabilirler. Bu durumda hakemlerin yargılamaya devam edebilmeleri için tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerinde karar vermeleri gerekmektedir. Tarafların tahkim



anlaşması yapma ehliyetleri olduğuna karar verilirse tahkim prosedürü devam edecek aksi takdirde yargılama faaliyetine son verilecektir (Özel, 2008, 67).

New York Sözleşmesi md. V/1(a) ve Avrupa Sözleşmesi md. VI/2 ile md. IX uyarınca tahkim anlaşmasının tarafları, "haklarında tatbiki gereken kanun" uyarınca tahkim anlaşması akdetmeye ehliyetli olmaları gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının taraflarının "haklarında tatbiki gereken kanun" ise, kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla belirlenir. Bu durumda, ehliyet meselesinin hakemler önünde gündeme gelmesi halinde tahkim yeri kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca belirlenecek hukukun, iptalinin talep edilmesi halinde, ise iptal mahkemesinin kendi kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca belirlenecek hukukun meseleye uygulanması önerilmektedir (Tanrıbilir/Şit, 2012, 208).

Tahkim anlaşmasının geçersizliği sebebi ve hakem kararlarının tenfiz engeli olarak karşımıza çıkan ehliyetsizlik meselesi, milletlerarası tahkim uygulamasında sık karşılaşılabilen bir durum değildir (Özel, 2008, 67).

Tahkim anlaşmasında tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk meselesini gerçek kişiler, şirketler ve özellikleri nedeniyle devlet kuruluşlarının ehliyeti açısından ayrı ayrı ele almak yerinde olacaktır.

1.1. Gerçek Kişiler: Ehliyete hangi kanunun uygulanacağı hakkında iki farklı anlayıştan bahsetmek mümkündür. Kıta Avrupası hukuk sistemindeki anlayışa göre, ehliyet şahıs statüsüyle ilgili bir husustur ve tarafların millî hukukuna tâbi olmalıdır (Işık, 2018, 88). Nitekim, yabancı hakem kararlarının tanınması/tenfizi davası Türkiye'de açıldığında tahkim sözleşmesi yapan gerçek kişilerin ehliyetine uygulanacak olan hukuk MÖHUK md. 9/1'e göre, "hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir". Buna göre gerçek kişinin hak ve fiil ehliyeti onların millî hukukuna göre belirlenecektir. Ancak MÖHUK md. 9/2 işlem güvenliği ilkesi nedeniyle millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişinin işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil olması halinde, yaptığı sözleşme ile bağlı olduğunu kabul etmiştir

Dolayısıyla millî hukukuna göre tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti olmayan veya ehliyetsiz olmasına rağmen tahkim sözleşmesinin yapıldığı ülke hukukuna göre de ehil olmadığı için işlem güvenliği ilkesinin söz konusu olmadığı durumlarda tahkim sözleşmesi hukuken geçersiz olacak ve buna binaen verilen hakem kararlarının tanıma/tenfize de itiraz etme imkânı olacaktır (Özel, 2018, 308).

Öte yandan, ortak hukuk ülkelerinde kabul edilen anlayışa göre, ehliyet sözleşme statüsü (*lex loci contractus*) veya (*lex causae*)'ye tâbi olması gerekmektedir. Bu nedenle, işlemin en yakın bağlantılı olduğu kanuna göre şahsın ehil olması için yeterli olduğu ileri sürülmektedir (Alibaba, 2005, 93).

Ehliyete kişinin millî hukukun uygulanmasının farklı yararları bulunmaktadır. Bu yararlar kişisel menfaatin en iyi şekilde gerçekleştirilmesi, tespit kolaylığı ve kötüye kullanımın asgari düzeyde olması şeklinde kendini göstermektedir. Ancak vatansızlık halinde millî hukukun tespit edilemediği ve mültecilerde olduğu gibi bazen de uygulanmadığını belirtilmelidir (Tekinalp, 1999, 46). Birden fazla millî hukukun bulunduğu ilişkilerde birinin diğerine tercih edilmesindeki zorluk ise, millî hukukun uygulanmasının bir diğer zayıf yönünü oluşturmaktadır. Buna rağmen ehliyete millî hukuku uygulayan ülke sayısı ise oldukça yüksektir. Fransa, İtalya, Almanya, İsveç, Avusturya ve Türkiye bu ülkelere örnek olarak gösterilebilmektedir (Alibaba, 2005, 93).

Ehliyetin ikâmet hukukuna tâbi olması, daha çok Angelo-Sakson Hukuk Sisteminde benimsenmektedir. İkâmet hukukunun ehliyete uygulanmasının faydaları, hâkimin kolay bilgi edinme, vatansız olma, pek çok vatandaşlık ve uzun yıllar kendi ülkelerinde yaşamayan ve mülteci vakasında uygulanabilmesi ve kişisel menfaatin insanlar için millî hukuktan daha fazla olmasını sağlayabilmesidir. Ancak kolay değişebildiğinden kötüye kullanıma elverişli oluşu, ikametgâh kavramının ülkeden ülkeye farklılık göstermesi ve tespitinin sanıldığı kadar kolay olmaması, ikametgâh hukukunun zayıf yönlerini oluşturmaktadır (Tekinalp, 1999, 47)

Ehliyete mutad mesken hukukunun uygulanması gerekliliği bir diğer iddia olarak karşımıza çıkmaktadır. Mutad mesken devamlılık arz eden, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olarak tanımlanabilir. Gerçek ve fiili duruma uygunluk ve süreklilik arayışından ancak bir tane olabilir ve bu özelliği dolayısıyla farklı yorumlanma imkânı olmamaktadır (Alibaba, 2005, 95).

1.2. Şirketler: Gerçek kişiler için belirtilen hususlar şirketlerin ehliyeti için de geçerlidir. Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuk gerçek kişilere kıyasla daha karmaşıktır. Zira tüzel kişiler bağlantı noktalarının değişkenliği nedeniyle birden fazla hukuk düzenini ilgilendirmektedir (Özel, 2008, 69).

Bir ticaret şirketinin tahkim anlaşması yapma ehliyeti, öncelikle şirketin kurulduğu ülke veya yönetildiği ülke hukukuna tâbidir. Bu durumda, tüzel kişiliklerin ehliyetinin belirlemede kuruluş yeri teorisi, kontrol teorisi veya filî idare merkez teorisi kabul edilebilir (Işık, 2018, 87).



