

# ULUSLARARASI TAHKİMDE VASIFLANDIRMANIN HANGİ HUKUKA TÂBİ OLACAĞI SORUNU\*

## THE PROBLEM OF WHICH LAW SHOULD GOVERN QUALIFICATION IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Ayşenaz ÖZTÜRK\*

**Özet:** Uluslararası tahkimde ortaya çıkan kanunlar ihtilafı problemleri yerel mahkemelerden farklı olarak iç hukuk ve yabancı hukuk ayırımından kaynaklanmaz. Hakem heyetinin bir iç hukuku olmadığı gibi tahkim yeri hukuku dahil tüm hukuklara aynı ölçüde yabancıdır. Bu sebeple, tahkim yargılamasında vasıflandırma gereksinimi doğduğunda vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağını tespit etmek kolay olmayabilir. Başvurulacak bir lex forinin yokluğunda, hakem heyeti, uyumsuzluğun “ulus-ötesilik” derecesini dikkate alarak bir değerlendirme yapabilir. Tahkim yargılaması ne kadar az ulus-ötesi unsur barındırıyorsa, vasıflandırmanın tahkim yeri hukuku uyarınca yapılması o kadar uygun olur. Eğer, tahkim yargılamasının ulus-ötesi niteliği ağır basıyorsa vasıflandırmanın ulus-ötesi standartlara göre yapılması daha doğru olur. Hakem heyeti vasıflandırma yaparken başvuracağı ulus-ötesi standartlara karşılaştırmalı hukuk analizi yoluyla ulaşabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Tahkim, Vasıflandırma, Lex fori, Ulus-Ötesi Standartlar, Karşılaştırmalı Hukuk Analizi

**Abstract:** Unlike in local courts, conflict of laws issues in the context of international arbitration, do not arise out of the distinction between domestic and foreign law. Arbitral tribunals do not have a domestic law and they are equally foreign to all laws including the law of the seat. Therefore, when an arbitral tribunal needs to qualify an issue, it may not be easy to determine which law should govern such qualification. In the absence of a lex fori to fall back on, arbitral tribunals must take into account the degree of “transnationality” of the dispute when making their assessments. The less trans-

\* Bu makale yazarın doktora tezinden türetilmiştir.

\*\* Doktora Öğrencisi, İD Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aysenaztahmaz@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-5511-8098, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.02.2024, Kabul Tarihi: 01.04.2024

national the arbitration is in terms of the relevant factors; it is more appropriate for arbitral tribunals to take into account the *lex arbitri* as the governing law of qualification. If the transnational nature of arbitration proceedings outweighs, qualification should be made according to transnational standards. Such transnational standards can be found through comparative law analysis.

**Keywords:** International Arbitration, Qualification, *Lex Fori*, Transnational Standards, Comparative Law Analysis

## GİRİŞ

Hayat ilişkileri farklı hukuk sistemlerinde farklı hukuki kategoriler altında düzenlenmiş olabilir. Vasıflandırma, hâkimin önündeki fiili durumun (factual situation) ya da hayat ilişkisinin hangi hukuki kategoriye ait olduğunu tespit etmesidir.<sup>1</sup> Dolayısıyla vasıflandırma yalnızca uluslararası özel hukuku değil hukukun tüm dallarını ilgilendirmektedir. Gerçekten de uluslararası tahkimde hakem heyeti<sup>2</sup> önündeki uyuşmazlığın hangi hukuki meseleye ilişkin olduğunu tespit etmeden bir çözüm yolu bulamaz.

Uluslararası tahkimde, hakem heyeti kendisine tanınan geniş takdir yetkisini kullanarak tahkim yargılamasının başından sonuna kadar competence-competence<sup>3</sup> ilkesi gereğince önündeki uyuşmazlığı görmeye yetkili olup olmadığı dahil olmak üzere çeşitli konularda karar verirken vasıflandırma yapmayı gerektiren pek çok soruya cevap aramaktadır.<sup>4</sup> Taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusu hangi hukuki kategoriye girmektedir? Hangi konular usûle hangi konular esasa ilişkindir? Usûle uygulanacak hukuk ve esasa uygulanacak hukuk nelerdir? Tahkim anlaşmasının geçersizliği bakımından öne sürülen

<sup>1</sup> William E. Beckett, "The Question of Classification ("Qualification") in Private International Law", *British Year Book of International Law*, 15, 1934, s. 46

<sup>2</sup> Hakem heyeti ile tek hakem (sole arbitrator) veya hakem heyeti (arbitral tribunal) kastedilmektedir.

<sup>3</sup> Uluslararası tahkimde competence-competence ilkesi, hakem heyetinin uyuşmazlığı karara bağlama konusundaki yetkisine kendisinin karar verebilmesi anlamına gelir, bu konuda bkz. Margaret L. Moses, *The Principles and Practise of International Commercial Arbitration*, 3rd ed, Cambridge, 2017, s. 96; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, Redfern and Hunter on *International Arbitration*, 6th ed, Oxford University Press, 2015, para 5.105; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul, 2016, s. 164.

<sup>4</sup> Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 3rd ed., 2021, s. 1139-1140.

sebeup tahkim anlaşmasının şekline mi, asli geçerliliğine mi, ehliyete mi ilişkindir? Ancak hakem heyetinin bu sorulara cevap ararken yapacağı vasıflandırma faaliyeti, hâkimin uygulanacak hukuku tespit etmek amacıyla yaptığı, kanunlar ihtilafı hukukunda kabul edilen vasıflandırmadan farklıdır.

Uluslararası tahkimde var olan uygulanacak hukuk çeşitliliği bir takım vasıflandırma problemlerine yol açabilir. Tahkim yeri hukuku, tahkim usulüne uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasına (anlaşmanın varlığı, geçerliliği, icra edilebilirliği ve yorumu dahil olmak üzere) uygulanacak hukuk, taraflar arasındaki sözleşmenin varlığı, geçerliliği, icra edilebilirliği ve yorumu dahil olmak üzere uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk, hakem kararının tanınması ve tenfizinin talep edileceği yer hukuku tahkim yargılamasında önemli rol oynadığı gibi, yerel, uluslararası, ulus-ötesi (transnational) kamu düzeni kurallarının uygulanacak hukuk üzerindeki sınırlayıcı rolü göz ardı edilemez. Öte yandan, bağlayıcı olmayan düzenleyici kurallar (soft law) ve kurumsal tahkim kuralları da tahkim yargılamasında uygulama alanı bulan kurallar olarak dikkati çekmektedir. Yukarıda sözü edilen hukukların ve kuralların tespit edilmesi ve uygulanması sırasında yapılacak vasıflandırma hayati rol üstlenmektedir.

