

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DEVLETLERARASI TAHKİM

Doktora Tezi

Beyza Özturanlı

ANKARA - 2014

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DEVLETLERARASI TAHKİM

Doktora Tezi

Beyza Özturanlı

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE

ANKARA – 2014

TEZ ONAY SAYFASI

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DEVLETLERARASI TAHKİM

Doktora Tezi

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Sertac H. Boyerem
Doç. Dr. Cavid Abdullahzade
Doç. Dr. Rifat ERTEN
Yrd. Doç. Dr. Ulke HALITG UUSU
Yrd. Doç. Dr. Vahit Bayraktar

İmzası



Tez Sınavı Tarihi18.07.2014

(Tez Beyan Belgesi)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

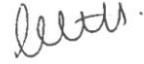
Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (18/07/2014)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Beyza ÖZTURANLI

İmzası



İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ VE DEVLETLERARASI TAHKİM

I. Uyuşmazlık Kavramı	8
A. Uyuşmazlık Kavramının Unsurları	9
B. Uyuşmazlığın Tarafları	11
C. Uyuşmazlık Türleri	14
II. Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Devletlerarası Tahkim	17
A. Barışçıl Çözüm Yollarının Tarihi Gelişimi	18
B. Uyuşmazlıkların Geleneksel Barışçıl Çözüm Yolları	24
1. Yargı Dışı Çözüm Yolları	25
2. Yargısal Çözüm Yolları	28
C. Uyuşmazlıkların Yargısal Çözüm Yolu Olarak Devletlerarası Tahkim	31
1. Tahkim Kavramı	31
2. Devletlerarası Tahkimin Benzer Kurumlardan Farkı	33
3. Devletlerarası Tahkimin Hukuki Temeli ve Yargısal Niteliği	35
4. Kurumsal Tahkim <i>Ad-hoc</i> Tahkim Ayrımı	37
5. Uluslararası Alandaki Gelişmelerin Devletlerarası Tahkime Etkisi	40
6. Devletlerarası Tahkimin Tercih Edilme Nedenleri	45
7. Siyasi Uyuşmazlıklar ve Devletlerarası Tahkim	47
III. Devletlerarası Tahkimin Tarihi Gelişimi	50
A. İlk Çağda Devletlerarası Tahkim	51
B. Orta Çağ ve Yeni Çağda Tahkim	53

C. Jay Andlaşması ve Sonrasındaki Gelişmeler.....	54
D. <i>Alabama</i> Davası.....	60
E. 1899-1907: La Haye Barış Konferansları ve Bir Dünya Mahkemesi Kurulması Fikri.....	64
F. Milletler Cemiyeti Dönemi.....	75
G. Birleşmiş Milletler Dönemi	78

İKİNCİ BÖLÜM

HAKEM MAHKEMESİNİN KURULUŞU

I. Tahkim Anlaşması	83
A. Tahkim Kaydı.....	83
B. Yetkilendirme Anlaşması (<i>Compromise</i>).....	84
1. Anlaşmanın Hazırlanması Süreci.....	84
2. Anlaşmanın Bağlayıcılığı.....	87
II. Hakem Mahkemesinin Oluşumu	90
A. Mahkemenin Oluşumu Sürecinde Tahkim Taahhüdünün Hukuki Niteliği	90
B. Mahkemenin Oluşumunun Tahkim Sürecindeki Rolü	93
C. Hakemlerin Seçilmesi Usulü.....	106
D. Hakemlerin Nitelikleri	119
1. Hakemlerin Sahip Olması Gereken Özellikler	119
2. Bağımsızlık ve Tarafsızlık	122
3. Hakemlerin Seçilmeleri ve Atanmaları Bakımından Yeterlilikleri	126
E. Hakemlerin Hukuki Statüleri	129
1. <i>Ad-hoc</i> ve Ulusal Hakemler	129
2. Hakemlerin Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkları	133
3. Devletlerarası Tahkimde Hakemlerin Rolü.....	135
4. Hakemlerin Çekilmesi ve Reddi	140
5. Boş Kalan Makamın Doldurulması	151
III. Devletlerarası Tahkime Uygulanacak Usul Kuralları	154
A. Usul Kuralların Önemi ve Rolü	155

B. Usul Kurallarının Tespiti.....	160
1. Taraflarca Tespit.....	160
2. Mahkemece Tespit	161
C. Usul Kurallarının Uygulanması Sorunu.....	163
D. Usule İlişkin Temel Haklar	164
1. Yargılanma Hakkı	166
a. Tam Olarak Teşkil Etmiş Mahkeme	166
b. Bağımsız Mahkeme	168
c. Gerekçe Gösterme Zorunluluğu.....	171

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM YARGILAMASI

I. Tahkim Sürecinin Başlatılması ve Yürütülmesi	172
A. Tahkim Talebi	172
B. Tahkim Sürecinin Yürütülmesi	182
1. Tahkim Sürecinin Yürütülmesi Usulü.....	182
2. Dava ve Savunma Dilekçeleri.....	186
3. Süreler.....	188
4. Duruşmalar	190
a. Duruşma Yapılması Gerekliliği.....	191
b. Duruşmaların Yürütülmesi.....	193
c. Duruşmaların Tekrarlanması	195
d. Duruşmaların Yeniden Açılması (<i>Reopening of Hearings</i>).....	196
5. İddia ve Savunmanın Değiştirilmesi.....	198
6. Yargılama Dili.....	202
II. Tahkimde Tarafların Temsili: Avukatlar ve Temsilciler	203
A. Temsil Yetkisi.....	203
B. <i>Amicus Curiae</i>	206
1. <i>Amicus Curiae</i> Kavramı	206
2. Uluslararası Mahkemelerin Uygulamalarında <i>Amicus Curiae</i>	207

III. Hakem Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Yetki İtirazı	210
A. Yargı Yetkisi (<i>Jurisdiction</i>) Kavramı	211
B. Yargı Yetkisine İtirazlar	215
1. Geçersiz Yetkilendirme Anlaşmaları	215
2. İç Hukuka Aykırılıklar	220
3. Uyuşmazlığın Yetkilendirme anlaşması Kapsamına Girmemesi	222
C. Ayrılabilirlik Doktrini ve Mahkemenin Kendi Yargı Yetkisi Hakkında Karar Verebilmesi	224
D. Ayrılabilirlik Doktrinine Eleştiriler	232
E. Mahkemenin Yargı Yetkisine İlişkin Kararının Hukuki Niteliği	235
IV. Geçici Koruma Tedbirleri	235
A. Devletlerarası Tahkimde Ön Sorunlar (<i>Preliminary Questions</i>)	235
B. Geçici Koruma Tedbirlerinin Hukuki Niteliği	237
C. Geçici Koruma Tedbirlerinin Amacı	238
D. Geçici Koruma Tedbirlerinin Koşulları	239
1. Mahkemenin <i>Prima Facie</i> Yargı Yetkisi	240
2. Davanın Esasına İlişkin Yetki ve <i>Prima Facie</i> Yetki	242
3. Özel Anlaşmalardaki Hükümler	244
4. Acil durumlar	248
5. Telafi Edilemez Zarar	251
E. Diğer Yargı Yerleri Önündeki Paralel İşlemlerin Askıya Alınması Kararı	253
F. Geçici Koruma Tedbirlerinin Etkinliği	255
V. Karşı Dava	259
A. “Karşı Dava” (<i>Counterclaim</i>) Kavramı	259
B. Takas (<i>settoff</i>) ve Karşı Dava (<i>counterclaim</i>)	261
C. Karşı Davanın Koşulları	263
D. Karşı Davada Usul	271

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM YARGILAMASINDA UYGULANACAK HUKUKA VE DELİLLERE
İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

I. Uygulanacak Hukuk	276
A. Devletlerarası Tahkimde Uygulanacak Hukuk Sorunu.....	276
B. Uygulanacak Hukukun Tespiti	280
1. Teamül Hukuku Kuralları	281
a. Uluslararası Hukukta Teamül Hukuku Kuralları	281
b. İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi ve Teamül Hukuku Kuralları	284
c. Eritre-Yemen Davası ve Teamül Hukuku Kuralları	286
2. Hukukun Genel İlkeleri	289
a. Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri.....	289
b. İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi ve Hukukun Genel İlkeleri	292
3. Andlaşmalar (<i>Treaties</i>).....	295
a. Uluslararası Hukukta Andlaşmalar	295
b. İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi ve Andlaşmalar.....	296
c. Eritre-Yemen Davası ve Andlaşmalar	299
4. İçtihat ve Doktrin.....	303
C. <i>Ex Aequo et Bono</i> Karar Verme Yetkisi.....	304
1. <i>Ex Aequo et Bono</i> Kavramı ve Hukuki Temeli	304
2. <i>Ex Aequo et Bono</i> Çözüm ve <i>Non-liquet</i> Uyuşmazlıklar	306
3. <i>Ex Aequo et Bono</i> ve Hakça İlkeler (<i>equitable principles</i>).....	307
4. <i>Abyei</i> Davası ve <i>Ex Aequo Et Bono</i> Karar	312
D. <i>Amiable Composition</i> Karar Verme Yetkisi	316
1. <i>Amiable Composition</i> ve <i>Ex Aequo et Bono</i> Karar	316
2. <i>Amiable Compositeur</i> Olarak Karar Veren Mahkemenin Yetkileri.....	317
II. Delillerin Değerlendirilmesi.....	319

A. Devletlerarası Tahkimde Deliller	319
B. Delillerin Mahkemece Kabul Edilmesi	321
C. İspat Yüğü	323
D. Delil Türleri	327
1. Yazılı Belgeler.....	327
2. Tanık Beyanları.....	330
a. Tanıkların Dinlenilmesi Usulü	331
b. Tanık Beyanlarının Değerlendirilmesi	334
3. Keşif.....	334
4. Bilirkişi	335
5. Haritalar	337
E. Delillerin Geç Sunulması	339
F. Ayrıcalıklı Deliller	341
G. Yanıltıcı Delil Sunulması	343
H. Delillerin Değerlendirilmesi	343

BEŞİNCİ BÖLÜM

HAKEM KARARININ İÇERİĞİ VE İCRASI

I. Karar Türleri	346
A. Hakem Kararlarının Nihai Özelliğı.....	346
B. Nihai Karar Türleri.....	347
1. Usule İlişkin Nihai Kararlar.....	347
a. Yargı Yetkisini Saptayan Karar	347
b. Sulh Kararı (<i>Award on Agreed Terms</i>)	347
2. Esasa İlişkin Nihai Kararlar	348
a. Taleplerin Tümünü Kapsayan Tek Karar	348
b. Taleplerin Bir Kısmını/Birini İçeren Kısmi Karar (<i>Partial Award</i>) ..	349
C. Ara Karar (<i>Inter-locutory Award</i>).....	349
II. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar Çoğunluğu.....	350
A. Süre Sınırlandırması	350

B. Karar Çoğunluğu.....	351
C. Mahkeme Başkanının Belirleyici Oyu	352
D. Ulusal Yargıçların Oyu.....	353
E. Muhalefet Şerhi.....	354
F. Hakemin İmzadan İmtina Etmesi	356
III. Kararın Şekli ve Sonuçları.....	366
A. Kararın Yazılı Olması	366
B. Kararın Asli Unsurları.....	367
C. Kararın Gerekçesi	367
1. Gerekçenin Kapsamı.....	367
2. Gerekçenin Yeterliliği.....	370
D. Kararın Yapısı	371
E. Kararın Sonuçları ve Kesin Hüküm (<i>Res Judicata</i>) Etkisi.....	374
1. Tarafların Aynı Olması.....	376
2. Dava Konusunun Aynı Olması.....	377
F. Sekreteryaya Hizmetleri	380
G. Yargılama Masrafları.....	381
IV. Karardan Sonraki İşlemler	384
A. Karar Düzeltme.....	385
B. Kararın Yorumlanması	387
C. Ek Kararlar.....	389
D. Yargılamanın Yenilenmesi (<i>Revision</i>)	391
V. Kararın Geçersizliği.....	395
A. Geçersizlik Nedenleri	397
1. Yetki Aşımı	397
2. Açık Hata Doktrini.....	399
3. Hile	405
4. Görevi Kötüye Kullanma.....	406
B. Geçersizliğin İleri Sürülmesi	410

VI. Kararın İcrası	413
A. Kararın İcrası Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği	414
B. Kararın İcrası için Alınabilecek Tedbirler	416
1. Genel Anlamda Alınabilecek Tedbirler	416
2. Kuvvet Kullanımı ya da Tehdidini İçeren Tedbirler	420
3. Güvenlik Konseyi'nce Alınabilecek Tedbirler	422
SONUÇ	424
KAYNAKÇA	430
ÖZET	465
ABSTRACT	467

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
Am. J. Int'l. L.	American Journal of International Law
Am. U. Int'l L. Rev	American University International Law Review
Arb. Int'l.	Arbitration International
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BMDHS	Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi
Chinese J. Int'l L.	Chinese Journal of International Law
Chp.	Chapter
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
dn.	Dipnot
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
Ed.	Edition (Basım)
Emory J. Disp. Resol.	Emory Journal of Dispute Settlement
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
IBA	International Bar Association
ICJ	International Court of Justice
Int'l & Comp. L.Q.	International & Comparative Law Quarterly
J. Int'l. Arb.	Journal of International Arbitration
J. Int'l L. & Pol'y	Journal of International Law and Policy
Int'l L.F. D. Int'l.	International Law Forum du droit international
Leiden J Int'l L.	Leiden Journal of International Law
L.N.T.S.	League of Nations Treaty Series
Melb. J. Int'l L.	Melbourne Journal of International Law
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.	New York University Journal of International Law & Politics
Pace Int'l L. Rev.	Pace International Law Review
Parag.	Paragraf
PCA	Permanent Court of Arbitration
PCIJ	Permanent Court of International Justice
R.G	Resmî Gazete
s.	Sayfa
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UCM	Uluslararası Ceza Mahkemesi
UN	United Nations
U.N.T.S.	United Nations Treaty Series
USA	United States of America
USAD	Uluslararası Sürekli Adalet Divanı
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
vd.	Ve devamı
VAHS	Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
Vol.	Volume
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
Wash. U. L. Rev.	Washington University Law Review
Willamette J. Int'l L.&Disp. Resol.	Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution
yy.	Yüzyıl

GİRİŞ

Her türlü toplum yapısında ve devletlerarasında, her zaman ve kaçınılmaz olarak muhtelif sosyal etkileşimlerden doğan uyuşmazlıklar bulunmaktadır. Uluslararası toplumda ve özellikle devletlerarası ilişkilerle ilgili her disiplin için, uyuşmazlıkların daha etkin şekilde üstesinden gelebilecek, devletlerce kabul edilen ve etkinliği olan yollara başvurulması önemlidir. Ancak uyuşmazlıkların çözümü meselesi, uluslararası ilişkilerin en az gelişmiş ve teorik konularından biri olup, halen cevabını kesin olarak veremediğimiz pek çok soruyu ihtiva etmektedir.

20. yüzyılda tüm dünya, uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne yönelik kurumlar ve barışçıl politikalar olmadan, kalıcı bir barış ortamının tesis edilemeyeceğini tecrübe etmiştir. Uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne yönelik kurumlar olmadığında, tıpkı ulusal alanda olduğu gibi uluslararası alanda da devletler, uyuşmazlıklarını barışçıl olmayan yollardan bireysel yöntemlerle çözmeye yönelmektedirler¹. Zira uluslararası ilişkilerin karakteristik özelliği gereği her ulus kendi çıkarlarını, amaçlarını ve değerlerini takip etmektedir. Ancak bütün devletler aynı genel sosyal çerçeve içinde hareket ettiklerinde, bunlardan bazılarının çıkarları, amaçları ve değerleri diğerlerinininkiyle çatışmaktadır. Bu durumda devletlerin her biri kendi çıkarlarını korumanın yollarını aramakta; daha güçlü olan devlet, kendi fikir ve çıkarlarını kimi zaman güç kullanarak diğerlerine kabul ettirmeye çalışabilmektedir. Daha güçsüz olan ise ahlaki ya da dini konulardaki nüfuzunu kullanarak kendi iddialarını meşrulaştırmaktadır. Zayıf devletin iddiasını ya da talebini kabul ettirmek için yaptığı ahlaki baskı ona, başka devletlerin ya da muhtelif uluslararası örgütlerin desteğini kazandırabilmektedir².

Devletlerarasındaki uyuşmazlıkların çözümü meselesi, uluslararası hukukun temel niteliğinin anlaşılması için özellikle dikkate alınması gereken bir alandır. Zira konu, hem uluslararası hukuk ilkelerinin ve ona dayalı kuralların hepsinin birden işlemesi noktasında, hem de devletin sorumluluğu hususu bakımından önemli bir meseledir. Temeli, gerekçesi ne olursa olsun, devletlerin iddiaları ya da

¹ Arthur J. GOLDBERG, “*Mediation and Arbitration of International Disputes*”, **Hofstra L. Rev.**, Vol. 1, 1973, s. 9.

² Richard B. BILDER, “*An Overview of International Dispute Settlement*”, **Emory J. Disp. Resol.**, Vol. 1, 1986, s. 6.

taleplerinin, normatif ilkelerce meşrulaştırılmış olması, uluslararası alandaki sosyal davranışlar ve etkileşimlerin içerisinde kendisine önemli bir yer edinmiştir. Her ne kadar uluslararası hukuk, diğer hukuk dallarına nazaran bazı konularda daha zayıf bir sistem arz etse de, düzenli bir barışçıl çözüm sisteminin varlığı ve gerekliliği göz ardı edilmemelidir³.

Tezin konusunu oluşturan devletlerarası tahkim, uluslararası kamu hukuku çerçevesinde devletlerarasındaki uyuşmazlıkların barışçıl ve yargısal çözüm yollarından biridir. Bu yönüyle uluslararası barış ve güvenliğin devamının teminine, uluslararası hukukun gerçekleştirilmesine ve gelişimine, yüz yılı aşkın bir zamandır katkıda bulunmaktadır. Tahkim, devletlerarası uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak, bugünkü görünümü ile 1794 tarihli Jay Andlaşması ile başlayan, Birleşmiş Milletler'in kuruluşu dönemine kadar aktif olarak başvuru alan bir yöntemdir. Uluslararası Adalet Divanı'nın göreve başlaması sonrasında, devletlerarası tahkim uygulamaları giderek azalmış ve "uluslararası tahkim" terimi, özel hukuk kişilerinin de taraf olabildiği ve günümüzde büyük ölçüde kurumsal organlarca yürütülen uluslararası ticari tahkimi çağrıştırmaya başlamıştır. Bu da devletlerarası tahkimin işlevselliğinin tartışılmasına ve hatta bu konudaki bilimsel çalışmaların tamamen durmasına neden olmuştur.

II. Dünya Savaşı sonrasında Divan'a başvuruların, özellikle belirli tip uyuşmazlıklarda artması, elbette uyuşmazlıkların barışçıl çözümünün teşvik edilmesi ve Birleşmiş Milletler'in nihai amacı olan uluslararası barış ve güvenliğin temini bakımından önemli bir gelişmedir. Ancak dünyanın belirli yerlerinde uzun yıllardır devam eden, bir nevi kronikleşmiş, tarafların Divan'ın yargı yetkisini kabul etmeye yanaşmadığı, kabul ettiği durumlarda da Divan'dan beklenen "adil" sonucun çıkmadığını düşündükleri ya da Divan'ın kendisinin yargı yetkisini reddettiği, siyasi hassasiyetlerin ağır bastığı uyuşmazlıklar devam etmektedir. Bunların dışında günümüzde uluslararası hukukun gelişimi açısından Divan'ın, *ad-hoc* hakem mahkemelerine nazaran çok daha fazla sorumluluğunun olduğu da savunulmaktadır. Bu anlamda Divan'ın önceliğinin, uluslararası hukukun gelişimine ve tutarlılığına hizmet etmek amacıyla içtihat yaratmak

³ Ian BROWNLIE, "The Peaceful Settlement of International Disputes", *Chinese J. Int'l. L.*, Vol. 8, 2009, No. 2, s. 268.

olduğu ifade edilmektedir. Ancak devletlerarasındaki uyuşmazlıkların, daha kısa sürede, devletlerin süreç üzerinde daha fazla hakimiyet sahibi olabildiği, daha esnek usul kurallarına sahip olan yargı organları tarafından çözülmesi gerekliliği de göz ardı edilmeyecek bir husustur. Bu anlamda tahkim, tıpkı yaklaşık yüz yıl öncesinde ve uluslararası ticari tahkimde olduğu gibi, bugün de uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne aktif ve etkili şekilde hizmet edebilme kapasitesine sahiptir. Yapılacak incelemenin temel amacı da, uluslararası kamu hukukunda, uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yolları arasında, tahkim müessesesinin, yargısal bir çözüm yolu olarak yerini, işlevini, uygulanabilirliğini ve uygulamadaki örneklerini açıklamak suretiyle; tahkim sürecinde usule ilişkin kurallara, meydana gelebilecek teknik sorunlara, yargısal sürecin gerektirdiği işlemlere açıklık getirmektir. Bu doğrultuda, devletlerarası tahkimin, tarafların her ikisinin de devlet olduğu uyuşmazlıkların, bağlayıcı bir karara bağlanmak suretiyle, yargısal çözüme kavuşturulmasındaki etkili olabilme kabiliyetini göstermektir.

Bu kapsamda meseleye sadece uluslararası kamu hukuku kişileri arasındaki uyuşmazlıkların, tahkim yoluyla çözümü açısından bakılacak, sınır aşan ticari ilişkilerden kaynaklanan ve uyuşmazlık taraflarının kamu tüzel kişileri ya da özel hukuk kişileri olduğu uyuşmazlıklara ilişkin uygulamaları değerlendirilmeyecektir. Bu çerçevede uluslararası ticari tahkimin hızlı gelişimi göz ardı edilmeye çalışılmamıştır. Zira günümüzdeki tecrübeler, uluslararası ticari tahkim ile uluslararası kamu hukukunun barışçıl çözüm yollarından biri olan devletlerarası tahkim arasında kesin bir çizgi olduğunun iddia edilemeyeceğini göstermektedir. Uluslararası ticaret hukukundaki cazibesi ile tahkime, devletlerarasındaki uyuşmazlıkların yargısal çözümünde de başvurulmaması için hiçbir neden bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmanın çerçevesi, devletler arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümü şeklinde sınırlanmış, ancak uyuşmazlık konusu bakımından herhangi bir daraltmaya gidilmemiştir. Bu amaçla uluslararası barış ve güvenliğin temini bakımından işlevsel olabildiği ölçüde, aynı esnek yapı ve hatta aynı usul kurallarına başvurmak suretiyle tahkimin, uluslararası kamu hukukunda da elverişliliğine işaret edilmiştir. Bu nedenle pek çok yerde ticari tahkim kuralların ve yargılamalarından örnekler verilmiştir.

Beş bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde, uluslararası hukukta uyuşmazlık kavramı, uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yolları içerisinde, yargısal bir çözüm yolu olarak tahkimin yeri, hukuki temeli, devletler tarafından tercih edilme nedenleri ve tarihi gelişimi açıklanmıştır. Uyuşmazlıkların diplomatik ve yargısal çözüm yollarına, devletlerarası tahkime ilişkin gelişmeler ve tahkimin tercih edilme nedenleri çerçevesinde, yalnızca konu ile ilgili olduğu kadar değinilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, hakem mahkemesini kuran ve tarafların iradelerini gösteren tahkim anlaşması ve hakem mahkemesinin kuruluş süreci, bu çerçevede hakemlerin seçilmeleri, nitelikleri ve hukuki statüleri açıklanmıştır. Mahkemenin kuruluşu sürecini yöneten ve yargılamanın sonuna kadar etkili olması gereken usul kuralları da bu bölümde yer almaktadır. Usul kurallarına ayrıntılı olarak değinilmesinin nedeni, tahkimin esnek prosedürleri olması, bu anlamda daha öngörülebilir çözümler getirebilmesi ve kamuya açık olmaması nedeniyle işlevsel olabildiğinin gösterilmeye çalışılmasıdır.

Üçüncü bölümde, tahkim sürecinin başlatılması ve yürütülmesine ilişkin usul işlemleri, tarafların temsili, mahkemenin yargı yetkisi, geçici koruma tedbiri kararları ve karşı dava hususları açıklanmıştır. Hakem mahkemesinin yargı yetkisi ve bu yetkiye tarafların itiraz etmesinin hukuki sonuçları, devletlerarası tahkimde özellikle önem arz etmektedir. Zira kurumsal alt yapısı bulunmayan devletlerarası tahkimde, devletlerin uyuşmazlıklarını üçüncü bir organa havale etmekteki çekingenlikleri, kendisini en çok mahkemenin yargı yetkisini tanımlarken göstermektedir. Bu çerçevede, tarafların, tahkim anlaşmasının geçersizliği, iç hukuka aykırılıklar ya da uyuşmazlığın tahkim anlaşması kapsamına girmediği gerekçesine dayalı olarak yargı yetkisine itiraz etmesi halinde, hakem mahkemesinin kendi yargı yetkisi hakkında karar verip veremeyeceği meselesi de açıklanmıştır. Mahkemenin yargı yetkisi kapsamında geçici koruma tedbirlerine karar verme yetkisi ve usul sorunlarından biri olan karşı dava meselesi de bu bölümde değerlendirilmiştir.

Dördüncü bölümde, tahkim yargılama sürecinin esasına uygulanacak hukuk kurallarının tespit edilmesi, bu hukuk kurallarının uluslararası kamu hukukundaki geleneksel karşılıklarıyla açıklanmıştır. Bu çerçevede, tahkimin, esnek bir yargı

yolu olarak devletlerarasındaki siyasi uyuşmazlıklar bakımından, *ex aequo et bono* çözüme elverişliliğine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Mahkemenin esasa ilişkin değerlendirmesi kapsamında delillerin sunulması, ispat gücü ve değerlendirilmesi de bu bölümde yer almaktadır.

Çalışmanın son bölümünde, tahkim yargılaması sonunda verilebilecek nihai karar türleri, gerekli karar çoğunlukları, kararın içeriğinde bulunması gereken hususlar, kesin hüküm etkisi, kararın geçersizliğini ileri sürme ve karara itiraz imkanları ve kararın icrası açıklanmıştır. Uluslararası mahkeme kararlarının icrası, uluslararası kamu hukukunun en zayıf yanlarından biridir. Bu anlamda son bölümde, merkezi bir yasama, yürütme ve yargı mekanizmalarının bulunmadığı uluslararası hukukta, devletlerin kesinleşmiş bir yargı kararını uygulama yükümlülüklerinin hukuki niteliği, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin sürece dahil olabilme ihtimali ve devletlerin alabileceği bireysel tedbirlerle söz konusu tedbirlerin hukukiliği değerlendirilmiştir.

Yapılan incelemede mümkün olduğunca uluslararası kamu hukuku literatürüne ve geleneksel terimlerine bağlı kalınmaya gayret edilmiş; ancak uluslararası ticari tahkimle bağlantılı ve benzer olduğu ölçüde ticari tahkim konusundaki yabancı temel eserlerden ve bazı ticari tahkim kavramlarından faydalanılmıştır. Terimsel karşılığı konusunda farklılık bulunmamakla birlikte ve yabancı dildeki karşılığından hareketle “tahkim” kavramı kullanılmış; ancak tahkim yargılaması yapan organı işaret ederken “hakem mahkemesi” ifadesine yer verilmiştir. Uluslararası ticari tahkimde yargılama yapan organ, “tahkim heyeti” olarak ifade edilmektedir. Ancak uluslararası kamu hukukunda, temel Türkçe eserlerde, yargı organlarını kastederken, “divan” veya “mahkeme” ifadelerinin kullanılmış olması nedeniyle, bu çalışmada da “tahkim mahkemesi” ya da “tahkim heyeti” yerine, “hakem mahkemesi” kavramı tercih edilmiştir.

Çalışmada Uluslararası Adalet Divanı kararlarına ve uygulamalarına sıkça yer verilmiştir. Bunun nedeni, Divan ve selefinin tarihi kökeninin de devletlerarası tahkime dayanması ve neticede her ikisinin de birer yargısal çözüm yolu olmasıdır. Çalışmada değinilen bir başka yargı organı, halen yargılamalarına devam eden İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'dir. Mahkemenin yargı yetkisi, kuruluş belgeleri gereği, ABD vatandaşlarının İran hükümetine ve İran

vatandaşlarının ABD hükümetine karşı, borçlar, sözleşmeler, kamulaştırma uygulamaları ve mülkiyet haklarını etkileyen diğer tedbirlerden dolayı iddialarını; malların ve hizmetlerin alım ve satımından kaynaklanan iki hükümet arasındaki iddiaları; Cezayir Deklarasyonlarının yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları ve Amerikan-İran yatırım kuruluşları arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmayı kapsamaktadır. Bu nedenle “Iran-USA Claims Tribunal” ifadesinin tercümesi olarak, “İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi” ifadesi kullanılmıştır. Zira Mahkeme sadece tazminat taleplerini karara bağlamamaktadır. Mahkeme’nin yargılama usulüne ve kararlarına sıkça atıf yapılmasının nedeni, iki devlet arasındaki Divan’ın çözemediği siyasi bir krizin tahkim ile çözülebilmesinin, tezde savunulan argümanlara katkısıdır. Diğer yandan günümüz koşullarında artık “uluslararası kamu hukuku tahkimi - uluslararası özel hukuk tahkimi” şeklinde kesin çizgileri haiz bir ayrım yapabilmek için başvurulacak alt yapı kalmadığı hususu çalışma içerisinde açıklanmaktadır. Bu Mahkeme, 33 yıldır her iki alandaki uyuşmazlıkları karara bağlamakta ve ihtiyaca hizmet ettiği ve devletlerarası uyuşmazlıkları etkili şekilde çözebildiği ölçüde usul ya da esasa ilişkin olarak özel hukuk kurallarına başvurulabileceğini göstermektedir.

Çalışma içerisinde, başlıklar altındaki açıklamalarda, ilgili konulardaki tahkim kurallarına yer verilmiştir. Muhtelif tahkim kuralları içinde, yalnızca Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları, Daimi Tahkim Divanı’nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları ve UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın ilgili kısımlarına değinilmiş olmasının nedeni, hakem mahkemelerinin, tarafların usul kuralları konusunda bir tercihlerinin bulunmaması halinde, yukarıdaki kurallardan birine başvurmayı tercih etmesi ve bu tercihlerini, devletlerarası tahkim yargılamalarındaki yaygınlığı ve elverişliliği ile açıklamasıdır. Daimi Tahkim Divanı’nın tezin yazılması sürecinde yayınladığı ve 2012 tarihli Tahkim Kuralları, 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları ile büyük ölçüde aynı olduğundan, sadece farklı hükümler içerdiği noktalarda 2012 tarihli Tahkim Kuralları’na yer verilmiştir.

Son olarak, barışçıl çözüm yollarının ve tahkimin gelişimi, özellikle de hakem kararlarının icrası sürecinde, önemi ihmal edilmemekle birlikte, çalışmanın sınırlarını zorlayacağından, kuvvet kullanma yasağına, uyuşmazlıkların çözümü sürecinde Birleşmiş Milletler'in işlevine ayrıntılı olarak değinilmemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ VE DEVLETLERARASI TAHKİM

I. Uyuşmazlık Kavramı

Uluslararası uyuşmazlıklar dar anlamda, uluslararası hukuk kişileri ve özellikle de devletlerarasındaki anlaşmazlıkları belirtmektedir. Geleneksel olarak bu dar anlamıyla, uluslararası hukukta uyuşmazlıkların çözüm yollarının konusunu oluşturmaktadır⁴. “Uyuşmazlık”, hukuki bir mesele ya da bir olay üzerindeki anlaşmazlık, iki ya da daha çok devlet arasındaki hukuki görüşlerin ve menfaatlerin çakışmasıdır⁵. Başka bir deyişle, bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi ya da getirilmemesi ile ilgili olarak iki taraf arasındaki sarıh görüş ayrılığıdır⁶.

Devletler arasındaki bir olay, kural ya da politikaya ilişkin iddia ve karşı iddialardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, kaçınılmaz olarak uluslararası ilişkilerin bir parçasıdır⁷. Uyuşmazlıklar, bir ya da daha çok hukuki yükümlülüğün ihlaline veya ülkesel yetki sorununa, deniz alanlarına, bir devletin kültürel mirasının parçalarına ya da taşınırlarına ilişkin olabilir. Bu durumda taraflardan birinin iddiasına temel teşkil eden hukuk ya da politika diğer tarafça reddedilmekte ya da karşı iddia ile karşılanmaktadır. Geniş anlamda ise bir uluslararası uyuşmazlık, hükümetleri, kurumları, dünyanın farklı yerlerindeki ortaklıkları veya özel kişileri içeren anlaşmazlıkları ifade etmektedir⁸. Bu çalışmanın konusu olan uyuşmazlıklar ise asıl olarak, günümüzün bölünmüş uluslararası toplumundaki egemen devletlerin taraflarını oluşturduğu uyuşmazlıklardır.

⁴ Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 446.

⁵ PCIJ, *Mavromatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)* 1924, Ser. A, No:2, Aug. 30, 1924, s. 11; I. Brownlie, 2009. s. 268. <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 02.09.2013).

⁶ ICJ, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Advisory Opinion of 30 March 1950, s. 74. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=8b&case=8&code=bhr&p3=4> (son erişim: 0.12.2010).

⁷ Ian BROWNLIE, “*The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice*”, **Pace Int'l L Rev**, Vol. 7, 1995, s. 257-79.

⁸ J. G. MERRILLS, **International Dispute Settlements**, 3th edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, s. 1.

A. Uyuşmazlık Kavramının Unsurları

Devletlerarasındaki anlaşmazlıkların, uluslararası alanda “uyuşmazlık” olarak tayin edilebilmesi için bazı özellikleri haiz olmaları gerekmektedir. “Uyuşmazlık” kavramının en önemli unsurlarından ilki, anlaşmazlığın iyi tanımlanmış ve çerçevesi net olarak belirlenmiş bir konusunun olmasıdır. Anlaşmazlık konusu, en azından bir şey “hakkında”, belirli bir şeye ilişkin, başka bir deyişle “spesifik” olmalıdır. İkinci olarak, anlaşmazlık, birbiriyle çatışan iddiaları, öne sürülen fikirleri ihtiva etmelidir. Bunun anlamı, bir taraf, diğerine karşı inandığı ya da istediği şeyi iddia ya da ilan ederken, diğer taraf da bunu reddettiğini ya da buna muhalefet ettiğini bildirmelidir. Böyle bir irade, bildiriler, beyanatlar, diplomatik notalar ya da başka bazı eylemlerle gösterilebilir⁹.

Uyuşmazlık, devletlerin karşılıklı memnuniyetsizliklerinden ya da düşmanlıklarından farklıdır. Uyuşmazlık, bir devletin başka bir devletten gördüğü zarar ya da mağduriyet duygusundan ibaret değildir. Mağduriyet duygusu, ilgili devletin ileri sürdüğü belirli bir iddia olarak dile getirilinceye kadar ortada bir uyuşmazlık yoktur. Bu nedenle uyuşmazlık hali, herhangi bir anlaşmazlığın iddia haline gelmiş ve ilgili devletlerarası ilişkileri tehdit eder boyutta olduğunu göstermektedir. Ayrıca uyuşmazlık terimi, mevcut anlaşmazlığın ancak uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözüm yollarına başvurularak çözülebileceği yoğunluğa gelmiş olduğunu da işaret etmektedir.

Tüm bunlardan yola çıkarak, uluslararası uyuşmazlığın, ancak uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarına başvurmak suretiyle çözülebilecek türden bir anlaşmazlık olduğu söylenilebilir. Gerçekten de Uluslararası Adalet Divanı (UAD) gibi uluslararası yargı organlarının yargı yetkisi, ancak uyuşmazlık durumunda devreye girmektedir. Elbette mağduriyete neden olan taraf, bilerek ve isteyerek olayların şiddetini daha da artıracak şekilde hareket edip, kamuoyunun dikkatini çekmek ve uluslararası uyuşmazlık çözüm yollarının devreye girmesini sağlamak gayesiyle belirli bir anlaşmazlığı “uyuşmazlık” haline dönüştürmek için çabalayabilir¹⁰. Terörist gruplar bu yöneme sıkça başvurmaktadır¹¹.

⁹ BILDER, 1986, s. 4.

¹⁰ BILDER, 1986, s. 5.