Bunlar arasında, kuruluş yeri ve idare merkezi kriterleri tüzel kişinin ehliyetine uygulanacak hukuku belirlenmesinde dikkate alınan temel kriterlerdir. Kuruluş yeri kriterine göre, tüzel kişi hangi hukuka göre kurulmuş ise, tüzel kişinin ehliyetine o hukuk uygulanır (Alibaba, 2005, 97). Bu kriterin kabul edilmesi durumunda, tüzel kişinin idare merkezinin kuruluş ülkesinde bulunması gerekmemektedir. İdare merkezi kriterine göre ise, tüzel kişinin ehliyeti, gerçek idare merkezinin bulunduğu yer, yani tüzel kişinin yönetim kurulunun, genel kurulunun ve denetim kurullarının toplandığı ve çalıştığı yer hukukuna tâbi olmalıdır (Alibaba, 2005, 97).

Açıklamalardan anlaşılacağı gibi, milletlerarası unsurlu sözleşmenin taraflarının ehliyetini sözleşme statüsüne tâbi tutmak mümkün değildir. Sözleşme statüsü hukuk seçimi ile belirlense bile sonuç değişmeyecektir. Bu bağlamda taraflar, ehliyete uygulanacak hukuk seçmeyecekleri için bu mesele hukuk seçimi özgürlüğünü sınırlandıran bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır (Alibaba, 2005, 98).

1.3. Devlet ya da Devlet Kuruluşları: Ehliyet konusunda en sorunlu meselelerinden biri tahkim anlaşmasının bir tarafının devlet ya da devlet kuruluşu olması durumunda, bu tarafın kendi hukukuna dayanarak ehliyeti bulunmadığını ve bu nedenle tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığını iddia etmesidir. Zira devlet ya da kamu kuruluşunun tahkim anlaşması yapma imkânı tamamen yasaklanmış olabileceği gibi; ancak bazı makamların onayı ile ya da belli kategori devlet memurlarınca yapıldığı takdirde geçerli olacağı kararlaştırılmış da olabilir (Özel, 2018, 311).

Doktrinde, devletlerin ve devlet organlarının tahkim anlaşması yapma ehliyetinin kendi ülke hukuklarına tâbi olup olmadığını tartışmalı bir meseledir. Bu bağlamda ülke hukukları da farklı sistemleri benimsenmektedir. Avrupa Sözleşmesi md. II/1'de ise, haklarında uygulanacak hukuk uyarınca kamu hukuku tüzel kişisi olarak vasıflandırılan tüzel kişilerin tahkim anlaşması akdetmeye ehliyetli olduklarını açıkça ifade etmeleri gerektiği hükümle devletlerin veya kamu kuruluşlarının ehliyetsizlik itirazlarını önlemeyi amaçlamaktadır (Işık, 2018, 89).

Bir devletin kendi hukukuna göre tahkim anlaşması sonuçlandıramayacağı iddiası, tahkimde yargı muafiyeti kavramından sonra ele alınması gereken bir konudur. Zira milletlerarası hukukta devletin yargı yetkisi bir egemen devletin bir başka ülke mahkemesinde yargılanmasını belli koşullarda engellemektedir. Ancak modern hukuk sistemleri tahkim anlaşması yapan bir devletin tahkim yargılamasında yargı bağımsızlığı iddiasında bulunamayacağını kabul etmektedir (Özel, 2018, 312). Devlet tahkim anlaşmasını imzalayan şahsın devlet adına bağlayıcı bir tahkim anlaşması yapma hakkına sahip olmadığını ya da kendi hukukuna göre belirli makamların onayını almadığını iddia ederse, tahkim anlaşması geçersiz olacak; dolayısıyla da devletin yargı bağımsızlığı devam edecektir (Özel, 2018, 312). Tahkim anlaşmasının geçersizliği, kendi hukukunun devlet veya devlet kurumlarının tahkim anlaşması yapma ehliyetine uygulanmasından dolayı geçersizliği iddiası ehliyete uygulanacak hukukun *lex arbitri* olması gerektiği yönünde görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır (Öze, 2018, 312).

2. Taraflar Adına Temsilcilerin Tahkim Anlaşması Yapma Ehliyeti

Tahkim anlaşması taraflardan birinin üçüncü kişi konumunda olan temsilcisi aracılığı ile yapıldığı zaman, bu temsilcinin tahkim anlaşmasının diğer tarafı ile ismine anlaşma yaptığı taraf arasında bağlayıcı bir tahkim anlaşması kurma yetkisinin olup olmadığı hususunun da ayrıca incelenmelidir. Bu bağlamda özellikle avukatların tahkim anlaşması yapmalarına izin veren özel yetkiyle donatılmış olmaları durumunda tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerindeki etkisi bir vasıflandırma sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bazı hukuklarda avukatın tahkim anlaşması yapması için özel yetki aranmazken, Türkiye dâhil bazı hukuk sistemleri avukatın özel bir yetkiyle donatılmasını tahkim anlaşması yapabilmesi için zorunlu kabul etmektedir. Temsilci aracılığıyla yapılan tahkim anlaşmasında temsilcinin yetkisi meselesindeki vasıflandırma farklılıkları, tahkim anlaşmasının bu bağlamdaki geçerliliğine uygulanacak hukukun da farklı olmasına yol açacaktır (Özel, 2018, 312).

3. Değerlendirme

Yukarıda genel ve soyut alanda geleneksel tahkim için belirtilen hususlar elektronik tahkim için de geçerlidir. Ancak çoğu zaman, siteleri ziyaret eden bir ziyaretçinin kendi özel kişiselliğini korumak için ya da verdiği bilgileri kendi isteğine karşı kullanma korkusundan dolayı kendi kimliği hakkında yanlış bilgiler verilmektedir. Bu nedenle, elektronik hakem kararının tanınması tenfizi reddedebilir veya iptal edilebilir.