Tüm bu sebeplerle, uluslararası tahkimde hakem heyetinin vasıflandırmayı hangi hukuka göre yapacağını tespit edilmesi gereklidir. Kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırmanın tâbi olduğu hukuk bakımından öne sürülen teorilerden en çok taraftara ve uygulamaya sahip olan görüş vasıflandırmanın hâkimin hukuku (mahkemenin hukuku, for'un hukuku yani "lex fori") uyarınca yapılacağıdır.<sup>5</sup> Peki uluslararası tahkimde lex forisi olmayan hakem heyeti hangi hukuk uyarınca vasıflandırma yapacaktır? Bu çerçevede şu sorunun da yanıtlanması gerekir: Uluslararası tahkimde, vasıflandırmanın tâbi olduğu

<sup>5</sup> Lord Collins of Mapesbury, Jonathan Harris, Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws, 16th ed, Sweet&Maxwell, Thomson Reuters, London, 2022, s. 48; Pippa Rogerson, Collier's Conflict of Laws, 4th ed, Cambridge University Press, 2013, s. 269; Arthur Henry Robertson, Characterization in the Conflict of Laws, Harvard University Press, 1940, s. 25-38.; Beckett, s. 49; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, BETA, 2021, s. 79; Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, BETA, İstanbul, 2017, s. 100; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figenmeşe Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, BETA, İstanbul, 2021, s. 55 vd.

hukuk kapsamında kanunlar ihtilâfı hukukunda ileri sürülen diğer teoriler uygulama alanı bulabilir mi? Bu sorulara cevap ararken, öncelikle uluslararası özel hukukta vasıflandırma konusunda yapılan teorik tartışmaların incelenmesi gerektiği kanısındayız.

## I- KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA VASIFLANDIRMA PROBLEMİ

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlığı gören hâkimin uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını belirleyebilmesi için her şeyden önce karşısına çıkan meselenin hukuki mahiyetini tespit etmesi gerekir.<sup>6</sup> Hâkim ancak bu yolla hangi kanunlar ihtilâfı kuralını<sup>7</sup> uygulayacağını bulabilir.

Hâkimin önündeki meselenin *lex foride* farklı, hüküm statüsünde (*lex causae*) farklı hukuki kategorileri ilgilendirmesi halinde ortaya vasıflandırma problemi çıkar. Örneğin, sonraki evlilik yoluyla vasiyetnamenin iptali meselesini hâkim kendi hukukuna göre vasıflandırdığında bağlama konusu miras iken yabancı hukuka göre evlenme olabilir. Bu durumda hâkim meselenin miras statüsüne mi yoksa evlilik statüsüne mi tâbi olduğuna nasıl karar verecektir? Aynı vasıflandırma problemi hâkimin hukuku ile yabancı hukukun bir malın taşınır mı yoksa taşınmaz mı olduğu veya bir konunun şekle mi yoksa ehliyeteye mi ya da usûle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu gibi sorulara farklı cevaplar verdiği durumlarda da ortaya çıkar.<sup>8</sup> Vasıflandırmanın tâbi olduğu hukuk konusunda yapılan teorik tartışmaların temelde üç görüş etrafında toplandığı söylenebilir.<sup>9</sup>

### A. *Lex foriye* göre vasıflandırma

En fazla taraftarı olan ve en çok uygulama alanı bulan görüşe göre, vasıflandırma hâkimin hukukuna (*lex fori*) tâbidir.<sup>10</sup> Hâkim karşısına

<sup>6</sup> Osman Fazıl Berki, *Devletler Hususi Hukuku*, Üçüncü Bası, Ankara, 1959, s. 267.

<sup>7</sup> Uluslararası özel hukukta uygulanacak hukuku gösteren kurallar gerek yabancı doktrinde (*rules of conflict of laws*) gerek Türk literatüründe kanunlar ihtilâfı kuralları olarak isimlendirilse de aslında bu kurallar yabancı hukuk sistemlerinin uygulama alanını belirleyerek kanunlar ihtilâfını engelleyen kurallardır, bkz. Beckett, s. 47.

<sup>8</sup> Ernest G. Lorenzen, "The Qualification, classification, or characterization problem in the conflict of laws", *Yale Law Journal*, 50, 1940-1941, s. 743; Berki, s. 268.

<sup>9</sup> Dicey, *Morris&Collins*, 16th ed, 2022, s. 48-49.

<sup>10</sup> Dicey, *Morris&Collins*, 16th ed, 2022, s.48; Beckett, s. 49-57; *Collier's Conflict of Laws*, s. 269, Robertson, s. 25-38.

çıkan meseleyi kendi hukukunda yer alan kategoriler ve kavramlar uyarınca vasıflandıracaktır.<sup>11</sup>

Vasıflandırma problemini keşfeden Kahn ve Bartin tarafından ortaya koyulan bu görüşü savunanlar, hangi durumlarda yabancı hukukun uygulanacağına yabancı hukukun kendisi karar verirse, mahkemenin kendi kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması üzerinde hiçbir kontrolünün kalmayacağı görüşündedir.<sup>12</sup> Bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralı ehliyeteye milli hukukunun uygulanacağını söylüyorsa bu kuralın anlamı kanunlar ihtilâfı kuralını koyan ülkenin hukuku uyarınca ehliyeteye ilişkin kabul edilen meselelere milli hukukunun uygulanacağıdır.<sup>13</sup> Kanunlar ihtilâfı kuralında yer alan hukuki konsept ve kategorilerin ne anlama geldiği kuralı koyan ülkenin hukukuna bakılarak anlaşılabilir.<sup>14</sup> Bu görüşe göre, bir ülkenin uluslararası özel hukuk ve iç hukuk kuraları aynı hukuk sisteminin bir parçasını oluşturdukları için birinin diğerinin ışığında değerlendirilmesi doğaldır. Nitekim hâkim karşısındaki uyumsuzluğu ister istemez kendi yetiştirdiği ve bir parçası olduğu hukuk sistemi içerisinde değerlendirme refleksinde olacaktır.

Lex fori uyarınca vasıflandırmayı savunanların diğer önemli argümanı vasıflandırmanın yapılacağı zamana ilişkindir. Vasıflandırma yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağı veya uygulanacaksa hangi yabancı hukukun uygulanacağı tespit edilmeden önce yapılmalıdır.<sup>15</sup> Hâkimin önündeki meselenin hukuki mahiyetini tespit etmeden yetkili yabancı hukuku bulabilme ve buna göre uyumsuzluğu çözme ihtimali yoktur.<sup>16</sup> Dolayısıyla hâkimin yabancı bir hukukun vasıflandırmasını henüz o hukukun uygulanıp uygulanmayacağı yönünde bir karar vermeden önce kabul etmesi mantığa aykırıdır.<sup>17</sup>

Lex fori vasıflandırma, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanabilmesi için gereken kavramları iç hukukta aramanın doğru olmadığı,<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Beckett, s. 49; Collier's Conflict of Laws, s. 269.

<sup>12</sup> Beckett, s. 49-57; Dicey, Morris&Collins,16th ed, 2022, s. 48.

<sup>13</sup> Beckett, s. 50.

<sup>14</sup> Beckett, s. 50.

<sup>15</sup> Beckett, s. 50.

<sup>16</sup> Berki, s. 271.

<sup>17</sup> Beckett, s. 50.