Taraflar arasındaki gerilimin, henüz bir uyuşmazlık safhasına varmamış olması halinde, uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarına başvurulması gerekmeyecektir. “... Uyuşmazlıkta devletler öyle bir safhaya varmışlardır ki, barışçıl yollarla çözüm için tesis edilmiş bir mahkeme veya sair bir organın karar vermesini mümkün kılacak derecede kesin iddia ve karşı iddialarda bulunmuşlardır. ‘Durum’ söz konusu ise, taraflar arasında henüz bir uyuşmazlık doğmuş değildir ve muhakkak doğması da gerekmemektedir. Durum, uyuşmazlığı karakterize eden iddia ve karşı iddialar öne sürülmeksizin de uluslararası barışı tehdit edebilecektir”¹².

Birleşmiş Milletler (BM) Şartı’nın VI. bölümü (33 ve 38. maddeler arası), uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümüne ayrılmıştır. Bu bölümde muhtelif maddelerde, uluslararası “uyuşmazlıklar” ile uyuşmazlık doğabilecek “durumlara” değinilmekle beraber, iki kavram arasındaki fark ya da bu ayırmadan kaynaklanan sonuçlara değinilmemiştir. BM Şartı’nın 34. maddesine göre, “Güvenlik Konseyi, herhangi bir uyuşmazlık veya uluslararası bir anlaşmazlığa yol açabilecek ya da uyuşmazlık doğurabilecek bir ‘durum’ konusunda, bu uyuşmazlık ya da durumun süregitmesinin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürme eğiliminde olup olmadığını saptamak için soruşturmada bulunabilir”. Şart’ın 35. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Birleşmiş Milletlerin her üyesi herhangi bir uyuşmazlık ya da 34. maddede öngörülen nitelikte bir “duruma” Güvenlik Konseyi’nin ya da Genel Kurul’un dikkatini çekebilir”. Şart’ın 36. maddesine göre, “Güvenlik Konseyi, 33. maddede belirtilen nitelikte bir uyuşmazlığın ya da benzeri bir ‘durumun’ herhangi bir evresinde, uygun düzeltme yöntem ya da yollarını tavsiye edebilir”¹³.

¹¹ Geleneksel anlamda, uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümüne ilişkin uluslararası hukuk kurallarının, sadece “uluslararası uyuşmazlıklar”, bir başka deyişle sadece devletlerarasındaki uyuşmazlıklarda başvurulabilecek kurallar olduğu varsayılır. Ancak devlet dışındaki aktörlerin de bu sürece dahil olmasına ilişkin tartışmalar yapılmıştır ve yapılmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak “uyuşmazlığın tarafları” başlığı altında açıklamalar yapılacaktır.

¹² Leland M. GOODRICH/ Edvard HAMBRO, **Birleşmiş Milletler Antlaşması, Şerh ve Vesikaları**. Çev.: Doç. Dr. İlhan Lütem, İstanbul, 1954, s. 271.

¹³ Birleşmiş Milletler Şartı, 24 Ekim 1945, 1 U.N.T.S. 16 (buradan sonra “BM Şartı” olarak anılacaktır). <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3930.html> (son erişim: 20.12.2010); Türkçe metin için bkz. Aslan GÜNDÜZ, **Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Bası, Reşat Volkan Günel (Ed.), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 107.

Aslında uluslararası uyuşmazlıkların çoğu, görünen sebeplerinden daha geniş kapsamlı durumlardan kaynaklanmaktadır¹⁴. Bu şekilde muhtelif durumlar, belirli bir yoğunluğa ulaştığında uyuşmazlıkları oluşturmaktadır. Böyle durumlar, (a) din ya da ideolojik tercihler, kimi zaman bunların ihraç edilmesi çabası; (b) jeopolitik tehditler; (c) dış tehditlerin sübjektif algılamaları; (d) üçüncü tarafın dış ilişkilere uzun süreli müdahalesi; (e) büyük güçlerin uzun süreli politikaları; (f) ekonomik politikalar, doğal kaynakların tahsisi ve bunlara ulaşma çabası; (g) ulusal güvenlik gereksinimi; (h) etnik azınlıkların menfaatleri; (i) insan hakları ihlalleri; (j) ulusal itibar; (k) uyuşmazlığın sona erdirilmesinde ya da sürdürülmesinde taraf olmayanların ve diğer uluslararası toplum üyelerinin menfaatlerini ihtiva edebilmektedir. Bu durumlar, tarafların kontrolü altında olsun olmasın, mütemadiyen değişikliğe uğramaktadır. Aynı şekilde uyuşmazlıklar statik değildir; sürekli olarak evrimleşmekte, tarafların karşılıklı fiilleri ve değişen durumlarından etkilenmektedir. Muhtelif durumlar da tek başına ya da bir araya geldiklerinde uyuşmazlığın şiddetlenmesi ya da sona ermesi sonucunu doğurabilmektedir¹⁵.

B. Uyuşmazlığın Tarafları

Devletler arasındaki bir uyuşmazlık söz konusu ise uyuşmazlığın çözümü sürecinde öncelikle kimin çıkarlarının dikkate alınacağı sorunu ortaya çıkabilecektir. Dar bakış açısından hareketle, mevcut uluslararası hukuk sistemindeki uyuşmazlıkların barışçıl çözümü mekanizmaları çerçevesinde, uluslararası uyuşmazlıkların taraflarının “devletler” olduğu kabul edilmektedir. Tipik olarak uyuşmazlıklar, uluslararası ilişkileri üzerinde kontrol sahibi ve etkili olabilen hükümetleri haiz devletlerarasında söz konusu olabilmektedir¹⁶.

¹⁴ Uyuşmazlık kavramı, yukarıda da açıkladığımız üzere, iki veya daha çok devlet arasında, maddi veya hukuki bir vakıa üzerinde çıkan bir anlaşmazlık, hukuki görüşler ya da menfaatler arasında bir çatışma, zıtlıktır. Durum söz konusu ise (a) anlaşmazlık BM üyelerinin hepsini ilgilendirmektedir; (b) anlaşmazlığı çözüme talebinin veya şikayetin bütün uluslararası toplum adına yapılması veya ancak bu şekilde öne sürülebilmesi gerekir; (c) anlaşmazlık, BM Şartı’nın genel ilkelerinin ihlalinden doğmuş olmalıdır, Seha MERAY, **Devletler Hukukuna Giriş**, II. Cilt, Ankara, 1959, s. 231.

¹⁵ Christine CHINKIN/ Romana SADURSKA, “*The Anatomy of International Dispute Resolution*”, **Ohio St. J. on Disp. Resol.**, Vol. 7, 1991, s. 48.

¹⁶ Brownlie, 1995, s. 261; BM Genel Kurulunda kabul edilen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bildirilerde de “devletlerden” bahsedilmektedir. 1970 tarihli ve 2625 sayılı BM Genel Kurul Kararıyla kabul edilen Dostane İlişkilere ve Devletlerarasında İşbirliğine İlişkin Uluslararası

Bakış açısını genişlettiğimizde ise halklar, tüzel ya da gerçek kişiler, ulusal kurtuluş hareketleri, kuvvet kullanma niyetindeki ya da kuvvet kullanan devlet dışı topluluklar, uluslararası suç işleyen bireyler ya da suçtan zarar görenler, dini örgütler, devletle ilgili ya da hükümet dışı, küresel ya da bölgesel organizasyonlar da uyuşmazlıklara taraf olabileceklerdir¹⁷. BM'nin kuruluşundan bu yana devletler, devlet dışı aktörlerle olan uyuşmazlıklarının artması nedeniyle, uyuşmazlığın taraflarının sadece devletler olabileceği fikrinden caymaya başlamışlardır. Zira BM'den, Kongo ya da Kamboçya gibi sorunlu bölgelerde yürütülen barış gücü operasyonlarının tesisinden kaynaklanan ulusal uyuşmazlıklara çözüm bulması istenebilmektedir¹⁸. Devletin ülkesi içindeki uyuşmazlıkların uluslararası barış ve güvenliği tehdit edebileceği ihtimali de değerlendirmeler içine girmektedir¹⁹.

Kimi zaman bir devletin ülkesi içindeki anlaşmazlıklar ya da silahlı çatışma seviyesine ulaşmış uyuşmazlıklarda, devlet dışı aktörlerin kasten aktif olarak öne sürülmesi, böylece mevcut uyuşmazlığın uluslararası hukukun, devletlerin sorumluluğu hukuku kapsamından çıkarılma çabası da söz konusu olabilmektedir. Örneğin, Kongo'da Askeri Faaliyetler davasında UAD, Kongo ve Uganda ülkeleri içindeki çatışmalarla ilgili olarak şöyle değerlendirmelerde bulunmuştur: *“Çatışanların çoğu, devletlerin, kendilerine sorumluluk atfedilmesini zorlaştırmak amacıyla isyancıları kullandıklarını akla getirecek şekilde, kendileri yerine başkalarını savaşa dâhil etmiştir. Diğer davalarda, ilgili devletlerin uyum içinde hareket etmelerine rağmen Divan çözümde zorlanmışken; bu davada, devletin etkili olarak işlev görmediği alanlarda gerilla savaşının söz konusu olduğu*

Hukuk İlkeleri Bildirisi'ne göre, “Her devlet uluslararası uyuşmazlıklarını, uluslararası barış, güvenlik ve adaleti tehlikeye atmayacak şekilde barışçıl yöntemlerle çözmelidir”, <http://habitat.igc.org/open-gates/a25r2625.htm> (son erişim: 13.12.2010). Benzer şekilde 1982 tarihli ve 37/10 sayılı BM Genel Kurul Kararıyla kabul edilen Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Manila Bildirisi'nin ikinci paragrafı şöyle başlamaktadır: “... devletler arasındaki ihtilaf ve uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözümü için azami çaba gösterme gerekliliğini teyit ederek...” <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r010.htm> (son erişim: 13.12.2010).

¹⁷ CHINKIN/ SADURSKA, 1991, s. 1.

¹⁸ BM'nin geçmişteki barış gücü hareketleri için bkz. <http://www.un.org/en/peacekeeping/pastops.shtml> (son erişim: 13.12.10).

¹⁹ Kwang Ho CHUN, “Peaceful Resolution of Disputes vis-à-vis Counter-terrorism and the Use of Force”, *Journal of Asia-Pacific Studies*, 2007, Vol. 14, No. 2, s. 8.

karmaşık bir durumda, Uganda'nın sorumluluğuna hükmetmesi zor görünmektedir”²⁰.

Uluslararası uyuşmazlıklara taraf olma meselesi UAD kararlarında başka bir açıdan da değerlendirilmiştir. Divan önünde bir uyuşmazlığa taraf olabilmek için elbette öncelikle “devlet” olmak ve sonra bir “uyuşmazlık”tan bahsediyor olmak gerekmektedir. Divan 1971 tarihli danışma görüşünde, Namibya'nın uluslararası statüsüne rağmen Güney Afrika'yı uyuşmazlığın taraflarından biri olarak değerlendirmekte zorlanmıştır²¹. Bu davada Güney Afrika, uyuşmazlığın bir tarafı olduğunu, Güvenlik Konseyi tarafından hukuka aykırı olarak, BM Şartı'nın 32. maddesi çerçevesinde haklarını uluslararası alanda savunma hakkından mahrum bırakıldığını iddia etmiştir. Güney Afrika, Divan önünde bir *ad-hoc* yargıç adayı gösterebilmek için uyuşmazlıkta menfaatinin olduğunu kabul edilmesini istemiş, bu talep Divan tarafından reddedilmiştir²².

Büyük ölçüde ulus devlet sistemi üzerine kurulu uluslararası alanda, taraf olma meselesi, uyuşmazlık çözümünde devlet olarak temsil edilebilme gerekliliği, idari ve bürokratik gerçeklerden kaynaklanmaktadır. Devletlerin çıkarları hükümetleri tarafından temsil edilmektedir. Çünkü uluslararası hukuk, tarafların devlet olmasını gerektirmektedir. Devlet dışı aktörler, uluslararası arenada büyük oranda reddedilmekte ve ulusal karar makamlarınca bile devlet temelli uluslararası hukuk sistemine uydurulabilmek için çözüm süreçlerine dahil edilmemektedirler.

Kimi zaman devletler, görünüşte uyuşmazlıkla bağlantıları bulunmasa bile, uyuşmazlığa taraf olmakta, kendilerini o uyuşmazlığın içine sokabilmektedirler²³. Uygulamada bu durum, hak iddia eden devletin, kendine bir hasım seçmek suretiyle uyuşmazlığı daraltması ya da genişletmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. ABD'nin 1986 yılında Libya devletini uluslararası terörizmin sponsoru ilan

²⁰ ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment of 19 December 2005, s. 168. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=51&case=116&> (son erişim: 02.09.2013). Somut olayın kendine has karakterinden kaynaklanan ispat zorluklarına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. parag. 61-71.

²¹ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, s. 16. <http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=4&code=nam&case=53&k=a7> (son erişim: 02.09.2013).

²² ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, s. 23, parag. 25.

²³ CHINKIN/ SADURSKA, 1991, s. 44.

ederek, Libya'nın gelecekte masum insanlara karşı saldırı düzenlemesi ihtimaline karşı gerçekleştirdiği bombalama eylemi²⁴ veya yine ABD'nin 2002'den beri uyguladığı, kitle imha silahlarından ve terörizmden gelen yeni tehditler karşısında, meşru müdafaa kriterlerinin her zaman karşılanamayabileceği gerekçesiyle, kitle imha silahlarının kullanılabilmesi bir saldırı ihtimaline karşı önleyici müdahale doktrini çerçevesinde Irak devletini işgali eylemi buna örnek gösterilebilir²⁵.

Uyuşmazlığa taraf olanların sayısı, kimi zaman da taraflardan birinin başka devletlerden yardım istemesi sonucu genişleyebilmektedir. 1990 yılında Irak'ın Kuveyt'i işgali üzerine ABD'nin müttefikleri, işgale yanıt vermek üzere çağırması örneğindeki gibi, uyuşmazlığa başka devletler de müdahil olabilmektedir.

Bir uluslararası uyuşmazlığın taraflarını tayin ederken, doğrudan çıkar sahipleri ile onlara bağlı olanlar veya başka dolaylı vasıtalarla uyuşmazlığın içinde yer almakla birlikte doğrudan çıkar sahiplerinin durumundan etkilenenler arasında ayırım yapmak gerekmektedir. Çeşitli aktörleri uluslararası bir uyuşmazlığın tarafları olarak sınıflandırmak, çözüm için uygun platform ve mekanizmaları, yükümlülüğün çerçevesini, karşılığı olan sorumluluğu ve tazminatın şeklini ve miktarını belirlemeye hizmet etmesi açısından önemlidir²⁶.

C. Uyuşmazlık Türleri

Uluslararası alanda, farklı türde hak ya da yükümlülük iddiası içeren, tarafları değişen ve muhtelif yapılarda uluslararası uyuşmazlıklar vardır. Bu uyuşmazlık türleri, farklı çözüm mekanizmalarını gerektirmektedir. Uyuşmazlıklar arasında bazı ayrımlar yapmak, çözüm açısından faydalı olabilecektir.

²⁴ Libya olayında terörizme karşı kuvvet kullanma hakkına ilişkin olarak ayrıca bkz. Walter Gary SHARP, "Use of Armed Force against Terrorism: American Hegemony or Impotence", **Chinese J. Int'l. L.**, 2000, Vol. 1, Issue 1, s. 37-48; William BRADFORD, "The Duty To Defend Them: A Natural Law Justification For the Bush Doctrine Of Preventive War", **Notre Dame L. Rev.**, s. 1365-1492.

²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bassiouni M. CHERIF, "Legal Status of US Forces in Iraq from 2003-2008", **Chinese J. Int'l. L.**, 2010, Vol. 11, Issue 1, s. 1-38; Mahmoud HMOUD, "Use of Force against Iraq: Occupation and Security Council Resolution 1483", **Cornell Int'l L.J.**, 2004, Vol. 36, Issue 3, s. 435-454; Sifris RONLI, "Operation Iraqi Freedom: United States v Iraq - The Legality of the War", **Melb. J. Int'l L.**, October 2003, Vol. 4, Issue 2, s. 521-560.

²⁶ CHINKIN/ SADURSKA, 1991, s. 40.

Uyuşmazlıklar, konularına göre, bazı olaylara; var olan hukuka (*de lege lata*); olması gereken hukuka (*de lege ferenda*); tüm bunlara kimin karar vereceğine veya hangi prosedürlerin uygulanacağına ilişkin uyuşmazlıklar olmak üzere sınıflandırılmaktadır.²⁷ Bir uyuşmazlığın tam olarak ne hakkında olduğunu tahlil etmek her zaman kolay değildir. Görüşmecinin, arabulucunun, hakemin, yargıcın, görevi gereği bu konuda taraflara yardım etmesi gerekmektedir. Ülkesel iddialar, yargı, diplomatik himaye, andlaşmalardan doğan yükümlülükler, deniz hukuku gibi uluslararası hukukun geleneksel alanları bakımından uyuşmazlıklar tasnif edilebilir²⁸.

Uyuşmazlıklar, taraflar arasındaki ilişkilere göre de tasnif edilebilecektir. Uzun süreli ilişkileri haiz taraflar ve sadece o uyuşmazlık için bir araya gelenler bakımından çözüm yolları işlevsel olabilmektedir. Geçmişe dayalı uzun süreli ilişkileri olanlar, ilişkilerinin zedelenebileceği endişesiyle, uyuşmazlığın karşı tarafıyla yargı organı önüne gitmekten kaçınabilmektedirler. Benzer şekilde, diğer devletleri ya da uluslararası toplumu etkileyecek nitelik ve nicelikteki anlaşmazlıklar söz konusu olduğunda, diğer devletler, uyuşmazlığın çözümünü zorlaştıran ya da kolaylaştıran davranışlar gerçekleştirebilmektedir. BM Şartı da uluslararası toplumun barış ve güvenliğini tehdit edebilecek uyuşmazlıkları ayırmıştır.

Uyuşmazlıklar, yargısal bir çözüme uygun olup olmaması bakımından da tasnif edilebilecektir²⁹. Bazı yazarlar bunu “hukuki uyuşmazlıklar” ve “siyasi uyuşmazlıklar” olarak da tasnif etmektedir³⁰. Hukuki uyuşmazlık, tarafların iddia ve taleplerini uluslararası hukukça kabul edilmiş delillere dayandırdıkları, uygulanması gereken uluslararası hukuk kuralının hangisi olduğuna ilişkin

²⁷ BILDER, 1986, s. 14.

²⁸ Ülkesel uyuşmazlıklar ve sınır uyuşmazlıkları devletlerin maddi çıkarlarına ilişkin olmaları birlikte, jeopolitik konum, bölgesel ve tarihsel bağlantılar gibi hassas konuları da içerebilir. Sınır uyuşmazlığı içerisindeki bölgelerde, bir sınır belirlenmesi nedeniyle bölgesel ve tarihi bağlarının zedeleneceği endişesiyle rahatsız olabilecek halklar, uyuşmazlığa neden olabilecektir. Benzer şekilde, taraflardan biri için konusu hayati çıkarlara ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise uyuşmazlığın kendisi bakımından daha az önemli olan tarafın uyuşmazlık çözümüne olan katkısı ile hayati çıkarları olan tarafın katkısı ya da çözüm çabası farklı olabilecektir. Bu konuda ayrıca bkz. BROWNLIE, 2009, s. 269.

²⁹ Oscar SCHACHTER, “*International Law in Theory and Practice*”, **Recueil Des Cours**, 1982, Vol. 178, s. 211-215.

³⁰ BROWNLIE, 2009, s. 268; Meray, 1959, s. 215.

anlaşmazlıklardır. Bu tür uyuşmazlıklar, uluslararası hukukun düzenlediği alanlarda ortaya çıkmaktadır ve mevcut kuralların uygulanması veya yorumu ile ilgilidir. Siyasi uyuşmazlıklar ise, uluslararası hukuk kurallarınca düzenlenmemiş alanlarda; mevcut uluslararası hukuk kuralının değiştirilmesi ile ilgili olarak ortaya çıkan ya da devletin bağımsızlığı, “hayati menfaati” ile çok yakından ilgili olduğu ya da devletin “ulusal yetki” sahasına girdiği iddia edilen uyuşmazlıklardır³¹. Kural olarak uyuşmazlıkların çözümü, tarafların rızasına bağlıdır ve hukuka başvurulmasını gerektirmektedir. İç hukukta bir mahkemenin yetkisine giren her uyuşmazlık, hukuki uyuşmazlık olarak görülebilirken, uluslararası hukukta bütün uyuşmazlıkların hukuki nitelikte olduğu kabul edilmemektedir. Devletler ancak hukuki olarak kabul ettikleri uyuşmazlıklar için uluslararası yargı ya da tahkim yollarından birine gitmeyi tercih etmektedirler³². Dolayısıyla hukuki-siyasi uyuşmazlık ayrımı, bir yönüyle, uyuşmazlıkların yargısal çözüme uygun ya da uygun olmaması ayrımına gönderme yapmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü bakımından, hukuki ve siyasi uyuşmazlık ayrımının en önemli ve sonuca etkisi olabilecek noktası, siyasi bir unsurun varlığı değil, siyasi unsurlardan tamamen ayrılabilen bir hukuki uyuşmazlığa varılıp varılamaması meselesidir³³. Örneğin ulusal onur, ulusal güvenlik ya da önemli hayati çıkarları haiz uyuşmazlıkların; olan hukuktan ziyade olması gereken hukuka ilişkin uyuşmazlıkların; uluslararası hukukun ulusal takdir yetkisinin varlığını tartışmalı bulduğu ulusal işlemleri içeren uyuşmazlıkların; BM gibi uluslararası örgütlerin siyasi organlarının üzerinde çalıştığı uyuşmazlıkların; kuvvet kullanma gibi tarafların siyasi yöntemlerle çözmek konusunda görüşmeler yaptığı uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal yolun uygun olmayabileceği savunulmaktadır³⁴.

Uluslararası hukuk en azından teorik olarak bütün (*complete*) bir sistemdir. Dolayısıyla tarafların uyuşmazlığı yargı organı önünde çözmeye ilişkin ortak iradelerinin varlığına rağmen, belirli tip uyuşmazlıkların doğaları gereği yargısal yetkinin dışında kalacağını söylemek mümkün olmayacaktır. Politik - bölgesel

³¹ BROWNLEE, 2009, s. 268.

³² MERAY, 1959, s. 216.

³³ BROWNLEE, 2009, s. 268.

³⁴ Lon L. FULLER, “*The Forms and Limits of Adjudication*”, **Harv. L. Rev.**, 1979, Vol. 92, s. 353.

sorunlar ve hayati çıkarlar ihtiva eden bir uyuşmazlık da, tarafların yargısal çözüme razı olmaları halinde, bir uluslararası yargı organı çözülebilecektir.

II. Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Devletlerarası Tahkim

Uyuşmazlıkların barışçıl çözümü fikri, uluslararası hukukun henüz kuvvet kullanma yasağının kabul edilmediği klasik döneminden beri, farklı görünüşlerde olmakla birlikte varlığını korumuştur.

BM Şartı'nın 2/4. maddesi, -her ne kadar bu maddeden kaynaklanan bazı yükümlülükler tartışmalı olsa da³⁵- sınırlı yorumlanması gereken istisnaları dışında kuvvet kullanmayı yasaklamaktadır. Şart'ın 1/1. maddesi uyarınca da BM'nin ilk amacı, uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla, barışın uğrayacağı tehditleri önlemek, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak; barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmektir. Şart'ın 2/3. maddesine göre, tüm üyelerin, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarını, uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek biçimde, barışçı yollarla çözmeleri gerekmektedir³⁶. Uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne ilişkin 2/3. maddesinde yer alan, adaletin tehlikeye düşürülmeyeceği kaydı, üye devletlere, adalete hizmet edecek şekilde kuvvet kullanma imkanı ve dolayısıyla uyuşmazlıklarını barışçıl yoldan çözmeye yükümlülüğünden kurtulma imkanı vermeyecektir. 2/3. madde, 2/4. maddedeki kuvvet kullanma yasağını teyit etmek için kaleme alınmıştır. Gerçekten de BM Şartı, II. Dünya Savaşı'ndan sonra hakim olan *status quo*'yu gösteren evrensel bir mutabakatı yansıtmaktadır. “Ulusal güvenlik”, “hayati çıkarlar” gibi samimi görülebilecek menfaatler, hiçbir devletin savaşa başvurmasının gerekçesi olamayacaktır. BM örgütü ve Şartı, self determinasyon, insan haklarına saygı, ekonomik ve sosyal gelişme ve hakça bir uluslararası düzen gibi değerlerin benimsenmesine de hizmet etmektedir. Ancak bu değerler de, bunlara ulaşmak için devletlerin kuvvet kullanmasını meşru kılmamaktadır. Söz konusu amaçlara,

³⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ian BROWNLIE, **International Law and the Use of Force by States**, Oxford University Press, Oxford, 1963.

³⁶ Sertaç Hami BAŞEREN, **Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003, s. 52.

kuvvet kullanma dışındaki yöntemlerle ulaşılmaya çalışılmalıdır. “Barış, ilerlemeden ve adaletten daha önemlidir”³⁷. O halde BM’nin en temel amacı, uluslararası barış ve güvenliğin tesis ve teminidir³⁸.

A. Barışçıl Çözüm Yollarının Tarihi Gelişimi

Savaş, 20. yüzyıl başlarına kadar, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümü için nihai yol iken, bilimsel ve teknolojik gelişmeler, devletlerin karşılıklı yıkım gücünün artması, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla gerçekleşen savaşları tüm dünya için felaket haline getirmiş; devletlerin dünya savaşları tecrübeleri, savaşların belirli bir bölge ile sınırlı kalmayıp geniş alanlara yayıldığını ve sonunun da belli olmadığını göstermiştir. I. Dünya Savaşı’na kadarki dönemde ise savaşın önlenmesi, önlenemediği takdirde de etkilerinin azaltılmasını amaçlayan yeni düzenlemelere gidilmiştir. Bu dönemde uyuşmazlıkların devletlerarası tahkime götürülmesi bir barışçıl çözüm yolu olarak yerleşmeye başlamıştır. Bu gelişmelerin üzerine devletler, uyuşmazlıkların barışçıl çözümü yöntemlerini kodifiyesini amaçlayan konferansların toplanması ve andlaşmaların imzalanması için harekete geçmişlerdir. 1899 ve 1907 La Haye Barış Konferansları bu çabalar sonucu gerçekleştirilmiş, her iki konferans sonucunda da birer sözleşme imzalanmıştır. Bugün de varlığını koruyan Daimi Tahkim Divanı (*Permanent Court of Arbitration*), 1899 Sözleşmesi ile kurulmuştur³⁹.

Devletler, uyuşmazlıklarını barışçıl yollardan çözmeyi amaçlayan çok sayıda, çok taraflı andlaşma kabul etmişlerdir. Ancak uyuşmazlıkların barışçıl çözümü konusu, ilk defa bir bütün olarak 1899 ve 1907 La Haye Barış Konferanslarında ele alınmıştır. 1899 Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü için La Haye Sözleşmesi, 1907 II. La Haye Konferansında tekrar gözden

³⁷ Louis HENKIN, “*Use of Force: Law and US Policy*” in Right v. Might: **International Law and the Use of Force**, New York, 1991, s. 38.

³⁸ BAŞEREN, 2003, s. 49.

³⁹ 1794 tarihli, ABD-İngiltere arasındaki Jay Andlaşması, 1872 ABD-İngiltere Alabama davası, bu süreçte sayısı yüzü aşkın hakem kararı ve uzlaştırma, arabuluculuk ve soruşturma yöntemlerine başvurulması, döneme ilişkin önemli gelişmelerdir. Her bir uyuşmazlık çözüm yöntemi başlığı altında ayrıca değinileceği için burada daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

geçirilmiş olup, 2009 yılı itibariyle 70 devlet 1899 ve 88 devlet de 1907 La Haye Sözleşmelerine taraf bulunmaktadır⁴⁰.

Milletler Cemiyeti çatısı altında kabul edilen 1949'da tekrar gözden geçirilen 1928 Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Genel Sözleşmesi ise 20 devlet tarafından onaylanmıştır⁴¹.

Bunlar dışında, 1957 Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁴², 1964 Afrika Birliği Uzlaştırma ve Tahkim Komisyonu Protokolü⁴³, 1992 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Komisyonu Tahkim ve Uzlaştırma Sözleşmesi⁴⁴ gibi pek çok bölgesel anlaşma da kabul edilmiştir. Bu anlaşmalara ek olarak, kapsamında uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına ilişkin hükümler barındıran pek çok dostluk, ticaret, yabancı yatırım gibi konulara ilişkin iki taraflı anlaşmalar da kabul edilmiştir⁴⁵.

20. yüzyılın sonlarına doğru soğuk savaşın sona ermesi, Yugoslavya'nın ve Sovyetler Birliği'nin dağılması ve aynı dönemde doğu Avrupa'da pek çok değişikliğin gerçekleşmesiyle birlikte BM ve Avrupa'nın bölgesel organizasyonları beraberinde fırsatları ve büyük değişiklikleri getirmiştir. Daha yakın zamanda Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulmuş olması, uyuşmazlıkların çözüm mekanizması faaliyetlerini ilerletmiştir⁴⁶. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi⁴⁷ (BMDHS) ise uyuşmazlıkların çözümü konusunda ayrıntılı ve bir o kadar da karmaşık yöntemler öngörmüştür. UAD tarihinin en yoğun

⁴⁰ PCA, 109th Annual Report-2009, Annex I, Member States. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1069 (son erişim: 18.12.2010).

⁴¹ General Act for Pacific Settlement of International Disputes, Geneva, 26 September 1928. <http://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=567&lang=en> (son erişim: 18.12.2010).

⁴² European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, 29 April 1957. <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&CM=0&NT=023> (son erişim: 18.12.2010)

⁴³ Protocol of the Commission of Mediation and Arbitration of the Organization of African Unity, 21 July 1964. <http://www.jstor.org/pss/20689845> (son erişim: 18.12.2010).

⁴⁴ Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE, Stockholm, 15 December 1992. http://www.ena.lu/convention_conciliation_arbitration_csce_stockholm_15_december_1992-020302523.html (son erişim: 18.12.2010).

⁴⁵ D. BLUMERWITZ, "Treaties of Friendship, Commerce and Navigation", **EPIL**, 1984, Vol. 7, s. 484-490.

⁴⁶ WTO Agreements, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm (son erişim: 12.12.2010).

⁴⁷ United Nations Convention on the Law of the Sea, December 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 397. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), Türkçe metin için bkz. GÜNDÜZ, 2013, s. 221.

dönemlerini geçirmekte ve Körfez Savaşı sonrasında Güvenlik Konseyi, Şart'tan kaynaklanan yetkilerini kullanmaktadır. Uzun döneme yayılan uyuşmazlıkların kimileri yıllarca çözülemese de, bölgesel düzeyde dünyanın birçok yerinde önemli gelişmeler kaydedilmektedir⁴⁸.

Uluslararası toplum, 1899-1907 La Haye Konferansları sonucunda savaşı düzenlemeyi ve savaşın acılarını azaltacak tedbirler almayı başarabilse de uluslararası ilişkilerde kuvvete başvurmayı sınırlayamamıştır. I. Dünya Savaşı'ndan önceki dönemde egemenliğini yansıması olarak savaş, uluslararası uyuşmazlıkların meşru bir çözüm yolu olarak kabul edilmiştir. *Status quo*'ya tek taraflı bir müdahale, savaş nedeni (*casus belli*) sayılmıştır⁴⁹. O dönem Devlet uygulamalarındaki savaş nedeni olarak kabul edilen gerekçelerin çeşitliliği ve fazlalığı, varlığını koruma hakkı veya gereklilik doktrini temeline dayalı herhangi bir teorik hukukileştirmenin dahi olmadığını göstermektedir. Bu dönemde savaşa gerekçe olabilecek bazı fiili gerekliliklerin bireysel olarak belirlenebileceğine ilişkin hak varsayımı da dikkat çekmektedir.

I. Dünya Savaşı'nın galip devletleri tarafından 1919 Versay Barış Anlaşması ile Milletler Cemiyeti kurulmuştur. Cemiyet Misakı da Anlaşma ile birlikte 10 Ocak 1920'de yürürlüğe girmiştir. Misak, savaşı yasaklamamış sadece savaşa başvurma yetkilerini sınırlamıştır. Getirdiği sınırlamalar, uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarını da gündeme getirmiştir⁵⁰. Diğer yandan Milletler Cemiyeti Konseyi'nin hazırladığı Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü (USAD), tarafların kendisine sunacakları uluslararası nitelikte her türlü uyuşmazlıklara bakmakla görevlidir⁵¹.

Cemiyet üyeleri, aralarında ilişkilerin kesilmesini doğurabilecek nitelikte bir uyuşmazlık çıkması ve bu uyuşmazlığın Misak çerçevesinde tahkime

⁴⁸ MERRILLS, 1998, s. ix.

⁴⁹ 1914'den önceki dönemde, savaş hakkı, varlığını koruma hakkı, hayati çıkarların korunması, ulusal onurun korunması, meşru müdafaa gibi kavramların anlamı ve uygulamasına ilişkin daha geniş bilgi ve değerlendirme için bkz. Ian BROWNLIE, "The Use of Force in Self Defence", **Brit. Y. B. Int'l L.**, 1961, Vol. 37, s. 185.

⁵⁰ Milletler Cemiyeti'nin uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak getirdiği sistem Cemiyet Misakının 12. maddesi ve devamında yer almaktadır. Türkçe metni için bkz. GÜNDÜZ, 2013, s. 100.

⁵¹ Statute of Permanent Court of International Justice, article 36/1, http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1920.12.16_statute.htm (son erişim: 12.10.2013).

sunulmaması halinde, anlaşmazlığı Konseye götürmeyi kabul etmişlerdir. Ancak taraflardan birinin, uyuşmazlığın uluslararası hukukun ulusal yetkiye dahil ettiği bir soruna ilişkin olduğunu öne sürmesi ve Konsey'in de bunu kabul etmesi halinde, Konsey'in hiçbir tavsiyede bulunmaması gerekmektedir⁵².

Milletler Cemiyeti Misakı, kuvvet kullanılmasını yasaklamamış, savaşın koşullarını zorlaştırmıştır. Sistemin bu konudaki açıklarını kapatmak amacıyla da 1924 Cenevre Protokolü ve 1925 Lokarno Anlaşması yapılmıştır. Cenevre Protokolü'ne göre taraf devletlerin uyuşmazlıkları çözmek için savaşa başvurması kesinlikle yasaklanmıştır. Bir uyuşmazlık çıktığında, ilgili devletler çözüm için tahkim, uluslararası yargı ya da Milletler Cemiyeti Konseyi'ne başvuracaklardır. Cenevre sistemine göre, uyuşmazlık Konsey'in oybirliği kararı ile ya da yargı kararı ile sonuçlanmak zorundadır. Ancak savaşın devre dışı bıraktığı bu Protokol onaylanmamıştır⁵³.

1925 tarihli Lokarno Anlaşması ise 1936 yılına kadar Avrupa'da barışın teminine hizmet eden bir sistem kurmuştur. Bu anlaşma ile Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya, Belçika arasında saldırmazlık anlaşmasına varılmış, başka önemli hükümler yanında saldırı savaşları hukuk dışı ilan edilmiştir. Getirilen yasak ve garantileri ihlal eden devletlere karşı diğer devletlerin harekete geçme hakkı olup, uyuşmazlık çözüm usulleri de getirilmiştir. Diplomatik yollarla çözülemeyen uyuşmazlıklar, diğer barışçıl yöntemlerle çözüme mecbur edilmiş ve uyuşmazlıklar siyasi ve hukuki uyuşmazlıklar olarak tasnif edilmiştir⁵⁴. Tarafların birbirlerinin haklarını reddetmesi halinde varlığı kabul edilen hukuki uyuşmazlıkların tahkime ya da mahkemeye havale edilmesi; bu nitelikte olmayan siyasi uyuşmazlıkların ise uzlaşma yolu ile çözülmesi kararlaştırılmıştır. Böyle

⁵² Milletler Cemiyeti Misakı'nın 12. maddesine göre, bu durumda, üyelerden birinin uyuşmazlığı, tam bir soruşturma ve inceleme için her türlü önlemleri alacak olan Genel Sekreter'in dikkatine sunması yeterlidir. Konsey, uyuşmazlığın çözülmesini sağlamaya çalışır; başarırsa, olayları, açıklamalarını ve tavsiyesini taraflara bildirir. Uyuşmazlık bu şekilde de çözülememişse, Konsey, ilgili uyuşmazlığın çözümüyle ilgili olarak uygun gördüğü bir rapor kaleme alır ve bu raporu yayınlar. Üyeler de bu rapora ilişkin görüş bildirebilirler. Konseyin raporu, uyuşmazlığın tarafı olan devletlerin oyları hesaba katılmaksızın, oybirliği ile kabul edilmişse, Cemiyet Üyeleri, raporun içerdiği kararlara uygun hareket eden hiçbir taraf Devlete karşı savaşa başvuramayacağı taahhüt ederler.