Anlaşmanın taraflarının kimliği, müşterinin kendi kişisel kimliği hakkındaki veriyi doğrulamak olan üçüncü bir tarafça teyit edilmektedir. Bu üçüncü kişiye "sertifikasyon servis sağlayıcısı" denir. Elektronik ticaret yöntemlerinin çoğalmasıyla kimlik ile ilgili bilgileri doğrulanan bağlantılı nispeten modern bir hukukî merkezdir (El-Abasiri, 2002, 55) ve bu merkezin amacı, her iki tarafın birbirini tanımadığı ve ötekinin



kimliğini doğrulamanın bir yolu olmadığı doğru bilgileri sağlamaktır. Özellikle, bu elektronik araçlar iki farklı yerde bulunan iki kişinin iletişimine ve anlaşmasına olarak sağlanmaktadır (El-Abasiri, 2002, 57).

B. Elektronik Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği tarafların bağlayıcı bir tahkim anlaşması tesis edip etmediği belirlemeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak olan hukuk temel olarak taraf iradelerinin geçerliliğine karar verecektir.

Milletlerarası tahkimde en önemli ilke taraf iradesidir. Taraflar esasa uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler. Millî hukuklar çok sınırlı durumlara tarafların hukuk seçimine müdahale edebilmektedir (Güven, 2014, 22). Bu ilke gerek UNCITRAL Model Kanunu'nda ve Model Kanun hukukuna alan ülkelerde, gerekse Model Kanun esas almadan kendi kanunlarını düzenleyen ülkelerin mevzuatlarında kabul edilmektedir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ve Yeni Fransız Usûl Kanunu bunlara örnek gösterilebilmektedir. Keza Belçika, İngiltere, Almanya, Hollanda, Rusya, Japonya ile beraber Türkiye taraf iradesini açıkça kanunlarında düzenleyen ülkelerdendir.

Milletlerarası özel hukukta irade özgürlüğü esas olduğundan taraflar bu kurala dayanarak, ticarî uyuşmazlıkları istedikleri bir hukuk sistemine tâbi kılabilirler. Tarafların borç doğuran bir özel hukuk anlaşması muayyen bir hukuka tâbi kılma iktidarını ifade etmektedir (Şanlı, 2002, 105). Tarafların akitlerini tam bir serbesti içinde akdetmeleri, milletlerarası ticaretin ruhuna da uygundur. Bu tercih imkânı, taraflara anlaşmanın sonuçlarını önceden tahmin etme fırsatı vermekte, belirsizliğin önüne geçmektedir. İrade muhtariyeti ilkesi, her hukuk düzeninde aynı kapsamda ele alınmamıştır. Milletlerarası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (*International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID*) Hukuk Kuralları diyerek çoğul bir ifade kullandığı için, bu üç hukuk sisteminden (Anasyonel Kurallar, Genel Prensipler ve *Lex mercatoria*) birini tercih mümkündür (Sönmez/Karakaya, 2015, 214). Aynı şey (Milletlerarası Ticarî Odası - MTO) Tahkim kurallarında da geçerli olduğunu görünmektedir. Ancak buna karşılık Avrupa Sözleşmesi md. VII taraflar anlaşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tercih etmede serbesttir ifade ederek tekil ifade kullandığı için millî bir hukuk tercih edilebilmektedir. Dolayısıyla, tahkimin tâbi olduğu hukuk sistemi taraflara hukuk seçme imkânı getirmişse, taraflar sadece millî bir hukuku seçme serbestisine sahiptirler. Buna karşılık tarafların hukuk kurallarını seçme imkânı getirmişse millî hukukun yanında anasyonel kurallar, genel prensipler ve *lex mercatoria*'yı da seçebilmektedir (Şanlı, 2002, 115).

İrade özgürlüğü ilkesinin kapsamı bu yetkiyi aldığı hukuk düzenine göre belirlenmektedir. Ticarî ilişkilerde en büyük riskin belirsizlik olduğu bilinmektedir. Hukuk seçme imkânı bir anlamda belirsizliğin önüne geçmekte, tesadüfleri ortadan kaldırarak tarafların tereddütlerini izale etmektedir. Asıl olan, anlaşmalarda, temele uygulanacak hukuku da seçmektir. Bu bağlamda hem hakemlerin işi kolaylaşmakta hem de anlaşmazlıklar daha seri bir biçimde çözüme bağlanabilmektedir. Hukuk seçimindeki özgürlük, yürürlükte olan bir hukuk sistemini seçmeyi ifade etmektedir. Aksi halde, seçimin anlamı ortadan kalkacak, kaotik bir ortamın doğmasına zemin hazırlanmış olacaktır (Şanlı, 2015, 215).

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk bahsederken konunun hangi aşamada inceleneceğinin ayrımı yapmalıdır. Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği dört aşamada inceleme konusu yapılabilmektedir. Tahkim anlaşmasının geçersizliği millî mahkemeler önünde, tahkim itirazı, tenfiz aşamasında tenfiz red nedeni ya da hakem kararının iptalinin talep edilmesi takdirde iptal nedeni olarak ileri sürülebilmektedir.

1. Tahkim Anlaşmasının Millî Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen millî mahkemelerde dava açılması halinde karşı taraf tahkim itirazı ileri sürecek, millî mahkeme de tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyerek tahkim itiraz hakkında karar verecektir. Millî mahkeme önünde gündeme gelen tahkim anlaşmasının geçerliliği konusu, hâkimin hukukunda bulunan kanunlar ihtilâfı kuralları çözümlenecektir (Işık, 2013, 10).

Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmemeleri halinde belirlenecek bağlama noktası çoğu kez tahkim yeri olmaktadır. Ancak tarafların henüz tahkim yerini belirlemediği veya üçüncü kişilerin tahkim yerini belirleyeceği durumlarda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun saptanması bazı güçlükler doğurabilmektedir. Bu sebeple millî tahkim kanunları ilişkiyle yakın bağlantılı ve tespiti kolay bağlama noktaları üzerinde yoğunlaşmaktadır (Özel, 2008, 81).

MTK md. 4/3 uyarınca ise, "Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir". İlgili hükümlerle Türk Hukuku bu hususta çok açık bir hüküm getirerek tahkim anlaşmasının temel anlaşmadan bağımsızlığı ilkesini güçlendirmektedir. Buna göre tahkim anlaşması tarafların tahkim anlaşmasına



uygulanmak üzere seçtiği hukuka ya da böyle bir hukuk seçimi bulunmamışsa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir. Türk kanun koyucu bu noktada açık bir hukuk seçimi aramış ve zımnî seçime izin vermemiştir. Dolayısıyla, Türk hâkimi önünde tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışma konusu olursa, MTK md.4/3 hükmüne göre tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçip seçmediğine bakması gerekmektedir (Özel, 2008, 81).

2. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Hakem Heyeti Önünde İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının esas yönünden geçersizliği hakem heyeti önünde ileri sürülebilmektedir. Böyle bir durumda hakemler öncelikle, taraf iradelerini dikkate alarak tahkim anlaşmasının geçersizliğini incelenmektedir. Ancak temel sorun, taraflarca herhangi bir hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde ortaya çıkmaktadır (Işık, 2013, 11). Bu konuda dört görüş ileri sürülmektedir (Özel, 2008, 80):

1.1. Hakemlerin tarafların uygulanacak hukuku seçmediği takdirde tahkim yeri hukukunu uygulayarak anlaşmanın esastan geçerli olup olmadığına karar verebilecek iddia edilmektedir.

1.2. Hakemleri uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka aynı şekilde tahkim anlaşmasının esasına de uygulayabilecekleri ileri sürülmektedir. MTO tahkim kuralları çerçevesinde uygulanan prosedürde hakemler temeldeki sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku tahkim anlaşması için en yakın bağlantılı hukuku tatbik edebilmektedir.

1.3. Hakemlerin bir tahkim kurumu seçmeleri takdirde seçilen bu kurumun kurallarına göre tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar vermesi gerektiği de iddia edilmektedir.

1.4. Hakemlerin sözleşmesel alanda milletlerarası kabul edilen prensipler kriterine göre tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebilecekleri de savunmaktadır. Ancak bu kriter belirsizliğini korumaktadır. Çünkü gerek millî mahkemeler gerek ise hakemlerin üzerinde mutabakatta bulunduğu, milletlerarası anlamda kabul ettiği prensipler bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu kararlarda tahkim yeri hukuku, esas anlaşmaya uygulanacak hukuk, seçilen tahkim kurumlarının tahkim kuralları değerlendirmelere alınan kriterler arasındadır (Özel, 2008, 84). Bu anlamda, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukunun belirlenmesi, hakem kararının iptalinin önlemesi açısından yararlı olabilmektedir. Bu uygulama, hakem kararının icrası için her türlü gayreti gösterme sorumluluğu ile de uyumludur. Çünkü tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna aykırılığı kapsamında iptalinin önüne geçilebilmektedir (Işık, 2013, 6).

3. Tenfiz Aşamasından Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

Hakem kararlarını tanınması ve tenfizi aşamasında 1958 tarihli New York Sözleşmesi tenfiz engeli olarak tahkim anlaşmasının geçersizliğini düzenlenmektedir. Tenfiz hâkimi bu meseleyi taraflarca seçilen hukuka veya hakem kararının verildiği mahal hukukuna bakarak çözümleyecektir (md. V/1-a). Hakem kararının verildiği yer, tahkim prosedürünün cereyen ettiği; bir başka deyişle, tahkim yeri olarak belirlenen yerdir. Bu itibarla hakem kararının imzalandığı, taraflara gönderildiği veya bildirim yaptığı yer kararın verildiği yer olarak göz önünde bulundurulacaktır (Özel, 2008, 85). Buna karşılık *House of Lords* hakem kararının imzalandığı yerde verildiğine karar vermektedir. Buna göre kararın verildiği yer tahkim prosedürünün sonunda belirlenen ve hakemlerin kararı imzaladığı yer olmaktadır (Özel, 2008, 85).

1958 tarihli New York Sözleşmesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin öne sürdüğü bağlama noktaları aynen yeni MÖHUK md. 62/I-e'de de benimsenmiştir. Buna göre tahkim anlaşması veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma bulunmasa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüze tenfiz talebi reddedilmektedir.

4. İptal Davası Aşamasında Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının geçersizliği pek çok millî ve milletlerarası hukuk metninde bir iptal nedeni olarak düzenlenmektedir. Milletlerarası Ticarî Tahkim ile ilgili UNCITRAL Model Kanunu md. 34/2/a-i uyarınca hakem kararı iptali aşamasında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, taraflarca seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yapılmadıysa iptal davası açılan mahkemenin kendi hukukuna göre değerlendirilmektedir. İptalin Türk mahkemelerinde talep edilmesi halinde da hakem, MTK md. 4/3 uyarınca, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini taraflarca seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yokluğunda Türk Hukuku'na göre değerlendirilecektir (Işık, 2013, 15).

Yukarıda, geleneksel tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin belirttiklerimiz aynı şekilde elektronik tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk için geçerlidir. Zira bu hususta tahkim anlaşmasının elektronik ortamda yapılması ile geleneksel yöntemle tesis edilmesi arasında hiçbir fark



yoktur. Sonuç olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda geleneksel tahkim ve elektronik tahkim arasında bir fark bulunmamaktadır.

II. Milletlerarası Elektronik Ticari Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk

A. Genel Olarak

Muhakeme prosedürü devlet yargısı söz konusu olduğu takdirde tartışmasız mahkemenin kendi hukukudur. Çünkü usûl hukuku *lex fori* hâkimiyetindedir ve usûl hukuku kapsamında nitelendirilen işlemlerde kanunlar ihtilâfı metodu tatbik dilemez; doğrudan *lex fori* hâkimin hukuku uygulanmaktadır (Özel, 2008, 95). Ancak tahkim yargılamasında *lex fori*'de bu nedenle taraflar veya onların iradelerine uygun olarak hakem mahkemesi uygulanacak usûl bakımından kendilerini, seçtikleri bir hukuk düzenine tâbi tutabilmektedir. Tarafların bu konuya ilişkin bir anlaşması bulunmasa bile, tahkim usûlünün cereyan ettiği yer hukuku uygulanacak usûle hâkim olacağı kabul edilmektedir (Dayınlarlı, 2018, 11).

Lex arbitri, tahkim usûlüne uygulanacak kuralları doğrudan ve emredici olarak belirlenmiş ise, tahkim usûlüne ilişkin bir kanunlar ihtilâfı meselesi mevcuttur. Bu durumda de öncelikle muhtemel bağlama noktalarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu hususta iki esas bağlama noktası bulunmaktadır: tahkim yeri ve irade özgürlüğü (Aygül, 2014, 45).