<sup>18</sup> Robertson, lex foriye göre vasıflandırmada, vasıflandırmanın "iç hukuk" uyarınca yapılması zorunluluğu olmadığını savunmuştur. Robertson'a göre lex fori terimi

yabancı hukukta kabul edilen müessesenin hâkimin hukukunda karşılığının olmadığı durumlarda çözümsüz kalınacağı,<sup>19</sup> mahkemenin kendi hukukuna göre vardığı sonuç ile davanın başka devlet mahkemesinde açılması halinde ulaşılabilecek sonuçların birbirinden farklı olacağı sebepleriyle eleştirilmiştir.<sup>20</sup> Lex fori vasıflandırmanın sebep olabileceği istenmeyen durumlardan kaçınmak için çözüm üretilmeye çalışıldığıysa da bir iki yöntemin dışında pratik bir çözüm getirilememiştir.<sup>21</sup>

Hâkim kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yabancı hukukun uygulanmasına karar verdiğinde söz konusu yabancı hukuktaki kuralı yabancı devlet mahkemesi hangi durumda ve nasıl uygulayacak ise o şekilde uygulamalıdır.<sup>22</sup> Ancak, lex foriye göre vasıflandırma yapıldığında hâkimin, yabancı hukuk kuralını, yabancı hukuk mahkemelerinin uygulamayacağı bir olaya uygulaması ihtimali vardır.<sup>23</sup> Örneğin, Türk mahkemeleri bir uyuşmazlıkta Fransız hukuk kuralı uyarınca bir hakkın varlığını tanıırken, aynı olaya Fransız mahkemelerinin ilgili kuralı uygulamamaları veya söz konusu hakkın varlığını tanımamaları ya da başka bir sonuca varmaları uluslararası özel hukukta istenmeyen bir durumdur. İngiliz yazar Beckett bu durumda hâkimin ne kendi hukukunu ne yabancı hukuku doğru uyguladığını belirtmektedir.<sup>24</sup> Kanımızca bu durum vasıflandırma probleminde aşılması en zor durumdur. Beckett'a göre uluslararası özel hukukta "atıf" kurumunun kabul edilmesine, kanunlar arasındaki ihtilafları en aza indirme arzusuyla birlikte, anılan bu zorluk yol açmıştır.<sup>25</sup> Gerçekten de doktrinde atıf kurumuna karşı yapılan eleştiriler hemen hemen lex fori vasıflan-

---

katı bir şekilde mahkemenin iç hukuku anlamına gelmez; kanunlar ihtilâfı hukukunun amacına uygun olarak üzerinde çalışılması gereken daha geniş bir kavramdır, Robertson (Characterization), s. 29.

<sup>19</sup> Bartin'e göre mahkemenin iç hukukunda benzer bir müessese veya kuralın olmaması yabancı müessese veya kuralın mahkemenin değerlerine o kadar yabancı olduğu anlamına gelir ki, hâkimin söz konusu yabancı müessese veya kuralı uygulamayı kamu düzeni gerekçesiyle reddetmesi gerekir, Etienne Bartin, "De l'impossibilité d'arriver a la suppression definitive des conflits de loi", *Jurnal de Droit International Prive & Jurisprudence Comparee*, 24, 1897, s. 246; Beckett, s. 57.

<sup>20</sup> Beckett, s. 53-54; Çelikel/Erdem, s. 81.

<sup>21</sup> Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 744-745.

<sup>22</sup> Beckett, s. 47.

<sup>23</sup> Beckett, s. 55.

<sup>24</sup> Beckett, s. 47.

<sup>25</sup> Beckett, s. 55.

dırma lehine ileri sürülen argümanlarla aynıdır; lex fori vasıflandırmayı savunanlar atıf kurumunun önemli muhalifleridir.<sup>26</sup>

## B. Lex causeaya göre vasıflandırma

Despagnet lex foriye göre vasıflandırmaya getirilen eleştirilerden yola çıkarak lex causaeya göre vasıflandırma teorisini geliştirmiştir.<sup>27</sup> Despagnet'e göre hâkimin önündeki hayat ilişkisinin tâbi olduğu hukuk aynı zamanda onun vasıflandırılmasında da yetkili olan hukuktur.<sup>28</sup> Hâkimin kendi kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukuku doğru uygulayabilmesi için söz konusu yabancı hukukun vasıflandırmasını benimsemesi gerekir.<sup>29</sup> Bu görüşe göre her müessese tâbi olduğu hukukun kendisine verdiği anlam içerisinde değerlendirilmelidir.<sup>30</sup> Hayat ilişkisine yabancı hukukun uygulanması, hayat ilişkisini yabancı hukukun yönettiği ve dolayısıyla hayat ilişkisinin mahiyetini yabancı hukukun belirlemesi gerektiği anlamına gelmektedir.<sup>31</sup> Despagnet'e göre hâkimin önündeki uyumsuzluğa kendi kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yabancı hukukun uygulanacağını söyleyip o uyumsuzluğu yabancı hukuka göre vasıflandırmaması yabancı hukuku hiç uygulamamasıyla eşdeğerdir.<sup>32</sup>

Bartın vasıflandırmanın lex foriye tâbi olduğunu öne süren orijinal tezine 1930 yılında şu sınırlamayı getirmiştir:<sup>33</sup> "Lex fori vasıflandırma uya-

<sup>26</sup> Beckett, s. 55.

<sup>27</sup> Frantz Despagnet, "Des conflicts de lois relatifs a la qualification des rapports juridiques", *Clunet*, 1898; Lorenzen, "The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws", *Columbia Law Review*, 20, 1920, s. 262; Robertson, (A Survey) s. 750; Robertson (Characterization), s. 27; Beckett, s. 58.

<sup>28</sup> Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 262; Arthur Henry Robertson, "A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws: Part I. Previous Statements of the Problem in English", *Harvard Law Review*, 52, 1939, s. 750.

<sup>29</sup> Robertson (Characterization), s. 27; Lorenzen (The Theory of Qualifications) s. 263; Çelikel/Erdem, s. 81.

<sup>30</sup> Martin Wolff, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3rd ed., Springer, 1954, s. 154; Çelikel/Erdem, s. 81.

<sup>31</sup> Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 262.

<sup>32</sup> Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 262; Robertson, (A Survey) s. 750; Dicey, *Morris&Collins*, 16th Ed, 2022, s. 48.

<sup>33</sup> Etienne Bartin, "La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois", 31 *Recueil des cours*, 1930, s. 565-603; Lorenzen, (Qualification, classification, or characterization), s. 747.

rınca belirli bir hukuki müesseseye uygulanmak üzere yabancı bir hukuk belirlendikten sonra bu hukukun uygulanması sırasında ortaya çıkan ve uyumsuzluğun karara bağlanması için gerekli olan tüm tâli vasıflandırmalar yabancı hukuka tâbidir".<sup>34</sup> Ancak hemen belirtmek gerekir ki Bartin'in "tâli vasıflandırmalar" olarak adlandırdığı faaliyet esasında teknik anlamda uygulanacak hukukun tespiti için yapılan bir vasıflandırma değildir. Burada kastedilen, hayat ilişkisi *lex fori*ye göre vasıflandırılıp uygulanacak hukuk tespit edildikten sonra, söz konusu yabancı hukukun uygulanması sırasında karşılaşılan kavramlar yorumlanırken yabancı hukukta kendilerine verilen anlamın dikkate alınacağıdır.<sup>35</sup> Cheshire ve Robertson bunu "ikinci derece vasıflandırma" olarak adlandırarak vasıflandırmayı *lex causaenın* tayin edilmesinden önce ve sonra olmak üzere zaman bakımından ayırmıştır.<sup>36</sup> Yazarlara göre *lex causaeya* ulaşmak için yapılan vasıflandırma birinci derece vasıflandırmadır ve *lex fori*ye tâbidir; *lex causaeya* ulaştıktan sonra yapılan vasıflandırmalar ise ikinci derece vasıflandırmadır ve *lex causaeya* tâbidir.<sup>37</sup> Birinci derece vasıflandırma-ikinci derece vasıflandırma ayrımı bugün terk edilmiştir.<sup>38</sup> Ancak bu ayırmadan bağımsız olarak yetkili yabancı hukuk tayin edildikten sonra, *lex causaenın* uygulanması sırasında *lex causaeda* yer alan hukuki kavram veya müesseselerin vasıflandırılması ihtiyacı doğabilir. *Lex fori* vasıflandırma uyarınca bir sözleşme veya haksız fiilin X hukukuna (*lex causae*) tâbi olduğu kabul edildiğinde, sözleşmenin kredi sözleşmesi mi yoksa rehin sözleşmesi mi olduğu veya işverenin işçinin haksız fiillerinden sorumlu olup olmadığı ve bu bağlamda işveren ve işçi ile ne kastedildiği gibi, söz konusu sözleşme veya haksız fiil ile ilgili ortaya çıkan tâli sorunlara elbette X hukuku (*lex causae*) uygulanır.<sup>39</sup>

*Lex causaeya* göre vasıflandırma görüşüne göre yetkili yabancı hukukun uygulanması sırasında karşılaşılan "tâli vasıflandırmalar"

<sup>34</sup> Lorenzen, (Qualification, classification, or characterization), s. 747.