⁵³ Mahmut R. BELİK, **Devletlerin Harp Salahiyetinin Tahdidi ve Milletlerarası İhtilafların Sulh Yolu ile Halli Usulleri**, II. Cilt, İstanbul, 1956, s. 23.

⁵⁴ BELİK, 1956, s. 24.

çözümlemeyen uyuşmazlıkların, Konsey'in tetkikine sunulması, bu şekilde de sonuca ulaşılmazsa dahi, savaşa başvurulmaması öngörülmüştür. Ancak 1936'da Almanya'nın Ren bölgesinin askersizleştirilmesine ilişkin muhtelif hükümlerle bağlı olmadığını ilan etmesi ve bölgeyi işgal etmesi üzerine garanti sistemi işlememiş ve II. Dünya Savaşı çıkmıştır⁵⁵.

Kuvvet kullanmanın evrensel anlamda ve kesin olarak yasaklandığı BM dönemine kadar, savaşa başvurmanın gerekçesi olarak gösterilen egemenlik hakkına dayanarak savaşa gitmeyi teorik ve ahlaki olarak temellendirme çabası, bu konuda bir uluslararası hukuk kuralı oluşturma sürecini de olumsuz etkilemiş, terminolojiyi daha da karmaşıktırıştır⁵⁶. İlk kez, 15 devletin katılımıyla, 15 Temmuz 1928'de imzalanan ve 24 Temmuz 1929'da yürürlüğe giren Briand Kellog Paktı (Paris Paktı), uluslararası uyuşmazlıkların savaşa başvurularak çözümlenmesini yasaklamış olmakla beraber, bu yasağın uygulanması ve barışçıl çözüm yollarına ilişkin usuller öngörmemiştir⁵⁷. Ancak devletlerin, Briand Kellog Paktı'nın kabulünden II. Dünya Savaşı sonuna kadar ki dönemde, uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için savaşa başvurulmasını yasaklayan bir örf adet hukuku kuralının varlığını teyit eder şekilde hareket ettiklerini gösteren önemli gelişmeler yaşanmıştır⁵⁸.

II. Dünya Savaşı'nın ardından kabul edilen BM Şartı, geçmiş savaşların acı deneyimlerini bir daha yaşamamak temennisiyle Milletler Cemiyeti sisteminin eksiklerini kapatacak yeni düzenlemeler getirmiştir. Milletler Cemiyeti'nden farklı olarak BM sisteminde hem savaş hem de savaşa varmayan kuvvet kullanma filleri yasaklanmıştır. BM'nin kurduğu müşterek güvenlik sisteminde üye devletler, kuvvet kullanmaya ilişkin yetkilerinden Güvenlik Konseyi lehine vazgeçmişlerdir. Bu sistemde dünya barışını koruma görevi Güvenlik Konseyi'ne aittir. BM Şartı'nda kuvvet kullanma yasağına paralel olarak uyuşmazlıkların barışçıl çözümü yöntemleri öngörülmüştür. Şartın 33. maddesine göre, uzaması uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte bir

⁵⁵ BELİK, 1956, s. 25.

⁵⁶ BROWNLIE, 1961, s. 184.

⁵⁷ Ömer İlhan AKİPEK, **Devletler Hukuku Kaynaklarından Belgelerinden Örnekler**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1966, s. 862 vd.

⁵⁸ Meşru müdafaa kapsamına ilişkin görüşler ve ayrıntılı değerlendirme için bkz. BAŞEREN, 2003, s. 28 vd; BROWNLIE, 1961, s. 194.

uyuşmazlığa taraf olanlar, her şeyden önce görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, tahkim ve yargısal çözüm yolları ile, bölgesel kuruluş ya da anlaşmalara başvurarak veya kendi seçecekleri başka yollarla buna çözüm aramalıdır. BM sisteminde uyuşmazlıkların çözümü için hiçbir surette savaşa, kuvvet kullanmaya veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunmaya izin verilmemektedir.

Uluslararası hukukun pek çok alanında olduğu gibi uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yöntemleri konusunda da BM'nin çabaları görmezden gelinmemelidir. Ancak Şart'ın kabulünden önce, 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri, Milletler Cemiyeti Misakı, 1928 Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü konusunda Genel Senet –ve 1949 yılında gözden geçirilmiş hali- ve 1928 Briand Kellog Paktı bu sürecin temel köşe taşlarıdır. BM Şartı ise bu gelişmelerin en son aşamasıdır. Şart'ın, tüm üyelerin, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarını, uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek biçimde, barışçı yollarla çözme yükümlülüğünü içeren 2/3. maddesi, günümüz uluslararası hukukunun ve uluslararası toplumun tüm devletlerine yüklediği hukuki bir yükümlülüktür.

Son yıllarda ise, özellikle de kesin kurallar formüle etmenin zor olduğu kimi konularda, tarafların birbiri ile müzakere ve mütalaa yükümlülüğü, maddi hukukun esaslı parçası haline gelmiştir ki bu, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun uluslararası suyollarına, uluslararası hukuka aykırı olmayan faaliyetlerine ilişkin çalışmalarında kendisini göstermektedir⁵⁹.

BM Şartı'nın 33. maddesinin uyuşmazlığın tarafları açısından barışçıl yollardan çözüme ilişkin bir zorunluluk getirip getirmemesi meselesine gelince, barışçıl çözüme ilişkin özel bir anlaşma yoksa, devletlerin uyuşmazlıklarını çözmek ya da çözmeye çabalamak, çözüm için muhtelif mercilere başvurmak yükümlülüklerinin bulunmadığı söylenebilir⁶⁰. BM Şartı gereğince, uyuşmazlığın tarafları ve örgütün müdahaleye yetkili organlarının, “uzaması uluslararası barış

⁵⁹ Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses and Commentaries Thereto and Resolution on Transboundary Confined Groundwater 1994, Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II, Part Two; Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10) ve Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997, Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 49 (A/51/49).

⁶⁰ L. HENKIN/ R. PUGH/ O. SCHACHTER/ H. SMIT, **International Law: Cases and Materials**, St. Paul, ed. 1980, s. 910.

ve güvenliği tehlikeye düşürebilecek” nitelikte belirli kategorideki uyuşmazlıklar bakımından bazı yükümlülüklerinin olduğu açıktır. Ancak üye devletlerin bütün uyuşmazlıklar için çözüm arama yükümlülüğünün olup olmadığı belirli değildir. Şart’ın 2/3. ve 33. maddelerindeki uyuşmazlıkların barışçıl çözümü yükümlülüğü, en azından uzaması barış ve güvenliği tehdit edecek türden uyuşmazlıklar bakımından, Şart’a taraf olmayan devletleri de bağlayan bir teamül kuralı haline gelmiştir⁶¹. Ancak teamül hukukunun bütün uyuşmazlıklar için aynı zorunluluğu öngördüğünü söylenememektedir. Yine de tarafların önemli uyuşmazlıklarda, mutlaka çözüme ulaşmasalar da, çözüme yönelik iyi niyetli görüşmeler yapması gerektiği konusunda teamül hukuku tedricen gelişmektedir. Böyle bir ilke, pek çok iki ya da çok taraflı anlaşmada, uluslararası örgüt kararlarında ve yargı kararlarında dile getirilmektedir⁶².

B. Uyuşmazlıkların Geleneksel Barışçıl Çözüm Yolları

BM Şartı ve Genel Kurul’un 1970 tarihli Devletlerarasında Dostane İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk Bildirisi’nde belirtildiği üzere, *“Süreğitmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte bir uyuşmazlığa taraf olanlar, her şeyden önce görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, tahkim ve yargısal çözüm yolları ile, bölgesel kurul ya da anlaşmalara başvurarak veya kendi seçecekleri başka yollarla buna çözüm aramalıdır”*⁶³. Görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, tahkim ve yargısal çözüm yolları olarak listelenen bu yollardan bir kısmı, literatürde “yargı

⁶¹ HENKIN/ PUGH/ SCHACHTER/ SMIT, 1980, s. 912; BILDER, 1986, s. 11.

⁶² İngiltere ve İzlanda arasındaki 1974 tarihli *Fisheries Jurisdiction* davasında Divan, tarafların dava konusu alandaki balıkçılık haklarına ilişkin farklılıkları konusunda karşılıklı ve iyi niyetli müzakerelere girişmelerinin önemine vurgu yapmıştır. ICJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Zeeland)*, Judgment of 2 February 1973, s. 3. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=302&code=ai&p1=3&p2=3&case=55&k=9d&p3=5> (son erişim: 02.09.2013). *North Sea Continental Shelf* davasında Divan, tarafların bir andlaşmaya varmak amacıyla görüşmeler yapmasının, uluslararası ilişkilerin temelinde yatan bir yükümlülük olduğunu ifade etmiştir; ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, s. 3. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=295&code=cs2&p1=3&p2=3&case=52&k=cc&p3=5> (son erişim: 02.09.2013).

⁶³ The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations was adopted by the General Assembly on 24 October 1970 (resolution 26/25 (XXV)), General Assembly (A/8082), Res. No: 2625 (XXV). <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/dpilfrscun/dpilfrscun.html> (son erişim: 02.09.2013). Devletlerarası Dostane İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk Bildirisi (20 Ekim 1976) Türkçe metni için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/bm/bm_17.pdf (son erişim: 02.09.2013).

dışı yollar” ya da diplomatik yollar olarak anılan ve uyuşmazlığın taraflarına uyuşmazlığın gidişatını birinci elden kontrol altında tutma imkânını veren yollar ile “yargısal yollar” olarak anılan ve uyuşmazlık çözüm sürecine üçüncü kişilerin daha fazla müdahil olabildiği yöntemlerden oluşmaktadır⁶⁴.

Uygulamada bu yöntemler arasında yalnızca teorik farklar bulunmaktadır. Zira bir uyuşmazlığın çözümü süreci pek çok ve farklı çözüm yöntemlerini içerebilmektedir. Örneğin tahkim ya da uluslararası yargı yollarına başvurmuş olan tarafların, bu çözüme daha önceki görüşmeleri aracılığıyla ulaşmış olmaları muhtemeldir. Aynı şekilde bu yöntemler BM Şartı’nda tahdidi olarak sayılmamıştır. Taraflar uygun gördükleri başka barışçıl çözüm yöntemleri ile de uyuşmazlıklarını çözebileceklerdir.

1. Yargı Dışı Çözüm Yolları

Uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümünde en eski ve en sık başvurulan yöntem, diplomatik görüşmelerdir⁶⁵. Görüşme, tarafların, çözüm üzerindeki pazarlıklarını doğrudan ve karşılıklı iletişim içinde ileri sürme çabalarıdır⁶⁶. Devletler sadece uyuşmazlıklarını çözmek için değil, her türlü ilişkinin kurulmasında ve yürütülmesinde biraraya gelerek müzakerelerde bulunmaktadırlar. Görüşmelerde taraflar, uyuşmazlık konusu üzerinde kendi görüşlerini açıklamaktadır. Devletler, birbirlerinin iddiaları karşısında egemenliklerinden istedikleri ölçüde feragat ederek çözüme hemen ulaşabilecekleri gibi, görüşmeleri sonuçsuz da bırakabilmektedirler. Böylece taraflar, görüşme yöntemiyle uyuşmazlığın çözümü süreci üzerinde en üst seviyede kontrol sahibi olabilmektedirler.

Yargı dışı, bir başka deyişle diplomatik çözüm yollarından bir başkası “dostane teşebbüs”tür. Kimi zaman üçüncü devletler ya da uluslararası örgütler ya da sıklıkla belirli makamlardaki kişiler (devlet başkanları, BM Genel Sekreteri gibi), uyuşmazlık tarafı devletlerin bir mutabakata varmaları yönünde yardımda

⁶⁴ Tahkimin yargısal bir çözüm yolu olduğu ileride açıklanacaktır. Ancak konuya ilişkin eserlerde “tahkim ve diğer yargı yolları” ifadesi kullanıldığından ve daimi uluslararası mahkemeler ile karıştırılmaması bakımından aynı ifade tarzı tercih edilmiştir.

⁶⁵ MERRILLS, 1998, s. 2; BILDER, 1986, s. 22; BROWNLIE, 2003, s. 270; MERAY, 1959, s. 217; MALANCZUK, 1997, s. 275.

⁶⁶ BILDER, 1986, s. 22.

bulunabilmektedir. Uyuşmazlığa üçüncü tarafın müdahil olması, ya arabuluculuk (*mediation*) ya da dostane çözüm (*good offices*) şeklinde olacaktır.

Taraflar, bir uluslararası uyuşmazlığı, görüşmeler yoluyla çözemezlerse, tarafları içinde bulundukları çıkmazdan çıkarmak ve makul bir çözüm bulmak için arabulucu olarak üçüncü bir kişiye başvurabileceklerdir. Üçüncü taraf, devletleri, çözüm için görüşmeler başlatmaları yönünde teşvik edebileceği gibi, taraflara sadece alternatif bir iletişim kanalı temin etmekle de yetinebilir. Böyle durumlarda yardımda bulunan kişinin fiili, dostane çözümdür⁶⁷. Dostane çözüm ve arabuluculuk yöntemleri, görüşmelerden farklı olarak üçüncü tarafın farklı seviyelerde uyuşmazlığa müdahil olmasını gerektirmektedir.

La Haye Sözleşmesi'ne göre, arabulucunun görevi, “karşılıklı iddiaları bağdaştırmak ve uyuşmazlığı tarafı olan devletlerarasında doğmuş olabilecek kin duygularını yatıştırmaktır”. Bu şekilde arabulucu, yargı organı gibi hareket ederek uyuşmazlığın hukuki çözümünden ziyade, tarafların iddialarını bağdaştırmaya ve her iki tarafı da tatmin etmeye çalışmaktadır. Bununla birlikte arabulucunun uyuşmazlığın halli için sunduğu çözüm, tavsiye niteliğindedir. Tarafların bu çözüm önerisini reddetmesi halinde arabuluculuk statüsü de sona ermiş sayılmaktadır⁶⁸.

Bir başka yargı dışı çözüm yolu olan soruşturma, uyuşmazlığın taraflarının, olayların bağımsız olarak araştırılmasını istedikleri için tercih ettikleri barışçıl çözüm yoludur. 1899 La Haye Konferansı ile uluslararası alanda tanınan, soruşturma komisyonları, uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yolları bakımından, üzerinde görüş ayrılığı bulunan fiili hususları aydınlatmak görevini üstlenen komisyonlardır⁶⁹.

1899 La Haye Konferansı'nda kabul edilen Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Sözleşmesi'nin 9-14. maddeleri⁷⁰ ve aynı Sözleşme'nin 1907 La Haye

⁶⁷ MERRILLS, 1998, s. 27.

⁶⁸ BELİK, 1956, s. 193.

⁶⁹ BELİK, 1956, s. 105; MERAY, 1959, s. 223.

⁷⁰ Pacific Settlement of International Disputes (Hague I); 29 July 1899. http://avalon.law.yale.edu/19th_century/hague01.asp (son erişim: 02.06.2011). Buradan sonra “1899 La Haye Sözleşmesi” olarak anılacaktır.

Konferansında yeniden gözden geçirilen 9-35. maddeleri⁷¹ arasındaki hükümlerde, soruşturma komisyonları düzenlenmektedir. Komisyonun takip edeceği usul, 1907 Sözleşmesi'nde ayrıntılı olarak tarif edilmiştir⁷². Soruşturma komisyonlarının hazırlayacağı raporlar, sadece olayların tespitinden ibarettir ve kesinlikle hakem kararı niteliğini haiz değildir. Zira Sözleşme'nin 35. maddesine göre rapor, "bu tespit üzerine icra olunacak muamele hususunda taraflara tam bir serbestlik tanır". Sözleşme'nin soruşturma komisyonlarına ilişkin bu hükümleri, tamamlayıcı niteliktedir. Devletler, özel sözleşmelerinde tespit etmedikleri hususlarda La Haye Sözleşmelerine atıfta bulunabileceklerdir. Devletler komisyonun çalışmalarını kolaylaştırmayı taahhüt etmişlerdir. Soruşturma komisyonu, araştırmalarının neticesini, çoğunluk oyuyla kabul ettiği ve üyelerce imzalanan bir raporla taraflara bildirecektir. Öncelikle uyuşmazlık tarafı devletlerin, anlaşmazlıklarını halletmelerini sağlayacak şekilde ayarlanmış güvenilir bir soruşturma ve rapor varsa, soruşturma komisyonları, dostane bir sonuç için pratik anlamda aracılık edecektir⁷³.

Uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde, soruşturma komisyonlarının bir derece ötesine giden çözüm yolu "uzlaştırma"dır. Geniş anlamıyla uzlaşma, uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde, tarafların anlaşmasına yönelik her türlü barışçıl usulü ifade edebilmektedir. Ancak bugünkü uluslararası hukukta teknik ve diğerlerinden bağımsız bir yol olarak uzlaştırma, görevleri, maddi olayları aydınlatmak, genelde tarafları dinledikten ve anlaşmaya teşvik ettikten sonra, uyuşmazlığın çözümü tekliflerini içeren rapor sunmak olan ve şahıslardan oluşan komisyonun yürüttüğü barışçıl çözüm faaliyetidir⁷⁴.

Arbuluculuk ve uzlaştırma, karşı tarafın rızası olmaksızın harekete geçirilmesi mümkün olmayan yöntemler olduğundan, karşılıklı iyi niyet önem kazanmaktadır. Dolayısıyla bunların, tahkim ya da yargısal yol kadar uluslararası hukukun gelişimine katkıları olmamaktadır. Zira diplomatik yollarda asıl mesele,

⁷¹ Pacific Settlement of International Disputes (Hague I); October 18, 1907. Buradan sonra "1907 La Haye Sözleşmesi" olarak anılacaktır.

⁷² 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 17-34.

⁷³ Norman L. HILL, "International Commissions of Inquiry and Conciliation", **International Conciliation**, Vol. 15, 1932, s. 114; Charles Cheney HYDE, "The Place of Commissions of Inquiry and Conciliation Treaties in the Peaceful Settlement of International Disputes", **Brit. Y. B. Int'l L.**, Vol. 10, 1929, s. 110.

⁷⁴ MERAY, 1959, s. 225, BELİK, 1956, s. 113.

pozitif hukukla bağdaşsın ya da bağdaşmasın, taraflar için tatmin edici bir çözüme ulaşılmasıdır.

2. Yargısal Çözüm Yolları

Uluslararası uyuşmazlıkların yargısal yollarla çözümü ile kastedilen, iki ya da daha çok devlet arasındaki anlaşmazlığın, bağımsız, uzman ve daimi bir organ tarafından, başka bir deyişle gerçek bir mahkeme aracılığı ile hukuka uygun olarak çözülmesidir⁷⁵.

Uluslararası uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda, devletlerarasındaki anlaşmazlıkları çözmek konusunda bağlayıcı ve zorunlu yargı yetkisini haiz olduğu genel olarak kabul edilen bir otorite bulunmadığından, uyuşmazlığın tarafları arasında haklı-haksız ayrımı yapılamamaktadır. Eğer devletler, diplomatik çözüm yolları ile herhangi bir anlaşmaya varamazlar ve uyuşmazlığı gönüllü olarak hakem mahkemesine sunmazlarsa, her devlet, diğer devletin uluslararası hukuku ihlal ettiği ve kendisinin haklı olduğu kanısına varacak ve hukuku – bir başka deyişle “kendi hukukunu”- bizzat uygulamaktan imtina etmeyecek; haksız olduğunu iddia ettiği taraf hakkında, uygun gördüğü –kimi zaman kuvvet kullanımına varacak- tedbirleri alacaktır. Uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası mahkemelerin yargı yetkisinin kabul edilmesi düşüncesinin altında yatan diğer bir endişe ise, devletlerden, hukuki sorunlarını bizzat çözüme yetkisinin alınıp, bağımsız bir otoriteye devredilmedikçe, hukukun ilerleyişinin yavaşlayacak olmasıdır⁷⁶.

Uluslararası toplum için bir dünya mahkemesi yaratma fikri, 1899 ve 1907 La Haye Konferanslarının ortaya koyduğu atmosferden kaynaklanmaktadır⁷⁷. Ancak kurulacak daimi mahkeme yargıçlarının hangi usulle seçileceği konusunda anlaşmaya varılamaması üzerine, bu konudaki görüşmeler ertelenmiştir⁷⁸. La Haye Konferansları ile Daimi Tahkim Divanı'nın kuruluşu, bugünkü uluslararası

⁷⁵ MERAY, 1959, s. 260; MERRILS, 1998, s. 121.

⁷⁶ Hans Kelsen, “*Compulsory Adjudication of International Disputes*”, *Am. J. Int'l L.*, Vol. 37, 1943, s. 397.

⁷⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Georges Scelle, *Précis de Droit des Gens*, Dalloz-Sirey, Paris, 1943, s. 542.

⁷⁸ MERAY, 1959, s. 262.

yargı sisteminin oluşturulmasında önemli bir adımdır. Zira Milletler Cemiyeti Misakı, La Haye Konferanslarının temelini oluşturduğu bir dünya mahkemesi yaratma önerilerini tekrar gündeme getirmiş ve 1920’de Daimi Uluslararası Adalet Divanı kurulmuştur.

20. yüzyılın başında devletlerin ağırlık verdiği çalışma alanlarından biri uluslararası yasama ve diğeri uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümü olmuştur⁷⁹. Uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümü çerçevesinde, yargısal kurumların tesisi ideali üzerinden hareket edilmiştir. Sömürgeleştirme sürecinde devletlerarası uyuşmazlıklar, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nde görülürken, 19. yüzyıl sonuna gelindiğinde egemen devletler, bu mahkemelerin yargı yetkisine itiraz etmeye başlamışlardır. 20. yüzyılda ise uluslararası alanda yargı yetkisinin nihai sahibinin, uluslararası mahkemeler olduğu fikri yerleşmiştir. Uluslararası uyuşmazlıkların, hukuken bağlayıcı kararlar veren daimi mahkemelerce yargısal yollarla çözümünün temelinde, devletlerarası tahkim uygulamaları yatmaktadır.

Yabancı literatürde “Uluslararası Mahkeme” (international court)⁸⁰ ya da Dünya Mahkemesi (World Court)⁸¹ olarak da anılan ve I. Dünya Savaşı’nın ardından barışın tesis edilmesiyle birlikte göreve başlayan Uluslararası Sürekli Adalet Divanı USAD ve onun halefi olan UAD, BM’nin daimi organlarından biridir. UAD, 1945’de BM Şartı’nın kabul edilmesiyle kurulmuş, 1946’da göreve başlamıştır⁸². Bu mahkeme, davalarda ulusal yargıçların yer alması, mahkemeye *ex aequo et bono*’ya göre karar yetkisi verilebilmesi, yargı yetkisinin tarafların özel anlaşmasına bağlı olması gibi temel konularda, hakem mahkemelerinin tecrübelerinden faydalanmıştır⁸³. USAD, uluslararası topluma hizmet eden, geniş kapsamlı bir sistem kurmayı ve kolayca başvurulabilecek hukuki ve örgütsel nitelikte uyuşmazlık çözüm mekanizmaları vasıtasıyla uluslararası hukuk

⁷⁹ H. LAUTERPACHT, LL.D., “The Absence of International Legislature and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals”, **Brit. Y. B. Int’l L.**, Vol. 11, 1930, s. 134.

⁸⁰ Shabtai ROSENNE, **The Law and Practice of International Court 1920-2005**, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006.

⁸¹ BROWNLIE 2003, s. 677.

⁸² ROSENNE, 2006; Stephen M. SCHWEBEL, **Justice in International Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 1994; Derek William BOWETT, **The International Court of Justice: Process, Practice and Procedure**, British Institute of International and Comparative Law, London, 1997. Mahkemenin resmi internet sitesi için bkz. <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1> (son erişim: 02.09.2013).

⁸³ BROWNLIE, 2003, s. 677.

ihlallerini önlemeyi amaçlamıştır⁸⁴. 1920’de Milletler Cemiyeti Konseyi, USAD Statüsü taslağının hazırlanması için yargıçlardan oluşan bir danışma komitesi atamıştır. Komite, Statü taslağını hazırlarken temelde üç kaynaktan esinlenmiştir. Bunlar, 1907’de hazırlanan taslak, tarafsız devletlerin zorunlu yargı yetkisine ilişkin önerileri ve yargıçların seçimine ilişkin Root-Phillimore planıdır⁸⁵. Statü taslağında zorunlu yargı yetkisi öngörülmüş olmakla beraber, Konsey ve Genel Kurul’da, büyük devletlerin ve müttefik güçlerin aksi görüşleri baskın çıktığından, zorunlu yargı yetkisi, “opsiyon şartı” olarak kabul edilmiştir⁸⁶. Bu şekliyle kabul edilen Statü, 1922’de yürürlüğe girmiş, ancak değiştirilmesine ilişkin bir hüküm içermemesi ve bütün değişiklikler için oy birliği gerekmesi nedeniyle uygulama hantallaşmış ve USAD, Milletler Cemiyeti ile birlikte dağılmıştır.

II. Dünya Savaşı’nın sonu itibariyle 1946’da USAD’ın yerini, BM Şartı’nın 92. maddesinde örgütün “asli yargı organı” olarak ifadesini bulan, UAD almıştır. USAD ile aynı Statü, aynı yargı yetkisi ve aynı çizgide davalar ile bağımsız bir mahkeme olarak özel yeri bulunan UAD⁸⁷, Daimi Divan’ın hukuken halefi olmasa da, bu iki mahkemenin baktığı davalar arasında herhangi bir ayrım yapılmamaktadır⁸⁸. Divan Statüsü, BM Şartı’nın ayrılmaz bir parçası olarak Şart’a eklenmiştir⁸⁹.

Günümüzde uluslararası mahkemeler, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) gibi uluslararası hukukun belirli uzmanlık alanlarında yetkili olabileceği gibi, UAD gibi genel uluslararası hukuk alanında da yetkili olabilmektedir.

⁸⁴ SHAW, 2003, s. 961; **Shabtai Rosenne, The Law and Practice of the International Court, 1920-2005**, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 4th Edition, 2006, s. 1058.

⁸⁵ SHAW, 2003, s. 961.

⁸⁶ Manley O. HUDSON, “*The Permanent Court of International Justice*”, **Harv. L. Rev.**, Vol. 35, No. 3, 1922, s. 247.

⁸⁷ UAD Statüsü’nün 37. maddesine göre, yürürlükte bulunan bir andlaşma ya da sözleşme, bir davanın Milletler Cemiyeti tarafından kurulmuş olması gereken bir mahkemeye ya da USAD’a hava edilmesini öngörmekte ise, işbu Statü’nün tarafları arasında söz konusu davanın bakılacağı yargı organı, UAD’dır. Statue of International Court of Justice, Stat. 1055, 33 U.N.T.S. 993. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> (son erişim: 02.09.2013). Buradan sonra “UAD Statüsü” olarak anılacaktır. Türkçe metin için bkz. GÜNDÜZ, 2013, s. 164.

⁸⁸ BROWNLIE, 2003, s. 679; MALANCZUK, 1997, s. 281.

⁸⁹ UAD Statüsü, madde 69.

Uluslararası yargı alanında devletlerarası tahkim alanındaki gelişmelerden esinlenerek kendisine uygulamada yer bulan UAD ve çalışma usulüne burada değinilmemekle birlikte; ilerleyen bölümlerde, her iki yargısal faaliyetin paralel noktalarına ve elbette konu ile alakalı Divan kararlarına atıf yapılacaktır.

C. Uyuşmazlıkların Yargısal Çözüm Yolu Olarak Devletlerarası Tahkim

1. Tahkim Kavramı

Savaşı önlemek ve diplomatik çözüm yollarının bir adım ötesine gitmek amacıyla, daha önceden de uygulanmakta olan devletlerarası tahkimin kurumsallaştırılması çalışmaları, 19. yüzyılın ikinci yarısında başlatılmıştır. Bu tarihte de “tahkim” ile ilgili kavramsal bazı bilgiler bulunmakla birlikte; devletlerarası tahkim, ulusal tahkimle bağdaştırılmış ve uluslararası hukukun bir parçası olarak tahkimin yargısal niteliği üzerinde durulmamıştır⁹⁰. Uluslararası hukukun teorik gelişimine bakıldığında da, tahkim kavramının, iç hukuk tahkimiyle bağdaştırılması sorunu üzerinde eleştirel çalışmalar yapılmamıştır.

“Tahkim” (*arbitration*) sözcüğüne ilk olarak İngiliz dil bilimcileri anlam yüklemiş, Amerikan yazarlar da aynı yoldan ilerlemişlerdir. 17. yüzyılda Philips’in yaptığı ilk sözlük tanımına göre “Hakem (*arbitrator*), taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak karar vermesi için tarafların karşılıklı rızası ile yetkilendirilmiş hükümdar, komisyon üyesidir”⁹¹. Johnson’a göre tahkim kararı (*arbitrament*), “uyuşmazlık hakkında, taraflarının isteği üzerine verilen hüküm, karar” anlamına gelmektedir. Tahkimin “yargısal” niteliğini destekleyen Johnson hakemi, “tarafların gönüllü olarak belirleyerek atadığı yargıç” olarak tanımlamıştır⁹². Aynı sözlükte tahkim, “tarafların karşılıklı rızası çerçevesinde karar vermek, yargılamak” olarak tanımlanmıştır. Son olarak Johnson, hakem kararını, hüküm, bir değerin belirlenmesi (*determination*) ve yetkilendirme anlaşması (*compromise*) olarak tanımlamıştır. Kimi yazarlar tarafından da desteklenen ve uyuşmazlığın, taraflarının belirlediği şekilde çözüme kavuşturulması olarak–yargısal anlamdan uzaklaşacak şekilde– tanımlanan bu

⁹⁰ Thomas Willing BALCH, “ ‘Arbitration’ as a Term of International Law”, **Colum. L. Rev.**, 1915, s. 1.

⁹¹ Edward PHILIPS, **The New World of Words**, 4th Edition, London, 1678.

⁹² Samuel JOHNSON, **Dictionary of the English Language**, 4th Edition, London 1773.

çelişkili son anlamı dışında⁹³; Johnson’ın desteklediği tahkim, bir uyuşmazlığın, belirli bir davada ilgili tarafların seçtiği yargıçlar tarafından karar verilerek çözülmesi anlamına gelmektedir. Johnson’ın, tahkimi yargısal bir süreç olarak tanımladığı, arabuluculuk tanımlarından da anlaşılmaktadır⁹⁴.

Webster ise tahkimi, “uyuşmazlığın, tarafların seçtiği kişilere havale edilmesi, hakemler önünde yapılan duruşma ve karar süreci” olarak tanımlamaktadır⁹⁵. Webster’e göre hakem ise “uyuşmazlık hakkında karar vermesi için taraflardan birinin seçtiği ve bağımsız yargılama hakkı ve karar verme yetkisi olan kişi” anlamına gelmektedir. Buna karşılık yazar, arabulucuyu, uyuşmazlık hakkında tavsiye veren, uzlaştırmaya çalışan kişi olarak tanımlayarak tahkimi yargısal bir süreç olarak ele almıştır. Başka bir Amerikan dilbilimci Bauvier, 19. yüzyılda hakemi bir yargıç olarak tanımlamıştır⁹⁶. Bauvier’e göre hakem, “uyuşmazlık taraflarının seçtiği, özel, olağandışı (*extraordinary*) ve o uyuşmazlıkla ilgili karar verme yetkisiyle donatılmış ve genel olarak kararlarını temyiz etme imkanı olmayan yargıç” anlamına gelmektedir. Yazara göre arabuluculuk ise “uyuşmazlığın her iki tarafına karşı dostane yaklaşımla, tarafların, fikir birliğine varmalarına, uzlaşmalarına ve uyuşmazlığı çözmelerine yol açmaktır”.

Günümüz hukuk sözlüklerine baktığımızda, kavramsal yaklaşım çok fazla değişmemiştir. Hakem, “taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözen ve genellikle tarafların seçtiği tarafsız kişi” olarak tanımlanmaktadır⁹⁷. Tahkim ise, “bir uyuşmazlığın, tarafların rızasıyla, bağımsız bir kişi ya da gruba karar vermesi için havale edildiği, delillere dayanan duruşmalar ve tarafların temsilcilerinin iddia ve savunmalarını da içeren alternatif çözüm yöntemi” anlamına gelmektedir⁹⁸.

⁹³ Paul S. REINSCH, “*The Concept of Legality in International Arbitration*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 5, 1911, s. 604-614.

⁹⁴ Arabuluculuk yapmak (*mediate*): Dostane şekilde ve tarafsız olarak uyuşmazlığın taraflarının arasına girmek, aracı olmak; arabulucu: Uyuşmazlığın taraflarına müdahale eden, uyuşmazlığın çözümü için kendi inisiyatifini taraflardan birinden yana kullanan kişi. JOHNSON, 1773.

⁹⁵ Noah WEBSTER, **A Compendious Dictionary of the English Language**, New Haven, 1806.

⁹⁶ John BAUVIER, **A Law Dictionary**, Philadelphia, 1843.

⁹⁷ **Webster’s New World Law Dictionary**, Edited by Susan Ellis Wild, Canada, 2006.

⁹⁸ **Nolo’s Plain-English Law Dictionary**, Edited by Gerald N. Hill, Kathleen Thompson Hill, California, 2009.

Türkçe dilindeki günümüz hukuk sözlüklerine bakıldığında, “hakem”, mevcut veya ileride çıkacak bir uyuşmazlığın çözümü için taraflarca seçilen veya kanunun gösterdiği şekilde atanan özel kişi, uzlaştırıcı, yargıç olarak; “hakem kararları”, hakemlerin gördükleri bir dava sonucunda verdikleri kararlar olarak açıklanmakta ve ardından bu kararlara karşı başvurulabilecek itiraz yollarından bahsedildiği görülmektedir⁹⁹. Kısaca bu kavramlar, iç hukuk çerçevesinde açıklanmaktadır. Aynı sözlükte “tahkim”, bir uyuşmazlığın hakemler eliyle çözümlenmesi, uzlaştırma olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁰. Uzlaştırma ile bağlantılı açıklama yapılması, yukarıda bahsi geçen bakış açısını yansıtmaktadır.

2. Devletlerarası Tahkimin Benzer Kurumlardan Farkı

Görüldüğü gibi sözlük yazarları tahkimi, yargısal niteliği olmayan, bağımsız bir kavram olarak açıklamaktadırlar. 19. yüzyıl sözlük yazarları ise tahkimi tanımlarken, kimi yargısal kavramlar kullanmakla birlikte, tam olarak uzlaştırma ve arabuluculuktan ayırmamış, devletlerarası tahkimden ise hiç bahsetmeyerek tahkimi iç hukuk terimi olarak açıklamışlardır. Bu anlamda, tahkim kurumunu, diğer kurumlardan ayırt etmek gerekmektedir.

Uluslararası hukuk terminolojisi çerçevesinde tahkim kavramına açıklama bulabilmek için yazarların hukuk eserlerinde bu ayrıma değinilmektedir. Mesela Pufendorf, 17. yüzyılda yayınladığı eserinde, uyuşmazlıkları çözenin savaş dışındaki çözümünün tahkim olduğunu ifade etmiştir¹⁰¹. Pufendorf’a göre, tarafların rızası olmaksızın tahkim süreci başlatılamayacağı ve hiç kimse de tahkime zorlanamayacağı için hakemle birlikte tarafların da kabul ettiği bir sözleşme hakemi, vicdanına ve hakkaniyete göre yargılama yapmaya mecbur bırakacaktır. Taraflar da bu karara karşı herhangi bir itiraz yolu bulunmaksızın uymak zorundadırlar. Seçilen hakemin, aksine anlaşma yoksa, iki niteliği olması gerekir. İlk olarak hakem kendisini hukuk kurallarıyla bağlı addetmeli ve o kurallara göre hareket etmelidir. Çünkü hakemin seçilme nedeni, tarafların yargıç ve yargılama talebinde bulunmasıdır. İkinci olarak hakem, tarafların onu seçerken

⁹⁹ Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Yenilenmiş 3. Bası, Ankara, 2005, s. 251-252.

¹⁰⁰ YILMAZ, 2005, S. 655.