Tahkim yeri, tahkimin usûlî karakterini yansıtan bir bağlama noktasıdır. Aynen mahkemelerde olduğu gibi, hakem mahkemesinin yargılama yaptığı ülke ile sıkı irtibat halindedir. İrade muhtariyeti ise, tahkimin akdî niteliğini yansıtan bir bağlama noktasıdır. Bu halde aynen bir akdî ilişkide olduğu gibi, tarafların seçtikleri usûl kuralları, tahkim usûlüne uygulanmalıdır. Bu bakımdan tahkim usûlüne uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukukundan bağımsız olarak, taraflarca belirlenecektir (Aygül, 2014, 45).

Pek çok milletlerarası tahkim heyeti, tıpkı millî mahkemelerde olacağı gibi, belirli bir coğrafi mekânda muhakeme yapmakta ve kararlarını vermektedir. Ancak bu coğrafi yerin etkileri milletlerarası tahkimde farklıdır. Hâkimin *situs* ile bağlantısı hayatî niteliktedir; çünkü yargılama yetkisi gücünü doğrudan *situs*'un millî hukukundan almaktadır. Diğer yerden milletlerarası tahkimde hakemler yargılama yetkisini ve gücünü buldukları *situs*'un millî hukukundan almamaktadır. *Situs*'un seçimi dahi tarafından iradesine, anlaşma koşullarına göre değişkenlik görmektedir. Bu sebeple *lex situs*'un uygulama alanı devlet yargısında mutlak iken, hakem yargısında aynı mutlaklığa sahip değildir (Özel, 2018, 96).

Modern hukuk sistemlerinde, tahkim yerindeki emredici hükümler saklı kalmak kaydı ile tahkim usûlüne uygulanacak hukukun, taraflar ya da hakem mahkemesi tarafından belirleyebileceği hükme bağlanmaktadır. Nitekim, UNCITRAL Model Kanunu md. 18 ve md. 19'da da bu yönde hükümler bulunmaktadır. Ayrıca UNCITRAL Model Kanunu (md. 20-27) usûlü ile ilgili bazı hususlarda özellikle seçim hakkı tanınmaktadır. Tahkim yeri md. 20 veya tahkim dili md. 22 hususundaki düzenlemeler buna örnek olarak verilebilmektedir. Dolayısıyla taraflar, tahkim yeri usûl kuralları yerine, başka kuralların uygulanmasını kararlaştırabilirler (Aygül, 2014, 46).

Tahkim usûlüne uygulanacak hukuk tahkimin ne şekilde cereyan edeceğini, hakem heyetinin kuruluşunu, uygulama usûlünü, delillerin değerlendirmesini ve karara varma aşamasını ve bu kararın sonuçlarını düzenlemektedir. Bu hususta hakemlerin muhakeme sırasında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun, tahkim usûlüne uygulanacak hukuktan farklı olduğu görülmektedir. Bu itibarla her iki hukuku tespit etmek için kullanılacak bağlama noktaları da farklı olacaktır. Esasa uygulanacak hukuk maddi hukuk konusu; tahkim usûlüne uygulanacak hukuk ise usûl hukuku konusudur (Özel, 2018, 96).

Tahkimde maddi hukuk ile usûl hukuku konularını birbirinden ayırmak en önemli mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ayırım tahkimin usûlüne uygulanacak hukukun, anlaşmazlığın esasına uygulanacak hukuktan farklılığını da meşrulaştırmaktadır. Her bir mesele farklı bakış açısıyla kendi hukuk sistemine bağlanmaktadır (Özel, 2018, 96).

B. Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmesi (İrade Muhtariyeti)

Milletlerarası tahkim düzenlemelerinde ve modern hukuk sistemlerinde, tarafların tahkim prosedürlerine cereyan eden hukuku kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir. Tarafların yaptıkları bu seçim, hakemleri de bağlamaktadır. Hakemler bu seçim uymadıkları takdirde, hakem kararının iptali veya tanınmasının/tenfizinin reddi söz konusu olabilmektedir (Aygül, 2014, 48). İrade muhtariyeti ilkesi New York Sözleşmesi md. V/1-d'de de ifadesini bulunmaktadır ve tenfiz talebinin reddi nedenlerinden biri olarak "hakemlik prosedürü tarafların mukavelesine uygun değilse şartı" getirilmektedir. Aynı şekilde Avrupa Sözleşmesi md. IX'de hakem usûlünün cereyanı taraf anlaşmasına uygun olmaması halinde bunu bir iptal sebebi olarak kabul etmektedir (Özel, 2018, 96).



UNCITRAL Model Kanunu md.19/I'e göre, bu kanun hükümlerine tâbi olarak, hakem mahkemesinde muhakemede cereyan edilecek usûl, taraflarca belirlenebilmektedirler. Model Kanunu md. 18 ve 19, bu düzenlemenin en önemli maddeleri arasında olduklarını görmektedir.

MTK md. 8/I-A ile de tarafların tahkim prosedürü uygulanacak hukuku, kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydı ile serbestçe seçebilecekleri kabul edilmektedir. Ayrıca MTK'ya tâbi davalarda, tahkim prosedürüne uygulanmak üzere, yabancı kanun veya milletlerarası kurumsal tahkim kurallarının seçilmesine de imkân tanınmaktadır (Aygül, 2014, 50).

Türk hukukunda irade muhtariyeti ilkesi MTK'nın emredici hükümleriyle sınırlandırılmaktadır. Bu sebeple gerek tespit edilen usûl kuralları, gerek seçilen millî ya da milletlerarası tahkim usûlü veya kurumsal tahkim kuralları MTK'nın emredici hükümlerine aykırı olmamasıdır (Özel, 2018, 101).

C. Taraflarca Bir Anlaşma Yapılması Halinde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk

Tarafların anlaşma yapmadıkları ya da seçtikleri tahkim kurallarında bir hüküm bulunmaması takdirde, tahkim prosedürünün hangi hukuka tâbi olacağına belirlenmesi gerekmektedir. Tahkim prosedürüne uygulanacak hukukun tespitinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde halen cereyan eden klasik görüşe göre, tahkim usûlü, tahkim yeri kurallarına tâbidir. Bu anlamda taraflar ve hakemler, tahkim usûlüne, tahkim yeri hukukundan farklı bir hukukun uygulanmasını kararlaştıramazlar. Taraflar ve hakemler tahkim yerinin emredici kuralları ile bağlıdır. İkinci ve modern görüşe göre ise tahkim usûlü, tahkim yerinden bağımsız olarak hakemler tespit edilmektedir (Aygül, 2014, 74).