<sup>35</sup> Beckett, s. 52.

<sup>36</sup> Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 755.

<sup>37</sup> Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 755. Robertson ve Cheshire hangi konuların ikinci derece vasıflandırmanın kapsamına girdiği konusunda fikir birliğine varamamıştır.

<sup>38</sup> Nomer'e göre ikinci derece vasıflandırma yetkili yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının yorumundan ibaret olup yabancı hukukun uygulanması konusuna ait bir problem teşkil etmektedir, Nomer, s.99.

<sup>39</sup> Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 758.



kadar söz konusu yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağı kararı da *lex causaeya tâbidir*.<sup>40</sup> Hayat ilişkisinin *lex causaeda lex foriden* farklı vasıflandırılması halinde, hâkim *lex causaeda*daki vasıflandırmayı kabul ederse başka bir ülke hukukunun uygulanması sonucuyla karşılaşabilir. Beckett, *lex causaeya* göre vasıflandırmanın kabul edilmesi halinde, hâkimin kendi kanunlar ihtilâfı kuralları üzerindeki hâkimiyetinin kamu düzenine aykırılık ile sınırlı olacağını belirtmiştir.<sup>41</sup>

*Lex causaeya* göre vasıflandırma çok az yazar tarafından benimsenmiştir. Bu görüşe getirilen en temel eleştiri yetkili hukukun tayin edilebilmesi için öncelikle ilgili hayat ilişkisinin vasıflandırılması gerektiğidir.<sup>42</sup> Bu görüşün, uyumsuzluğa uygulanma ihtimali olan birden çok hukuk olması halinde hangi hukukun vasıflandırmasının tercih edileceği konusunda bir çözüm sunamaması bir diğer eleştiri konusudur.<sup>43</sup> Gemma, hâkimin henüz tespit edilmemiş bir hukuk olan *lex causaeya* dayanarak vasıflandırma yapmasının imkansız olduğunu belirtip hayat ilişkilerini uluslararası yaşamın gerekliliklerinden hareket ederek vasıflandırmanın ülkeler arasında yeknesaklığı sağlayabileceğini söyleyerek yeni bir teorinin tohumlarını ekmıştır.<sup>44</sup>

### C. Bağımsız teoriler: karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi (analytical jurisprudence)

Gemma'ya göre hukuki ilişki ve müesseselerin işlevlerinin uluslararası hayatın gerekliliklerine uygun olarak önyargısız bir şekilde değerlendirilebilmesi için bunların devletlerin pozitif hukuklarından ayrı tutulması gerekir.<sup>45</sup> Hâkim, hukuki ilişkinin sınır-ötesi boyutunun gelişimine en uygun olan hukukun vasıflandırmasını dikkate almalıdır.<sup>46</sup> Gemma'nın, *lex fori* veya *lex causae* yerine uluslararası ilkeleri dikkate alma konusundaki düşünceleri doktrinde yeni görüşlerin or-

<sup>40</sup> Beckett, s. 58.

<sup>41</sup> Beckett, s. 58.

<sup>42</sup> Çelikel/Erdem, s. 81.

<sup>43</sup> Beckett, s. 58; Çelikel/Erdem, s. 82.

<sup>44</sup> Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 745.

<sup>45</sup> Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 263.

<sup>46</sup> Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 263.

taya çıkmasını sağlamıştır.<sup>47</sup> Bu yöndeki en çarpıcı görüş Rabel tarafından ileri sürülmüştür.<sup>48</sup> Rabel'e göre bir kanunlar ihtilâfi kuralının arka planında yalnızca ait olduğu ülkenin iç maddi hukuk anlayışının olduğunu varsaymak hatalı olur.<sup>49</sup> Her ülkenin uluslararası özel hukuk mevzuatı kendi hukukuyla diğer tüm ülkelerin hukukları arasında yeknesaklık oluşturmak amacıyla tasarlanmıştır ki bu da ancak belirli bir ülkenin somut hukuki müesseseleri yerine daha soyut kavramlardan hareket edilerek elde edilebilir.<sup>50</sup> Rabel, medeni devletlerin hukuki kavramları arasında bir takım farklılıklar olsa da, bunların genellikle tüm yerel hukuklar için geçerli olacak daha soyut kavramların yaratılmasına izin verecek kadar birbirlerine benzediklerini ileri sürmüştür.<sup>51</sup> Ancak, Rabel, yerel mevzuattaki farklılıklar ve karşıt görüşler üzerinde uzlaşma sağlanamaması halinde karşılaştırmalı hukuk yönteminin vasıflandırma probleminde çözüm getiremeyeceğini de kabul etmiştir.<sup>52</sup> Beckett da Rabel gibi kanunlar ihtilâfi kurallarının fonksiyonlarını yerine getirebilmeleri için bütün hukuk sistemlerindeki kural ve müesseselerin özellikleri dikkate alınarak uygulanmaları gerektiği görüşündedir.<sup>53</sup> Beckett'a göre kanunlar ihtilâfi kurallarının anlamı yalnızca analitik içtihat bilimi ve karşılaştırmalı hukuktan çıkarılabilecek genel nitelikte olmalıdır.<sup>54</sup>

Karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi teorisi pratik olmadığı, davanın süresini ve maliyetini uzatacağı, sonuçlarının öngörülemez olduğu, hukuk sistemlerindeki farklılıkların nasıl aşılacağı konusunda çözüm getiremediği gerekçeleriyle eleştirilmiştir.<sup>55</sup> Falconbridge, karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırma yapılabilmesi için, karşılaştırmalı hukukta derinlemesine bilgi sahibi, uyuşmazlık ve

<sup>47</sup> Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

<sup>48</sup> Ernst Rabel, "Das Problem der Qualifikation", *Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, 5, 1931, s. 241-288.

<sup>49</sup> Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

<sup>50</sup> Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

<sup>51</sup> Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

<sup>52</sup> Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

<sup>53</sup> Beckett, s. 59; Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 747; Robertson (A Survey), s. 763.

<sup>54</sup> Becket, s. 59; Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 747; Robertson (A Survey), s. 763.

<sup>55</sup> Collier's Conflict of Laws, s. 271.

sorunları *lex fori*den ayırma yeteneğine sahip ve kendilerine tamamen yabancı bir tekniği benimsemeye istekli ulus-üstü bir hâkim sınıfına (supranational class of judges) ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir.<sup>56</sup> Hemen belirtmek gerekir ki Falconbridge'in saydığı bu kriterleri uluslararası tahkim uyuşmazlıklarını gören hakemlerin taşıdığını söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle, bağımsız teoriler altında yapılan değerlendirmeler uluslararası tahkim bakımından önem kazanmaktadır.