¹⁰¹ Samuel PUFENDORF, **The Law of Nature and Nations**: Eight Books, London, 1729, s. 430-434.

tain ettikleri sınırlar içinde hareket ederek, adalete aykırı ve haksız davranmamalıdır. Oysa bir arabulucu ya da uzlaştırmacının, taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa, hangi kurallara göre hareket edeceği kendi inisiyatifine kalmıştır. Yargıçların yargılamada başvuracakları hukuka ilişkin olarak ise Pufendorf, ulusal hakemlerin, vatandaşlar arasındaki davalarda ve iç hukuk çerçevesinde yargılama yapması karşısında, devletleri yargılayan hakemin de taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece devletler hukukuna göre (*law of nations*) yargılama yapması gerektiğini belirtmiştir¹⁰². Pufendorf’a göre, hakemin verdiği karar “yargı kararı” (*judgment*) olduğundan, arabuluculuktan farklı olarak hakemlerin, olayların değerlendirilmesinde yargıçlarla aynı amaca yönelik hareket etmeleri ve her iki tarafa da eşit mesafede durmaları gerekmektedir. Hakem mahkemesi, tarafların iddiaları ve sundukları deliller ve uygulanacak hukuk kuralları çerçevesinde karara varmalıdır. Oysa arabulucular, uyuşmazlığa düşmüş, savaş hazırlığında ya da savaşan devletleri, bulundukları makam ve itibarlarını gözeterek, aradaki gerilimi azaltacak şekilde, uzlaşmalarını sağlamakta ve bu yönüyle bir yargıcın işlevlerini yerine getirmemektedir. Bu yüzden Pufendorf’un söyleminde, çatışan tarafların hakem mahkemesine başvurması halinde, mahkeme tarafları yargılayacak; arabulucu ise tarafların aralarını bulmak ve az ya da çok bir uzlaşmaya varmalarını sağlayacaktır.

Aynı yönde görüş bildiren Vattel’e göre, arabulucu tam tarafsız bir bakış açısına sahip ve tarafları yatıştırıcı tavır içinde olmalıdır¹⁰³. Arabulucunun görevi haklıdan yana olmaktır. Ancak adaletin sert şekilde yerine getirilmesi konusunda da aşırı derecede ısrarcı olmamalıdır. Neticede o bir yargıç değil, moderatördür; işi barışı kurmak ve tarafları barışa sevk etmektir. Taraflar karşılıklı iddiaları konusunda anlaşamazlarsa ve halen de barışı sürdürme ya da tesis etme konusunda isteklilerse, anlaşma ile uyuşmazlıklarını tahkime havale edebileceklerdir. Bu durumda tarafların arasındaki anlaşmanın elverdiği ölçüde hakeme yetki tanınacaktır. Aynı dönemlerde Fransız Dışişleri Bakanlığı’nın uluslararası hukuk danışmanı olan Louis Renault, *Behring Sea* davasında¹⁰⁴,

¹⁰² PUFENDORF, 1729, s. 436.

¹⁰³ Emer De VATTEL, *The Law of Nations*, Dublin, 1787, s. 415-416.

¹⁰⁴ Behring Sea Arbitration, Award of the Tribunal of Arbitration, Presented to both Houses of Parliament by command of Her Majesty, August 1893, London, <http://www.archive.org/details/behringsearbit00beriuoft> (son erişim: 12.10.2011).

devletlerarası tahkime ilişkin olarak şöyle görüş bildirmiştir: “İster hükümetlerce, ister özel kişilerce atanmış olsun, hakemlerin görevi, hukuka ilişkin bir sorunu veya tarafların uyuşmazlığa düştükleri bir olayı çözmektir. Hakemler, sunulan delillere dayanarak haklı ve haksızı tespit etmeli ve gerçek bir mahkeme kararı tefhim etmelidirler”¹⁰⁵.

Uluslararası uyuşmazlıkların diğer barışçıl çözüm yolları ile karşılaştırıldığında tahkim, yargısal yollar başlığı altında incelenmiş olmakla birlikte kısmen diplomatik unsurlar da taşımaktadır. Aralarında uyuşmazlık bulunan devletlerin tahkime başvurabilmeleri için -tıpkı UAD yargı yetkisinde olduğu gibi- bu konuda anlaşmaları gerekmektedir. Ayrıca Divan’dan farklı olarak tarafların hakem mahkemesini, usul kurallarını ve hakem mahkemesinin görev ve yetkilerini de belirlemeleri gerekmektedir. Bütün bunların saptanması, kaçınılmaz olarak diplomatik bir süreci ve tarafların anlaşma ile tahkim sürecini yönetmelerini gerektirmekte ve bu anlaşma, UAD’ye yetki veren herhangi bir anlaşmadan daha kapsamlı olmak durumundadır. Diğer yandan tahkim süreci başladığında yapılan işlem kesinlikle yargısal nitelik taşımakta ve hakem ya da hakemlerin kararlarını hukuka dayandırdıkları bir “yargılama” yapmaları gerekmektedir.

3. Devletlerarası Tahkimin Hukuki Temeli ve Yargısal Niteliği

Hukukilik kavramının ayırt edici özelliği ve hukuki bir yükümlülüğü ahlaki zorunluluklardan ayıran husus, ilkinin yerine getirilmesi vakiasının, sadece genel bir haktan kaynaklanmaması, aynı zamanda belirli bir örgütlenme eliyle gerçekleştirilmesidir. Bir yükümlülüğün belirlenmesi ve yerine getirilmesi fiili, kurulu organlar tarafından icra edilebiliyorsa, onun hukuki niteliğinden bahsedebilecektir¹⁰⁶. Ahlaki ya da sosyal davranış kuralları, toplumun genel ahlak duygusuna dayanmaları nedeniyle sadece bireyler tarafından yükümlülük olarak algılanabileceklerdir.

¹⁰⁵ Louis RENAULT, *Une nouvelle mission donnée aux arbitres dans les dans les litiges internationaux a propos de l'Arbitrage de Behring: Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1894, s. 44-51.

¹⁰⁶ Paul S. REINSCH, “The Concept of Legality in International Arbitration”, *Am. J. Int'l L.*, Vol. 5, 1911, s. 604.

Tahkimin tarihi gelişimine bakıldığında, hükümetlerin birbirinin iyi niyetine ve itibarına güvenerek, uluslararası yükümlülüklerle uymalarının beklendiği 20. yüzyıl başına kadar, uluslararası hukukun icrasının tek yolu, devletlerarasındaki karşılıklı güven ilişkisi olmuştur. Dolayısıyla her devlet, uluslararası hukuk çerçevesinde kendi yükümlülüklerini nasıl yorumlayacağını kendisi belirlemiştir. 20. yüzyıl başına gelindiğinde devletler, uluslararası ilişkilerde haklı-haksız ayrımının ortaya çıkarılmasını sağlamak üzere uluslararası mahkemeleri kurmuş ve bu şekilde hukukiliğin ilk adımlarını atmışlardır. Yargısal yollara başvurmak, en başından beri tamamen ihtiyari olarak kabul edilmiş ve yargı kararlarının icrası, yine devletlerin iyi niyetine ve itibarına kalmıştır. Bugüne kadar ki tarihi gelişimine bakılarak, tahkimin ileride gerçekleşmesi arzu edilen üçüncü aşaması ise, devletleri, uluslararası yargı organlarının önüne çıkarmaya zorlayacak şekilde organize olabilmiş bir uluslararası toplumdur¹⁰⁷.

Uluslararası alanda 20. yüzyıla kadar tahkime, çoğunlukla bireysel iddiaların çözüme kavuşturulması için başvurulmuştur. Bu dönemde kurulan hakem komisyonları, devletlerin, “dışarıda vatandaşlarını korumak” konusundaki menfaatlerine ilişkin olarak yetki kullanabilmiş, ancak devletler, doğrudan davacı sıfatını almamışlardır. Genel olarak bu komisyonlar, devletlerin taraf olduğu uyuşmazlıkları değerlendirmeyi reddetmişlerdir¹⁰⁸. Devletlerarası tahkim, özel kişilerin iddialarından ziyade, devletlerarasındaki uyuşmazlıkları yargılayan uluslararası mahkemelerin kurulmaya başlamasıyla ancak bugünkü hukukiliğine kavuşabilmiştir.

Uluslararası yargı sisteminin, yüz yılı aşkın bir zamandır olduğu gibi günümüzde de ihtiyarilik esasına dayanmakta olduğu unutulmamalıdır. Ancak geçmişten farklı olarak günümüzde, uluslararası uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda tahkim, takip edilmesi gereken yargısal yollarından biri olarak görülmektedir. Bununla beraber günümüzde de bir devlet, başka bir devleti, uluslararası yükümlülüğünü yerine getirmediği ya da uluslararası hukuku ihlal ettiği iddiası ile uluslararası yargı organı önüne çıkarmaya zorlayamamaktadır.

¹⁰⁷ REINSCH, 1911, s. 605.

¹⁰⁸ REINSCH, 1911, s. 608.

Uluslararası hukuka katkısı bakımından devletlerarası tahkimin modern gelişimi, yargısal temel üzerinde seyretmesi ile mümkün olabilecektir. Çünkü bu konudaki bir kavram kargaşası ya da işlevsel olarak tahkimin diğer diplomatik çözüm yolları ile karıştırılması, bu ikisi arasında ayrımı, sadece usul kuralları ile sınırlayacaktır. Oysa diplomatik çözüm yolları ile tahkim arasındaki ayrım, yalnızca usule ilişkin bir farklılık değildir. Uyuşmazlığın taraflarının tahkime başvurmaları halinde, uygulanacak hukuku seçebilmeleri ya da *ad-hoc* yargıçlar atayabilmeleri ve en önemlisi hakem mahkemesi kararının taraflar bakımından bağlayıcı olmasının genel olarak kabul edilmesi ile tahkimin uygulamadaki sınırları daha kolay tanımlanabilecektir. Uluslararası hukukun gelişmişlik oranı da, uluslararası uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması amacıyla tahkim uygulamalarının yaygınlığı oranında artacaktır.

4. Kurumsal Tahkim *Ad-hoc* Tahkim Ayrımı

Gerek devletlerarası gerekse özel hukuk kişileri arasındaki tahkimin amacı, uyuşmazlıkların, diğer yargısal çözüm yollarından farklı olarak, tarafsız ve bağımsız bir organ ya da kişi tarafından, gecikmeksizin ve gereksiz masraflardan kaçınmak ve taraflara, uyuşmazlığın çözülmesi usulünü belirlemede daha çok inisiyatif tanımak suretiyle, aynı zamanda emredici hukuk kurallarına da uygun bir çözümü temin etmektir. Günümüzde özellikle ticari uyuşmazlıkların çözümünde oldukça cazip bir yöntem olarak olan tahkime, kurumsal ya da *ad-hoc* olmak üzere iki temelde başvurulmaktadır.

Kurumsal tahkim, uzman bir kuruluşun, tahkim sürecine müdahil olarak, bu süreci yönetme rolünü üstlenmesidir. Her kurum, tahkim sürecinin yürütülmesine ilişkin usul kuralları dizisi ve yargılama sürecinde taraflara yardımcı olmak üzere idari bir yapılanma arz etmektedir. Uluslararası Ticaret Odası (ICC), Londra Uluslararası Hakem Mahkemesi (LCIA), Alman Tahkim Kurumu (DIS) tahkim kurumlarına örnek gösterilebilir. Uygulamada taraflar, aralarındaki sözleşmeye ekledikleri bir kayıtla bu kurumlardan birini, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar

için tahkim organı olarak tayin etmekte; ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra bu kuruluşlardan biri üzerinde karar kılmaktadırlar¹⁰⁹.

Kurumsal tahkimin pek çok avantajı bulunmaktadır. Tahkim kuruluşlarının hepsinin de yargılamayı hızlandıracak ve kolaylaştıracak usul kuralları vardır. Böylece usul kurallarının saptanması aşamasında uyuşmazlığın taraflarının ihtilafa düşmesi ihtimali bertaraf edilmekte ya da mahkemenin usul kurallarının oluşturulması için vakit kaybetmesi gerekmemektedir. Yargılamaya ilişkin bütün idari işlemler bu kuruluşlarca yerine getirilmektedir. Örneğin bütün tebligatlar, her türlü resmi ya da gayri resmi yazışmalar ve diğer sekreterlik işlemlerini bunlar üstlenmektedir. Tahkim kuruluşlarının genelde bir hakem listesi vardır ve tarafların bu listeden, uyuşmazlığın konusunda uzman ve güvenilir hakemler atamaları, atama konusunda karara varamamaları halinde ise onların yerine bu atamayı kuruluşun gerçekleştirmeleri mümkündür. Bu kuruluşların oturmuş bir yargılama sistemlerinin olması, tarafları yargısal yönetime başvurmak konusunda ikna edici olmaktadır¹¹⁰. Ancak günümüzde, devletlerarası tahkimin yürütüldüğü kurumsal bir organ bir bulunmamaktadır.

Devletlerin Sekreteryaya hizmetlerinden en fazla yararlandıkları kuruluş olan Daimi Tahkim Divanı'nın temel yapısı 1907 La Haye Sözleşmesi ile kurulmuş olup, isminin aksine, "daimi mahkeme" olma özelliği ve daimi bir yargıç kürsüsü bulunmamaktadır. Aslında Daimi Tahkim Divanı olarak anılan, "Uluslararası Büro" adında bir daimi bir sekreterlik olup, bu idari kuruluş, taraflara, her dava için bir *ad-hoc* mahkeme kurulmasında ve davanın bu mahkeme eliyle yürütülmesinde yardımcı olmaktadır¹¹¹. Mahkeme'nin bu yapısı, La Haye Konferanslarının gerçekleştiği 1899-1907 yıllarında uluslararası toplumdaki, devletlerin uluslararası hukukun tek süjesi olarak egemenliklerine kıskançlıkla sahip çıktığı ve daimi bir otorite kurmak konusunda istekli olmadıkları hakim

¹⁰⁹ Örneğin ICC Tahkimine başvurulmasına ve tahkim kaydının oluşturulmasına ilişkin olarak bkz. <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Who-can-use-ICC-arbitration-and-how-to-draft-an-ICC-Arbitration-clause/> (son erişim: 08.09.2013).

¹¹⁰ *Ad-hoc* ve kurumsal tahkimin olumlu ve olumsuz yanları için bkz. Gordon Blanke, "Institutional versus Ad Hoc Arbitration: A European Perspective", **ERA Forum**, Vol. 9, 2008, s. 275-282.

¹¹¹ Daimi Tahkim Divanı içinde Uluslararası Büro'nun işlevleri hakkında bkz. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1043 (son erişim: 08.09.2013).

sosyal yapıyı yansıtmaktadır¹¹². Uluslararası Büro'nun daimi bir hakem listesi olmakla birlikte, taraflar hakemlerini kendileri de belirleyebilmektedirler. Büro ise taraflar ve mahkeme arasındaki yazışmaları yürütmekte, tarafların hakem talebinde bulunmaları halinde “atama makamı” olarak hareket etmekte ve gerekli diğer idari hizmetleri yerine getirmektedir.

Daimi Tahkim Divanı nezdinde görülen hem devletlerarası hem de özel hukuk kişilerinin taraf olduğu davalarda başvurulacak usul kuralları genelde UNCITRAL Tahkim Kuralları'dır¹¹³. Ancak Daimi Tahkim Divanı'nın, tarafların talep etmesi halinde kullanabilecekleri dört temel usul kuralları dizisi bulunmaktadır. Bunlar, 1992 tarihli İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Başvurulacak Seçimlik Kurallar, 1993 tarihli Taraflardan Birinin Devlet Olduğu Uyuşmazlıkların Tahkiminde Başvurulacak Seçimlik Kurallar, 1996 tarihli Devletler ve Uluslararası Örgütler Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Başvurulacak Seçimlik Kurallar, 1996 tarihli Uluslararası Örgütler ve Özel Hukuk Kişileri Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Başvurulacak Seçimlik Kurallar ve son olarak 2012'de yayınlanmış olan Tahkim Kuralları'dır¹¹⁴. Bununla birlikte son olarak 2010 yılın da güncellenmiş olan UNCITRAL Tahkim Kuralları ise devletlerarası tahkimler için de işlevsel olabilen ve temel uluslararası kamu hukuku ilkelerini yansıtan kurallardır¹¹⁵.

Ad-hoc tahkim, belirli bir kuruluş tarafından yönetilmeyen, tarafların tahkim sürecini her açıdan belirleyebildikleri, belirli bir uyuşmazlık için taraflarca teşkil edilen ve yargılama sona erdikten sonra *functus officio* sayılarak dağılacak olan hakem mahkemesinin yürüttüğü tahkimdir¹¹⁶. Ad-hoc tahkimde başvurulacak

¹¹² UN Conference on Trade and Development, “Dispute Settlement”, New York and Geneva, 2003, s. 10, http://unctad.org/fr/Docs/edmmisc232add26_en.pdf (son erişim: 08.09.2013).

¹¹³ UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL), General Assembly Resolution in 1966, 2205(XXI) of 17 December 1966), <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html> (son erişim: 07.09.2013).

¹¹⁴ PCA, Rules of Procedure, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1188 (son erişim: 08.09.2013).

¹¹⁵ J.G. MERRILLS, “The Contribution of the Permanent Court of Arbitration to International Law and to the Settlement of Disputes by Peaceful Means” in **The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution, Summaries of Awards, Settlement Agreements and Reports**, Kluwer International Law, Hague, 1999, s. 3-27.

¹¹⁶ Sir Robert JENNINGS, “The Difference between conducting a case in the ICJ and in an ad-hoc arbitration tribunal: An inside view” in **Liber Amicorum Judge Shigeru Oda**, Vol I, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, s. 893-910.

usul kurallarını taraflar belirleyebileceği gibi *ad-hoc* tahkim için başvurulabilecek olan ve önceden hazırlanmış usul kurallarını da kabul edilebilecektir.

Daimi mahkemeler –UAD’deki *ad-hoc* yargıç ataması imkanı dışında- tarafların yargıçlarını atamalarına izin vermemektedirler. Ancak kurumsal tahkimde olduğu gibi *ad-hoc* tahkimde de taraflar hakem mahkemesi üyelerini kendileri belirlemektedirler.

Ad-hoc tahkimde yargılama sürecini yöneten bir kuruluş olmadığından, tarafların işbirliği öne çıkmaktadır. Arada böyle bir organın olmaması, tahkim yargılamasını daha esnek, daha hızlı ve daha ekonomik hale getirebilmektedir¹¹⁷. Taraflar uyuşmazlık çıkmadan önce, aralarındaki sözleşmeye ekledikleri bir kayıtla, sözleşmeden doğan anlaşmazlıkları tahkime havale etmeyi taahhüt edebilmekte ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra bir tahkim anlaşması ile bir hakem mahkemesi tayin ederek anlaşmazlığı mahkemeye havale edebilmektedirler. Ancak bu durumda mahkemenin teşkili, başvurulacak usul kuralları, davanın esasına uygulanacak hukuk kuralları gibi pek çok hususun da kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Uygulamadaki zorluğu nedeniyle genelde taraflar, Daimi Tahkim Divanı’nın sekreterlik hizmetlerinden bu aşamada faydalanmaktadır. Ancak bu durum, söz konusu tahkimin *ad-hoc* niteliğini değiştirmemektedir. Yine taraflar *ad-hoc* hakem mahkemesi tayin etmekle birlikte UNCITRAL usul kuralları ya da tahkim kuruluşlarının kurallarına başvurmakta ve bu durum mahkemenin işini kolaylaştırmaktadır.

5. Uluslararası Alandaki Gelişmelerin Devletlerarası Tahkime Etkisi

Tahkim, devletlerarası uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerinden biri olarak, 1794 tarihli Jay Andlaşması ile başlayan, uyuşmazlıkların modern yargısal çözümü döneminin, günümüze kadar süregelen bir parçasıdır. Ancak bu süreçte devletlerarası tahkime ilişkin uygulamanın başka alanlara doğru yönelmesi söz konusu olmuş, işlevselliği de farklı yorumlanmaya başlanmıştır. Farklı değerlendirmelerin temelinde yatan pek çok yaklaşım bulunmaktadır. Örneğin 1899 La Haye Sözleşmesi, devletlerarası tahkim konusundaki temel

¹¹⁷ BLANKE, 2008, S. 276.

değerlendirmesini şöyle açıklamıştır: “*Hukuki, özellikle uluslararası anlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda tahkimin, diplomatik yolların başarısız olması halinde, en etkili ve en adil çözüm yöntemi olduğu, bütün imzacı devletlerce tanınmaktadır. Bunun karşısındaki görüşe göre ise, devletlerarası tahkim, yargısal çözüme müsait olmayan siyasi uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek bir yoldur*”¹¹⁸.

Ancak II. Dünya Savaşı’ndan sonraki dönemde tahkim, eski cazibesini kaybetmiştir¹¹⁹. Bu dönemde yapılan ve tahkim kaydı içeren anlaşmaların sayısında gözle görülür bir artış olmakla birlikte, bu kayıtlara nadiren başvurulmuştur¹²⁰. Bu durum, devletlerin barışçıl çözüm yollarını tanımak konusundaki iradelerini göstermesi bakımından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilse de, uygulamada böyle kayıtların işlerlik kazanamamasının pek çok nedeni bulunmaktadır. Bu nedenler, aynı zamanda devletlerarası tahkimin gerilemesinin de gerekçelerini göstermektedir. Öncelikle savaşın hemen sonrasında, devletlerin, UAD’de olduğu gibi tahkime olan destekleri de gözle görülür biçimde azalmıştır. Devletler önemli uyuşmazlıklarını riske atmak, önemsiz uyuşmazlıklarının zahmet ve masraflarına katlanmak istemediklerinden ve herhalde diğer devleti yargılamaya zorlama ihtimalleri bulunmadığından uluslararası yargı konusunda isteksiz davranmışlardır¹²¹.

Bir başka husus, I. Dünya Savaşı’nın ardından kurulan USAD’ın, tahkimin rolünü sorgulanır hale getirmesidir. USAD’ın kuruluşundan itibaren yapılan anlaşmaların pek çoğu, hukuki-siyasi uyuşmazlık ayrımını vurgulamakta; bunların hatırı sayılır miktarda olanı hukuki uyuşmazlıkların Divan’a; siyasi uyuşmazlıkların ise tahkime havale edilmesini öngörmüştür¹²². Başlarda bu ayrım

¹¹⁸ Max HABICHT, **Post War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes**, Harvard University Press, Cambridge, 1931, s. 982-983.

¹¹⁹ 1900-1945 arasındaki dönemde 178 devletlerarası tahkim kararı verilmiş, 1945-1989 arasındaki dönemde ise bu sayı 43’e inmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. A. Alexander Marie STUYT, **Survey of International Arbitrations: 1794-1989**, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

¹²⁰ Vol MANGOLDT, “*Arbitration and Conciliation Treaties*”, **EPIL**, Vol. I, 1981, s. 28.

¹²¹ **Judicial Settlements of International Disputes**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, An International Symposium, Springer Verlag Berlin Heidelberg New York 1974, s. 35-36.

¹²² Bu anlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HABICHT, 1931, s. 982-988.

makul görünmüş ve bazı yazarlarca kabul edilmiştir¹²³. Ancak bu yöndeki eğilim, o dönemdeki anlaşmaların çoğuna yayılınca, hukuki-siyasi uyuşmazlık ayrımı reddedilmiş¹²⁴ ve tahkimin “hukuki” yanı üzerinde ısrar edilmiştir¹²⁵. Hukuki uyuşmazlıkların Divan’a, siyasi uyuşmazlıkların tahkime havale edilmesi şeklindeki ayırım, savaş sonrasındaki anlaşmalara yansımamış, hatta hukuki-siyasi uyuşmazlık ayrımı yavaş yavaş ortadan kalkmaya başlamıştır. Tahkim anlaşmalarında ise uyuşmazlıkların “uluslararası hukuka göre çözülmesi” kayıtları artmış, tarafların hukuku seçebilmeleri imkanı tamamen unutulmuştur. Tarafların herhangi bir hukuk kaynağı üzerinde fikir birliğine varmamış olduğu davalarda ise mahkemenin, *ex aequo et bono* kararlara varması, kararların hukuki geçerliliğini sorgulanır hale getirmiştir. Diğer yandan tarafların uygulanacak hukuk kaynağı olarak “hakça ilkeleri” tercih etmesi ise hakem mahkemelerinin hakça ilkeleri kimi zaman hukukun içinde kimi zaman hukukun dışında bir kaynak olarak değerlendirdiği farklı kararlara neden olmuştur. Bu gidişat, devletleri yavaş yavaş tahkimden uzaklaştırmıştır.

Başka bir husus, II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen anlaşmalardaki tahkim kayıtlarının, hakem mahkemelerinin oluşumunda ortaya çıkardığı zorluklardır. Savaştan sonraki mahkemelerin büyük çoğunluğu üç hakemli mahkemelerdir. Üç hakemli mahkemelerde, bazı davalarda taraflar birer ulusal üye atarken, bazılarında bağımsız üyenin hiçbir üyenin tarafların milliyetinden olmaması gerekli kılınmış, bazılarında bağımsız üyeyi taraflar atarken, bazılarında diğer üyelerce seçilmesi öngörülmüştür. Bu noktada, ulusal hakemlerin çoğunluğu oluşturduğu bir mahkemenin, yetkilendirme anlaşmasına daha fazla bağlı olacağı, bağımsız üyelerin çoğunluğu oluşturduğu bir mahkemenin ise hukuka sadık kalacağı ileri sürülmüştür¹²⁶. Hakem atamasını zorlaştıran bir başka husus, bahsi kurumsal tahkimin yokluğu nedeniyle, her türlü tahkim kaydının bir *ad-hoc* mahkemeye yönelik olmasıdır. Bir tarafta Statüsü, Mahkeme Kuralları hazır olan

¹²³ Louis B. SOHN, “*The Function of International Arbitration Today*”, **Hague Recueil**, 1963, Vol. 108, s. 28-40.

¹²⁴ Hersch LAUTERPACHT, **The Function of Law in the International Community**, The Lawbook Exchange, New Jersey, 1933, s. 46.

¹²⁵ MANGOLDT, 1981, s. 28.

¹²⁶ Von MANGOLDT, “*Arbitration and Conciliation*”, in **Heidelberg Symposium: Judicial Settlement of International Disputes** (ed. H. Mosler and R. Bernhardt, Berlin, Heidelberg and New York, 1974), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, s. 528.

daimi bir yargı organı var iken, diğer tarafta sadece bir taahhütten ibaret olan tahkim kayıtları bulunduğundan, devletlerin bu ikisi arasındaki tercihleri, elbette daimi bir mahkemeden yana olmuştur. Oysa gelecekteki uyuşmazlıkların tahkime havale edilmesine ilişkin hükümlerin işlerlik kazanabilmesi için bir uyuşmazlığın çıkması durumunda, hakem mahkemesini kurabilecek nitelikte özel bir yetkilendirme anlaşması ile desteklenmesi gerekmektedir. Aksi halde tahkim kaydının kendisi de devletlerarasında başka bir uyuşmazlığa neden olmaktadır.

Devletlerarası tahkimin olumsuz gidişatına karşılık, II. Dünya Savaşı'ndan sonra UAD, selefine nazaran aynı gerilemeyle karşılaşmıştır. Örneğin USAD, görev yaptığı 18 yıl içinde 32 karar verirken; halefi olan Divan, kuruluşundan sonraki ilk 35 yıl içinde yalnızca 26 davayı karara bağlamıştır. Ancak 80'li yıllardan sonra Divan, tarihinin en yoğun dönemini geçirmiş ve günümüz itibariyle, kuruluşundan bu yana 110'u aşkın karar vermiştir¹²⁷. *Ad-hoc* hakem mahkemelerinden gelen gelenekle Daimi Divan, andlaşmaların yorumuna ilişkin teknik hususları içeren uyuşmazlıklara yoğunlaşırken; halefi, uluslararası hukukun teamül kurallarının gelişimine yönelik kararlar vermiş, kuvvet kullanma yasağı, soykırım yasağı, doğal kaynakların kullanımında işbirliği gibi uluslararası hukukun köşe taşı kabul edilebilecek kuralların kabulüne önemli rol oynamıştır¹²⁸. Tahkim yargılamaları, usul kurallarının yeknesaklaştırılması, uyuşmazlıkların daha pratik şekilde çözümüne yoğunlaşırken; UAD'den beklenen, uluslararası hukukun gelişime katkı sağlaması olmuştur.

II. Dünya Savaşı'ndan beri, uluslararası toplum da çok önemli değişiklikler geçirmiş, devletlerarası ilişkilerin ekonomik, sosyal ve hukuki çehresi değişikliklerden etkilenmiştir. Bu gelişimin tarihçesine girmeksizin üzerinde durulması gereken önemli hususlardan ilki, eski sömürgelerin bağımsız devletler olarak karşımıza çıkması ve BM'nin uluslararası hukuka etkisidir. Küreselleşme süreci, hem bölgesel hem uluslararası alanda sosyal ve siyasi değişikliklere neden olmuştur. BM, silahlı çatışmaların engellenmesi alanında başarı gösterememiş, pek çok ülkede ağır insan hakları ihlalleri gerçekleşmiş ve gerçekleşmektedir.

¹²⁷ UAD'nin dava listesi için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2> (son erişim: 16.11.2013).

¹²⁸ Charles H. BROWER II, "The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement under Private and Public International Law", **Duke J. Comp. & Int'l L.**, Vol. 18, 2008, Issue 2, s. 288.

Hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkeler, sosyal ve ekonomik yapıdaki yeni zorluklarla karşı karşıya gelmekte; silahlı çatışmaları da içeren uyuşmazlıklar hem devletlerarasında hem devletlerin kendi içinde zorlayıcı unsurların başını çekmektedir. Uluslararası terörizm, uluslararası barış ve güvenliği sekteye uğratan ve uluslararası hukukun tıkandığı noktalardan biri haline gelmiştir. Benzer şekilde dünyanın her yerinde etkisini gösteren çevresel sorunlar, görmezden gelinemeyecek şekilde uluslararası toplumun ilgi alanına girmiştir. Uluslararası toplumdaki bu gelişmelerden, uluslararası hukuk ve dolayısıyla uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümü konusu da kaçınılmaz olarak etkilenmektedir¹²⁹.

Geleneksel uluslararası hukuk kuralları, BM'nin bu konudaki tavrı, devletlerarasındaki anlaşmalar, teamül hukuku kuralları, muhtemelen bu değişiklikleri öngörememiş olduğundan, örneğin devletlerin askeri faaliyetleri, uluslararası terörizm ya da iklim değişikliğine karşı alınabilecek önlemler gibi günümüzün ihtilaflı konularında, bu kuralların uygulanabilirliği ve etkinliği tartışılır hale gelmiştir. İnsan hakları ihlalleri, özellikle bölgesel uyuşmazlıklara paralel sürmekte ve adeta Batı'nın insan hakları algısının, dünyanın her yerindeki toplumlar ve farklı kültürlerce kabul görmeyeceğini göstermektedir. Ancak uluslararası hukuk, insan haklarının hukuki korumasına yönelik, bölgesel ve uluslararası çözümler üretmeye çalışmaktadır.

Ekonomik alanda küreselleşme, uluslararası kamu hukuku ve uluslararası özel hukuk arasındaki sert ayrımı ve aynı zamanda uluslararası hukukun devletin egemenliği hususundaki klasik yaklaşımını zayıflatmakta ve ne sırf uluslararası hukuk ne de sırf ulusal hukuk argümanları ile çok uluslu şirketlerin küresel alandaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü mümkün olmamaktadır. İki hukuk alanının uyumlulaştırılması ise hem çok uluslu şirketlerin hem de devletlerin taraf olduğu ticari uyuşmazlıklarda önemli rol oynamaktadır. Bu noktada bulunan çözümlerden biri olan ve BM Ticaret Hukuku Komisyonu'nun hazırladığı UNCITRAL Tahkim Kuralları, devletlerarası tahkimde de önemli rol oynayan bir çalışmadır. Küresel ekonomi alanındaki kuralların uluslararasılaştırılması amacıyla çalışmalar yürüten hükümetlerarası

¹²⁹ SCHWEBEL Stephen M., “*Global Reflections on International Law*” in **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**, ICC Publishing, Paris, 2005s. 815.

örgütlerden, Dünya Ticaret Örgütü'nün uyuşmazlıkların çözümü mekanizmaları, Uluslararası Ticaret Odası'nın INCOTERMS çalışması ve uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, uluslararası ticaret ve yatırım alanındaki uluslararası sözleşmeleri şekillendirmektedir¹³⁰.

6. Devletlerarası Tahkimin Tercih Edilme Nedenleri

Son yıllarda tahkim, ticari uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak hem ulusal hem de uluslararası alanda en çok kullanılan yargısal mekanizma olma özelliği göstermektedir. Anlaşmalar aracılığı ile tahkime başvurmayı tercih eden taraflar, çoğunlukla özel hukuk kişileri, uluslararası örgütler, devlet kurumları ve bunlara göre daha azınlıkta kalmakla birlikte devletlerdir.

Uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde, devletlerin tahkimi tercih etmek için pek çok sebebi olabilecektir. Tercih nedenleri, büyük ölçüde dava konusu uyuşmazlığın özelliklerine, tahkimin usule ya da esasa ilişkin avantajlarına göre değişebilmektedir¹³¹.

Tahkime başvurmanın, usule ilişkin tercih edilme nedenlerinden biri usul ekonomisidir. Elbette davanın içeriğine göre göreceli olmakla birlikte, tarafların, daha az bürokratik işlem gerektiren usul kurallarına başvurması dava masraflarını düşürecek¹³².

Tarafların tahkim üzerinde anlaşmasının bir nedeni de tahkimin, diğer hukuk yollarına –özellikle UAD'ye nazaran daha hızlı bir yargılama imkanı sunmasıdır. Tahkimin daha basit ve daha esnek bir yöntem oluşu, uyuşmazlığın çözümünü

¹³⁰ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Cemal ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005; Ülkü Halatçı ULUSOY, **Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözüm Mekanizması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009; Oğuz CANER, "INCOTERMS 2010 (ICC Rules of the Use of Domestic and International Trade Terms)", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2, s. 223- 262.

¹³¹ Bu özelliklerin her birinin tahkim sürecindeki önemine, ilerleyen bölümlerde bir kez daha, ilgili konu başlıkları altında değinilecektir.

¹³² Christopher R. DRAHOZAL, "Arbitration Costs and Forum Accesibility: Empirical Evidence", **U. Mich. J.L. Reform**, Vol. 41, No. 4, 2008, s. 829-842; Christopher R. DRAHOZAL, "Why Arbitrate? Substantive versus Procedural Theories of Private Judging", **The American Review of International Arbitration**, Vol. 22, No. 2, 2011, s. 173.

hızlandırmaktadır¹³³. Usul işlemlerine ilişkin süreler genelde bütün tahkim kurallarında sınırlıdır. Tarafların hakemlerin davayı karara bağlama süresini sınırlandırmaları da mümkün olduğundan, kararın uygulanması aşamasında devletlerin isteksizliği olmadığı sürece yargılama, Divan'ın yargılamasına nazaran daha hızlı sonlanmaktadır.

Tahkime başvuran taraflar, çok sayıda üye içeren mahkemelerden ziyade, kararlarının öngörülebilirliği, tek ya da üç üyeli ve üyeleri kendilerinin seçebileceği hakem mahkemelerinden yana tercihte bulunabilmektedirler¹³⁴. Gerçekten de dokuz üye ile toplanan UAD, çoğunluk oyu ile karar almaktadır. Doğal olarak üç yargıcın bir davayı değerlendirmesi ve karara varmak üzere birlikte hareket etmesi ile on beş yargıcın süre bakımından aynı olmayacaktır. Tahkimde taraflar, uyuşmazlığı çözecek hakemleri kendileri belirleyebildiklerinden, uyuşmazlık konusunda teknik bilgiyi haiz bir hakem seçebileceklerdir. Hakem mahkemesi üyeleri, uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olarak, örneğin ticaret hukuku alanında deneyimi olan bir hukukçu ya da sınır uyuşmazlıklarının çözümünde deneyimli bir yargıç veyahut tamamen teknik alanda uzman bir ekip olabilecektir.

Tahkime başvuran taraflar, hakem mahkemesinin uyuşmazlığın esasına ilişkin başvuracağı hukuk kurallarını seçebileceklerdir. Mahkeme, tarafların tercihi doğrultusunda, uluslararası hukuk kaynaklarına ya da sadece tarafların belirlediği ulusal hukuk kurallarına veya yalnızca bir sözleşmeye veyahut hukukun dışında hakkaniyet ilkelerine başvurabilecektir. Böyle bir tercihe uygun olarak yapılan yargılama sonunda verilen kararın icra kabiliyeti de yüksek olacaktır¹³⁵.