Ancak bu seçimin sınırlarını tahkim yeri hukukunun emredici hükümleri belirlemektedir. Aslında taraflara irade muhtariyetine göre tahkim usûlünü belirleme yetkisi de çoğu durumda tahkim yeri hukukundan kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle, taraflar ya da hakemler usûl kuralları seçme ve tayin etme yetkisini bir usûl hukukundan almaktadır ve çoğu durumda bu usûl hukuku tahkim yeri ile örtüşmektedir (Özel, 2018, 101).

Taraflarca tahkim usûlüne uygulanacak kurallara dair bir seçim yapılmadığı hallerde tahkim yeri usûl kurallarının uygulanacağına en önemli hukukî dayanaklarından birisi; New York Sözleşmesi md. 5/I-d hükmüdür. Bu hükme göre, tahkim usûlü, tarafların seçtiği usûle; böyle bir seçim olmaması halinde tahkim yeri kanununa uygun değilse, hakem kararının tenfiz talebi reddedilebilir. Ancak New York Sözleşmesinin md. 5/I-d hükmünün amacı, taraflarca seçilen usûl kurallarına uygun olarak verilen bir hakem kararının tenfiz edilmesini sağlamak olacağı ifade edilmektedir (Aygül, 2014, 74).

Tahkim usûlü taraflarca ya da mahkemelerce seçilen kurallara tâbi tutulmaktadır. Seçim yapılmadığı takdirde tahkim yeri hukuka ya da tahkimin tâbi olduğu usûl hukukuna göre usûl belirlenecektir. Buna ilişkin tahkim yeri hem irade özgürlüğünün sınırlarını belirlemek hem de tarafların bir seçim yapmaması durumunda uygulanacak tahkim usûlünü göstermesi açısından önemli görünmektedir (Özel, 2018, 102).

Tahkim usûlüne uygulanacak hukukun tespitinde tahkim yeri kanunu geleneksel tahkim açısından hukukî belirlilik, güven ve hız açısından vazgeçilmez görülse de elektronik tahkim açısından aynı şey söylemek mümkün değildir. Zira elektronik tahkim, internet üzerinden, sınırları olmayan bir ağ araçlığıyla yürütülmektedir. Bu durumda yerden bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla elektronik tahkim prosedürü, belirli bir devletin toprakları ile değildir.

Söz konusu nedenleri ötürü yargılamanın yapıldığı yere bağlanması, geleneksel tahkimde tahkim usûlünün uygun olmasına rağmen; elektronik tahkimde belirsizliklere neden olacağı kanaatindeyiz. Bu anlamda, elektronik tahkime ilişkin olarak, tahkim usûlüne uygulanacak hukukun hakemlerce tespit edilmesinin daha pratik ve uygulanabilir olabileceğini söyleyebiliriz. Böylelikle internet üzerinden yapılan tahkim davalarında tahkim yerinin tespit edilmesi problemi ortadan kalkacak; Öte yandan, kendilerine sunulan en uygun usûlleri belirleme yetkisine sahip olan hakemler özel uzmanlık gerektiren hâllerde daha elverişli usûl kurallarını uygulanabilecektir.

III. Milletlerarası Elektronik Ticarî Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

A. Genel Olarak

Milletlerarası tahkimin önemli hususlarından biri, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun ne olacağıdır. Usûle ilişkin konular çözümlendikten sonra hakemlerin temel görevi uyuşmazlığı çözmektir. Hakemler tahkim anlaşması çerçevesinde taraflardan aldığı yetki ile uyuşmazlığı bir karara bağlamak zorundadırlar. Bu bağlamda hangi hukukla anlaşmazlığın çözüme bağlanacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır (Sönmez/Karakaya, 2015, 213).

Milletlerarası ticarî tahkim mahkemelerinin millî mahkemeler gibi doğrudan cereyan edebilecekleri millî hukuk sistemlerinde bulunan tamamlayıcı ve emredici kurallar içeren *lex fori*'ye sahip olmaları



tarafaların hukuk seçimine ait irade özgürlüğünün kapsamını sınırladığı gibi, oldukça geniş kapsamda bir seçim yapmasına da olanak sağlamaktadır (Köseoğlu, 2015, 145).

Milletlerarası ticarî tahkim yargısı niteliği itibari ile taraflara tanıdığı "irade özgürlüğü" milletlerarası ticarî anlaşmaya uygulanacak hukukunun seçimine olanak sağlamak ve taraflar irade muhtariyeti ilkesi ile ticarî anlaşmazlığın çözümüne uygulanacak hukuk seçimini açık veya zımnî olarak gerçekleştirmektedirler (Özel, 2018, 106).

Hakemler anlaşmazlığı çözümlerken bir millî hukuk ya da hukuk kuralları, anasyonel ya da milletlerarası kurallar, hukukî ya da hukuk dışı kurallar ya da anlaşma hükümleri gibi değişik alternatiflere dayanabilmektedir. Hakemlerin uygulayacakları maddi hükümleri tespit ederken izleyecekleri yönetmeler hukuk düzenlemelerine göre farklılık göstermektedir. Bu hususta hakemlere tanınan özgürlük de bir hukuktan başka bir hukuka değişebilmektedir (Özel, 2018, 146).

B. Tarafların Hukuk Seçimi

1. Açık Hukuk Seçimi

Genel olarak kabul edilen milletlerarası ticarî tahkim yargısında taraflara tanınan irade muhtariyet görüşü, millî hukuk sistemlerindeki ve kurumsal tahkim merkezleri tahkim kurallarında farklılık göstermektedir (Köseoğlu, 2015, 145). Milletlerarası ticarî anlaşmalarda tarafların iradelerinin açık ve net şekilde ortaya konduğu bir klozda veya bağımsız olarak müstakil tahkim anlaşmasında veya atıf yapılan standart ticarî anlaşma formu, konvansiyon, antlaşma vb. kapsamında veya tarafların ticarî anlaşmazlığın doğmasına müteakip yaptıkları seçim ile uygun gördükleri hukuku anlaşmaya dâhil ederek veya milletlerarası ticarî tahkim yargısı sürecinde hakem heyeti önünde sözlü anlaşma ile anlaşmazlığın çözümüne uygulanacak hukuk seçimi yapılarak, tarafların talep etmedikleri veya uygun görmedikleri bir hukukun uygulanması ile milletlerarası ticarî tahkim yargısında hakem kararının elde edilmesinin bertaraf edildiği ifade edilmektedir (Sönmez/Karakaya, 2015, 214).