## II. KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KABUL EDİLEN GÖRÜŞLERİN ULUSLARARASI TAHKİMDE UYGULANABİLİRLİĞİ

Uluslararası tahkimde hakem heyetinin, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tayin ederken yerel mahkemeler gibi “kendiliğinden” uygulayacağı kanunlar ihtilâfî kuralları yoktur.<sup>57</sup> Dolayısıyla uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağı sorusu ile birlikte hangi ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarının uygulanacağı sorusuna da cevap vermek durumundadır.<sup>58</sup> Kendi kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulayan yerel mahkemeler böyle bir zorlukla karşılaşmazken; tahkim yeri örneğin Cenevre olan bir tahkim yargılamasında hakem heyeti, İsviçre kanunlar ihtilâfî kurallarını mı yoksa tahkim yerinden bağımsız üçüncü bir ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarını mı uygulayacağı sorunuyla karşılaşır.

Uluslararası tahkimde, hakem heyetinin tahkim yerinin kanunlar ihtilâfî kurallarıyla bağlı olduğu yönündeki geleneksel yaklaşım, 1963 yılında Goldman'ın, uluslararası tahkim için bağımsız bir kanunlar

<sup>56</sup> Falconbridge, hâkimin *lex fori* uyarınca vasıflandırma yapacağını ancak bunu yaparken yabancı hukukun vasıflandırmasını (benimsemek zorunda olmasa da) dikkate alması gerektiğini böylece *lex fori* vasıflandırma ile *lex causae* vasıflandırma arasında bir “orta yol” (“*via media*”) bulunabileceğini söylemiştir, John D. Falconbridge, “Characterization in The Conflict of Laws”, *Law Quarterly Review*, 53, 1937, s. 245; Robertson (A Survey), s. 767.

<sup>57</sup> Born, s. 2824.

<sup>58</sup> Filip De Ly, “Conflict of Law in International Arbitration-An Overview”, *Conflict of Laws in International Arbitration*, editors Franco Ferrari, Stefan Kröll, NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, Juris, 2019, s. 1.

ihtilâfı sistemi<sup>59</sup> geliştirmesi ile terk edilmiştir.<sup>60</sup> Goldman hakem heyetinin *lex foris*inin olmayışından ve tahkim yerinin genellikle uyuşmazlık konusuyla bağlantısı olmayan yalnızca tarafsızlığı sebebiyle seçilen bir konum oluşundan yola çıkarak tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kuralları yerine uygulanacak bağımsız bir kanunlar ihtilâfı sistemi öne sürmüştür.<sup>61</sup> Goldman'ın öne sürdüğü bağımsız sistem düşüncesi zaman içerisinde gelişerek hakem heyetinin kanunlar ihtilâfı kurallarını kümülatif olarak uygulaması, uygun bulduğu kanunlar ihtilâfı kuralını uygulaması, kanunlar ihtilâfı kurallarını göz ardı ederek doğrudan maddi hukuk kurallarını uygulaması, hukukun genel ilkelerini uygulaması gibi yaklaşımların ortaya çıkmasını sağlamıştır.<sup>62</sup> Bu sayede yerel hukuk sistemlerinden bağımsız, uluslararası sözleşmelere, ticari teamül ve uygulamalara, hukukun genel ilkelerine dayanan bir "maddi ulus-ötesi hukuk" (*lex mercatoria*) teorisinin geliştirilmesinin önü açılmıştır.<sup>63</sup> Uluslararası tahkim hukukunun 1960'larda başlayan liberalizasyonu, devletlerin tahkim mevzuatı ve mahkeme kararlarında etkisini göstermiş, yeknesak tahkim kurallarının hazırlanmasını sağlamıştır.<sup>64</sup> Uluslararası tahkimde görülen liberalleşmenin en önemli örnekleri arasında hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri (*competence-competence* ilkesi), gerek tahkim usûlüne gerek uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından taraflara tanınan irade muhtariyeti,<sup>65</sup> tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde hakemlere tanınan takdir yetkisi sayılabilir. Uluslararası tahkimde irade muhtariyeti o kadar geniş kabul edilmiştir ki taraflar bir devletin pozitif hukukuyla sınırlı kalmaksızın her türlü hukuk kuralını (huku-

<sup>59</sup> Berthold Goldman, "Les conflicts de lois dans l'arbitrage international de droit prive", 109 *Recueil des Cours*, 1963, s. 347-483.

<sup>60</sup> De Ly, s. 3.; Born, s. 2836.

<sup>61</sup> De Ly, s. 4; Redfern and Hunter, para 3.213.

<sup>62</sup> De Ly, s. 4; Born, s. 2844-2865.

<sup>63</sup> De Ly, s. 4; *Lex mercatoria* hakkında bkz. Berthold Goldman, "The applicable law: general principles of law-the *lex mercatoria*", *Contemporary Problems in International Arbitration*, Lew, J.D.M. (ed), Springer, 1987, s. 113-126.

<sup>64</sup> De Ly, s. 4.

<sup>65</sup> İrade muhtariyeti bugün tüm uluslararası tahkim kanunlarında, uluslararası sözleşme ve konvansiyonlarda, kurumsal tahkim kurallarında kabul edilen uluslararası tahkimin "yol gösterici ilkesi"dir, Redfern and Hunter, para.1.53, 3.97,6.07; Born, s. 525, 2295, 2877; Moses, s. 72-83.

kun genel ilkeleri, *lex mercatoria*, UNIDROIT ilkeleri<sup>66</sup> vb.) uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak seçebilir.<sup>67</sup> Hakemler de hukuk seçiminin yokluğu halinde tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarını dikkate almadan, uygun gördükleri bir kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yetkili olan hukuku<sup>68</sup> veya herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralına başvurmaksızın uygun gördükleri bir maddi hukuku doğrudan uygulayabilir.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Uluslararası Ticari Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts), Türkçe güncel metin için bkz. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Turkish-bl.pdf>

<sup>67</sup> Born, s.2966-2983; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilâfı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 124-125; UNCITRAL (United Nations Commission On International Trade Law, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Model Kanunu m. 28(1)'de, hakem heyetinin uyuşmazlığı tarafların seçtiği hukuk kuralı (rule of law) uyarınca karara bağlayacağı düzenlenmiştir.

<sup>68</sup> UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 33(1) uyarınca hakem heyeti uyuşmazlığın esasına tarafların seçtiği hukuku, böyle bir hukuk seçimi yoksa uygulanabilir gördüğü kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca tayin edilen hukuku uygular. UNCITRAL Model Kanunu m. 28(2)'de UNCITRAL Tahkim Kurallarıyla paralel olarak taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında, hakem heyetinin uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili hukuku uygulayacağı düzenlenmiştir. UNCITRAL Model Kanunu m. 28(2) hakemlerin ilk fıkradan farklı olarak "hukuk kuralını" değil "hukuku" (law) uygulayacakları düzenlenmiştir. İki fıkra arasındaki bu farklılık, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde, hakem heyetinin ulusal olmayan hukuk kurallarını uygulayıp uygulayamayacağı konusunda tartışma yaratmıştır, Born, s.2840.