Son olarak, tarafların kararlaştırması halinde devletlerarası tahkim süreci gizli yürütülebilecektir. Gizlilik konusu, özellikle devletlerin yüksek ulusal çıkarlarına ilişkin hususları ihtiva eden uyuşmazlıklarda, siyasi bakımdan hassas uyuşmazlıklarda, tahkimin özellikle tercih edilme nedeni olabilmektedir.

¹³³ Jeffrey WAINCYMER, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, Hague, 2012, s. 421; DRAHOCAL, 2011, s. 174.

¹³⁴ Kaj ROBER, **Essays on International Arbitration**, JurisNet, New York, 2006, s. 259; C.R. Drahocal, 2011, s. 174.

¹³⁵ DRAHOCAL, 2011, s. 176; ROBER, 2006, s. 260.

Gerçekten de Daimi Tahkim Divanı'nın Sekreteryâ hizmetlerini yürüttüğü davalara ilişkin dava dokümanları ve kararlar, kural olarak mahkemenin resmi internet sayfasında yayınlanmakla birlikte, bazı davalara ilişkin hiçbir belge bulunmamaktadır¹³⁶.

7. Siyasi Uyuşmazlıklar ve Devletlerarası Tahkim

1907 La Haye Konferansı'nda "Daimi Tahkim Yargısı Divanı" (*Permanent Court of Arbitral Justice*) olarak temelleri atılan USAD 1920'de kurulduğunda, Divan ile hali hazırda görev yapmakta olan Daimi Tahkim Divanı arasındaki hukuki ilişki belirlenmemiştir. Konferanslarda Daimi Tahkim Divanı'nın sona erdirilmesi fikirleri de tartışılmış, ancak uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne olan katkısı görmezden gelinemediğinden, yeni yaratılacak yargı organının sadece hukuki uyuşmazlıkları çözmesi; Daimi Tahkim Divanı'nın ise siyasi uyuşmazlıkları çözen bir organ olarak kalmasına karar verilmiştir¹³⁷. Görüşülen ancak sonradan kabul edilmeyen "Daimi Tahkim Yargısı Divanı" taslağında, kurulacak bu tahkim organının daimi bir hakem kürsüsü olması da teklif edilmiş, ancak böyle bir kürsünün, güçlü ve büyük devletlerin hakimiyetini temsil edeceği endişesiyle bu düşünce terk edilmiştir¹³⁸.

USAD'a paralel olarak görevine devam eden Daimi Tahkim Divanı, herhangi bir kurumsal yanı, hiçbir uluslararası kuruluş ile bağlantısı olmayan *ad-hoc* hakem mahkemelerinin yürüttüğü, üçüncü devletlerin haklarını hiçbir şekilde etkilemeyecek tahkim uygulamalarına ev sahipliği yapmıştır. Daimi Tahkim Divanı nezdinde kurulan hakem mahkemeleri, sadece önlerindeki uyuşmazlığın

¹³⁶ Örneğin *Telekom Malaysia Berhad/Government of Ghana* davası, UNCITRAL Kuralları'na göre yürütülen ve nihai kararın verildiği bir dava olmakla beraber, Mahkeme'nin internet sitesinde herhangi bir belge bulunmamaktadır, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1153 (son erişim: 08.09.2013). Benzer şekilde, *HICEE B.V. v. The Slovak Republic* davası, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1427; 1. *Chevron Corporation and 2. Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador* davası, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1432 (son erişim: 08.09.2013). İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nde görülen davalara ilişkin dokümanlar, Mahkeme'nin resmi internet sitesinde açık erişime dahil değildir, <http://www.iusct.net/pages/search/Search.aspx> (son erişim: 08.09.2013).

¹³⁷ James Brown SCOTT, *Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Baltimore: Johns Hopkins Press, 1909, s. 425-435.

¹³⁸ Daha sonra aynı düşünce hem USAD hem de halefinde hayata geçirilmiştir. James Brown SCOTT, "The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists", *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 69, No. 3, s. 294-295.

çözümüne yönelen ve sadece tarafları etkileyecek kararlar almış; bu anlamda uluslararası teamül hukukunun gelişimini etkileme gayreti içinde olmamışlardır¹³⁹. Kimi yazarlara göre, tarafların hakemleri, uygulanacak hukuku ve hatta usul kurallarını belirleyebilmeleri imkanlarının olması, mahkemenin takdir alanını daraltmakta, mahkemeyi sadece dava konusu uyuşmazlığın çözümüne odaklamaktadır. Bu nedenle de devletler, tahkimi, siyasi niteliği olan uyuşmazlıklar için tercih etmektedirler¹⁴⁰. Zira yargısal çözüm, uluslararası hukukun hakimiyet alanı dışındaki veya çok geniş kapsamlı ve yargı organının siyasi takdirini gerektiren hususlarda, sonuca varması mümkün olmayan bir yöntemdir¹⁴¹. Teoride bütün uyuşmazlıklar yargısal yollarla çözülebilecektir. UAD de hiçbir koşul altında bir uyuşmazlığın çözümünü, siyasi olduğu gerekçesiyle ya da Güvenlik Konseyi kararı gibi siyasi çözüm yollarının daha uygun olacağı gerekçesiyle reddetmeyecektir¹⁴². Ancak pratikte, uluslararası uyuşmazlıkların yargısal çözümüne, devletlerin siyasi bakımdan hassasiyeti olan ve bir anlamda kronikleşmiş uyuşmazlıkların çözümünde fazlaca başvurulmamaktadır. Böyle uyuşmazlıklar için ya Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ya da Nuremberg Savaş Suçları Mahkemesi gibi *ad-hoc* mahkemeler kurulmakta¹⁴³ –ki bu mahkemeler devletleri değil, bireyleri yargılamaktadır- ya da bu uyuşmazlıklar UAD’ye sunulmakla birlikte, beklenen sonuç alınamamakta, kimi zaman uyuşmazlıklar Divan kararına rağmen çözülememektedir¹⁴⁴.

Devletler bakımından merkezileşmiş görünen UAD’nin, uluslararası hukukun gelişimine ve tutarlılığına hizmet eden ve önceliğini içtihat yaratmak üzerine kuran bir yargılama geleneğine sahip olduğu açıktır¹⁴⁵. Bunun önemi elbette yadsınmamalıdır. Ancak devletlerin yüksek ulusal çıkarlarına ilişkin, siyasi

¹³⁹ Christine GRAY/ Benedict KINGSBURY, “*Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945*”, **Brit. Y. B. Int’l L.**, 1992, s. 115.

¹⁴⁰ James Brown SCOTT, Hague Peace Conferences of 1899 and 1907, 1909, s. 425.

¹⁴¹ Philip JESSUP, **Price of International Justice**, Columbia University Press, 1971, s. 375.

¹⁴² SCHACHTER, 1982, s. 214; İlhan AKİPEK, **Milletlerarası Adalet Divanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 13 vd.

¹⁴³ Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Resolution of 780 (1992) by Security Council, <http://www.icty.org/sid/319> (son erişim: 07.09.2013), Guénaél METTRAUX, **International Crimes and the Ad Hoc Tribunals**, Oxford University Press, New York, 2006.

¹⁴⁴ Oscar SCHACHTER, “*The Enforcement of International Judicial and Arbitral Awards*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 54, No. 1, 1960, s. 1-24.

¹⁴⁵ BROWER II, 2008, s. 298.

unsurlar içeren ya da geniş ya da dar kapsamlı oluşu üzerinde tartışmalar devam eden uluslararası hukuk kurallarına başvurulmasını gerektiren uyuşmazlıkların da yargısal çözümle nihayete erdirilmesi gerekmektedir. Böyle durumlarda siyasi tercihler üzerindeki hakimiyeti azami seviyede tutma isteği, söz konusu uyuşmazlık konusu uluslararası hukukun gelişimine ilişkin olsa bile, devletleri tahkime yöneltmelidir.

Sonuç olarak, devletlerarasındaki siyasi yani ağır basan uyuşmazlıkların çözümünde, daha esnek bir yöntem olması itibariyle devletlerarası tahkim işlevsel olabilecektir. Bir varsayım olmaktan öte, İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, böyle bir gelişmenin en dikkat çekici örneğidir. Hiç tartışmasız İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, uluslararası hukuk sükeleri ve bireylerin iddialarının birbirine karıştığı ve iki devleti savaşa götüren uyuşmazlıklar zincirini çözmek suretiyle hem dünya barışına katkıda bulunmuş hem de uluslararası hukukun uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne katkısını göstererek, devletlerarası tahkimin bu alandaki başarısını kanıtlamıştır. İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, ileride daha ayrıntılı değinileceği üzere, 1979 İran devrimi sonrasında, tamamen uluslararası kamu hukuku enstrümanlarına dayanarak ve iki devlet arasındaki uyuşmazlıklar ile bu devletlerin vatandaşlarının diğer devlete karşı iddialarından kaynaklanan uyuşmazlıkları karara bağlamak üzere kurulmuştur. İki devlet arasındaki ilişkilerin durma noktasına geldiği, gerginliğin ve düşmanlığın tırmandığı bir zamanda İran'da şiddet olayları yaşanmakta iken; kamu kurumları ve halkın tam bir karmaşa içinde olduğu ve iki hükümetin de, uyuşmazlık konusu olaylara kesinlikle aynı algıyla yaklaşmadığı bir dönemde kurulan Mahkeme, bağımsız bir çözüm mekanizması ihtiyacına cevap vermiştir. Görülen davalar ve kararların yerine getirilmesi, devletlerarası tahkimin, devletlerin ulusal çıkarlarına ilişkin hassasiyeti olan konuları ihtiva eden uyuşmazlıkların çözümündeki başarısını ve uluslararası hukuka katkısını göstermektedir¹⁴⁶. Siyasi açıdan devletlerin hassas çıkarlarına temas eden ve sonuçta devletlerarasındaki uyuşmazlıkları çözen hakem kararlarına, sürekli ihtilaflı ilişkileri olan Hindistan

¹⁴⁶ Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL, “The Role of Arbitration within Today’s Challenges to the World Community and to International Law”, *Arbitration International*, Vol. 22, No. 2, 2006, s. 170; Richard LILLICH/ Daniel Barstow MAGRAW, *The Iran-United States Claims Tribunal: It’s Contribution to the Law of State Responsibility*, Transnational Publishers, New York, 1998, s. 22-23.

ve Pakistan arasındaki önemli bir sınır uyuşmazlığını çözen *Rann of Kutch*¹⁴⁷, iki ülke arasındaki ülkesel egemenlik ve deniz sınırlarının belirlenmesine ilişkin uyuşmazlığı çözen *Eritrea-Yemen*¹⁴⁸, ve *Eritrea-Ethiopia*¹⁴⁹ davalarını da gösterebiliriz.

Uluslararası ticaret hukuku da, uluslararası toplumda devletlerarası ilişkilerin ve kaçınılmaz olarak bu ilişkilerin bir parçası olan ticari uygulamaların bir ürünü ve hukuki yansımasıdır. Diğer yandan pozitif uluslararası hukuk, devletlerarasındaki uyuşmazlıkların barışçıl çözümü konusunda devletlerin işbirliği için hukuki bir çerçeveye ihtiyaç duymaktadır. Uyuşmazlıkların barışçıl çözümü, uluslararası pazarın etkinliğini ve uluslararası yatırımların desteklenmesini güvence altına almaktadır¹⁵⁰. Bu anlamda tahkim, uluslararası toplumdaki siyasi ve ekonomik değişimlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için de en uygun yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası ticari tahkimin kodifikasyonundaki başarının, devletlerarası tahkimde de elde edilmesi, tahkimin devletlerarası uyuşmazlıklardaki gücünü gösterecektir. Böylece tahkimin, uluslararası kamu hukukunda yargısal bir çözüm yöntemi olarak eski etkinliğine kavuşması beklenmektedir.

III. Devletlerarası Tahkimin Tarihi Gelişimi

İlk ve ortaçağdaki siyasi koşullar, toplumlar arasındaki karşılıklı gereksinimler, hızla artan refah, nüfus ve güç, ticari ve siyasi girişimler, tahkim için müsait bir ortam yaratmıştır. Ancak ilk ve ortaçağdaki siyasi topluluklar, aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü için nadiren tahkime başvurmuşlardır. Başlangıcında ve gelişim sürecinde tahkime, uluslararası hukukun gereği olarak değil de, içinde bulunulan durumun getirdiği çözüm ihtiyacı nedeniyle müracaat edilmiş ve yargısal niteliği üzerinde durulmamıştır. 19. yüzyılın ortalarına doğru

¹⁴⁷ UN, Reports of International Arbitral Awards, The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan (India, Pakistan), 19 February 1968, Vol. XVII, s. 1-576, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVII/1-576.pdf (son erişim: 12.12.2013).

¹⁴⁸ PCA, Eritrea/Yemen, *Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute* (October 9, 1998), *Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage - Maritime Delimitation* (December 17, 1999), http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160 (son erişim: 08.09.2013).

¹⁴⁹ PCA, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, 19 Aralık 2005'ten itibaren Komisyon'un verdiği kararlar için bkz. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1151 (son erişim: 08.09.2013).

¹⁵⁰ BÖCKSTIEGEL, 2006, s. 177.

tedrici olarak ve aynı yüzyılın sonlarında sürat kazanarak uluslararası hukukun bir unsuru şeklinde tanınmaya başlayan tahkim, devletlerarasındaki hayati nitelikte olmayan bütün uyuşmazlıklarda bir çözüm yolu anlamında tecrübe edilmiştir¹⁵¹. Gelişiminin son aşamasında ise 1907 La Haye Sözleşmesi ile bir uluslararası yargı kurumuna dönüşmüştür. Toplumsal kurumsallaşma çabaları arasında belki de en geç ve en zor olgunlaşan süreçlerden biri olan daimileşme süreci ise devletlerarası tahkim bakımından henüz gerçekleştirmemiştir.

A. İlk Çağda Devletlerarası Tahkim

Tahkimin gelişimi, ilk çağdan bu yana pek çok nedenle sekteye uğramıştır. Antik çağda Avrupa Devletlerinin en uygarlarından olarak görülen “Yunanlılar” ve aşağılama ve düşmanlık ifade eden bir kavramla adlandırılan “Barbarlar” arasındaki ayrım, tahkimin kurumsallaşması yolundaki ilk engeli oluşturmuştur. Daha sonra bu ayrım, “Hıristiyanlar- Hıristiyan olmayanlar” ya da “uygarlar- ilkeller” olarak değişikliğe uğrayarak, 19. yüzyılın ikinci yarısında, haritada uygar milletler olarak görülen ABD, Büyük Britanya, Fransa, Almanya ve bazı diğer Avrupa devletleri arasındaki ilişkilerde daima gözetilmiştir. Katolik Kilisesinin ülkesel sınırlarının dışındaki devletlerin, uluslararası ilişkilerde herhangi bir rolü olabileceği kabul edilmediğinden, bütün devletler bakımından geçerli olabilecek bir tahkim kavramı da gelişmemiştir¹⁵².

Bütün devletler arasında geçerli olacak bağımsız bir tahkim düşüncesi, uluslararası hukukun yaptırım konusundaki eksikleri nedeniyle de gecikmiştir. Hukukun benimsenmesini ve hakem kararının uygulanmasını temin etmek üzere, uluslararası hukukun ve tahkimin arkasında maddi bir egemen gücün bulunması gerekliliği her zaman savunulmuştur¹⁵³.

Tahkimin gelişimini aksatan bir başka unsur askeri müdahalelerdir. Sayıca fazla ve savaş sanatında üstün olan halk kitlelerinin sürekli canlı tuttuğu ve yücelttiği savaş ruhu ve hakem mahkemelerine olan güvensizlik, yöneticilerin kendi ülkesindeki gücünü ve topraklarını artırma imkânından feragat etmek istememesi, barışçıl çözüm yollarının gelişiminin sürekli olarak gerilemesine

¹⁵¹ William L. PENFIELD, “*International Arbitration*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 1, 1907, s. 330.

¹⁵² PENFIELD, 1907, s. 331.

¹⁵³ PENFIELD, 1907, s. 332.

neden olmuştur. Tıpkı bugünkü silahlı çatışmalarda olduğu gibi Philip, Sezar, XIV. Louis ve Napolyon çağlarındaki silahlı çatışmalarda da görünen amaç savaşı önlemek, ancak gerçek amaç savaşı devam ettirmektir¹⁵⁴.

Benzer nedenlerle Yunan şehir devletleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için tahkime başvurulması düşüncesi de orta çağa ve hatta modern zamana kadar ertelenmiş, orta çağda ise sadece Hristiyan milletleri içine alacak şekilde gelişebilmiştir. Oysa ileride değineceğimiz üzere, Rusya İmparatoru, 1907 La Haye Konferansını başlatmak üzere devletlere çağrı yaptığında, ülkesine, ırkına ya da dinine bakılmaksızın eşit sayılmış ve hepsinin de davalı ya da davacı olarak uluslararası yargı sistemine dahil olabileceği kabul edilmiştir. Eşitlik ilkesinin hukuken ve fiilen tanınması, gerek gelecekteki uluslararası ilişkiler ve adalet, gerekse barışın tesisi ve daha liberal fikirlerin, aydınlanma, birlik ve insanlık ilkelerinin ve özellikle devletlerarası tahkimin gelişimi bakımından önemlidir.

Tahkimin gelişimini sekteye uğratan nedenlere rağmen, bilinen en eski tahkim örneği, İ.Ö. 600 yılında Atinalılar ve Megarensianlar arasında, Salamis adası egemenliği hakkında uzunca bir süreden beri devam eden uyuşmazlığın, çözüm için Plutarch tarafından isimleri belirlenen beş Spartalıya sunulmasıdır¹⁵⁵. Yunan örgütlenmelerinden biri olan ve yılda iki defa toplanan Amphictyonic Konseyinde, her birinin iki oy hakkı bulunan on iki Yunan devleti temsil edilmektedir. Yunan devletleri arasında her zaman birlik ve dayanışmanın kaynağı, siyasi çıkarlardan ziyade, dil ve din birliği olduğu halde Amphictyonic Konseyi, hiçbir şekilde ulusal bir Kongre olmamıştır. Konsey, her devleti siyasi bakımdan bağımsız olarak değerlendirip, sadece Yunanistan'ın ilişkileri bakımından değil, Yunan şehir devletleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde de bir nevi arabulucu, uzlaştırıcı ve hakem mahkemesi gibi hareket etmiştir. Mérygnac'a göre, Yunanlılar sadece kendi aralarındaki uyuşmazlıklarda tahkime başvurmuşlar ve hakemlerine, hayati önemi haiz siyasi sorunlar sunmayı tercih

¹⁵⁴ PENFIELD, 1907, s. 333.

¹⁵⁵ Peleponnes Savaşlarından önce İ.Ö. 431'de Kral Archidamus, Lakedemonyalıları göstererek, Potidea, Corinthian ve diğer Yunan devletlerinin Atina'ya karşı şikayetlerin yargısal bir organa sunulması gerektiğini belirtmiş; buna karşılık Makedon Kralı, Atinalılara, kendisinin de yargısal bir çözümünden yana olduğunu, ancak Atinalıların şehrinde, Atinalıların topraklarında, Atinalıların donanması karşısında böyle bir yargısal çözüm neticesinde varılacak karara güvenmelerinin imkansız olduğunu ifade eden bir mektup yazmıştır. PENFIELD, 1907, s. 333.

etmemişlerdir. Hakemler, genelde taraflar arasındaki dini, ticari ve sınırlara ilişkin uyuşmazlıklar ile ilgilenmiştir¹⁵⁶.

Mérignhac'a göre Roma, evrensel hükmetme arzusuna dayanan bir dış politika yürüttüğünden, diğer devletler ile uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesine izin verilmemiştir. Dahası Roma imparatorları, kendi meselelerini bir yargıcın önüne sunmayı aşağılayıcı bir muamele olarak görmüşler; üstünlük düşünceleri nedeniyle tahkim fikrini tamamen reddetmişlerdir. Bunun yerine Konseylerde, imparatorun ardından halkın temsilcilerine söz hakkı verilmiş, şikayetleri ve adalet istekleri dinlenmiştir. İmparatorlar, halk arasında çıkan uyuşmazlıklarda doğal yargıçlar olarak hareket etmişlerdir¹⁵⁷. Görüldüğü üzere devletlerarası tahkimin erken dönemlerinde –tıpkı bugün olduğu gibi- devletlerin yargı organına güvensizliği ve egemenliklerinden feragat etmek konusundaki isteksizlikleri söz konusu olmuştur.

B. Orta Çağ ve Yeni Çağda Tahkim

Devletlerarası tahkim, ortaçağda rağbet görmeye başlamıştır. Bu dönemde devletlerarasında, dini inanç bakımından bir bağlılık olması nedeniyle yargısal işlemler, Papalığın insanlık için yerine getirdiği bir görev olarak Roma piskoposları tarafından uygulanmıştır. Başpiskoposlar, piskoposlar, Papalar, hükümdarlar, Meclisler ve Şehirler pek çok davada sırayla hakem olarak seçilmişler; kimi zaman tahkim komisyonları atanmış, kimi zaman da kıdemli hukukçular hakem olarak atanmıştır¹⁵⁸. Orta Çağda devletler arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar için tahkime ilişkin hükümler içeren geçici veya süresiz anlaşmalar kabul edilmiştir¹⁵⁹. Böyle uygulamalar genelde bir tahkim kaydına ya da bir yetkilendirme anlaşması hükmüne dayandırılmıştır. Ancak Orta Çağ ve Yeni Çağda da daimi tahkim uygulamalarına rastlanmamaktadır.

¹⁵⁶ Diğer Yunan tahkim örnekleri için bkz. Alexandre MÉRIGNHAC, *Traité Théorique Et Pratique De L'arbitrage International*, Paris, 1895, s. 20.

¹⁵⁷ MÉRIGNHAC, 1895, s. 24.

¹⁵⁸ Orta Çağda daha çok dini ve feodal tahkim düşünceleri yaygındır. Özellikle 12. yüzyılda İtalya'da Prensler ve Komünler arasında yüzden fazla davaya bakılmıştır. Ancak Avrupa'da monarşiler kurulmaya başlayınca tahkim yargılamaları da azalmıştır. 14. ve 15. yüzyıllardan sonra Fransız İhtilali sonuna kadar uluslararası uygulamadan neredeyse kalkmıştır. MÉRIGNHAC, 1895, s. 31-43.

¹⁵⁹ MÉRIGNHAC, 1895, s. 23.

Örneğin 16. yüzyılda yapılan, İsviçre kantonları arasındaki bir ittifak anlaşmasına göre, iki şehir arasında bir uyuşmazlık, bağımsız bir piskoposun hakemliği ile çözülecek ve eğer taraflardan biri anlaşmaya aykırı hareket ederse, o şehir aforoz edilecektir. İsviçre Kantonları ile Fransa arasında 1516'da imzalanan Daimi Barış Andlaşması'na göre, Fransa Kralı'nın tebaası ile Kanton sakinleri arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda, tarafların, saygın kişiler arasından atadığı dört itibarlı hakemin kararına göre hareket edilecektir. Bu hakemler, önceden belirlenen bir yerde, tarafları ya da tarafların temsilcilerini dinleyecek, eğer fikir birliğine varamazlarsa, şikayette bulunan taraf, komşu topraklarından bir bilge kişi seçebilecek ve bu kişi de hakemlerle birlikte karara katılacaktır. Bu durumda yargıçların kararı, ya yargısal bir karar niteliğinde ya da dostane bir anlaşma metni şeklinde olacak ve bu karar, bağlayıcı ve nihai nitelikte kabul edilecektir¹⁶⁰. Mérignhac'a göre Fransa ve İsviçre Kantonları arasındaki bu tahkim anlaşması, sonraki yıllarda yapılan ittifak anlaşmalarının da temeli olmuştur. Hakem kararlarının yaptırımlarıyla ilgili olarak ise, kararı yerine getirmemekte ısrar eden tarafın aforoz edilmesi ya da XI. Louis ve IV. Edward arasındaki 1475 tarihli anlaşmada olduğu gibi para cezası uygulanması yoluna gidilmiştir¹⁶¹.

Orta Çağ ve Yeni Çağda da, devletlerarası hakem mahkemelerinin kararlarının uygulanması ve yaptırımı, uluslararası toplumun vicdanına kalmıştır. Bu dönemde devletlerarası tahkimin gönüllülük esasına dayandığı, hakemlerini tarafların seçtiği mahkemelerin verdiği kararların, gönüllü olarak benimsenerek yerine getirildiği söylenebilecektir. Neticede hakem kararlarının uygulanması, hukukun yaratıcılarından olan kamuoyu ve kamu vicdanına dayanmakta, belirli bir uyuşmazlık için taraf devletlerin kurduğu mahkemelerin verdiği kararların yürütülmesinin teminatı da, hali hazırdaki toplum düzeninin gelişmişlik düzeyi olmaktadır.

C. Jay Andlaşması ve Sonrasındaki Gelişmeler

Devletlerarasındaki uyuşmazlıkların, hukuka dayalı, bağlayıcı bir karara bağlanmasını temin eden ihtiyari çözüm yöntemleri, Antik Yunan dönemine kadar dayanmakla birlikte devletlerarası tahkim, bugünkü görünümü ile 1794'ten

¹⁶⁰ MÉRIGNHAC, 1895, s. 42.

¹⁶¹ MÉRIGNHAC, 1895, s. 41.

itibaren yargısal bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶². 1794'te Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) arasında Dostluk, Ticaret ve Seyrû Sefere ilişkin, adını ABD Dışişleri bakanı John Jay'den alan "Jay Andlaşması" imzalanmıştır¹⁶³. Uluslararası hukukçuların pek çoğu uluslararası mahkemelerin kökenini, bu andlaşmaya dayandırmaktadırlar¹⁶⁴.

Jay Andlaşması, her ne kadar 20. yüzyıl itibariyle geçerliliğini yitirmiş olsa da uluslararası tahkimin gelişimi için bir başlangıç noktası olmuştur. Andlaşma çerçevesinde, Amerikan Bağımsızlık Savaşı'ndan kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek üzere, (1775-1782) üyeleri Amerikan ve İngiliz vatandaşlarından oluşan üç ayrı tahkim komisyonu kurulmuştur¹⁶⁵.

Andlaşma'nın 5. maddesine göre, ilk komisyonun, ABD'nin en kuzeydeki sınırını belirleyecek olan St. Croix Irmağı'nın coğrafi konumunun kesin olarak tanımlaması gerekmektedir¹⁶⁶. Komisyonun işlevi açıkça belirlenmiş olmakla

¹⁶² Georges ABI-SAAB, "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks", **N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.**, Vol. 31, 1999, s. 919- 922; GRAY/ KINGSBURY, 1992, s. 102.

¹⁶³ Manley O. Hudson, **International Tribunals: Past and Future**, Carnegie Endowment for International Peace and Brookings Institution, Washington, 1944, s. 3.

¹⁶⁴ Treaty of Amity, Commerce and Navigation, United States - Great Britain, November 19, 1794, United States Statutes at Large, 1795, Vol. 8, s. 116 (buradan sonra "Jay Andlaşması"). Bu konuda ayrıca bkz. BROWNLIE, 2003, s. 672; Thomas M. FRANCK, **Judging the World Court**, Priority Press Publications, New York, 1986, s. 13; Warren F. KUEHL, **Seeking World Order**, Vanderbilt University Press, Nashville, 1969, s. 23; Jackson H. RALSTON, **International Arbitration from Athens to Locarno**, Stanford University Press, California, 1929, s. vii; Jackson H. RALSTON, **The Law and Procedure of International Tribunals**, Revised Edition 1926, Garland, 1926, s. xxvi; **Rosenne's the World Court: What It is and How It Works**, Martinus Nijhoff Publishers, 6th Edition- Terry D. Gill Edition, Netherlands, 2003, s. 2; Scott, 1909, Vol. I, s. 210-224; Malcolm N. SHAW, **International Law**, 5th Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 952; GRAY/ KINGSBURY, 1992, s. 97; Mark W. JANIS, "The International Court" in **International Courts for the Twenty-first Century**, Mark W. Janis Edition, Dordrecht, 1992, s. 13, 14; Richard B. LILLICH, "The Jay Treaty Commissions", **St. John's L. Rev.**, 1963, Vol. 37, s. 260-62. M.C.W. PINTO, "The Prospects for International Arbitration: Inter-State Disputes", in **International Arbitration: Past and Prospects**, A.H.A. Soons Edition, 1990, s. 63-66; Georg SCHWARZENBERGER, "Present-day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations", **Notre Dame L. Rev.**, 1978, Vol. 53, s. 715; Stephen W. SCHWEBEL, "The Reality of International Adjudication and Arbitration", **Willamette J. Int'l L. & Disp. Resol.**, 2004, Vol. 12 s. 359-363; L. B. SOHN, "International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present", in **International Arbitration: Past and Prospects**, 1990, s. 11; J.L. SIMPSON/ Hazel FOX, **International Arbitration**, Frederic A. Praeger Publishers, New York, 1959, s. 1; MERRILLS, 1998, s. 89.

¹⁶⁵ HUDSON, 1944, s. 3; RALSTON, Athens to Locarno, 1929, s. 191; MERRILLS, 1998, s. 89; Rosenne's the World Court, 2003, s. 2; SCOTT, 1909, s. 218-19; GRAY/ KINGSBURY, 1992, s. 105.

¹⁶⁶ HYDE, 1922, Vol. II, s. 116; John Bassett MOORE, **History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party**, 1898, s. 5-6; Robert C. MORRIS, **International Arbitration and Procedure**, 1911, s. 42-45; RALSTON, 1929, s. 191; RALSTON, 1926, s. xxvi; SCOTT, 1909, s. 216; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 54.

birlikte, Andlaşma'nın hazırlık aşamasında, "büyük oranda haritalandırılmamış bölge" (*unsurveyed region*) olarak ifade edilen yer hakkında bilgi sahibi olunmaması nedeniyle Andlaşma, kesin olmayan bir haritaya dayandırılmıştır¹⁶⁷. Buna rağmen ilk komisyon oybirliğiyle karara varabilmiştir¹⁶⁸.

Andlaşma'ya göre kurulan ikinci komisyon, ABD vatandaşlarının İngiliz tüccarlara olan borçlarına ilişkin iddialarının karara bağlanması görevini üstlenmiştir¹⁶⁹. Komisyon çalışmaları neticesinde, borçların ABD'nin beklediğinden oldukça yüksek bir miktarının ispatlanması nedeniyle komisyon üyeleri arasında tartışmalar başlamıştır¹⁷⁰. Bazı ABD üyelerinin çekilmesi üzerine, 1799 yılının Temmuz ayında durma noktasına gelen Komisyon çalışmaları, üç yıl sonra devam edebilmiş ve taraflar arasında, ABD'nin İngiliz tacirlere 2.664.000 \$ tutarında ödeme yapmasını öngören başka bir anlaşmanın kabul edilmesiyle çözüme gidilebilmiştir¹⁷¹.

Jay Andlaşması çerçevesinde kurulan üçüncü tahkim komisyonu, İngiltere ve Fransa arasındaki silahlı çatışmalarda Fransız limanlarına gidecek olan yüklü gemilere İngilizler tarafından el konulması ve bunların kullanılamaz hale getirilmesinden kaynaklanan, ABD vatandaşlarının zararlarına ilişkin tazminat taleplerinin karara bağlanması görevini üstlenmiştir¹⁷². Yargılama esnasında Komisyon, yargı yetkisinin kapsamı ve iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin bazı itirazlarla karşılaşmıştır¹⁷³. İngiliz üyelerin bir kaçının komisyondan çekilmesi ve yargılamanın bir süre askıya alınmasına rağmen, 8 yılın sonunda

¹⁶⁷ MOORE, 1898, s. 2; MORRIS, 1911, s. 41.

¹⁶⁸ HUDSON, 1944, s. 3; RALSTON, 1929, s. 191; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 1.

¹⁶⁹ MOORE, 1898, s. 271-76; MORRIS, 1911, s. 62.

¹⁷⁰ RALSTON, 1929, s. 191; RALSTON, 1926, s. xxvi; Scott, 1909, s. 216; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 1-2; LILLICH, 1963, s. 270-71; MOORE, 1898, s. 286-288.

¹⁷¹ Philip C. JESSUP, *The Price of International Justice*, 1971, s. 26; MOORE, 1898, s. 298; HUDSON, 1944, s. 3; MORRIS, 1911, s. 63; RALSTON, 1926, s. xxvi; SCOTT, 1909, s. 217; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 2; David J. BEDERMAN, "The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals", in *International Courts for the Twenty-first Century*, Dordrecht, 1992, s. 161-164; LILLICH, 1963, s. 274-75.

¹⁷² Jay Treaty, article VII. Ayrıca bkz. MOORE, 1898, s. 299-310; MORRIS, 1911, s. 60; RALSTON, 1929, s. 192; RALSTON, 1926, s. xxvi; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 2; LILLICH, 1963, s. 276.

¹⁷³ MOORE, 1898, s. 324; MORRIS, 1911, s. 61; LILLICH, 1963, s. 277-78.

ABD vatandaşlarına ait 530 iddia karara bağlanmış ve toplamda 11.650.000 \$ tazminata hükmedilmiştir¹⁷⁴.

Jay Andlaşması komisyonlarının önemi, devletlerarası tahkimi canlandırmış olmasıdır. Avrupa’da ülkesel ve dini uyuşmazlıkların hüküm sürdüğü bir dönemde, tam da tahkimin kullanımı yavaş yavaş terk edilirken; Jay Andlaşması tahkim komisyonları, hukuka dayalı ve gerekçeli kararlar veren gelecekteki kurumsal uluslararası yargı organlarının da ilk örneklerini oluşturmuştur¹⁷⁵. Andlaşma uygulamaları, tahkimin bugünkü görünümü ile yeniden canlanması ve devlet başkanları ve dini liderler tarafından verilen gerekçesiz kararlar ile sonuçlanan geleneksel tahkimden¹⁷⁶ ayrılması bakımından önem taşımaktadır. Oysa muhtemel itirazlardan sakınmak amacıyla, söz konusu uyuşmazlığa dair kararlarının yeterliliğini ortaya koymakta her zaman isteksiz davranan Papa, Kutsal Roma İmparatoru ve diğer hükümdarlar, kararlarını gerekçesiz olarak tefhim etmişler ve bu durum, verdikleri kararların hukuki temeline gölge düşürmüştür¹⁷⁷. Bu anlamda Jay Andlaşması, hukuki ilkelere dayanan ve gerekçeli kararlar veren yetkili mahkemelerin, uyuşmazlıkları çözmeye muktedir kararlar vermesine vesile olmuştur. Yazarlar da aynı görüştedir. Mesela Schwarzenberger, Jay Andlaşması’nı, uluslararası yargı organlarına, uluslararası uyuşmazlıkları, uluslararası hukuk temelinde çözme yetkisi vermiş olması bakımından bir dönüm

¹⁷⁴ LILLICH, 1963, s. 277-78, 279-80; RALSTON, 1926, s. xxvi. 77; HUDSON, 1944, s. 3; MOORE, 1898, s. 342-43; BEDERMAN, 1992, s. 164-167; JANIS, 1992, s. 14; JESSUP, 1971, s. 25.

¹⁷⁵ HUDSON, 1944, s. 3; W.F. KUEHL, 1969, s. 23; John Bassett MOORE, **International Adjudications: Ancient and Modern**, Oxford University Press, Oxford, Vol. I, 1929, s. x; James Brown SCOTT, **The Judicial Settlement of International Disputes**, Oxford University Press, Oxford, 1927, s. 47; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 1; David D. CARON, “War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 94, 2000, s. 4-9; LILLICH, 1963, s. 261; John Bassett MOORE, “The Organization of the Permanent Court of International Justice”, **Colum. L. Rev.**, Vol. 22, 1922, s. 497-98; C.G. ROELOFSEN, “The Jay Treaty and All That”; *Some Remarks on the Role of Arbitration in European Modern History and Its ‘Revival’ in 1794*” in **International Arbitration: Past and Prospects**, 1990, s. 201; HUDSON, 1944, s. 3; SCOTT, 1909, s. 210; MORRIS, 1911, s. 14-15; Geoffrey BEST, “Peace Conferences and the Century of Total War: The 1899 Hague Conference and What Came After”, **International Affairs**, Vol 75, 1999, s. 619-628; PENFIELD, 1907, s. 330-337.