Milletlerarası ticarî anlaşmalarda taraflara tanınan irade özgürlüğü, millî hukuk sistemlerine yönelik açık hukuk seçimlerini de içermektedir. Ticarî tahkim doktrininde bu seçim genel hukuk kurallarını, *lex mercatoria*, millî olmayan hukuk sistem ve kurallarını da kapsamaktadır. Örneğin, milletlerarası düzenlemelerden biri olan ICSID Sözleşmesi md.42'e göre, hakemlerin uyuşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verilmektedir. ICSID Sözleşmesi hukuk kuralları terimini kullandığı için taraflar sadece millî bir hukuku değil, milletlerarası hukuk kurallarını ya da *lex mercatoria* gibi millî olmayan hukuk kurallarını da seçebilmektedir. Aynı yaklaşım MTO Tahkim Kuralları md.17/1, UNCITRAL Model Kanunu md. 28/1'de de benimsenmektedir. (Sönmez/Karakaya, 2015, 216).

Anlaşmada açık bir hukuk seçiminin olması durumunda hakemler bunu uygulamaya mecburdurlar. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında ve doktrininde, tarafların açık hukuk seçimine yönelik hak ve yetkileri, herhangi bir kanunlar ihtilâfı sisteminin otoritesine tâbi kılınmadan doğrudan geçerli kabul edilmektedir. Aksi takdirde, hem irade özgürlüğünün bir anlamı kalmayacak hem hukuk seçimi anlamını yitirecek hem de tahkimin mevcut nedeni ortadan kalkacaktır (Sönmez/Karakaya, 2015, 216). Ayrıca hakemlerin bu iradeye uymadıkları takdirde hakem kararlarının iptali söz konusu olabilmekte, kararların tenfizi ile ilgili de sorunlar ortaya çıkabilmektedir (Akıncı, 2016, 206).

2. Örtülü (Zımnî) Hukuk Seçimi

Tarafların hukuk seçimine yönelik gerçek iradelerinin mevcut olduğu, ancak milletlerarası ticarî anlaşmada veya anlaşmadan bağımsız tahkim anlaşmasında açık ve net şekilde beyan edilmemesi durumunda de muhtemel ticarî uyuşmazlığın belirli bir hukuka tâbi tutma yönünde zımnî bir iradenin bulunduğunu söylenebilmektedir (Akıncı, 2016, 207). Tarafların zımnî olarak koydukları iradenin tespitinde, milletlerarası ticarî anlaşmalar veya tahkim anlaşmasında kararlaştırılmış bağlama noktaları, taraf davranışlarından, tahkim yeri, usûl kuralları, anlaşma yeri, anlaşmazlığa konu mal, hizmet, sermaye veya bilginin bulunduğu yer vb. belirtilerden hareket edilmektedir (Köseoğlu, 2015, 146).

Örtülü hukuk olduğunun kabul edildiği hal ve şartlar, dört kategori kapsamında incelenebilmektedir (Köseoğlu, 2015, 147):

2.1. Anlaşmanın unsurlarına veya anlaşmayı ihâta eden hâl ve koşullara dayanan örtülü hukuk seçimi,

2.2 Muayyen bir hukuk sistemine has dil ve terminolojinin kullanılmasına dayanan örtülü hukuk seçimi,

2.3. Tahkim yeri veya hakemlerin seçimine dayanan örtülü hukuk seçimi, (Burada hâkimi seçen onun hukukunu da seçmiş olur şeklinde *lex fori* geleneğinden hareket edilerek sonuca gidilmektedir. Keza, yer seçimi de hukuk seçimine ilişkin bir karine ve belirtir olarak görülmüştür.)



2.4. Tarafların taleplerini ve iddialarını aynı hukuka dayandırmalarından kaynaklanan örtülü hukuk seçimi.

C. Hukuk Seçiminin Yokluğunda Uygulanacak Hukukun Tespiti

Açık veya örtülü hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda hakemler tarafların irade serbestisinden hareket ile kendilerine tanınan yetkiye dayanarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemektedir (Köseoğlu, 2015, 148). Hâkimler milletlerarası nitelikli anlaşmazlıklarda hangi hukukun uygulanacağı sorununun durumunda başvurabilecekleri bir kanunlar ihtilâfı sistemine sahiptirler. Dolayısıyla hâkimler için bu tip sorunların hâl ve çözümü kolaydır.

Milletlerarası ticarete hakemler böyle bir *lex fori*'ye sahip olmadıklarından, bu boşluğu kendileri doldurmak zorunda kalmaktadırlar. Ancak hakemlerce anlaşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespitte yardımcı olacak kanunlar ihtilâfı düzenlemeleri istisnâ de olsa, bazı daimî hakem kuruluşlarının kuralları arasında bulunmaktadır. Örneğin, Polonya Dış Ticaret Hakem Mahkemesi Tüzüğü, hakemlerin ticarî teamülleri ve adalet prensiplerini dikkate alarak, Amsterdam Sanayi ve Ticaret Odası Tahkim Kuralları ise hakkaniyet ve nesafete göre anlaşmazlığı çözümleyeceğini düzenlemektedir (Sönmez/Karakaya, 2015, 218).

Hakemlerin uygulanacak hukuku belirlemek için aşağıdaki çözüm yönetmelerinden istifade ederek doğrudan hukuk veya hukuk kurallarının tespiti edebilirler (Özel, 2008, 148)

- Tahkim yeri kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması,
- Kanunlar ihtilâfının genel prensiplerinin uygulanması,
- Uyuşmazlıkla bağlantılı olan ülkelerin kanunlar ihtilâfı sistemlerinin birlikte uygulanması,
- Hakemlerce kanunlar ihtilâfı kurallarının serbestçe belirlenmesi,
- Lex contractus'un kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması,
- Tahkim anlaşması olmasaydı hangi ülke mahkemesi yetkili olursa onun kurallarının uygulanması,
- Hakem kararının tenfiz edileceği ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması,
- Tarafların her ikisinin vatandaşlığı ya da ikametgâhının kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması,
- Kanunlar ihtilâfının uygulanmaması, doğrudan uygun maddi kurallarının uygulanması (voie directe).