<sup>69</sup> Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce, "ICC") Tahkim Kuralları m. 17(1) uyarınca taraflar hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulayacağı kuralları serbestçe kararlaştırabilirler. Böyle bir seçimin olmadığı hallerde hakem heyeti uyuşmazlığa uygun gördüğü hukuk kurallarını uygulayabilir. İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları (Swiss Rules of International Arbitration) m. 22(1) uyarınca hakem heyeti uyuşmazlığı tarafların seçtiği hukuk veya hukuk kuralları uyarınca, böyle bir seçim yapılmamışsa, uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili gördüğü hukuk veya hukuk kuralları uyarınca çözecektir. Amerikan Tahkim Birliği (American Arbitration Association) Tahkim Kuralları m. 28 uyarınca hakem heyeti taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk veya hukuk kurallarını uygulayacaktır. Tarafların böyle bir seçim yapmaması halinde, hakem heyeti uygulanabilir olduğuna karar verdiği hukuku veya hukuk kurallarını uygulayacaktır; Born, s. 2842; Özel, s. 131 vd.; Veijo Heiskanen, "And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration", *The Journal of London Court of International Arbitration*, 26, 4, 2010, s.451.

Yukarıdaki açıklamalarımız, uluslararası tahkim hukuku ve uygulamasında klasik kanunlar ihtilâfı kurallarının öneminin giderek azaldığını düşündürebilir. Eğer hakemler uygun gördükleri herhangi bir ihtilâf kuralını uygulayabiliyor ve hatta kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmadan doğrudan uygulanacak hukuku belirleyebiliyorsa, uluslararası tahkimde geleneksel kanunlar ihtilâfı yöntemlerinin gerçek bir rolü veya işlevi olduğu söylenebilir mi? Kanımızca kanunlar ihtilâfı meselelerinin uluslararası tahkimde hiçbir öneminin olmadığını söylemek yanlış bir değerlendirme olur. Uluslararası tahkimde elbette kanunlar ihtilâfı sorunları ortaya çıkmaktadır; ancak bu sorunlar yerel mahkemelerden farklı olarak iç hukuk ve yabancı hukuk ayrımından kaynaklanmamaktadır. Uluslararası tahkimde hakem heyeti için hiçbir hukuk iç hukuk olmadığı gibi tüm hukuklar ona aynı ölçüde yabancıdır. Bu sebeple bir vasıflandırma gereksinimi doğduğunda vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağını tespit etmek kolay olmayabilir. *Lex forisi* olmayan hakem heyeti önündeki uyuşmazlığı hangi hukuka göre vasıflandıracaktır? Bu noktada tahkim yeri hukukunun hakem heyetine diğer tüm hukuklar kadar yabancı olduğu unutulmamalıdır.<sup>70</sup> Uluslararası tahkimde vasıflandırmanın tâbi olacağı hukuk konusunda yapacağımız değerlendirmelerde bu anlayıştan hareket edilecektir.

### **A. Hakemlerin bir *lex forisinin* olmaması ve tahkimin ulusötesi niteliği**

Uluslararası tahkimde uyuşmazlığı gören hakem heyetinin bir "mahkemesi", "forumu" ya da bu anlamda tâbi olduğu bir hukuk sistemi yoktur.<sup>71</sup> Uluslararası tahkimdeki "tahkim yeri" kavramının da "lex fori"yi karşılamadığı kabul edilmektedir.<sup>72</sup> Uluslararası tahkimde, tahkim yeri, hakem heyetinin yargı yetkisinin ülkesel sınırlarını çizen

<sup>70</sup> Heiskanen, s. 450.

<sup>71</sup> Goldman (Les conflits de lois), s.347-483; Pierre Lalive, "Les regles de conflits de lois appliquees au fond du litige pas l'arbitre international siegeant en Suisse", *Revue de l'arbitrage*, 1976, s. 159; Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Globalization of Arbitral Procedure", *Vanderblit Journal of Transnational Law*, 36, 2003, s.1315; De Ly, s. 4; Redfern and Hunter, para 3.212-3.213; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Michael Kröll, *Comperative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, s. 111.

<sup>72</sup> Heiskanen, s. 449.

bir ifade olmayıp, çoğun kez fiziki/hukuki uygunluğu veya popülerliği sebebiyle tercih edilen, uyuşmazlıkla veya taraflarla ilgisi olmayan tarafsız bir yerdir. Nitekim uluslararası tahkimde hakem heyetinin tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere tüm hukuklardan bağımsız olması gerektiği görüşü bu düşünceden kaynaklanmaktadır.<sup>73</sup> Dolayısıyla, uluslararası tahkimde hakem heyeti, mahkeme yargısında hâkim için önem arz eden iç hukuk/yabancı hukuk ayrımıyla ilgilenmez.<sup>74</sup> Mahkemelerin hukuk sisteminin bir parçası oldukları ülke ve o ülkenin hukukuyla (lex fori) ilişkisi ile hakem heyetinin tahkim yeri ve bu yerin hukuku (lex loci arbitri) ile ilişkisi birbirlerinden tamamen farklıdır. Hakem heyeti ve tahkim yeri arasındaki ilişki devamlı olmayan ad hoc bir ilişkidir.<sup>75</sup> Hakem heyetleri belirli bir yargı çevresindeki uyuşmazlıkların çözülmesi için teşekkül etmez. Yerel mahkemeler ise buldukları yerin hukuk sisteminin bir parçası, yargı organıdır. Neredeyse tüm modern uluslararası tahkim kurallarınca kabul edilen hakem heyeti ve yerel mahkemeler arasındaki bu farkın en temel sonucu uluslararası tahkimde hakem heyetinin tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarıyla bağlı olmadığıdır. Nitekim bu durum Sapphire<sup>76</sup> tahkim davasında hakem heyeti tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

“Adına adalet dağıttığı Devletin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına uymakla yükümlü olan bir Devlet hâkiminin aksine,

<sup>73</sup> Tarafların, tahkim anlaşmasıyla, tahkim yargılamasını tahkim yeri hukuku dahil tüm hukuklardan delokalize edip edemeyeceği, tahkimin tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına tâbi olup olmadığı, tahkim yerinde iptal edilen bir hakem kararının tanuma ve tenfizinin mümkün olup olmadığı konuları yabancı doktrinde 1980li yıllarda oldukça tartışılmıştır: Jan Paulsson, “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin”, *International and Comparative Law Quarterly*, 30, 1981, s. 358; Hans Smit, “A-National Arbitration”, *Tulane Law Review*, 63, 1981, s. 629; Jan Paulsson, “Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters”, *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983, s. 53; William W. Park, “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983, s. 21; Jan Paulsson, “The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs”, *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986, s. 297; William W. Park, “Judicial Controls in the Arbitral Process”, *Arbitration International*, 5, 1989, s. 230.

<sup>74</sup> Heiskanen, s. 449.

<sup>75</sup> Heiskanen, s. 449.