¹⁷⁶ Ortaçağ boyunca pek çok Avrupa yönetimi döneminde uyuşmazlıklar Papa, Kutsal Roma İmparatoru ve diğer hükümdarlara sunulmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Antonio Sanchez de BUSTAMANTE, **The World Court**, Macmillan (Elizabeth F. Read trans., 1925), Vol. III; HUDSON, 1944, s. 17; MERRILLS, 1998, s. 89; MORRIS, 1911, s. 7-12; RALSTON, 1929, s. 55, 174, 181- 82; RALSTON, 1926, s. xxv; SCOTT, 1909, s. 200-10; GRAY / KINGSBURY, 1992, s. 97.

¹⁷⁷ MERRILLS, 1998, s. 89; RALSTON, 1929, s. 91-92.

noktası olarak tanımlamakta ve komisyonlar tarafından verilen kararların “ilham verici” olduğunu ifade etmektedir¹⁷⁸. Shifman, Jay Andlaşması’nı, uluslararası hukuk ilkelerine başvuran yarı yargısal usullerin, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmış olması nedeniyle köşe taşı olarak nitelemektedir¹⁷⁹.

Konu bakımından da Jay Andlaşması, devletin uluslararası sorumluluğu kapsamında, yabancılara verilen zararlara ilişkin pek çok iddianın karara bağlanması gibi geleneksel ülkesel uyuşmazlıkların dışındaki hususlarda da tahkime başvurulması açısından uluslararası hukukun gelişimine hizmet etmiştir¹⁸⁰.

Diğer yandan Jay Andlaşması çerçevesinde kurulan tahkim komisyonlarında başvuru usul kuralları, taraflar arasındaki hukuki işlemler ile diplomatik bağlantıların ilişkilendirilmesiyle karara varılmasını sağlayacak niteliktedir. Zira Andlaşma çerçevesinde kurulan komisyonların üyeleri, uyuşmazlığın tarafları olan devletlerin vatandaşlarından seçilmiştir¹⁸¹. Bu kişiler, üstlendikleri görevlerini, devletlerini temsilen ve diplomasinin bir uzantısı olarak icra etmişlerdir¹⁸². Üyelerin bu tavrı, uyuşmazlığın taraflarını da kabul edilebilir ve makul taleplerin görüşülmesine yöneltmiş, usul kuralları da bu eğilime uyumlu hale getirilmiştir¹⁸³. Örneğin, Andlaşma’nın 6. ve 7. maddelerine göre kurulan

¹⁷⁸ SCHWARZENBERGER, 1978, s. 716, 724.

¹⁷⁹ Bette SHIFMAN, **The Permanent Court of Arbitration: An Overview**, In the Hague: Legal Capital of the World, Edited by Peter J. van Krieken/ David McKay Editions, Hague, 2005, s. 128.

¹⁸⁰ Özellikle devletin sorumluluğu hukukunun gelişimi hususunda, Jay Andlaşması çerçevesinde verilen hakem kararlarının etkisine ilişkin olarak bkz. Jonathan I. CHARNEY, “*Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*”, **Recueil Des Cours**, 1998, Vol. 101, No. 271, s. 118.

¹⁸¹ HUDSON, 1944, s. 3; MERRILLS, 1998, s. 89; Rosenne’s World Court, 2003, s. 2; SCOTT, 1909, s. 218-19; GRAY/ KINGSBURY, 1992, s. 105.

¹⁸² Ralston, karma mahkeme üyelerinin, kendilerini, uyuşmazlığın tarafı olan devletlerin temsilcisi olarak görme ve o şekilde görülme eğilimleri olduğunu ve bu nedenle de yargısal işlevleri bulunmadığını belirtmektedir. Yazara göre, karma komisyonlar, diplomatik işlevi öne çıkan ve her zaman tarafların zıt iddiaları arasında bir pazarlık noktası bulmaya çabalayan çözüm araçlarıdır. RALSTON, 1929, s. 57. Schwarzenberger, Jay Andlaşması ile kurulan iki komisyonun üyelerinin hukuki görüşlerinin, kendi ülkelerinin ulusal çıkarları tarafından belirlendiğini savunmaktadır. SCHWARZENBERGER, 1978, s. 726. Merrills’e göre, ilk Anglo-Amerikan komisyonları, modern anlamda birer mahkeme olmamakla birlikte, yargısal ve anlaşmaya dayalı çözüm üreten diplomatik değerlendirmelerin bir karışımı olarak tasarlanmıştır. MERRILLS, 1998, s. 89. Hedges’e göre, 19. Yüzyılın ilk yarısında tahkim, mahkemelerin, kararlarını “tarafların iddialarının dengelenmesinden ziyade ulusal çıkarların hesaplanmasına dayandırmaları nedeniyle büyük ölçüde diplomatik niteliktedir. HEDGES, 1926, s. 113.

¹⁸³ Gray ve Kingsbury’e göre, ulusal yargıçların çoğunlukta olduğu mahkemeler, uzlaştırmaya yönelme eğiliminde iken, bağımsız (uyuşmazlığın tarafı olan devletlerin vatandaşlarından

komisyonlarda, çoğunluk oyuyla karar verilecek olmasına rağmen, tarafların atadığı üyelerin her birine, komisyondan çekilmek, komisyon işlemlerini geçici ya da daimi olarak askıya almak gibi veto etkisi yaratabilecek yetkiler tanındığından, bu durum komisyon üyelerini, oybirliği ile karar vermeye yöneltmiştir¹⁸⁴. Dolayısıyla her ne kadar kararlar, hukuk ilkelerine dayalı olarak verilse de¹⁸⁵, komisyon üyeleri, hem yargıç hem görüşmeci olarak görevlerini icra etmişler ve adaletin gereği ile uzlaştırma işlevini bağdaştırmışlardır¹⁸⁶.

Jay Andlaşması çerçevesindeki tahkim uygulamalarını, I. Dünya Savaşı'na kadarki dönemde, bağımsız hakemler ve karma tahkim komisyonları tarafından yürütülen tahkim yargılamaları izlemiştir. Örneğin, İngiltere ve Fransa arasındaki, Fransa'nın 1783 tarihli Versay Andlaşması'nın 11. maddesine aykırı abluka fiilinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, Fransa'nın bu fiilin tazminat gerektirip gerektirmediği sorunu, Prusya Kralı IV. Frederick William'a sunulmuştur¹⁸⁷. Kral tazminata hükmetmiş ve tazminat miktarını belirlemek üzere İngiliz, Fransız ve Prusyalı üyelerden oluşan bir karma komisyon tayin etmiştir. Kral, bu davada da nihai kararını, tıpkı daha önceki devlet başkanı hakemliklerinde olduğu gibi gerekçesiz olarak vermiştir.

1853'de İngiltere ve ABD hükümetlerinin imzaladığı Tahkim Andlaşması, Jay Andlaşması sonrasındaki gelişmelere gösterilebilecek bir başka örnektir. Taraflar, bu Andlaşma ile 1814 tarihli Ghent Andlaşması'ndan kaynaklanan bütün bireysel hak iddialarını tahkime havale edeceklerini taahhüt etmişlerdir¹⁸⁸. Burada da kabul edilen tahkim usulü, her davanın başında tarafların birer üye atadıkları, bu üyelerin de tek hakemi seçtikleri karma komisyonlar şeklindedir. Andlaşma'ya uyulmaması halinde, taraflardan her biri hakem mahkemesi için aday gösterecek

olmayan) yargıçlardan oluşan mahkemeler ise tamamen hukuka dayalı yargılama yapmaktadır. GRAY/ KINGSBURY, 1992, s. 106.

¹⁸⁴ MOORE, 1898, s. 292; RALSTON, 1929, s. 192; LILLICH, 1963, s. 273-74; MORRIS, 1911, s. 62; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 2; HUDSON, 1944, s. 3; RALSTON, 1926, s. xxvi.

¹⁸⁵ John COLLIER/ Vaughan LOWE, **The Settlement of Disputes in International Law**, Oxford University Press, Oxford, 1999, s. 32; **Rosenne's World Court**, 2003, s. 2; RALSTON, 1929, s. 56.

¹⁸⁶ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 3. LILLICH, 1963, s. 80-81.

¹⁸⁷ Shabtai ROSENNE, **International Litigation in Practice, Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, s. 8.

¹⁸⁸ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 4.

ve hakem çoğunluk kararıyla seçilecektir. Komisyonda ABD aleyhine 17 ve İngiltere aleyhine sonuçlanan 40 dava görülmüştür¹⁸⁹. Komisyon, çalışmalarını titizlikle yürütmüş ve önemli hukuki saptamalar içeren kararlar vermiştir.

Bu dönemde İngiltere'nin taraf olduğu bir başka dava, 1863'te Venezuela'nın kuruluşunun ardından gerçekleşen isyanlar ve iç savaşlardan kaynaklanan, İngiliz tebaasına ilişkin iddiaların karara bağlanması amacıyla, İngiltere ve Venezuela arasında 1869'da Karma Komisyon tarafından yürütülmüştür. Komisyon'un kurulmasına ilişkin taraflar arasındaki Andlaşma'nın, kararın hangi hukuka dayanması gerektiği konusunda hüküm içermemesi üzerine Komisyon üyeleri, ayrıca bir bildiri imzalayarak kararın "adalet ve eşitliğe" dayanmasını kabul etmişlerdir. Bildiri'ye göre, üyeler arasında Komisyon'un yetkili olup olmadığına ilişkin uyuşmazlıklar, hükümetlere havale edilecektir. Hükümetlerin, Komisyon kararını, bağlayıcı ve nihai olarak kabul etmelerini gerektiren Andlaşma'ya göre kararlar, Venezuela yasama organı tarafından onaylanacak ve bir bütün olarak herhangi bir başvuru yolu ya da gecikme olmaksızın uygulanacaktır¹⁹⁰.

I. Dünya Savaşı'na kadar gerçekleşen yargılamaların ortak özelliği, komisyonlar tarafından yürütülmeleri ve bu komisyonların, taraf devletlerin vatandaşlarının hakların ilişkin uyuşmazlıkları çözmek amacıyla kurulmuş olmalarıdır. Jay Andlaşması ve Andlaşma'dan esinlenen sonraki tahkim uygulamalarının ardından, devletlerarası tahkim tarihi bakımından önemli bir dava olan Alabama davasına değinmek gerekmektedir.

D. Alabama Davası

1794 tarihli Jay Andlaşması, uluslararası uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkimin yeniden canlanmasını sağlamıştır. Buna karşılık, azımsanmayacak sayıda yazar Alabama davasını, modern tarihin en önemli tahkim uygulaması olarak değerlendirmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁹ SIMPSON / FOX, 1959, s. 5.

¹⁹⁰ SIMPSON / FOX, 1959, s. 6.

¹⁹¹ Adrian COOK, **The Alabama Claims: American Politics and Anglo-American Relations, 1865–1872**, Cornell University Press, New York, 1975, s. 9; Hersch LAUTERPACHT, **The Function of Law in the International Community**, Oxford University Press, Oxford, 1933, s. 9;

Dava konusu uyuşmazlık, İngiltere'nin, Amerikan İç Savaşı süresince tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal ettiği ve güney devletlerinde kullanılmak üzere İngiliz tersanelerinde inşa edilmesi gereken İngiliz gemilerine savaştan sıfatını tanıdığına ilişkin iddialara dayanmaktadır. İngilizlerin faaliyetleri ve devletlerin karşılıklı suçlamaları, iki devleti savaşın eşiğine getirmiş, barış görüşmeleri başarıya ulaşamamıştır¹⁹². İngiltere'ye karşı misillemeye girişeceği intibas uyanmışken¹⁹³, 1863'te ABD hükümeti, Londra'ya Alabama uyuşmazlığını tahkime sunma teklifini götürmüştür. İngiliz hükümeti, yaklaşık iki yıl bekledikten sonra, böyle bir teklifin, Britanya'nın birliği ve karakterine aykırı olduğu cevabını vermiştir¹⁹⁴. Ancak 1868'e gelindiğinde yeni ABD hükümeti ile Londra arasında tekrar görüşmeler başlamış; Washington Andlaşması'nın da gereği olarak iki devlet, ABD başkanı, İngiltere Kraliçesi, İtalya Kralı, İsviçre Konfederasyonu Başkanı ve Brezilya İmparatorunun atayacağı birer yargıçtan oluşan beş yargıçlı bir hakem mahkemesine başvurma hususunda anlaşmışlardır¹⁹⁵. 1871 tarihli Washington Andlaşması çerçevesinde görev yapan Hakem Mahkemesi¹⁹⁶, Amerikan İç Savaşı sırasında İngilizlerin tarafsızlık statüsünü ihlal etmelerine ilişkin iddiaların karara bağlanması görevini üstlenmiştir¹⁹⁷.

Mahkemede, yargıçların muhalif görüşlerini beyan etmelerine izin veren bir yargılama sistemi uygulanmış, bu model daha sonraki uluslararası mahkemelerin yargılama usulüne de öncülük etmiştir. Davada dönemin mer'î uluslararası hukukunun sınırları genişletilmiştir. 1871 tarihli Washington Andlaşması'na ek

MORRIS, 1911, s. 60; RALSTON, 1929, s. 197; RALSTON, 1926, s. xxvii; Rosenne's the World Court, 2003, s. 2; SCOTT, 1909, s. 241; M.W. JANIS, 1992, s. 14; SCHWEBEL, 2004, s. 364; ABI-SAAB, 1999, s. 922.

¹⁹² Stephen M. SCHWEBEL, "The Performance and Prospects of the World Court", *Pace Int'l L. Rev.*, Vol. 6, 1994, s. 253-54; Moore, 1922, s. 495.

¹⁹³ COOK, 1977, s. 29.

¹⁹⁴ Tom BINGHAM, "The Alabama Claims Arbitration", *Int'l & Comp. L.Q.*, Vol. 54, 2005, s. 1-12; MOORE, 1898, s. 508.

¹⁹⁵ COOK, 1975, s. 185; HUDSON, 1944, s. 5; MOORE, 1898, s. 548, 557; RALSTON, 1929, s. 197-98; RALSTON, 1926, s. xxvii.

¹⁹⁶ Alabama Claims; Fisheries; Claims of Corporations, Companies or Private Individuals; Navigation of Rivers and Lakes; San Juan Water Boundary; and Rules Defining Duties of a Neutral Government during War (Treaty of Washington), United States and Great Britain, May 8, 1871, United States Statutes at Large, 1871, Vol. 17, s. 863.

¹⁹⁷ HUDSON, 1944, s. 5; HYDE, 1922, s. 120; JESSUP, 1971, s. 2; MOORE, 1898, s. 495-96; RALSTON, 1929, s. 197; RALSTON, 1926, s. xxvii; SCOTT, 1909, s. 241; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 8;

tarafsızlık yükümlülükleri, sürmekte olan Amerikan İç Savaşı'nda kabul edilen genel yükümlülüklerden daha ağır nitelikte olmasına rağmen, dava, bu Andlaşma'ya dayandırılmıştır. Kimi yazarlara göre, davada Mahkemeye, Washington Andlaşması hükümlerine göre karar verme yetkisi verilmiş olması, kararın da İngiltere aleyhine verilmesine neden olmuştur. Cenevre'de süren duruşmaların sonunda mahkeme, ayrıntılı bir muhalefet şerhi ile birlikte¹⁹⁸, ABD'ye \$15.500.000 tazminat ödenmesine karar vermiştir¹⁹⁹.

Alabama davası, iki büyük güç arasındaki uyuşmazlığın, muhtemel bir savaşa dönüşmesinin önüne geçilmiş olması bakımından önemlidir²⁰⁰. Ayrıca bu dava ile ABD ve Büyük Britanya, tahkimin gelişimini desteklemekle kalmamış, uluslararası mahkemelerin gelişimine hizmet etmesi bakımından tahkim yargılamasının niteliğini de değiştirmişlerdir. Tarihte ilk defa uyuşmazlığın tarafları, yarı diplomatik bir karma komisyonu tercih etmek yerine, bağımsız hükümetler tarafından atanmış ve yetkilendirme anlaşması (*compromise*) çerçevesinde kendilerine verilen görevi, hukuk kurallarına başvurmak suretiyle yerine getirecek olan ve çoğunluk oyuyla karar verme yetkisini haiz yargıçlar önünde gerçekleşecek tahkim yargılamasına rıza göstermişlerdir²⁰¹. Bu anlamda Alabama davası uluslararası yargıda bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Bingham, Alabama davasını, dünyanın en önemli gücü olan iki ülkenin, ulusal menfaatleri içeren bir konuda, askeri gücünü kullanabilecekken, uyuşmazlığın çözümünü bağımsız bir organa bırakmaları nedeniyle tarihin bir kaç önemli örneğinden biri olarak görmektedir²⁰². Diğer yandan Alabama davasından sonra uluslararası yargının gelişimi, devletlerarası tahkimden, daimi uluslararası mahkemelere doğru yönelmeye başlamıştır²⁰³.

¹⁹⁸ MOORE, 1898, s. 659-61; BINGHAM, 2005, s. 22-23.

¹⁹⁹ Frank Warren HACKETT, **Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration 1872: The Alabama Claims**, 1911, s. 18; HYDE, 1922, s. 121; MOORE, 1898, s. 658-59; RALSTON, 1929, s. 200; RALSTON, 1926, s. xxvii; BINGHAM, 2005, s. 1.

²⁰⁰ BINGHAM, 2005, s. 1; SCOTT, 1909, s. 319; Rosenne's the World Court, 2003, s. 3; SCOTT, 1909, s. 242; RALSTON, 1929, s. 199; BRIERLY, "The Judicial Settlement of International Disputes", **Journal of the British Institute of International Affairs**, Vol. 4, 1925, s. 227.

²⁰¹ RALSTON, 1929, s. 197; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 8.

²⁰² BINGHAM, 2005, s. 24; MERRILLS, 1998, s. 91; Crawford Morrison BISHOP, **International Arbitral Procedure**, King Bros., Incorporated, 1930, s. 2.

²⁰³ BISHOP, 1930, s. 2; COLLIER/ LOWE, 1999, s. 32; MERRILLS, 1998, s. 91; Rosenne's the World Court, 2003, s. 3; HEDGES, 1926, s. 113; BROWNLIE, 2003, s. 672; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 10.

19. yüzyılın son yirmi yılında, tarafları devlet olan yaklaşık 90 tahkim yargılaması gerçekleştirilmiştir. Karma komisyon yöntemi bu dönemde de bireysel iddiaları değerlendirmek üzere çok defa tercih edilmiştir²⁰⁴. Bu dönemdeki karma komisyonlar, özellikle devletler dışındaki ikincil önemi haiz bireysel iddiaları incelemiş olmaları bakımından önemlidir²⁰⁵.

Karma komisyon uygulamasına devam edilmekle beraber 1870'lerden sonra, özellikle bağımsız kişilerden oluşan tek hakemli mahkemelere başvurulmaya başlanmıştır. 1872'de İngiltere ve Portekiz arasındaki bir uyuşmazlık Fransa Başbakanına havale edilmiş, başbakan da beş kişilik bir komisyon atamıştır²⁰⁶. Bu döneme kadar devlet başkanları, hakem kararlarını kendi sorumluluklarında olarak görürken, Fransız Başbakanı, Bakanların ve uzmanların da görüşleri çerçevesinde kurduğu komisyonun raporunu imzalamaktan öteye gitmemiştir. Benzer şekilde 1881'de İngiltere ve Nikaragua arasındaki bazı sorunlar, Avustralya İmparatoruna hakem olarak havale edilmiş, imparator üç yargıç seçerek, kararını bu yargıçların görüşlerine dayandırmıştır²⁰⁷.

19. yüzyılın sonunda, Alabama davasından esinlenerek, üç büyük dava daha görülmüştür. 1891'de İngiltere ve Fransa, Newfoundland'daki balıkçılık haklarına ilişkin uyuşmazlıkta, her ikisinin de birer üye atadığı ve her iki hükümetin oybirliğiyle belirlediği üç hukukçudan oluşan bir mahkeme tayin etmişlerdir²⁰⁸. Aynı şekilde, İngiltere ve ABD arasındaki 1892 tarihli Behring Denizi Fok Balıkçılığı uyuşmazlığı da, yedi üyeden oluşan –ikisini İngiltere, ikisini ABD, birini Fransa devlet başkanı, birini İtalya Kralı, diğer ikisini de Norveç ve İsveç Krallarının atadığı- bir mahkemeye havale edilmiştir²⁰⁹.

²⁰⁴ H. La FONTAINE, **Pasicrisie Internationale 1794-1900**, Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux, 1902.

²⁰⁵ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 10-12.

²⁰⁶ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 10.

²⁰⁷ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 11.

²⁰⁸ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 11.

²⁰⁹ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 12.

Devletlerarası tahkimin en hızlı gelişimine tanık olan dönem, 19. yüzyıldır. Bu yüzyıl boyunca 200'den fazla mahkeme kurulmuş ve bu mahkemelerde görülen davalarda çok sayıda uyuşmazlık karara bağlanmıştır²¹⁰.

E. 1899-1907: La Haye Barış Konferansları ve Bir Dünya Mahkemesi Kurulması Fikri

19. yüzyıl sonlarına kadar devletlerarası uyuşmazlıkların olağan çözüm yöntemlerinden biri olarak görülen ve hatta yüceltilen savaş olgusunun, 20. yüzyıla gelindiğinde, önceki yüzyıllarda ifade ettiği anlam oldukça değişmiştir. Geçmişte, tıpkı hastalıklar gibi hayatın olağan akışının doğal bir parçası olarak görülen, bir kültürü geliştiren, dejenerasyonu bertaraf eden ve yenilenmeyi sağlayan yüce bir kavram olarak kabul edilen şövalyelik, asalet ve gösteriş imgeli romantik savaş imajı ortadan kalkmıştır²¹¹. 20. yüzyılın teknolojisi, silah gücünü muazzamlaştırmış ve ele geçirilmek istenen yerler, şiddetli propagandalar vasıtasıyla her fırsatta hedef gösterilmeye başlanmıştır²¹².

19. yüzyıl sonlarında başlayan teknolojik, ekonomik ve sosyal gelişmeler, Hristiyanlığın insan doğasına ilişkin görüşleri ile birleşince; insanlığın ve dünyanın kurtuluşa erebileceği ve dünyanın pek çok yerinde, savaşın sona erdirilebileceğine dair umutlar yeşermiş ve savaşı bir dünya ihtimalinin gerçek olabilmesi için daimi bir uluslararası mahkemenin kurulması gündeme gelmiştir. Ancak bu fikre ilişkin tartışmalar da Avrupa toplumu ekseninde gerçekleşmiştir. Dolayısıyla La Haye Barış Konferansı çalışmaları, Avrupa Devletleri arasındaki ilişkileri vurgular nitelikte ve Hristiyan inanışları ve Batı uygarlığı ekseninde doğmuştur²¹³.

Sanayi devrimimin, ticaret ve yatırımlar aracılığı ile pek çok ülkede etkisini göstermeye başlaması ve ABD'nin süper güç olarak ortaya çıkması, batı atmosferini ve Avrupa'daki siyasi durumu önemli derecede etkilemiştir. 20. yüzyılın ilk yarısında Avrupa'nın güvenlik ihtiyaçlarına cevap verebilen Avrupa

²¹⁰ HUDSON, 1944, s. 3.

²¹¹ Richard Ned LEBOW, **Between Peace and War: The Nature of International Crisis**, Johns Hopkins University Press, London, 1984, s. 252.

²¹² Joseph Hodges CHOATE, **The Two Hague Conferences**, Princeton University Press, New Jersey, 1913, s. 15.

²¹³ CHOATE, 1913, s. 16.

İttifakı²¹⁴ (*European Concert*), gerek uluslararası hukuk gerekse uluslararası güvenlik anlamında, Avrupalılar için tatmin edici bir sistem olmaktan çıkmıştır. Bu gelişmeler, mevcut siyasi yapının reformunu gerektirmiş, modern bürokratik devlet ve ona paralel uluslararası kurumları beraberinde getirmiştir. 19. yüzyılın sonunda uluslararası örgütlerin genel çerçevesi oluşmaya başlamış ve uluslararası hukukun kodifiye edilmesi ihtiyacı doğmuştur.

Uluslararası toplumu, 1899 Konferansı'na götüren barış hareketlerinin önemi de yadsınmamalıdır. Kölelik karşıtı hareketler ya da kadınların oy kullanması gibi barış hareketleri 19. yüzyılın en önemli gelişmeleridir²¹⁵. Dönemin barış hareketleri çerçevesinde farklı felsefeler geliştirilmiştir. Bazılarına göre barış, pasif direnişten ibaret olan, sadece savaşız bir dünya anlamına gelmekte iken, bazılarına göre de hem birey hem toplum için amaç olarak görülmeli ve barışın ihlali durumunda savaştan kaçınarak örgütlü yapılanmaya gidilmesi gerekmektedir. Tüm bu fikirler Konferanslara da yansımıştır²¹⁶.

Dönemin dünya görüşünün, daimi bir uluslararası mahkeme yaratmaktan yana olduğu bir zamanda gerçekleşen Konferanslarda devletlerin temsilcileri pek çok teklif sunmuşlardır²¹⁷. Zira geçmişteki *ad-hoc* tahkim uygulamaları, daimi bir mahkeme ihtiyacının yerini dolduramamıştır. 1899 Konferansı bu noktada önemli bir dönüm noktası olmuş ve savaşın önlenmesi, uluslararası barış ve güvenliğin temini bakımından Daimi Tahkim Divanı'nın kurulması, *ad-hoc* tahkim uygulamalarını kurumsallaştırmış ve UAD'nin de yolunu açmıştır. Benzer ruh ve inanç, UAD'den sonra da 1998 yılında UCM Statüsü'nün kabul edilmesine kadar

²¹⁴ Avrupa İttifakı, Napolyon Savaşlarının sonundan (1815), I. Dünya Savaşı'nın patlak vermesine kadar geçen sürede (1914) Avrupa'da güçler dengesi üzerine kurulu, Avusturya, Rusya İmparatorluğu, Birleşik Krallık, Prusya ve Fransa'nın içinde bulunduğu bir Kongre Sistemidir. Geleneksel monarşinin ve Hristiyanlığın sosyal değerlerinin korunması, 1815 tarihli Viyana Kongresi Son Senedi'ne taraf sekiz devletin (Avusturya, Birleşik Krallık, Rusya, Prusya, Fransa, İspanya, İsveç ve Norveç) rızası olmaksızın İttifak sınırlarının değiştirilemeyeceğini amaçlamaktadır. İttifakın yerini zamanla, çatışan ekonomik ve sosyal menfaatlerin alması sonucu, 20. yüzyıl itibarıyla de devletler iki ayrı kutba geçmiştir. Richard B. ELROD, "The Concert of Europe: A Fresh Look at an International System", *World Politics*, Vol. 28, 1976, No. 2, s. 159-174.

²¹⁵ Charles CHATFIELD, *The American Peace Movement: Ideals and Activism*, Twayne, 1992; Arthur C.F. BEALES, *The History of Peace: A Short Account of the Organized Movements for International Peace*, Deal Press, New York, 1931; Robert S. MEYER, *Peace Organizations Past and Present: A Survey and Directory*, McFarland, Jefferson, 1988.

²¹⁶ George H. ALDRICH/ Christine M. CHINKIN, "Introduction to Symposium, The Hague Peace Conferences", *Am. J. Int'l L.*, 2000, Vol. 94, s. 1.

²¹⁷ HUDSON, 1944, s. 6; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 12.

gelmiştir. Gerçekten de 1899 La Haye Konferansı münferit bir olay değil, aksine uluslararası yargı sisteminin kurumsallaşmasını beraberinde getiren konferansların ilki olmuştur.

1899 Konferansı'nda devletlerin temsilcileri tarafından barışın retoriği hakkında çok farklı fikirler ortaya atılmıştır²¹⁸. Ancak savaş ve savaşın nedenleri arasındaki ilişki, uluslararası mahkemelerin, giderek artan savaş korkusundan uluslararası toplumu kurtarabilme ihtimali gibi sorunlar konusunda net açıklamalar yapılmamıştır. Her ne kadar 1899 Konferansı'nın toplanma nedeni, *raison d'être*'si, uyuşmazlıkların barışçıl çözümü yollarından ziyade savaşın önlenmesi olsa da, daha önce daimi bir uluslararası mahkeme tecrübesinin bulunmaması, uluslararası yargı mekanizmalarının varlığının neyi değiştireceği konusunda fikir yürütülememesine neden olmuştur²¹⁹.

Savaş ve barış konularını görüşmek üzere gerçekleştirilen 1899 Konferansı'na ilk çağrı, 1898 yılının ikinci yarısında barışçıl çözüm ve silahsızlanma konusunda çaba gösterilmesi teklifiyle Rusya tarafından yapılmıştır. Ancak tarihi gelişmeler, silahsızlanmanın, en başından beri uygulamaya geçirilemeyecek bir öneri olduğunu göstermiştir²²⁰. Dolayısıyla 1899 Konferansı'nda sadece uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümü konusunda ilerleme kaydedilebilmiştir. Ancak bu da daha önce gelinemeyen bir noktadır. 1899 Konferansı'nda, 23 Mayıs- 24 Temmuz tarihleri arasında, silahsızlanma, savaş hukuku ile dostane ilişkilerin korunması ve devletlerarasındaki silahlı çatışmaların önlenmesi amacıyla ihtiyari tahkimin kabul edilmesi ve tahkime başvurulmasının yeknesaklaştırılması konuları ile meşgul olan üç komisyon çalışmıştır²²¹.

Komisyonların çalışmalarında, İtalya, İngiltere, Fransa ve ABD temsilcileri eşliğinde, Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Sözleşme'nin nihai metni

²¹⁸ Philip KERR/ Lionel COURTIS, **The Prevention of War**, Yale University Press, 1923, s. 14-15.

²¹⁹ David J. HILL, "Second Peace Conference at the Hague", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 1, 1907, s. 671-680.

²²⁰ Alfred ZIMMERN, **The League of Nations and The Rule of Law 1918-1935**, Macmillan And Co., London, 1936, s. 103.

²²¹ SCOTT, 1909, s. 4-5.

yazılmış ve imzalanmıştır²²². Sözleşme maddeleri, bir önceki bölümde değindiğimiz, uyuşmazlıkların barışçıl çözümü mekanizmalarını açıklamaktadır. Konferansta ayrıca daimi bir uluslararası mahkeme kurulması da tartışılmıştır.

Silahlı çatışmaların önlenmesi amacıyla ihtiyari tahkimin kabul edilmesi ve tahkime başvurulmasının yeknesaklaştırılması konuları ile meşgul olan komisyonun çalışmaları, devletlerin temsilcilerinin, daimi bir uluslararası mahkemenin kurulmasına ilişkin pazarlıklarına sahne olmuştur. Örneğin ABD temsilcisi, Amerikan Yüksek Mahkemesi modeline yakın, seçkin yargıçlardan oluşan daimi bir mahkemeyi²²³; İngiltere temsilcisi ise sürekli yargıç kürsüsü (*fixed bench*) olmayan daimi bir kuruluşu savunmuştur²²⁴. Fransa temsilcisi bu teklifi, kurulacak böyle bir mahkemenin sadece devletlerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda yetkili sahibi olması ve tamamen devletlerin konsensusuna bağlı olması koşulu ile kabul etmiştir²²⁵. Rusya temsilcisi, bir adım daha ileri giderek, belirli türdeki uyuşmazlıklar için zorunlu yargı yetkisini haiz olacak daimi bir hakem mahkemesinin kurulmasını teklif etmiştir²²⁶. Ancak Almanya temsilcisi, Alman silahlı kuvvetlerinin her an harekete geçmeye hazır olduğu ve muhtemel hedeflerinin, hakem mahkemelerini kullanarak zaman kazanabilecekleri ve Almanya'nın askeri avantajını alt edebilecekleri endişesini gerekçe göstererek, tekliflerin pek çoğuna karşı çıkmıştır²²⁷. Her ne kadar kimi yazarlara göre Almanya'nın 1899 La Haye Sözleşmesi'ne taraf olması, olumsuz tavrından vazgeçtiği anlamına gelse de²²⁸, tavrındaki asıl değişikliğin nedeni, daimi bir mahkemenin kuruluşunda bazı hususlara engel olabilmesidir²²⁹. Sözleşme ile hakem mahkemesi kurulabilmiş, ancak hiçbir türden uyuşmazlık zorunlu tahkime tabi tutulamamıştır²³⁰. Bu nedenle Daimi Tahkim Divanı'nın kuruluşu, geleneksel

²²² William Isaac HULL, **The Two Hague Conferences Their Contributions to International Law**, Ginn, Boston, 1908, s. 40.

²²³ BUSTAMANTE, 1925, s. 43; SCOTT, 1909, s. 72, 278; MORRIS, 1911, s. 137.

²²⁴ CARON, 2000, s. 15; SCOTT, 1909, s. 279.

²²⁵ HULL, 1908, s. 299.

²²⁶ MORRIS, 1911, s. 138; SCOTT, 1909, s. 321-22; CARON, 2000, s. 15-16;

²²⁷ MORRIS, 1911, s. 136; SCOTT, 1909, s. 73; CARON, 2000, s. 16.

²²⁸ RALSTON, 1929, s. 256; JANIS, 1992, s. 15.

²²⁹ SCOTT, 1909, s. 309.

²³⁰ SCOTT, 1909, s. 76-77, 310; CARON, 2000, s. 16-17; JANIS, 1992, s. 16.

anlamda bir mahkemeyi temsil etmemesi ve sürekli bir yargıç kürsüsünün olmaması nedeniyle eleştirilmiştir²³¹.

Konferansta daha sonra, kurulacak daimi mahkeme yargıçlarının seçilmesi usulü ve uyuşmazlıkların hakeme havale edilmesinde bazı zorunlu hallerin kabul edilip edilmeyeceği meseleleri görüşülmüştür. Temsilcilerin çeşitli önerilerinden sonra, hakem listesi ve mahkeme organizasyonuna ilişkin hükümler kabul edilmiştir. Sözleşme'ye göre, taraf devletlerin her biri, dörtten fazla olmayacak şekilde, yeterli uluslararası hukuk bilgisini haiz ve yüksek ahlaki itibarı olan birer hakem seçecek ve hakemler de yükümlülüklerini kabul edeceklerdir²³². Bu özellikleri haiz kişiler, altı yıllığına aday gösterilecek, ölümleri ya da görevden çekilmeleri halinde bunların yerlerine, aynı usulle yeniden aday seçilecektir. Sözleşmeye taraf devletlerarasında uyuşmazlık çıktığında, taraflar uyuşmazlığı Daimi Tahkim Divanı'na götürmek niyetindelerse, her iki taraf yargıç listesinden ikişer yargıç atayacak ve bu dört yargıç üst hakemi seçecektir. Eğer dört yargıç, üst hakemin seçiminde anlaşamazlarsa, bu hakemin seçimi, taraflar arasında sözleşme ile belirlenecek olan üçüncü tarafa bırakılacaktır. Taraflar, üçüncü tarafın kim olacağına da karar veremiyorlarsa, her bir devlet, farklı bir üçüncü taraf seçecek ve üst hakemin seçimi, iki "üçüncü taraf" arasındaki anlaşma ile gerçekleştirilecektir. Daimi Tahkim Divanı'nın, Sözleşme'nin 22. maddesine göre kurulmuş daimi bir bürosu bulunmaktadır. Daimi Tahkim Divanı'nın sekreterlik hizmetlerinden, kurulacak *ad-hoc* mahkemeler de faydalanabilmektedirler²³³. Sözleşmenin üçüncü bölümü, taraflar arasında anlaşma bulunmaması halinde başvurulacak kuralları içermektedir.

²³¹ Anthony AUST, **Handbook of International Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 444; BROWNLIE, 2003, s. 673; RALSTON, 1926, s. xxviii; SCOTT, 1909, s. 281; SHAW, 2003, s. 953; William E. BUTLER, "The Hague Permanent Court of Arbitration", in **International Courts for the Twenty-first Century**, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1992, s. 43; R. Floyd CLARKE, "A Permanent Tribunal of International Arbitration: Its Necessity and Value", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 1, 1907, s. 343-44; Manley O. HUDSON, "The Permanent Court of Arbitration", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 27, 1933, s. 440-45; MOORE, 1922, s. 498; Louis B. SOHN, "The Function of International Arbitration Today", **Recueil des Cours**, Vol. 108, 1963, s. 1-22; COLLIER/ LOWE, 1999, s. 35; MORRIS, 1911, s. 137-38; RALSTON, 1929, s. 260; Rosenne's the World Court, 2003, s. 5; Bederman, 1992, s. 10; Léon Bourgeois, "Report on the Organisation of a Permanent Court of International Justice", **L.N.T.S.** (League of Nations O.J.), Vol. 1, 1920, s. 33-35.