Farklı kriterlerle uygulanacak hukukun bulunması çabası iki husus altında ele alınabilmektedir. Kanunlar ihtilâfı kuralları araçlığıyla dolaylı olarak maddi hukukun bulunması ya da kanunlar ihtilâfı sisteminin kaldırarak doğrudan ilişkiyle bağlantılı ya da uygun olduğu düşünülen maddi hukukların uygulanması (Özel, 2008, 149).

Yukarıdaki belirlediğimiz üzere, hakemler çözüm yönetimlerine dayanarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit edebilirler. Ancak hakemler aynı yönetmelerden istifade ederek elektronik tahkimde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebilir mi?

Tahkim yargılamasının şeklinin değiştirilecek ve elektronik formatta yapılması, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk tespiti de açısından bir değişikliğe yol açmaktadır. Çünkü geleneksel tahkimde uyuşmazlığın esasına uygulanması gereken hukukun belirlenmesi için kullanılan kurallar elektronik tahkim çerçevesinde uygulamaya uygun değildir. Bu da elektronik tahkimde uyuşmazlıkların doğduğu ortamdaki temel farklılıklardan kaynaklanmaktadır (Samiya, 1984, 34). Elektronik tahkimin kullanılması, genellikle elektronik ticaretle ilgili anlaşmazlıklarda söz konusu olacaktır ve bu uyuşmazlıkların yapısı milletlerarası özel hukuk kuralları ile uyumlu değildir. Bu kuralların internetin mekânsal bağlantıları olmayan bir topluma dayanan özel yapısına uyarlanması gerekmektedir (Sönmez/Karakaya, 2015, 220).

Bu nedenle, kanımızca klasik kanunlar ihtilâfı kurallarının e-ticaret meselelerinin ele alan elektronik tahkimde uygulanması elverişli bir yöntem değildir. Bu kanunun milletlerarası ticarete tatbikinin sakıncalı olduğu durumlarda, örf-âdet kurallarından veya daha genel ifadeye milletlerarası ticaret hukukunun kaynaklarından istifade edilerek uygun bir çözüm bulunması gerekmektedir (Samiya, 1984, 40).

Hakemlerin bunu yaparken, elektronik ticaret uyuşmazlıklarının çözümünü tarafların açık veya örtülü iradelerine göre yerine getirmesi gerekmektedir. Eğer bir çözümü bulamadıysa, milletlerarası ticaret kurallarına başvurmalı, eğer yeniden bir çözüm sunmamışsa milletlerarası özel hukukun geleneksel yaklaşımlarına geri dönmelidir (Sönmez/Karakaya, 2015, 220). Bu bağlamda MTK md. 12/C uyarınca, "Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının veya usûl kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir", hükmünü getirmişti, bu hükme göre, Türk hukuku da taraflara seçme imkânı görmektedir.



Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tarafların hukuk seçimi durumunda atfın reddedilmesi yanında seçilen hukukun aksi belirtilmedikçe uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen maddi hukuk olduğu yönündeki saptamadır. Zira milletlerarası tahkimde taraflar uygulanacak usûl hukukunu da serbestçe seçme imkânına sahip olduğunu bulunmaktadır (Özel, 2008, 127).

KAYNAKÇA

- Atalı, M. Şubat (2018). *İnternet Ortamında Tahkim ve Usûl Hukuku Sorunları*, Subat 2007, Sayı 60, et. 13-11-2018, "http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=%DDINTERNET%20ORTAMINDA%20TAHK%DDM%20ve%20US%DBL%20HUKUKU%20SORUNLARI&kimlik=-1517589410&url=makaleler/matali-1.htm".
- Akıncı, Z. (2016). *Milletlerarası Tahkim*. 4.Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Alibaba, A. (2015). *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi Ve Sınırlandırılması*, Ankara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara.
- Aygül, M. (2014). *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Dayınlarlı, K. Kasım (2018). *İhtiyarî Tahkimde Hakem Ücreti*. et. 12.12.2018, "http://www.dayınlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/alibozer.pdf".
- El-Abasiri F. M. (2002). *Hukud EL-İştirak Fi Kawahid EL-Mahlumat Hibra Şabakat İnternet*. Ürdün: Dar El-Camiha El-Cadida.
- Güven, K. Ağustos (2014). *Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim*. *Public and Private International Law Bulletin*, Volume: 34, Issue: 2, ss. 1-57.
- Işık, F. Ekim (2013). *Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk*. et. 26-11-2018, "http://www.erdem-erdem.av.tr/yayınlar/hukuk-postasi/tahkim-anlasmasinin-esasina-uygulanacak-hukuk/".
- Köseoğlu, Özdemir. (2015). *Uluslararası Ticarî Tahkimde Uyuşmazlık Çözümünün Uygulanacak Hukuk Açısından İncelenmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, İstanbul.
- Özdemir, D. Haziran (2003). *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*. *Gazi Üniversitesi Dergisi*, Cilt.7, Sayı.1-2, ISSN-1302-0013, Ss. 1-31, et. 21.11.218, "http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_4.pdf".
- Özel, S. Ocak (2017). *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması*. *MUHF-HAD*, Cilt.23, Sayı.1, et. 28.11.2018, "http://dergipark.gov.tr/download/article-file/331983".
- Özel, S. (2008). *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilaflı Meseleler*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Sönmez, İ. Karakaya, G. Ocak (2015). *Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, XXIII.
- Samiya, R. (1984). *EL-Tahkim Fi EL-İlakat EL-Dawliya EL-Hasa*, EL-Kahire: El-Kitap El-Awal, Dar El-Nahza EL-Erabiya.
- Şanlı, C. Nisan (2002). *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları Uluslararası Ticarî Akitler*, İstanbul: Beta Basım A.Ş.
- Tiryaki, Aysu. (2016). *Tahkim Anlaşması*. et. 29.11.2018, "http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112494859.pdf".
- Tanrıbilir, F. ŞİT, B. (2002). *Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Tahkim Kanunu*. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, M.H.B., Yıl 22, 2002/2, Ss. 820-837.
- Tekinalp, G. (1999). *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, (Bağlama Kuralları)*. İstanbul: Beta Basım Yayın.