<sup>76</sup> 15.03.1963 tarihli Sapphire International Petroleum Ltd v The National Iranian Oil Co. Hakem kararı.

hakem bu tür kurallara bağlı değildir. Tarafların ortak iradelerini aramalı ve doktrinde ve yargı kararlarında çoğunlukla kullanılan bağlama noktalarını kullanmalı ve ulusal özellikleri dikkate almamalıdır".<sup>77</sup>

Hakem heyetinin tahkim yerinin veya herhangi bir devletin kanunlar ihtilâfı kuralları ile bağlı olmadığı göz önüne alındığında, vasıflandırmanın geleneksel kural veya yaklaşımlar uyarınca yapılması tahkimin karakteristik özellikleriyle bağdaşmayacaktır. Tahkim anlaşmasında taraflarca uyuşmazlığın esasına veya tahkim usûlüne uygulanacak hukuk seçilmiş ise, hakem heyeti yetkili hukuku uygularken karşılaştığı kavramları o hukuk sistemi içerisinde kalarak o ülkenin hâkimi gibi yorumlayacaktır. Hakem heyeti, hukuk seçimi olmadığı durumlarda hangi hukukun uygulanacağını tespit ederken, iç hukuk/ yabancı hukuk arasında bir seçim yapmayacak, tahkim yeri hukuku, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tanıma ve tenfiz yeri hukuku, hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk, *lex mercatoria* gibi çok daha geniş seçeneklerle karşı karşıya kalacaktır. Öte yandan, mahkeme yargısında hâkimin önündeki meseleye *lex fori* veya *lex causaen* uygulanacağı sonucuna ulaşabilmesi için usûl/esas ayrımı bakımından da bir vasıflandırma yapması gerekmektedir. Uluslararası tahkimde, hakem heyetinin *lex forisi* olmadığı için, usûle ilişkin konularda *lex foriyi* uygulama zorunluluğu yoktur.<sup>78</sup> Tarafların tahkim yargılama sürecinde usûle uygulanacak hukuku da seçebildikleri<sup>79</sup> dikkate alındığında uluslararası tahkimde usûl/esas ayrımı bakımından yapılacak olan vasıflandırma da mahkeme yargısından farklıdır.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> "Contrary to a State judge, who is bound to conform to the conflict law rules of the State in whose name he metes out justice, the arbitrator is not bound by such rules. He must look for the common intention of the parties, and use the connecting factors generally used in doctrine and in case law and must disregard national peculiarities", *Sapphire International Petroleum Ltd v The National Iranian Oil Co.*, 15.03.1963, *International and Comparative Law Quarterly*, 13, 1964, s. 1011.

<sup>78</sup> Saar A. Pauker, *Substance and procedure in international arbitration*, *Arbitration International*, 2020, s. 13.

<sup>79</sup> Born, s. 113; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, BETA, İstanbul, 2019, s. 365; Akıncı, s. 166.

<sup>80</sup> Uluslararası tahkimde, uygulanacak hukuk bakımından yapılan usul ve esas ayrımı hakem heyetine o konuda tanınan takdir yetkisini ve iptal davası ve tanıma/tenfiz süreçlerinde kararın karşılaştacağı incelemenin derecesini etkilemektedir.



Bizimde katıldığımız görüşe göre, uluslararası tahkimde vasıflandırmanın hangi hukuka tâbi olacağı sorunuyla karşılaşan hakem heyeti, başvurulacak bir *lex forin*in yokluğunda vasıflandırılması gereken konu özelinde ve uyuşmazlığın “ulus-ötesilik”<sup>81</sup> derecesini dikkate alarak bir değerlendirme yapmalıdır.<sup>82</sup> Nitekim pek çok farklı kriter bakımından ulus-ötesi unsurlar taşıyan tahkim yargılamaları kadar tek uluslararası unsurun tahkim yeri veya tarafların vatandaşlığı olduğu tahkim yargılamaları da mevcuttur. Heiskanen’e göre somut olaydaki koşullara bakıldığında tahkim yargılaması ulus-ötesi olmaktan ziyade yerel nitelikler taşıyorsa hakem heyetinin vasıflandırmayı tahkim yeri hukukuna göre yapması daha uygun olabilir.<sup>83</sup> Bunun sebebi, tahkim yargılamasını idare eden hukukun (*lex arbitri*) tahkim yeri hukuku olduğunun kabul edilmesidir.<sup>84</sup> Buna karşılık, tahkim yargılaması ulus-ötesi niteliği haiz ise, hakem heyetinin vasıflandırmayı tahkim yeri hukuku yerine ulus-ötesi standartları dikkate alarak yapması daha uygun olacaktır.<sup>85</sup> Ulus-ötesi unsurlar taşıyan bir tahkim yargılamasında vasıflandırma problemiyle karşılaşan hakem heyeti, tahkim yerinin emredici kurallarına otomatik olarak öncelik vermek yerine, önündeki mesele bakımından ulus-ötesi kamu düzenine uygun olan kuralı uygulanacak hukuk olarak tayin etmelidir.

## B. Vasıflandırmada başvurulacak ulus-ötesi standartların tespiti

Hakem heyetinin tahkim yeri hukuku ve ulus-ötesi standartlar arasında yapacağı seçim kendisinin uluslararası tahkim algısı ve anlayışını da ortaya koymaktadır. Eğer kendisini tahkim yerinin hukuk sisteminin sınırları içerisinde hareket eden bir yargı organı gibi görüyorsa büyük olasılıkla yerel kurallara göre bir vasıflandırma yapacaktır. Ancak, kendisini tüm yerel hukuklardan bağımsız ulus-ötesi bir

<sup>81</sup> Ulus-ötesi hukuk hakkında bkz. Philip C. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956.

<sup>82</sup> Heiskanen, s. 457.

<sup>83</sup> Heiskanen, s. 457.

<sup>84</sup> Redfern and Hunter, para 3.53; Kaufmann-Kohler, s. 1315; Born, s.1727; Musa Aygül, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, On İki Levha, 2.Baskı, İstanbul, 2014, s. 38; Özel, s. 59.

<sup>85</sup> Heiskanen, s. 457.

uyuşmazlık makamı olarak görüyorsa, ulus-ötesi standartları uygulamak konusunda daha gönüllü olacaktır. Öte yandan, hakem heyetinin tahkimin ulus-ötesilik derecesini nasıl ölçeceği, ulus-ötesi (veya evrensel olarak kabul gören) kuralları uygulaması gerektiğine kanaat getirdiğinde bu kuralları nerede bulacağı tartışma konusu olmuştur.<sup>86</sup>

Her tahkim yargılaması tahkim yeri, tarafların vatandaşlığı, işyeri merkezleri, sözleşmenin yapıldığı ve/veya ifa edildiği yer, sözleşmeye uygulanacak hukuk, hakem kararının etkilerinin hissedileceği yer gibi taşıdığı unsurlar bakımından farklılık gösterir. Hakem heyeti karşılaştığı bir vasıflandırma sorununu *lex arbitri*ye mi yoksa ulus-ötesi standartlara göre mi çözeceğine karar verirken tüm bu unsurları dikkate almalıdır.<sup>87</sup> İlgili unsurları değerlendirip tahkim yeri ile bağlantının diğer ülkelerden göz ardı edilemeyecek kadar fazla olup olmadığını tartmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hakem heyeti yaptığı değerlendirme sonucunda tahkim yeri hukukunu değil ulus-ötesi normları uygulamaya kanaat getirirse, bu normları karşılaştırmalı hukukta bulacaktır.<sup>88</sup>

Karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi teorisi kapsamında öne sürülen düşüncelerden yola çıkarak, uluslararası tahkimde vasıflandırmanın, tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere tüm iç hukuklardan bağımsız olarak karşılaştırmalı hukuk aracılığıyla elde edilen, uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına uygun soyut ve genel kavramlar kullanılarak yapılmasının en isabetli yöntem olacağı kanısındayız. Başka bir deyişle, hakem heyeti, karşısındaki meseleyi, mümkün olduğu ölçüde, belirli bir yerel hukuk sistemi veya geleneğinin dar kalıplı sınıflandırmalarına başvurmak yerine, evrensel olarak kabul gören hukuki kategorilere atıfta bulunarak vasıflandırmalıdır<sup>89</sup>. Örneğin, karşılaştığı bir ilk itirazın yetkiye mi yoksa kabul edilebilirliğe mi ilişkin olduğunu vasıflandırmak durumunda kalan hakem heyeti, bu konudaki uluslararası içtihat ve doktrinin karşılaştırmalı analizini yaparak yetki ve kabul edilebilirlik arasındaki sınırı tespit etmelidir.