²³² 1899 La Haye Sözleşmesi, madde 20-23.

²³³ 1899 La Haye Sözleşmesi, madde 23-24.

Bu koşullarda kurulan Daimi Tahkim Divanı, tahkim muhakemesi bakımından üç önemli unsur ihtiva etmektedir: 1. Uyuşmazlık durumunda, taraf devletlerin, önceden aday gösterdikleri listeden hakemleri seçebilmeleri²³⁴; 2. Kurulacak *ad-hoc* mahkemeler için sekretarya hizmeti verecek olan bir uluslararası büro²³⁵; 3. Uyuşmazlığın tarafları başka türlü kararlaştırmadıkça, yargılamada başvurulacak usul kuralları²³⁶. Diğer bir deyişle Daimi Tahkim Divanı, devletlerin diledikleri zaman etkin hale getirebilecekleri, opsiyonel bir tahkim sistemini hayata geçirmiştir²³⁷. Ancak, daha önce de belirttiğimiz üzere, adında “daimi” ifadesi bulunmakla beraber Daimi Tahkim Divanı nezdinde yürütülen davalar, *ad-hoc* tahkimdir.

1907’de tadil edilen 1899 Sözleşmesi, uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak usul söz konusu olduğunda, günümüzde dahi otorite olma özelliğini sürdürmekte olup, pek çok tahkim anlaşmasının taslağını oluşturmaktadır.

1899 Konferansı’nda devletlerin zorunlu yargı yetkisini haiz bir uluslararası daimi mahkeme fikrine bakış açıları, zorunlu yargı yetkisini haiz hakem mahkemesinin yakın gelecekte mümkün olmayacağını da kesinleştirmiştir. Sözleşme’nin 27. maddesi, iki ya da daha fazla devlet arasındaki ilişkileri

²³⁴ Léon BOURGEOIS, 1920, s. 33-35; BUSTAMANTE, 1925, s. 45, BROWNLIE, 2003, s. 673; COLLIER/ LOWE, 1999, s. 36; HUDSON, 1944, s. 7; Frances KELLOR/ Martin DOMKE, **Arbitration in International Controversy**, Vol. I, California, 1944, s. 44; RALSTON, 1929, s. 260; RALSTON, 1926, s. xxviii; Rosenne’s the World Court, 2003, s. 5; SIMPSON / FOX, 1959, s. 12; MOORE, 1922, s. 498.

²³⁵ 1899 La Haye Sözleşmesi, madde 22-26; Ayrıca bkz. Rosenne’s the World Court, 2003, s. 5; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 13; COLLIER/ LOWE, 1999, s. 43; SCOTT, 1909, s. 281. “*Ad-hoc* mahkeme”, iki anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki uluslararası ticari tahkim bağlamında *ad-hoc* mahkemeler olup, kurumsal bir tahkim organına ait kurallar çerçevesinde yürütülmeyen davaları ifade etmek için kullanılmaktadır. Indira CARR/ Peter STONE, **International Trade Law**, 4th Edition, Oxon, 2010, s. 631; Susan D. FRANCK, “*The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future?*”, **UC DavisJ Int’L & Pol’y**, Vol. 12, 2005, s. 47-54. İkinci anlamı ise uluslararası kamu hukuku çerçevesinde başvuru *ad-hoc* mahkeme kavramıdır. Uluslararası hukukta *ad-hoc* mahkeme, devamlı varlık göstermeyen ve belirli bir uyuşmazlık ya da ya da uyuşmazlıklar dizisini çözmek üzere kurulmuş mahkemeler anlamına gelmektedir. Charles N. BROWER et al., “*The Coming Crisis in the Global Adjudication System*”, **Arbitration International**, Vol. 19, 2003, s. 414, 430; Mia SWART, **Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda**, Faculty of Law, Leiden University, Johannesburg, 2006. Uygulamada bu ikisi arasında bir fark bulunmamakla beraber, özel hukuk kişileri arasındaki ticari tahkimden değil, devletlerarası tahkimden bahsettiğimiz için metin içinde kullandığımız *ad-hoc* mahkeme ifadesi, bu ikinci anlama işaret etmektedir.

²³⁶ 1899 La Haye Sözleşmesi, madde 30-57. Ayrıca bkz. BROWNLIE, 2003, s. 673; COLLIER/ LOWE, 1999, s. 36; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 13; SCOTT, 1909, s. 11.

²³⁷ BROWNLIE, 2003, s. 673; HUDSON, 1944, s. 445; SHAW, 2003, s. 953.

bozabilecek ciddi bir uyuşmazlık olması durumunda, Daimi Tahkim Divanı'nın, bu devletlere açık olmasının bir yükümlülük olarak değerlendirileceğini belirtmektedir. Bu hüküm, uyuşmazlık tarafı olan devletlerin, tahkime başvurmaya bir itibar kaybı olarak görmeleri nedeniyle Fransa temsilcisinin teklifi ile Sözleşme'ye girmiştir. Hüküm görüşmeleri esnasında Balkan Devletlerinin temsilcileri, büyük devletlerin küçük devletler üzerinde baskı kurmasına neden olabileceği endişesini dile getirmiş, ABD temsilcisi ise Monroe Doktrini ile çelişeceği şerhi ile birlikte hükmü kabul etmiştir²³⁸.

1899 Sözleşmesi'nin kabulünün ardından 1907'ye kadar İngiltere ve ABD arasında *Pious Fund* davası²³⁹, İngiltere, Almanya, İtalya ve Venezuela arasında *Venezuelan Preferential Claims* davası²⁴⁰, İngiltere, Almanya, Japonya ve Fransa arasında *Japanese House Tax* davası²⁴¹ ve İngiltere ve Fransa arasında *Muscat Dhows* davası²⁴² görülmüştür. Dört dava da 1899 La Haye Sözleşmesi hükümlerine göre yürütülmüş ve bu yargılamalardan elde edilen tecrübeler vasıtasıyla, 1907 Konferansı'nda daimi bir uluslararası tahkim organına ilişkin olarak görüşülmesi gereken hususlar ortaya çıkmıştır.

İkinci Konferans, beklentilerin hayli yükseldiği bir dönemde, Çar II. Nikolay'ın yaptığı davet üzerine başlatılmıştır²⁴³. 15 Haziran – 18 Ekim tarihleri arasında gerçekleştirilen görüşmelere, ilk Konferansta bulunmayan Latin Amerika devletlerinin temsilcileri de katılmış, Konferansta elli dünya devletinden gelen 445 temsilci ile birlikte altı komisyon, pek çok alt komisyon ve bağımsız bir tahkim komisyonu görev almıştır²⁴⁴. Görüşmelerde dört önemli konu üzerine durulmuştur²⁴⁵. İlk olarak, 1899 Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Sözleşme'nin gözden geçirilmesi konusu çerçevesinde Sözleşme, 61 maddeden 77 maddeye çıkarılmış, uzlaştırma komisyonları usulleri geliştirilmiş, mahkeme idaresinin sorumlulukları artırılmış, Daimi Tahkim Divanı usulünde küçük

²³⁸ SCOTT, 1909, s. 89.

²³⁹ SCOTT, *The Hague Court Reports*, First Series, New York, 1916, s. 1.

²⁴⁰ SCOTT, 1916, s. 55.

²⁴¹ SCOTT, 1916, s. 77.

²⁴² SCOTT, 1916, s. 93.

²⁴³ Manley O HUDSON, *The Permanent Court of International Justice*, The Macmillan Co., New York, 1925, s. 4.

²⁴⁴ HULL, 1908, s. 14.

²⁴⁵ HILL, 1907, s. 171-191.

iyileştirmeler yapılmıştır²⁴⁶. İkinci olarak, Brezilya ve Türkiye temsilcilerinin karşı oyları ve onbeş çekimser oy ile birlikte Uluslararası Deniz Müsadere Mahkemesi kurulmasına ilişkin Sözleşme kabul edilmiş, ancak bu mahkeme kurulmamıştır²⁴⁷. Üçüncü olarak, zorunlu tahkim konusu görüşülmüş, İngiltere, ABD ve Rusya'nın olumlu oyuna karşılık, Almanya ile birlikte Avusturya, Yunanistan, Romanya, Osmanlı İmparatorluğu, Belçika, Bulgaristan ve İsviçre'nin karşı oyu nedeniyle konsensus sağlanamamıştır²⁴⁸. Son olarak UAD'nin kurulması fikri uzun süre tartışılmış ve bu konunun ileride görüşülmek üzere ertelenmesi kararı alınmıştır²⁴⁹.

Mevcut Daimi Tahkim Divanı'na ilişkin olarak, ABD temsilcisi, belirli bir yargıç kürsüsü (*fixed bench*) olan daimi bir mahkeme kurulması teklifini yinelemiş, bu teklif Almanya temsilcisi tarafından da desteklenmiştir²⁵⁰. Ancak büyük ve küçük devletlerarasında yaşanan, yargıçların atanmasına ilişkin ilkeler üzerindeki fikir ayrılıkları nedeniyle bu proje hayata geçirilememiştir. Büyük devletler, sürekli yargıç kürsüsü olan bir mahkemeden yana olurken, küçük devletler, bütün devletlerin yargısal eşitliğini yansıtan bir sistem üzerinde ısrar etmişlerdir²⁵¹. Devletlerarasında fikir birliğine varılamaması üzerine bu konuya ilişkin görüşmeler sona ermiş ve Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Sözleşmesi üzerinde yoğunlaşmıştır²⁵². Sözleşme'nin hükümleri, yeni tecrübeler ışığında düzeltilmiş, ancak temel yapısına dokunulmamıştır²⁵³.

²⁴⁶ HULL, 1908, s. 291-95.

²⁴⁷ HULL, 1908, s. 447-48.

²⁴⁸ HULL, 1908, s. 345.

²⁴⁹ HULL, 1908, s. 424.

²⁵⁰ BUSTAMANTE, 1925, s. 46-47; HUDSON, 1944, s. 25; HUDSON, 1925, s. 4; SCOTT, 1927, s. 52-53; MOORE, 1922, s. 499; Stephen M. SCHWEBEL, "Reflections on the Role of the International Court of Justice", *Wash. L. Rev.*, Vol. 61, 1986, s. 1061; SCOTT, 1909, s. 434; James Brown Scott's Report to the Conference Recommending the Establishment of a Court of Arbitral Justice, reprinted in *American Addresses at the Second Hague Peace Conference* (James Brown Scott Edition 1910), October 16, 1907, s. 112-122.

²⁵¹ "The Constitution of an International Court of Justice: Remarks by Hon. Elihu Root Before the Advisory Committee of Jurists at The Hague", June, 1920, *Am. J. Int'l L.*, Vol. 15, 1921, s. 1-2.

²⁵² BOURGEOIS, 1920, s. 36; BROWNLIE, 2003, s. 677; HUDSON, 1925, s. 4; Manley O. HUDSON, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, New York, 1943, s. 82; HYDE, 1922, s. 140; BEDERMAN, 1992, s. 11; MOORE, 1922, s. 499.

²⁵³ SCOTT, 1922, s. 254; James Brown SCOTT, *The Second Hague Conference: A Peace Conference*, Address at The George Washington University (December 21, 1907), reprinted in *American Addresses at the Second Hague Peace Conference* (James Brown Scott Edition, 1910), s. xxxi-xxxviii.

Sonuç olarak 1907 Sözleşmesi, 1899 La Haye Sözleşmesi'nden farklı olarak, uyuşmazlığın taraflarından her birinin, söz konusu uyuşmazlığa ikişer hakem atayacağını, bunlardan sadece birinin yargıç listesinde aday gösterdiği hakemlerden biri ya da ulusal hakem olabileceğini hükme bağlamıştır. Sözleşmenin 53. maddesine göre Daimi Tahkim Divanı, varsa, öncelikle taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasına göre uyuşmazlığı çözecektir. 1907 La Haye Sözleşmesi'nin dördüncü bölümü, tahkimde başvurulacak usul kurallarının özetini içermektedir. Bu hükümlere göre mahkeme, tarafların iddia ve savunmalarını sunmaları gereken azami süreyi belirleyecek ve muhakeme tamamen yazılı olacaktır. Örneğin Fransa ve Peru arasındaki *Dreyfus Brothers* davasında bu usule başvurulmuş²⁵⁴; ancak I. Dünya Savaşı'nın başlaması nedeniyle davanın görülmesi ertelenmiştir. 1899 La Haye Sözleşmesi'nin 16. maddesine göre, “Özellikle uluslararası sözleşmelerin uygulanmasından ya da yorumlanmasından kaynaklanan, diplomatik yolların çözemediği özel sorunların çözümünde tahkim, en etkili ve en adilane şekilde taraf devletlerce tanınır”. 1907 Konferansı ile bu maddeye, “Yukarıda sözü edilen sorunlara ilişkin uyuşmazlıklarda taraflar, içlerinde bulundukları durum elverdiği sürece tahkime müracaat etmelidir” hükmü eklenmiştir.

1907 La Haye Konferansı Nihai Senedi'nde, zorunlu tahkim ilkesinin oybirliği ile kabul edilmesi ve özellikle de uluslararası anlaşmaların uygulanması ve yorumlanmasından doğan uyuşmazlıkların herhangi bir sınırlama olmadan zorunlu tahkime sunulabilmesinin kararlaştırılması şimdilik mümkün olmasa da, taraf devletlerin, uzun süredir uluslararası toplumun refahına ilişkin çabalarını sürdürme hususunda işbirliği göstermiş oldukları ifade edilmiştir. Bunun yanında 1907 Konferansı, koşulsuz olarak zorunlu tahkimin kabul edileceğine dair umutları boşa çıkarmıştır. Bir bakıma Konferans, devletlerin savaş ya da uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümü ihtimalleri arasından birini tercih etmesi üzerine kurulmuştur. Bu çerçevede 19. yüzyılda uyuşmazlıkların tahkime havalesinde en çok başvuru yapılan yöntem, herhangi bir konuda yapılan anlaşmaya

²⁵⁴ James Brown SCOTT, *The Hague Court Reports, Second Series*, New York, 1932, s. 31.

konulan tahkim kaydı veya belirli bir anlaşma çerçevesinde, taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkime havalesine ilişkin hükmün yer almasıdır²⁵⁵.

La Haye Konferansları, sadece devletlerarası tahkimin değil, bazı önemli hususların da kodifikasyonunu içermekle birlikte, üçüncü bir konferansta tedrici olarak gelişecek bir yargı sisteminin değerlendirilmesi planlanmış, ancak I. Dünya Savaşı'nın patlak vermesi, üçüncü konferans planını iptal etmiştir²⁵⁶.

Kimi yazarlara göre 1907 Konferansı, beklentileri karşılamadığı için hayal kırıklığı yaratmış²⁵⁷, bazılarına göre ise oldukça faydalı olmuştur²⁵⁸. Devletler ise 1920'de USAD kuruluncaya kadar sıklıkla tahkime başvurmuşur²⁵⁹. Bu süreçte devletlerarasında, tahkime ilişkin hükümler ihtiva eden 120 yeni anlaşma kabul edilmiş²⁶⁰, 14 uyuşmazlık Daimi Tahkim Divanı tarafından hakem mahkemeleri önüne getirilmiştir²⁶¹. 20. yüzyılın ilk yirmi senesi boyunca Daimi Tahkim Divanı, en önemli tahkim kuruluşu olmuştur²⁶². İleride bu cazibesini koruyamasa da bu dönemde tahkimin çok fazla tercih edilmesinin önemli bir nedeni, uygulamadaki geçmişi yüz yılı aşkın olmakla birlikte, La Haye Sözleşmeleri ile tahkimin, hakem listesi, usul kuralları ve yetkili bir sekreterlik eklenmek suretiyle, uygulamadaki eksiklikleri giderecek kimi gereklilikleri de temin ederek, daha kullanılabilir hale gelmiş olmasıdır²⁶³. Bu hususların kurumsallaştırılması, o tarihe kadar yürütülen

²⁵⁵ Hans WEHBERG, "Restrictive Clauses in Intenational Arbitration Treaties", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 7, 1913, s. 301-314.

²⁵⁶ Paul KENNEDY, "In the Shadow of the Great War", **New York Review of Books**, August 12, 1999, s. 36.

²⁵⁷ Amos S. HERSHEY, "Convention for the Peaceful Adjustment of International Differences", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 2, 1908, s. 29; David Jayne HILL, "The Net Result at The Hague", **International Conciliation**, Vol. 1, 1907, s. 63. Scott, silahsızlanmaya ve zorunlu tahkime ilişkin andlaşmaların olmamasını, Konferansların başarısızlığının bir sonucu olarak görmektedir. SCOTT, 1909, s. 1. Moore, Daimi Tahkim Divanı'nın beklentileri karşılayamadığını ifade etmektedir. MOORE, 1922, s. 498-99.

²⁵⁸ BROWNLIE, 2003, s. 673; JESSUP, 1971, s. 34; Mr. Scott's Address on the Elements Entering into the Composition of an International Court of Arbitral Justice (August 1, 1907) reprinted in American Addresses the Second Hague Peace Conference (James Brown Scott Edition, 1910), s. 84-86.

²⁵⁹ HUDSON, 1944, s. 7.

²⁶⁰ **Rosenne's the World Court**, 2003, s. 7; JANIS, 1992, s. 16.

²⁶¹ HUDSON, 1944, s. 7; KELLOR/ DOMKE, 1944, s. 44; **Rosenne's the World Court**, 2003, s. 7; JANIS, 1992, s. 16.

²⁶² BROWNLIE, 2003, s. 673.

²⁶³ Hudson, Daimi Tahkim Divanı Uluslararası Bürosu'nun önemini vurgulayarak, yazışmalar ve görüşmeler aracılığıyla, bağımsız bir organ olarak hareket ettiğini, her mahkeme için yerinin bulunduğunu ve mahkemelere teçhizat temin edebildiğini ifade etmektedir. Hudson, 1933, s. 459. Diğer yandan Scott, Daimi Tahkim Divanı kurucularından olan Profesör Asser'i eleştirerek,

tahkim yargılamalarındaki, gayri resmi sözleşme eğilimini de sona erdirmiştir²⁶⁴. Usul kurallarının tek bir model kurallar dizisi şeklinde yeknesaklaştırılması başariyaması da bunlar, uluslararası hukukun gelişimine uyumlu hale getirilmiştir²⁶⁵.

Daimi Tahkim Divanı'nın cazibesi, zamanla uluslararası yargı sisteminin sınırlamalarına maruz kalmıştır. Daimi Tahkim Divanı çerçevesinde kurulan hakem mahkemeleri, ancak belirli türde uyuşmazlıkların tahkiminde kendilerini gösterebilmişlerdir. Buna karşılık, bütün devletlerin yararına çalışan bir daimi tahkim organı oluşturulamamıştır²⁶⁶. Bu koşullar altında *ad-hoc* hakem mahkemeleri de, önceki birikimlerini, gelecekteki devamlılığın sağlanması için değerlendirememiş, daimi, tutarlı ve kesin bir yargı sistemi geliştirememişlerdir²⁶⁷. Daimi Tahkim Divanı çerçevesindeki yargılamalar, her davanın, adeta münferit bir uyuşmazlığa özgüymüşçesine, geçmişte aynı konuya ilişkin herhangi bir uyuşmazlık çıkmamış ve gelecekte de çıkmayacakmışçasına, “kaos” ve

yargılama sistemini harekete geçirmenin meşakkatli, zaman alıcı ve yüksek maliyetli olduğunu belirtmektedir. SCOTT, 1909, s. 426.

²⁶⁴ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 13.

²⁶⁵ 1899'a kadar, tahkime ilişkin devletlerarasında kabul edilen usul kuralları bulunmamaktadır. Tahkim usul kurallarının net olmaması, tahkime başvurmak isteyen tarafların çekinmelerine, işlemlerde karmaşıya ve gecikmelere neden olmaktadır. BISHOP, 1930, s. 12-13. 1907'de düzeltilmiş haliyle La Haye Sözleşmeleri, halen tahkim andlaşmalarının taslağını oluşturmakta, üzerinde anlaşmazlık olan usul konularının düzenlenmesinde bu hükümlere başvurulmaktadır. SIMPSON / FOX, 1959, s. 13. Hyde, Sözleşme'deki usul kurallarını, takip edilmesi gereken temel adımlar olarak tanımlamaktadır. Hyde, 1922, s. 134. Hudson'a göre, bazı ulusal mahkemelerin aksine, uluslararası mahkemeler önündeki usuller, değişmesi mümkün olmayan kurallar ile daimi hale getirilmemiştir. HUDSON, 1944, s. 84. Bederman'a göre, uluslararası mahkeme usullerinin tek tipleştirilmesine ilişkin tartışmalar başarılı olamamıştır. BEDERMAN, 1992, s. 174; CHARNEY, 1998, s. 125. BROWER, New York Sözleşmesi'nin, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın ve giderek artan usul kurallarının uyumlulaştırılması çabalarının, uluslararası hukukun nadiren sınırları içine giren ticari tahkime ilişkin olduklarını ve uygulamanın bütün dünyada evrensel ve bağlayıcı şekilde uygulanan net kurallar koyduğunu ifade etmektedir. Cf. Charles H. BROWER, “Reflections on the Road Ahead: Living with Decentralization in Investment Treaty Arbitration”, in **The Future of Investment Arbitration**, Oxford University Press, 2008, s. 339-356.

²⁶⁶ Sir Hersch LAUTERPACHT, **The Development of International Law by the International Court**, Cambridge University Press, Cambridge, 1958, s. 6; CARON, 2000, s. 13.

²⁶⁷ MALANCZUK, 1997, s. 294; BROWNLIE, 2003, s. 677; MOORE, 1944, s. 246-47; HUDSON, 1943, s. 82; HUDSON, 1925, 283; HYDE, 1922, s. 138; LAUTERPACHT, 1958, s. 427; MOORE, 1922, s. 41-41; RALSTON, 1929, s. 30; PENFIELD, 1907, s. 332; BOURGEOIS, 1920, s. 35.

“tesadüf”lerin hakim olduğu mahkemelerce karara bağlandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁶⁸.

Özetle La Haye Barış Konferansları, devletlerarası tahkimde usul kurallarının uyumlaştırılmasını sağlarken, davaların esasına ilişkin hukuk kurallarının gelişiminde faydalı olamamıştır. İki dünya savaşından sonra bile uluslararası uyuşmazlıkların yargısal çözümünün sürdürülmesi çabasının temel nedeni de, büyük ölçüde bu eksikliğin giderilmesi isteğidir²⁶⁹.

1899 ve 1907 La Haye Barış Konferansları görüşmeleri ve tahkim komisyonlarının çalışmaları, USAD’ın da hazırlık çalışmalarının temelini oluşturmuştur. 1976 yılında BM Genel Sekreterliğinin hazırladığı UNCITRAL Tahkim Prosedürü kuralları, ardından bu Kuralları temel alarak hazırlanan 1992 tarihli Daimi Tahkim Divanı’nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine İlişkin Seçimlik Kurallar ve UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın 2010’da tekrar gözden geçirilerek kaleme alınmış hali ile Daimi Tahkim Divanı kuralları tekrar işlerlik kazanmıştır²⁷⁰.

F. Milletler Cemiyeti Dönemi

I. Dünya Savaşı, milyonlarca yaşamın yitirilmesine neden olmuş, dünya ekonomisi çökmüş; sosyal yapıdaki yıpranma, Rusya’ya devrimi, Almanya ve İtalya’ya ise totalitarizmi getirmiştir. II. Dünya Savaşı öncesinde Balkanlardaki uyuşmazlıklar devam etmiş, savaşın önlenmesi adına, 1899 La Haye Sözleşmesi çerçevesinde başvurulabilecek barışçıl çözüm yolları da ihmal edilmiştir²⁷¹.

Savaş sonunda kabul edilen Versay Andlaşması’nın uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmü, tahkimin yürütülmesinde Milletler Cemiyeti’nin katılımını gerektiren bir sistem tesis etmiştir. Buna göre, İtilaf ve İttifak devletleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için kurulacak Karma Hakem Mahkemeleri,

²⁶⁸ CLARKE, 1907, s. 400.

²⁶⁹ Mr. Choate’s Address on the American Project for a Permanent Court of Arbitral Justice (August 1, 1907) American Addresses the Second Hague Peace Conference (James Brown Scott Edition, 1910), s. 81; LAUTERPACHT, 1958, s. 42-43.

²⁷⁰ Jeffrey BLEICH, “A New Direction for the PCA: The Work of the Expert Group”, **Leiden J Int’l L.**, Vol. 6, 1993, s. 215; The Permanent Court of Arbitration, Working Group on Improving the Function of the Court - New Directions, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, Hague, 1991.

²⁷¹ KENNEDY, 1999, s. 36.

hükümetlerin her birinin atadığı birer üye ve iki hükümetin birlikte atadığı bir mahkeme başkanından oluşacaktır. Devletler, başkan üzerinde anlaşamazlarsa başkan, Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından atanmalıdır. Karma hakem mahkemelerinin yargı yetkisi, İtilaf ve İttifak devletleri vatandaşlarının, Almanya'nın mülkiyete ilişkin savaş tedbirlerinden kaynaklanan iddiaları, sözleşmeden kaynaklanan meselelere ilişkin vatandaşlar arasındaki diğer uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Karma hakem mahkemelerine ilişkin benzer hükümler, Avusturya ile Sen Jermen Andlaşması²⁷²; Macaristan ile Trianon Andlaşması²⁷³; Bulgaristan ile Neuilly Andlaşması²⁷⁴; Türkiye ile Lozan²⁷⁵ ve Sevr Andlaşmalarında da²⁷⁶ bulunmaktadır. Bu dönemdeki karma hakem mahkemeleri, savaştan sonra özel kişilere ait malların mülkiyeti ve barış anlaşmalarının yorumuna ilişkin muhtelif kararlar vermiştir.

10 Ocak 1920'de yürürlüğe giren Milletler Cemiyeti Misakı, barışın sürmesi ve savaşın önlenmesi amaçlarına hizmet etmek üzere kabul edilmiştir²⁷⁷. Bu amaca giden yoldaki adımlardan biri de uluslararası uyuşmazlıkların yargısal çözümü olarak görülmüştür. Milletler Cemiyeti Misakı, üye devletlere, devletlerarası ilişkilerin kesilmesine neden olabilecek her türlü uyuşmazlığı tahkime, uluslararası mahkemelere veya Konsey'in soruşturmasına havale etme yükümlülüğü yüklemiştir. Ancak uyuşmazlıkların tahkim, uluslararası mahkemeler ya da diplomatik çözüm yollarından hangisi ile çözümünün gerektiği sorusu cevapsız kalmıştır.

1920'de Milletler Cemiyeti nezdinde USAD'ın kurulması, uyuşmazlıkların bağlayıcı olarak karara bağlanması bakımından hükümetler için bir başka alternatif temin etmiştir. 1920-1933 arasındaki dönemde, uyuşmazlıkların tahkime havale edilmesini öngören anlaşma sayısında önemli bir değişiklik olmamasına

²⁷² League of Nations Treaty Series (L.N.T.S.), Vol. 26, New York, 1919, s. 333-435.

²⁷³ L.N.T.S., Vol. 7, 1920, s. 156-161.

²⁷⁴ L.N.T.S., Vol. 6, 1921, s. 188.

²⁷⁵ L.N.T.S., Vol. 28, 1923, s. 112-13.

²⁷⁶ Treaty Series, No: 11, 1920, <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1920/TS0011.pdf> (son erişim: 14.10.2013).

²⁷⁷ 1919 Covenant of League of Nations, Adopted in Paris on 29 April 1919, 1919 United Kingdom Treaty Series 4, <http://cil.nus.edu.sg/1919/1919-the-covenant-of-the-league-of-nations/> (son erişim: 14.10.2013).

rağmen, tahkime sunulan dava sayısı azalmıştır²⁷⁸. Bu dönemdeki anlaşmalarda, uyuşmazlıkların barışçıl çözümü için uzlaştırma veya tahkim veyahut bir uluslararası mahkeme olarak USAD’a başvurulmasına ilişkin hükümler yer almıştır. Uluslararası mahkeme ve tahkim arasında net bir ayrım yapılmak istenmesi, bu dönemde bazı anlaşmalarda, “hukuki” olarak nitelendirilen uyuşmazlıkların Divan’a havale edilmesi ve “siyasi” olarak nitelendirilen uyuşmazlıkların ise tahkime havale edilmesine ilişkin hükümlerin kabul edilmesine neden olmuştur²⁷⁹.

1928 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Genel Senedi, uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne ilişkin yeknesak bir uygulamanın benimsenmesinde bir adım ileri gitmiştir. Genel Senet’in uzlaştırma yöntemine ilişkin birinci bölümü, diplomatik yollarla çözülemeyen bir uyuşmazlığın taraflarının, aralarında anlaşmaları halinde, söz konusu uyuşmazlığı daimi ya da özel uzlaştırma komisyonlarına sunacaklarına ilişkin hükümler içermektedir. Burada uzlaştırma komisyonunun görevi Genel Senet’in 15. maddesi çerçevesinde, uyuşmazlığın konusunu izah etmek, yapacağı soruşturma için bütün gerekli bilgileri toplamak ve tarafların bir anlaşmaya varması için gayret etmektir.

Genel Senet’in ikinci bölümü, tarafların, özellikle USAD Statüsü’nün 36. maddesi kapsamındaki belirli uyuşmazlıklarını²⁸⁰, tahkim konusunda anlaşamamışlarsa, USAD’a sunmalarını içermektedir. Özel bir anlaşma ile uyuşmazlığın tahkime sunulması durumunda ise söz konusu anlaşmanın yetersiz olduğu hususlarda, 1907 La Haye Sözleşmesi’ne; eğer söz konusu tahkim anlaşması uygulanacak hukuk konusunda hüküm içermiyorsa, yine Divan Statüsü’nün 38. maddesi çerçevesinde USAD’a başvurulacaktır²⁸¹. Genel Senet’in 19. maddesi, tarafların özel bir anlaşma yapamamaları ya da hakemleri atayamamaları halinde, taraflardan birinin, uyuşmazlığın çözümü için USAD’a başvurmasına imkan vermektedir.

²⁷⁸ Karl STRUPP, “*The Competence of the Mixed Arbitral Courts of the Treaty of Versailles*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 17, 1923, s. 661-690; Lange, 1914, s. 344-428.

²⁷⁹ HABICHT, 1931, s. 983.

²⁸⁰ USAD Statüsü’nün yargı yetkisine ilişkin 36. maddesi, UAD Statüsü’nün 36. maddesi ile aynıdır.

²⁸¹ USAD Statüsü’nün uygulanacak hukuka ilişkin 38. maddesi, UAD Statüsü’nün 38. maddesi ile aynıdır.

Genel Senet'in üçüncü bölümü, birinci bölüm çerçevesinde bir ay içinde uzlaştırma komisyonları çalışmalarıyla çözülemeyen ve tarafların anlaşmaya varamadığı uyuşmazlıkların, tahkime havale edilmesine ilişkin hükümler içermektedir. Hakemlerin atanmasından sonra, 1907 La Haye Sözleşmesi çerçevesinde, 28. maddeye göre mahkeme, taraflar arasında aksine anlaşma yoksa, USAD Statüsü'nün 38. maddesinde sayılan, uyuşmazlığın konusuna ilişkin hukuk kurallarına başvurulmalıdır. Devamında ise mevcut uyuşmazlığın çözümünde başvurulacak başka bir kural yoksa mahkemenin, *ex aequo et bono*'ya göre de karar verebileceği öngörülmektedir.

Genel Senet'in dördüncü bölümü, sözleşmeye konulabilecek çekinceler ve diğer genel hükümleri içermektedir. Buna göre 39. maddede tahdidi olarak sayılan durumlarda, çekince koyan tarafın Genel Senet'e taraf olduğu tarihten önce ortaya çıkan olaylardan kaynaklanan uyuşmazlıklara; devletlerin ulusal yetkisine giren uluslararası hukuk sorunlarına ilişkin uyuşmazlıklara ve son olarak, ülkesel yetki ya da açıkça tanımlanmış uyuşmazlık tiplerine giren, belirli ve çerçevesi çizilmiş konulara ilişkin uyuşmazlıklara çekince konulabilecektir. Bir uyuşmazlık Konsey'e havale edilirse, Konsey kararı ile saptanmadıkça, birinci bölümdeki uzlaştırma yöntemine başvurulmayacaktır. İkinci bölümdeki yargısal çözüm süreci, taraflar ya da Konsey daha uzun bir süreç belirlemedikçe, on iki aylığına askıya alınabilecektir. Benzer şekilde üçüncü bölümdeki tahkim usulü, ancak Konsey kendisine sunulan uyuşmazlık hakkında on iki ay içerisinde veya uzlaştırma komisyonlarının çalışmalarından sonraki altı ay içinde bir çözüme varamazsa işletilebilecektir. Bunun yanında Konsey, bu süre sınırlamalarını her somut olayda yeniden belirlemeye yetkili olacaktır.

G. Birleşmiş Milletler Dönemi

Devletlerarası uyuşmazlıkların yargısal çözümüne ilişkin olarak, Milletler Cemiyeti'nin kurduğu yargı sisteminden sonra, fazlaca değişiklik içermeyen UAD Statüsü kabul edilmiştir. Ayrıca BM döneminde, devletlerarası tahkimin gelişimine katkısı bakımından önemli bir belge olan 1928 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Genel Senedi, 1949 tarihinde Genel Kurulda tekrar gözden geçirilmiş ve toplantıya katılan devletler tarafından, Genel Senet'in ilk haline taraf olan devletlerin haklarını etkilemeyecek şekilde yeniden kabul

edilmiştir²⁸². BM döneminde, spesifik olarak devletlerarası tahkim bakımından gerçekleştirilen çalışmaların sonucunda yayınlanan, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun kodifikasyonunu üstlendiği Model Kurallar'a değinmek gerekmektedir.

1949'daki ilk oturumunda Komisyon, tahkim usulünü, uluslararası hukukun kodifiye edilmesi gereken konularından biri olarak seçmiştir²⁸³. Komisyon'un hazırladığı metinler, devletlerarasındaki tahkim anlaşmalarının uluslararası bir yükümlülüğü oluşturdukları temeline dayanmaktadır. Buna göre devletler, böyle bir yükümlülüğün altına bir kez girdiklerinde, tahkim usulünün gerektirdiği bütün adımları atmak ve bu süreci sekteye uğratacak ya da sürüncemede bırakacak her türlü fiilden de kaçınmak zorundadırlar. Geçmiş tecrübelerin, devletlerin süreci nasıl sekteye uğratabildiklerini göstermiş olması nedeniyle Komisyon, devletlerin tahkim sürecinde yer almaktan imtina etmeleri ya da bu usulü reddetmeleri ihtimaline karşı öngörülebilecek teminatları ve önlemleri, model kurallarda ve raporlarında bildirmiştir. Devletlerin *ad-hoc* hakem mahkemesi kuran yetkilendirme anlaşmaları ile genel tahkim anlaşmalarında başvurabilecekleri ve hükümetlerin çoğunun çok taraflı tahkim anlaşmalarında kabul ettiği, genel tahkim usulü kurallarını içeren Model Kuralları ile Komisyon, hükümetlerin çok taraflı, iki taraflı, bölgesel ya da genel tahkim anlaşmalarında başvurabilecekleri kurallar dizisi tesis etmeyi amaçlamıştır. 1950'de özel raportör Scelle, Genel Kurul'a, 104 maddeden oluşan ve taraf devletlerin görüşlerini de içeren devletler ve hükümetlerarası tahkim usulü taslağı sunmuş²⁸⁴, taslak maddeler 1952'de Komisyon tarafından Genel Kurula sunulmak üzere kabul edilmiştir²⁸⁵. Bu taslak üzerinde, hükümetlerin görüşleri ve raportörün raporları doğrultusunda zamanla bazı değişiklikler yapılmış ve 1958'de nihai bir tahkim model taslağı

²⁸² General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, April 28, 1949, 71 U.N.T.S. 101. Gözden geçirilmiş ikinci Genel Senet'in, ilkinde taraf olan devletlerin haklarını etkilemeyeceği öngörülmüş olmakla birlikte, uygulamada örneğin Birleşik Krallık, 1949 tarihli Genel Senet'e taraf olmamış, ilk Genel Senet'i kabul ederken de taraf olduğu uyuşmazlıkların, öncelikle Milletler Cemiyeti Konseyi'ne havale edilmesini gerektiren çekince getirmiştir.