<sup>86</sup> Heiskanen, s. 457.

<sup>87</sup> Heiskanen, s. 457.

<sup>88</sup> Heiskanen, s. 457.

<sup>89</sup> Zachary Douglas: *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009, s. 46.

Doktrinde karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi teorisine getirilen eleştiriler uluslararası tahkim bakımından geçerli olmaz. Hakemlerin *lex forisi* olmadığı için önlerindeki uyumsuzluğu değerlendirirken herhangi bir hukuk sisteminin sınırları içerisinde kalmak eğiliminde değillerdir.<sup>90</sup> Tahkim ulus-ötesi bir yargılama türü olduğu için hakem heyetinin de ulus-ötesi olduğu rahatlıkla söylenebilir. Hakem heyeti çoğunlukla farklı ülkelerden gelen farklı hukuki eğitim, altyapı ve deneyime sahip hakemlerden oluştuğu için, kanımızca hakemlerin karşılaştırmalı hukuk analizi yapmaları hâkimlere göre daha kolay olacaktır.

## SONUÇ

Hakem heyeti tahkim yargılamasının farklı aşamalarında vasıflandırma faaliyetine başvurmak durumunda kalabilir. *Lex forisi* olmayan hakem heyetinin bu vasıflandırmayı hangi hukuka göre yapacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Tahkim yargılaması yerel nitelikler taşıyorsa tahkim yeri hukukunda yer alan kavramlar dikkate alınabilir. Bunun sebebi tahkim yargılamasını bir bütün olarak idare eden hukukun tahkim yeri hukuku olmasıdır. Ancak uyumsuzluğun ulus-ötesi niteliği ağır basıyorsa vasıflandırma tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere tüm iç hukuklardan bağımsız ulus-ötesi standartlar uyarınca yapılmalıdır. Hakem heyeti karşılaştığı bir vasıflandırma sorununu *lex arbitri*ye mi yoksa ulus-ötesi standartlara göre mi çözeceğine karar verirken tahkim yeri, tarafların vatandaşlığı, işyeri merkezleri, sözleşmenin yapıldığı ve/veya ifa edildiği yer, sözleşmeye uygulanacak hukuk, hakem kararının etkilerinin hissedileceği yer gibi çeşitli unsurları dikkate almalıdır.<sup>91</sup> Hakem heyeti yaptığı değerlendirme sonucunda tahkim yeri hukukunu değil ulus-ötesi normları uygulamaya kanaat getirirse, bu normları karşılaştırmalı hukukta bulacaktır.<sup>92</sup> Sonuç olarak uluslararası tahkimde vasıflandırmanın uluslararası içtihat ve doktrinin karşılaştırmalı analizi aracılığıyla elde edilen, uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına uygun soyut ve genel kavramlar kullanılarak yapılmasının en isabetli yöntem olacağı kanısındayız.

<sup>90</sup> Redfern and Hunter, para 3.212-3.213.

<sup>91</sup> Heiskanen, s. 457.

<sup>92</sup> Heiskanen, s. 457.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, *Vedat Kitapçılık*, 4. Baskı, İstanbul, 2016.
- Aygül Musa, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, On İki Levha, 2.Baskı, İstanbul, 2014.
- Berki Osman Fazıl, Devletler Hususi Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara, 1959.
- Blackaby Nigel, Partasides Constantine, Redfern Alan, Hunter Martin, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th ed., Oxford University Press, 2015.
- Born Gary B., International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, 3rd ed., 2021.
- Çelikel Aysel, Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, BETA, 2021.
- Lew Julian D. M., Mistelis Loukas A., Kröll Stefan M., Comperative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.
- Mapesbury Lord Collins, Harris Jonathan, Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws, 16th ed., Sweet&Maxwell, Thomson Reuters, London, 2022.
- Moses Margaret L., The Principles and Practise of International Commercial Arbitration, 3rd ed., Cambridge, 2017.
- Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, BETA, İstanbul, 2017.
- Özel Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Robertson Arthur Henry, Characterization in the Conflict of Laws, Harvard University Press, 1940.
- Rogerson Pippa, Collier's Conflict of Laws, 4th ed., Cambridge University Press, 2013.
- Şanlı Cemal, Esen Emre, Ataman-Figenmeşe İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, BETA, İstanbul, 2021.
- Şanlı Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, BETA, İstanbul, 2019.
- Wolff Martin, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3rd ed., Springer, 1954.
- Jessup Philip C., Transnational Law, Yale University Press, New Haven, 1956.
- Zachary Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge, 2009.

### Kitap Bölümleri

- Bartin Etienne, "La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois", 31 *Recueil des Cours*, 1930.
- Berthold Goldman, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit prive", 109 *Recueil des Cours*, 1963.
- De Ly Filip, "Conflict of Law in International Arbitration-An Overview", *Conflict of Laws in International Arbitration*, editors Franco Ferrari, Stefan Kröll, NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, Juris, 2019.
- Goldman Berthold, "The applicable law: general principles of law-the lex mercatoria", *Contemporary Problems in International Arbitration*, Lew, J.D.M. ed., Springer, 1987.

## Makaleler

- Bartin Etienne, "De l'impossibilite d'arriver a la suppression definitive des conflits de loi", *Journal de Droit International Prive & Jurisprudence Comparee*, 24, 1897.
- Beckett William E., "The Question of Classification ("Qualification") in Private International Law", *British Year Book of International Law*, 15, 1934.
- Despagnet Frantz, "Des conflits de lois relatifs a la qualification des rapports juridiques", *Clunet*, 1898.
- Falconbridge John D., "Characterization in The Conflict of Laws", *Law Quarterly Review*, 53, 1937.
- Heiskannen Veijo, "And/OR: The Problem of Qualification in International Arbitration", *The Journal of London Court of International Arbitration*, 26, 4, 2010.
- Kaufmann-Kohler Gabrielle, "Globalization of Arbitral Procedure", *Vanderblit Journal of Transnational Law*, 36, 2003.
- Lalive Pierre, "Les regles de conflits de lois appliquees au fond du litige pas l'arbitre international siegeant en Suisse", *Revue de l'arbitrage*, 3, 1976.
- Lorenzen Ernest G., "The Qualification, classification, or characterization problem in the conflict of laws", *Yale Law Journal*, 50, 1940-1941.
- Lorenzen Ernest G., "The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws", *Columbia Law Review*, 20, 1920.
- Park Wiliam W., "Judicial Controls in the Arbitral Process", *Arbitration International*, 5, 1989.
- Park William W., "The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983.
- Paulsson Jan, "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin", *International and Comparative Law Quarterly*, 30, 1981.
- Paulsson Jan, "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters", *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983.
- Paulsson Jan, "The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs", *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986.
- Rabel Ernst, "Das Problem der Qualifikation", *Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, 5, 1931.
- Saar A. Pauker, Substance and procedure in international arbitration, *Arbitration International*, 2020.
- Smit Hans, "A-National Arbitration", *Tulane Law Review*, 63, 1981.

## Hakem Kararları

- Sapphire International Petroleum Ltd v The National Iranian Oil Co., 15.03.1963, *International and Comparative Law Quarterly*, 13, 1964.