²⁸³ International Law Commission (ILC) Report, A/925 (A/4/10), 1949, Part I, chp. II, parag. 21, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_13_corr1-3.pdf (son erişim: 10.09.2013).

²⁸⁴ U.N. Doc. A/CN.4/18 (F); ILC Report, A/1316 (A/5/12), 1950, part VI, chp. II, parag.167-180, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_34.pdf (son erişim: 19.09.2013).

²⁸⁵ U.N. Doc. A/CN.4/L.35 (in ILC Report, A/2163 (A/7/9), 1952, chp. II, parag. 24), http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_58_corr1.pdf (son erişim: 19.09.2013).

oluşturularak Genel Kurula sunulmasına karar verilmiştir²⁸⁶. Genel Kurul ise maddeleri, tahkim anlaşmaları ya da yetkilendirme anlaşmalarına başvurulması durumunda ne derece işlevsel olabileceğine ilişkin görüş bildirmeleri için devletlerin dikkatine sunmuştur²⁸⁷. Günümüzde Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmaları içinde tahkim usulü, tamamlanmış konular içerisinde yer almaktadır.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı Model Kurallar, bugünkü tahkim kurallarının altyapısını oluşturmakla beraber, kabul edildiği dönemki haliyle bir bütün olarak herhangi bir uluslararası andlaşmaya konu olmamıştır. Örneğin II. Dünya Savaşı sonrasındaki barış andlaşmalarının pek çoğu, Almanya ile sürmekte olan uyuşmazlıkların çözümü için ayrıntılı hükümler getiren andlaşmalardır²⁸⁸. Bu andlaşmalarda hakem mahkemesinden ziyade, görüşmeci olarak hareket eden ve iki ulusal üyeden oluşan karma komisyonların atanması gibi usuller öngörülmüştür. Barış andlaşmalarında, devletlerin üyeler üzerinde anlaşamaması halinde “bağımsız” olması gereken devlet başkanlarının tek hakem olarak uyuşmazlığın çözümüne ilişkin kararı vermesine ilişkin hükümler de yer almaktadır. Mülkiyet haklarının ve diğer hak ve menfaatlerin ihlalinin tazmin edilmesine ya da eski hale getirilmesine ilişkin hükümlere başvurulması halinde uyuşmazlık, BM üye temsilcilerinden oluşan bir uzlaştırma komisyonuna havale edilebilmektedir. Bu şekilde üç ay içinde çözüme ulaşılamazsa, hükümetlerden birinin, iki devlet arasında yapılan anlaşma ile seçilecek üçüncü üyeyi talep etme hakkı bulunmaktadır; bu anlaşma üzerinde de anlaşılamazsa, BM Genel Sekreteri, üçüncü devletin vatandaşları arasından bir üye seçmekte ve böylece oluşan komisyon çoğunlukla karar vermekte olup, karar nihai ve bağlayıcıdır²⁸⁹.

Barış andlaşmalarının yorumu ve uygulanmasına ilişkin diğer uyuşmazlıkların, diplomatik yollarla çözülmesi kararlaştırılmıştır. Eğer bir uyuşmazlık diplomatik görüşmeler yoluyla çözülemezse, ilgili devletin ülkesinde bulunan belirli devletlerin büyükelçilerine havale edilmektedir. Uyuşmazlık, iki ay içinde büyükelçiler tarafından çözülemezse ve taraflar da başka bir çözüm yolu

²⁸⁶ ILC Report, A/3859 (F) (A/13/9), 1958, chp. II(I), parag. 10-15.

²⁸⁷ Resolution of General Assembly- Thirteenth Session, 14 November 1958, 1262 (XIII) Question of Arbitral procedure, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/747/06/IMG/NR074706.pdf?OpenElement> (son erişim: 10.09.2013).

²⁸⁸ Bu andlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SIMPSON/ FOX, 1959, s. 35-39.

²⁸⁹ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 34.

üzerine anlaşamazlarsa, taraflardan birinin isteği üzerine, taraflardan her birinin atadığı birer üye ve anlaşma ile belirledikleri üçüncü bir üyeden – anlaşamamaları halinde BM Genel Sekreterinin kararıyla atanan bir üyeden- oluşan komisyona havale edilmektedir. Komisyonun çoğunluk oyuyla aldığı karar, bağlayıcı ve nihaidir²⁹⁰.

Devlet başkanlarının tek hakem olarak uyuşmazlıkları çözmek üzere atandığı dönemlerde, bu kişilerin bakanlarından ya da muhtelif uzmanlardan tavsiye aldığına değinilmişti. Daha yakın tarihte ise devlet başkanları, devletlere uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin olarak tavsiyeler vermiştir. Modern uygulamada hakemden beklenen, bütün olarak ve bireysel sorumluluğu üstlenerek karar vermesidir. Böyleyken, devletlerin bir uyuşmazlığın çözümünün bütün sorumluluğunu tek kişinin sırtına yüklemek istemesine nadir rastlanmaktadır. 19. yüzyıl sonlarına doğru çok sayıda uyuşmazlığın çözümünde başvurulanan hakem mahkemeleri, tarafların atadığı birer ulusal yargıç ve her iki tarafın da vatandaşı olmayan, tarafların anlaşma ile atadığı ya da üçüncü bir otorite tarafından atanan tek sayıda bağımsız üyeden oluşmuştur. Örneğin Yunanistan ve İngiltere arasındaki *Ambatielos* tahkiminde, Tahkim Komisyonunda Panamalı bir başkan ve İsveç ve İsviçre’den iki bağımsız üye yer almış, taraflardan her biri de birer ulusal üye atamışlardır²⁹¹. Buraimi Vahası ve ona bitişik Güney Doğu Arabistan’da bir çöl bölgesi üzerindeki egemenlik iddialarına ilişkin olarak çıkan uyuşmazlık için 1955’te *Buraimi* Hakem Mahkemesi kurulduğunda, USAD’ın ve UAD’nin önemli yargıçlarından Belçikalı bir başkan ve uyuşmazlığın tarafları olan Küba ve Pakistan’dan da iki bağımsız üye atanmıştır. Diğer yandan Abu Dhabi Şeyhliği ve Muscat Oman Sultanlığını İngiltere temsil etmiştir. Bunun dışında mahkemede üç bağımsız üye ve İngiltere ve Suudi Arabistan’ın atadığı birer ulusal üye yer almıştır. Bu uygulamalar, 1928 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Genel Senedi’nin 1949 yılında tekrar gözden geçirilmiş hali ve 1957 tarihli Avrupa Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Sözleşmesi ve BM Ticaret Hukuku Komisyonu aracılığıyla da bu uygulamalar kodifiye edilmiştir.

²⁹⁰ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 34.

²⁹¹ Agreement of Submission to Arbitration of *Ambatielos* Claim, 24th February 1955, 209 U.N.T.S. 187.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra, uyuşmazlıkların barışçıl çözümü konusuna devletlerarası tahkimin rolü büyük oranda azalmıştır. Diğer yandan bu dönemde iki ve çok taraflı anlaşmaların sayısındaki artış, ona paralel olarak uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerde de artışa neden olmuştur. Bu hükümlerin daha az bir kısmı taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkime, buna karşılık büyük bir kısmı da UAD'ye havale edilmesini içermektedir²⁹².

²⁹² United Nations, A Survey of Treaty Provisions for the Pacific Settlements of International Disputes, 1949-62, UN Publication, 1966; L. B. SOHN, "Settlement of Disputes Relating to the Interpretation and Application of Treaties", **Hague Recueil**, Vol. 150, 1976-II, s. 266-70.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKEM MAHKEMESİNİN KURULUŞU

I. Tahkim Anlaşması

Tahkim anlaşması, tahkimin temelini oluşturmakta olup, mevcut ya da gelecekteki uyuşmazlıkların tahkime sunulması konusunda tarafların anlaşması olarak tanımlanabilecektir. İki türlü tahkim anlaşması yapılabilmektedir. Bunlardan ilki, tarafların aralarındaki herhangi bir sözleşme ilişkisinden doğabilecek uyuşmazlıkların tahkime havale edilmesini kararlaştırmalarıdır ki bu, genelde herhangi bir konuya mahsus sözleşmeye ekleyecekleri “tahkim kaydı” içeren hükümle taahhüt edilmektedir. İkinci ihtimali, yetkilendirme anlaşmaları (*compromise*) oluşturmaktadır. Tarafların mevcut uyuşmazlığı ya da gelecekteki muhtemel uyuşmazlıkları tahkime havale etmek üzere yapacakları ve konusu “hakem mahkemesinin yetkilendirilmesi” olan anlaşmalar ise yetkilendirme anlaşmalarıdır.

A. Tahkim Kaydı

Tahkim anlaşmasının tarafları, koşulsuz olarak herhangi bir tahkim kuruluşuna başvurmak üzere anlaşmamışlarsa, uyuşmazlık çıktıktan sonra yetkilendirme anlaşması hükümlerini oluştururken pek çok farklı unsuru göz önünde tutmak durumunda kalacaklardır. Bu nedenle günümüzde tarafların en fazla tercih ettiği yöntem, mutabakat ve ekonomi bakımından süreci kolaylaştıran standart tahkim kayıtlarını kabul etmektir²⁹³. Zira özel bir yetkilendirme anlaşması hazırlamak, çok sayıda değişkenin dikkate alınmasını gerektirmektedir. Tarafların aralarındaki uyuşmazlık için yapacakları bir yetkilendirme anlaşması, çözüm sürecinin başında, masraflı görüşmelere girişilmesini gerektirebilecektir. Bu da ileride yetkilendirme anlaşmasının uygulanmasında isteksizliğe ve tahkimin işlevini kaybetmesine neden olabilecektir.

Konusu, ticaret, eğitim, kültür, askeri işbirliği ya da başka herhangi bir husus olan uluslararası anlaşmaya eklenen ve genelde söz konusu anlaşmanın

²⁹³ Thomas E. CARBONNEAU, “*The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*”, **Vand. J. Transnat'l L.**, Vol. 36, 2003, s. 1232.

yorumlanmasından ve uygulanmasından doğacak her türlü uyuşmazlığın tahkime havale edilmesine ilişkin bir ifade içeren tahkim kayıtları, uyuşmazlık çıkmadan önce tasarlanmakta ve uyuşmazlık çıkma ihtimaline karşı anlaşmada yer almaktadır. Söz konusu uyuşmazlığın hiç çıkmaması ihtimali de bulunmaktadır. Bu nedenle taraflar, tahkimin konusunu, sadece bir parçası olduğu anlaşmanın yorumlanması ya da uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara hasretmişlerdir.

Yetkilendirme anlaşmalarının kabul edildiği tarihte ise –istisnalar olmakla birlikte- genellikle taraflar arasında hali hazırda uyuşmazlık bulunmaktadır ve yetkilendirme anlaşması da açıkça bu uyuşmazlığa işaret etmektedir. Dolayısıyla yetkilendirme anlaşmaları genelde daha uzun ve ayrıntılı hükümler içermekte ve tahkimin yürütülmesine ilişkin her türlü detayı düzenlemektedirler. Bu durumda tarafların, aralarındaki tahkim kaydı içeren herhangi bir anlaşmanın kabulünden sonra, söz konusu anlaşma nedeniyle uyuşmazlık çıkması halinde, uyuşmazlığın tahkime havale edilmesi için yeni bir yetkilendirme anlaşması kabul etmelerinde hiçbir sakınca olmayacaktır.

B. Yetkilendirme Anlaşması (*Compromise*)

1. Anlaşmanın Hazırlanması Süreci

Ayrıntılı yetkilendirme anlaşmaları, tahkim sürecini yöneten hakemler ve tarafların temsilcilerinin işlerini kolaylaştırmaktadır. Anlaşmanın kişiselleştirilmesi, tarafların riskleri görmelerine, kendi haklarını garanti altına almalarına, tahkim süreci, hakemler ve usul üzerinde yeterince kontrol sahibi olmalarına izin vermektedir. Yetkilendirme anlaşmasının temel görevi, muhakemenin işlevselliğini sürdürmek bakımından zorunlu hususları tanımlamak ve ayrıntılandırmak olmalıdır. Böylece anlaşma, hem tarafların hem de hakemlerin, anlaşma konusu tahkim sürecinde bir nevi kanunları haline gelecek, hakemler ve onları atayanlar arasında ve hakemlerin kendi aralarında hareket alanlarının sınırlarını çizecektir.

Tarafların hazırlayacakları yetkilendirme anlaşmasının bazı temel unsurları ihtiva etmesi gerekmektedir. İlk olarak, hakem mahkemesi kararına konu olacak sorunun (*question*) tanımlanması gerekmektedir. Tarafların hazırlayacağı anlaşmada, tahkimin esasına konu olan ve uyuşmazlığın temelinde yatan, her iki

tarafın menfaatlerini içeren, iddialara ve karşı iddialara odaklanan sorununun yer alması gerekmektedir ki bu sorunun üstesinden nasıl gelineceği hakkında değerlendirme yapılabilir²⁹⁴.

Devletlerarası tahkimde uyuşmazlığın tarafları, tahkim organına, uyuşmazlığı çözme yetkisi bahşetmişlerdir. Yargılama makamı olarak tahkim organının yetkileri ve dava konusu sorunun tam tanımı açıkça gösterilmezse, hakem kararı ile tatmin olmayan taraf, kolayca tahkim organının yargı yetkisini aştığını iddia edebilecektir. Tahkimde karara bağlanacak sorunun tam olarak tanımlanması, geçersiz ya da kabul edilebilir olanın çerçevesini çizerek, sürecin hızlanmasını sağlayacak ve tahkimin daha yargısal bir zeminde işlemesi sonucunu doğuracak; karardan memnun olmayan tarafın süreçten sapması ihtimalini ortadan kaldırarak, taraflar bakımından daha kabul edilebilir bir karara varılmasını temin edecektir²⁹⁵.

Yetkilendirme anlaşmasında bulunması gereken başka bir unsur, tarafların olaylara ilişkin ortak beyanlarıdır. Taraflar, uyuşmazlığa konu olaylar üzerinde ne kadar mutabık olurlarsa, tahkim o kadar kısa zamanda sonuçlanacak ve yargılama masrafları düşecektir.

Dilekçeler, tahkim sürecinin vazgeçilmez yazılı aşamasını oluşturmaktadır. Her iki tarafın ilk yazılı beyanlarını, cevapların izleyip izlemeyeceği ya da bu yazılı beyanlardan sonra doğrudan yazılı delillerin sunumuna geçilip geçilmeyeceği, sözlü beyanların süresi gibi hususların anlaşmada belirlenmesi tarafların lehine olacaktır. Karmaşık bir uyuşmazlığın görüldüğü muhakemelerde, usulün daha resmi ve çerçevesi belirlenmiş olması gerekmektedir. Diğer yandan, uygulanacak hukukun belirlenmesi, aynı zamanda temsilcilerin sunumlarının zamanının, şeklinin ve kapsamının dikkatli şekilde saptanmasını gerektirmektedir. Dahası, tarafların tabi olduğu hukuk sistemleri farklı ise, dilekçelerin içeriğinde, söz konusu hukuku da kapsayacak şekilde ayrıntılı açıklamalara yer verilmesi gerekmektedir. Ancak tahkim anlaşmalarındaki alışlagelmiş hükümler, hakem mahkemelerinin kendi usul kurallarını belirlemesini öngörmekte ve bu durum, tahkimin kaçınılmaz bir getirisi olarak görülmektedir.

²⁹⁴ Hugh THIRLWAY, “Compromise”, **MPEPIL**, 2006, s. 2.

²⁹⁵ THIRLWAY, 2006, s. 3.

Tarafların iddia ve savunmalarının temelini oluşturan delillerin mahkemeye sunulma süresi ve şekli ile ilgili hususların yetkilendirme anlaşmasında düzenlenmesi gerekmektedir. Yazılı delillerin, tarafların dilekçelerinde yer almasının öngörülüp öngörülemeyeceği, eğer bu deliller ileride sunulacaksa, bunun şekli ve süresi, tarafların delilleri sunmada tekrara düşmemesi için kararlaştırılacak hükümler, her bir tarafın kendi davasında aynı delili sunması durumunda masrafların ne şekilde karşılanacağı veya delillerin sunulması için bir süre tayin edilmişse, geç sunulan delillerin akıbeti gibi hususların da anlaşmada belirlenmesi gerekmektedir.

Hakem kararının düzeltilmesi, tanıkların yeniden dinlenmesi ve yargılamanın yenilenmesi gibi hususların da anlaşmada düzenlenmesi, tarafların lehine olacaktır. Kararın nihai niteliğinin ve kesin hüküm etkisinin hangi durumlarda istisnalarının olabileceği, yargılamanın yenilenmesini gerektirecek yeni delil sunulması durumunda, hangi delillerin mahkeme tarafından bu nitelikte sayılacağı gibi hususların da önceden kararlaştırılması daha uygundur.

Son olarak mahkeme dağıldıktan sonra ortaya çıkabilecek, kararın geçersizliği ya da hataya ilişkin sorunların, yargılamanın yenilenmesi çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, geçersizlik (*nullity*) durumunda tarafların temyiz hakkının doğup doğmayacağı, hukuki hataların varlığı durumunda tarafların temyiz hakkı, muhtemel bir temyiz mahkemesinin yetkisi, böyle bir mahkemenin sadece hata ya da geçersizliğin varlığını bildirmekle sınırlı olması ya da ilk mahkemeye kararı düzeltmesi için izin vermek yetkisinin verilmesi; veyahut kararın tamamının geçersizliğine karar verilmesi halinde, davanın esasına ilişkin kararın hangi makam tarafından verileceği hususlarının da anlaşmada düzenlenmiş olması gerekmektedir²⁹⁶.

Yetkilendirme anlaşmasının (*compromise*) içeriği konusunda *ad-hoc* tahkim kurallarında ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları'nda, anlaşmada yer almasının işlevsel olabileceği tasarlanan hususlar sayılmıştır. Komisyon'un Model Kuralları'na göre, tahkim taahhüdüne yönelik daha önceki tarihli bir anlaşma yoksa, tahkime başvuracak tarafların kabul

²⁹⁶ Kenneth S. CARLSTON, "Importance of Procedural Rules in International Arbitration", *Int'l. Arb. J.*, Vol. 1, 1945, s. 58.

edecekleri anlaşma, tahdidi olarak sayılmamakla birlikte, asgari olarak şu hususları içermelidir:

- “(a) Tahkime sunulacak uyuşmazlık çerçevesindeki tahkim taahhüdü,
- (b) Uyuşmazlığın konusu ve mümkünse tarafların üzerinde anlaşamamış olduğu noktalar,
- (c) Mahkemelerin teşkili usulü ve hakemlerin sayısı”.

Yetkilendirme anlaşması tarafların istediği başkaca hususları da içerebilir. Özellikle,

- (i) Mahkemenin başvuracağı hukuk kuralları ve ilkeleri, *ex aequo et bono* çerçevesinde karar verme yetkisinin tanınıp tanınmadığı,
- (ii) Mahkeme’ye tarafların talep etmesi halinde, tavsiyede bulunma yetkisi,
- (iii) Mahkeme’ye kendi usul kurallarını koyma yetkisinin verilmesi,
- (iv) Mahkeme’nin teşkili ve karara varılmasını engelleyebilecek türden anlaşma hükümlerinin varlığı halinde, mahkemeye bu hükümleri görmezden gelme yetkisinin verilip verilmediği,
- (v) Celselerde toplantı ve karar yeter sayısı,
- (vi) Kararın verilmesi için karar yeter sayısı,
- (vii) Kararın tefhimi için varsa zaman sınırlaması,
- (viii) Mahkeme üyelerinin, muhalefet şerhi eklemek gibi hakları ya da bunların yasak olması,
- (ix) Muhakemenin yürütüleceği dil,
- (x) Muhakeme masraflarının ne şekilde paylaştırılacağı,
- (xi) Uluslararası Adalet Divanı’ndan istenebilecek hizmetler”²⁹⁷.

2. Anlaşmanın Bağlayıcılığı

Tahkimde en önemli ilke, tahkime başvurma taahhüdünün ihlal edilemezliğidir. Böyle bir taahhüdün kendisi, hukuki bir yükümlülük olarak görülebilir ve bu yükümlülük, ilgili devletin egemenliğinden kısmen feragati

²⁹⁷ Model Rules on Arbitral Procedure, article 2, Report of the International Law Commission (ILC) Covering Work of Its Tenth Session, April 28-July 4, 1958, United Nations General Assembly Records, Thirteenth Session Supplement No. 9 (A/3859) (buradan sonra “1958 ILC Model Rules” olarak anılacaktır).

şeklinde de anlaşılabilir. Aynı husus, taraf olunan uluslararası andlaşmalar için de geçerlidir²⁹⁸.

Tahkim taahhüdünü, belirli bir tahkim yargılamasında somutlaştıran araçlardan biri de yetkilendirme anlaşmasıdır. Elbette taraflar arasında bir anlaşma olmaması halinde veya mevcut anlaşmanın tam bir yükümlülük taahhüdü içermediği durumlarda, tahkim taahhüdü bağlayıcı olmayacaktır. Gelecekte gerçekleşebilecek uyuşmazlıklara ilişkin soyut tahkim taahhütlerinin geçersiz kılınabileceği ihtimali, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından ele alınmıştır.

Devletler genelde, tahkimi diplomatik bir çözüm yolu olarak görmeye eğilimli ve belirli uyuşmazlığa hasredilmiş nihai bir anlaşma kabul edilinceye kadar, var olan diğer anlaşmalardaki barışçıl çözüme ilişkin hükümlerin hukuki bir yükümlülük doğurmayacağı düşüncesindedirler. Oysa böyle durumlarda da devletler, en azından anlaşmaya varma ve anlaşma çerçevesinde verilecek hakem kararına uyma konusunda zımni olarak yükümlülük üstlenmişlerdir. Bu yükümlülük, iyi niyet ilkesinden kaynaklanmaktadır²⁹⁹. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı 1958 tarihli Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları'na göre:

“1. Devletlerarası bir uyuşmazlığı çözmek üzere tahkime başvurulacağına ilişkin herhangi bir taahhüt, iyi niyetle yerine getirilmesi gereken hukuki bir yükümlülüktür.

2. Taraflar arasındaki anlaşmadan kaynaklanan böyle bir taahhüt, mevcut veya sonradan çıkabilecek uyuşmazlıklara da uygulanabilir.

3. Taahhüt, şekli önemli olmamakla birlikte yazılı bir metinde somutlaştırılmalıdır.

4. Bu Model Kurallar'da taraflara önerilen usuller, devletler aksini kararlaştırmadıkça bağlayıcı olmayıp, ne bir yetkilendirme anlaşmasında ne de başka bir taahhüt içerisinde bunlara başvurulması zorunluluğu bulunmamaktadır.

²⁹⁸ BROWNLIE, 2003, s. 591-597.

²⁹⁹ Yearbook of ILC 1958, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1958/Add.1, Draft on arbitral procedure adopted by the Commission at its fifth session, Report by Georges Scelle, Special Rapporteur, s. 2, parag 7, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf) (son erişim: 09.09.2013). Buradan sonra “1958 Report by Georges Scelle” olarak anılacaktır.

5. Hakem Mahkemesi önündeki bütün işlemlerde taraflar eşittir³⁰⁰.

Model Kurallar bu konuda bir garanti de temin etmektedir. Buna göre,

“1. Bir hakem mahkemesinin kurulmasından önce, tahkim taahhüdünde bulunan taraflar, uyuşmazlığın varlığı konusunda anlaşamıyorlarsa ya da mevcut olan bir uyuşmazlığı bir bütün olarak ya da kısmen tahkime havale etmek yükümlülüğünün olup olmadığı hususunda fikir birliğine varamıyorlarsa veyahut başkaca bir usulün kabul edildiği anlaşmaya uyulmaması halinde, taraflardan birinin talebi üzerine, böyle bir ön sorun hakkında karar vermesi için üç ay içinde Daimi Tahkim Divanı'na veya ön sorun hakkında karar vermesi ya da danışma görüşü vermesi için tercihen Uluslararası Adalet Divanı'na gidilmelidir.

2. Bu durumda Divan, tarafların haklarının korunması için ihtiyati tedbire hükmedebilir. Bu karar nihaidir.

3. Eğer hakem mahkemesi zaten kurulmuşsa, ön sorun hakkında mahkeme karar verecektir³⁰¹.

Bu madde, sadece usule ilişkin olmayıp, 1907 La Haye Sözleşmesi hükümlerine dayanmaktadır³⁰². Diğer maddeler de buradan yola çıkarak formüle edilmiştir. Amaç, devletlerin yetkilendirme anlaşmasını kabul etmelerinin ardından da, uyuşmazlığı çözmek için üzerinde anlaşabilecekleri bütün hükümler konusunda halen serbest olduklarını açıklığa kavuşturmadır. Önemli olan ihtilaflı bir anlaşmaya varılmış olması halinde dahi devletlerin işbirliğine yönelmelerine yardımcı olmaktır. Sebebi ne olursa olsun, devletlerin yetkilendirme anlaşması hükümlerini kabul etmemeleri halinde, herhangi bir yükümlülük altına girmeyecekler ya da hiçbir güç, devletleri böyle bir yükümlülük altına girmeye zorlayamayacaktır³⁰³.

³⁰⁰ 1958 ILC Model Rules, Preamble.

³⁰¹ 1958 ILC Model Rules, article 1.

³⁰² 1907 La Haye Sözleşmesi'nin 39. maddesine göre, “ Tahkim Sözleşmesi, mevcut ve ileride çıkması muhtemel sorunların çözümü için kabul edilmiştir. Her türlü uyuşmazlığı veya belirli bir türdeki uyuşmazlıkları kapsayabilir”.

³⁰³ 1958 Report by Georges SCELLE, s. 3, parag. 7.

II. Hakem Mahkemesinin Oluşumu

1907 Laye Sözleşmesi'nin 37. maddesine göre, “*Uluslararası tahkim, devletlerarasındaki uyuşmazlıkların, kendi seçtikleri hakemler tarafından hukuka uygun olarak çözülmesi amacını taşımaktadır*”. Bu nedenle devletlerarası tahkimin esaslı unsurlarından biri, Sözleşme’de ifade edildiği üzere, yargıçların ya da hakemlerin, tarafların bizzat kendisi tarafından seçilmesidir. Tarafların hakemleri seçme hakkı, uygulamada bazı sorunlara neden olabilmektedir. Bunların çözümüne ilişkin öneri ve çabalara bu başlık altında değinilecektir.

A. Mahkemenin Oluşumu Sürecinde Tahkim Taahhüdünün Hukuki Niteliği

Devletlerarası tahkimde tarafların tahkim anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüğü, tarafların ulusal hukukları arasındaki farklılıkların ve ulusal mahkemeler önündeki usule ilişkin engellerin olmadığı bir çözüm imkanı vermektedir. Diğer yandan bir devletin ülkesi ve uyrukları üzerindeki yetkisi, ulusal hukuka göre verilmiş kararların etkili şekilde yürütülmesi ve çözüm sürecinin bağımsız olarak denetlenmesi yetkisinin icra edilmesi, ancak devletin ulusal mahkemeleri önündeki davalarda söz konusu olabilmektedir. Ancak tahkimde bu işlev, uyuşmazlığın tahkime havale edilmesi süreci, tahkim sürecinin yürütülmesi ve herhangi bir icra mekanizması olmaksızın kararların uygulanması aracılığıyla yerine getirilmektedir³⁰⁴.

Devletin tahkim yükümlülüğünün, özel hukuk kişilerinin tahkim yükümlülüğünden farkı, öncelikle devletlerin tahkime ilişkin beklentilerinin, bu hukuk yolunun yüz yılı aşkın zamandır devletlerce kullanılıyor olmasına dayanmasıdır. Devletlerin taraf olduğu yargılamalar bakımından önemli ve ayırt edici nokta, her zaman tarafların iradesine dayalı olması ve eğer etkili bir karara varılması isteniyorsa, taraf devletlerin işbirliğini gerektirmesidir³⁰⁵. Devletlerin beklentileri, ticari tahkimin tarafı olan özel kişilerin beklentilerinden oldukça farklıdır. Diğer hukuki yolların sert gerekliliklerinden kaçınmak için tahkim usullerinin esnekliğini tercih eden özel kişilerin durumundan farklı olarak, her

³⁰⁴ René DAVID, *Arbitrage Dans le Commerce International*, Economica, Paris, 1982, s. 78.

³⁰⁵ Hazel FOX, “States and the Undertaking to Arbitrate”, *Int'l & Comp. L.Q.*, Vol. 1, 1988, s. 6.

türlü yargı yolu gibi tahkim de devletin egemenliğinden feragat etmesi anlamına gelmektedir³⁰⁶. Zira günümüzde uluslararası alanda yargı organlarının zorunlu yargı yetkisine ilişkin genel bir uygulama bulunmamaktadır.

Devletlerin aralarındaki uyuşmazlığı ya da belirli türdeki uyuşmazlıkları tahkime havale etmelerine ilişkin yükümlülük, kaynağı ne olursa olsun temel olarak üç taahhüdü içermektedir. Bunlar, uyuşmazlığı tahkime havale etme yükümlülüğünün değiştirilemezliği; bu yükümlülüğün, bütün alternatif çözüm yollarından önce gelmesi ve hakem kararına saygı duyma yükümlülüğüdür³⁰⁷.

Bu üç taahhüdün devletlerarasındaki tahkimdeki görünümü biraz daha farklıdır. Günümüzde uluslararası alanda kabul edilen bir zorunlu tahkim yolunun olmaması da bu farklılıkların temelinde yatmaktadır. Tahkim yükümlülüğü üstlenen bir devlet, kendisini bu yükümlülük altına sokanın iyi niyet ve *pacta sunt servanda* ilkelerinden ibaret olduğunu bilmektedir. Devletlerin, uyuşmazlıklarını tahkime sunmaya zorlayacak nitelikte karar vermeye yetkili merkezi bir otorite de bulunmamaktadır. Divan tarafından söz konusu hakem mahkemesinin yargı yetkisi bulunduğu dair karar verilmesi halinde bile, aksi görüşteki bir devlet, Divan'ın bu konudaki kararını görmezden gelebilecektir. Uluslararası ya da ulusal hukukta bununla ilgili hukuki bir yaptırım bulunmamaktadır. Caydırıcı olabilecek tek unsur, dünya kamuoyunun durumu tasvip etmemesi olacaktır³⁰⁸. Benzer şekilde, devletleri, tahkim yolunun kararlaştırılmış olmasına rağmen, diğer uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarına başvurmaktan alıkoyacak bir metot da bulunmamaktadır.

İkinci taahhüde ilişkin olarak, uyuşmazlığın münhasıran tahkim ile çözüme yönlendirilmesi, uluslararası hukukta pek mümkün olmayabilir. UAD, uyuşmazlığın çözümünde tarafları, seçtikleri herhangi bir hukuki yolla çözmeleri konusunda teşvik etmekten, Divan önündeki işlemlerde tarafları özgür bırakmaktan yanadır. Ancak diğer yandan Divan, uyuşmazlığı Güvenlik

³⁰⁶ FOX, 1988, s. 7.

³⁰⁷ FOX, 1988, s. 8.

³⁰⁸ Stephen M. SCHWEBEL, **International Arbitration: Three Salient Problems**, Cambridge Grotius Publications, Cambridge, 1987, s. 61-144.

Konseyi'ne havale etmeye³⁰⁹, bölgesel bir çözüm sürecine yönlendirmeye³¹⁰ veya ikili görüşmelere havale etmeye de³¹¹ eğilimlidir. Bu iki taraflı çözümler, uluslararası hukukta tahkime alternatif oluşturmaktadırlar.

Devletlerarası tahkimde üçüncü taahhüde ilişkin olarak, hakem kararına saygı duyma yükümlülüğü de özel hukuk kişilerinin tahkim taahhüdünden farklı görünmektedir. Özel hukuk kişilerinin tahkim taahhütlerinde, ilgili tarafın kendi çabasıyla ve iyi niyetle mahkeme kararını uygulaması gerekmektedir. İlgili taraf da bir nevi pasif pozisyonudadır ve yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde yerel mahkemelerin hükmü icra etme yetkisine tabi olacaktır. Devletlerarası tahkimde ise davanın üçüncü bir otoriteye sunulması hususunda şüphe bulunmamakla birlikte her devlet, hükmün uygulanması hususunda kendi inisiyatifini kullanmaktadır ve diğer devletin, hükmün uygulanması konusunda yetki kullanmasını elbette kabul etmeyecektir. Çoğu tahkim anlaşmasında, taraf devletlerin, kararı, nihai ve bağlayıcı olarak kabul etmek ve hakem kararının yerine getirilmesi için gerekli her türlü önlemi almak konusunda yükümlülükleri bulunduğu kabul edilmektedir³¹². Uygulamada, hükmün uygulanması sorunu, ilgili devletin hükümetine kalmaktadır. Bu bağlamda, örneğin 1981'de İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi nezdinde görülen davalarda, ABD'li rehinelere serbest bırakılmasına karşılık, üçüncü devletin merkez bankasında açılan teminat hesabı önemli bir örnek teşkil etmektedir. Bu davada teminat hesabı,

³⁰⁹ ICJ, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980, s. 21-24, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c9&case=64&code=usir&p3=4> (son erişim: 10.09.2013).

³¹⁰ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, s. 14, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=70&code=nus&p3=4> (son erişim: 10.09.2013).

³¹¹ ICJ, Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment of 19 December 1978, s. 12, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=81&case=62&code=gt&p3=4> (son erişim: 10.09.2013).

³¹² Aguilar Amory and Royal Bank of Canada Claims, Convention between Great Britain and Costa Rica 12 January 1922, UN Reports of International Arbitral Awards, Vol. 1, s. 371; ABD ve Kanada arasındaki *ad-hoc* Trail Smelter davasının dayandığı Uyuşmazlıkların Çözümü Sözleşmesi'ne göre, taraflar, Mahkemenin kararına uygun olarak, özen yükümlülüğünü yerine getirmeli ve bütün gerekli tedbirleri almalıdır (Convention for Settlement of Difficulties Arising from Operation of Smelter at Trail, article 12. UN Report of International Arbitral Awards, Trail Smelter case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. II, s. 1910). Hindistan ve Pakistan arasındaki *Rann of Kutch* davası Tahkim Sözleşmesine göre her iki hükümet, Mahkemenin kararını, mümkün olduğunca hızlı ve tam olarak uygulamak zorundadır (UN Report of International Arbitral Awards, The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan (India, Pakistan), 19 February 1968, Vol. XVII, s. 8).

devletlerarasındaki tahkim iddialarının ilerleyen aşamalarında bir milyon dolarlık İran malvarlığının ABD’de dondurulması ile finanse edilmiştir. Amaç, hakem kararının gereğinin, iki devlet arasındaki anlaşma hükümlerine uygun olarak bu hesaptan karşılanmasıdır³¹³.

Tüm bu nedenlerle devletler bakımından tahkim, özel hukuk kişinin taraf olduğu tahkimden farklı anlamlara gelmektedir. Özetle, ikincisinde ulusal ya da uluslararası ticari tahkim, tarafların anlaşmasına dayalı otonomiye (*consensual autonomy*) ve her bir devletin hukuki süreci yürütme yetkisine dayanmaktadır. Ulusal hukukta özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklar kural olarak, mahkemelerin zorunlu yargı yetkisine tabidirler. Özel hukuk kişilerinin taraf olduğu ticari tahkimde ise, tahkim taahhüdünün kendisi, hükmün mahkeme işlemleriyle icra edilmesine rıza gösterilmesi anlamına gelmemektedir. Tahkimin gönüllü olarak seçilmesinin nedeni, sadece daha esnek ve taraflar bakımından uyuşmazlığın çözümüne daha kolay götürebilecek bir usul olmasıdır. Devletler ise genel olarak zorunlu yargı yetkisine tabi değildirler; dolayısıyla her türlü tahkim, bir nevi devletlerin egemenliklerinin sınırlanması anlamına gelmektedir³¹⁴.

Yukarıda tahkim taahhüdünün, üç unsurdan oluştuğunu söylemiştik: Tahkim yükümlülüğünün değiştirilemez niteliği, o uyuşmazlıkta diğer hukuki yollar yerine tahkimin öncelikle tercih edilmesi yükümlülüğü ve hakem kararına saygı duyma yükümlülüğü. Devletlerarası tahkimde, devletin tahkim yükümlülüğünü üstlenmesi, büyük ölçüde ikinci yükümlülüğü kapsamaktadır. Zira diğer iki yükümlülük, uluslararası alanda zorunlu yargı yetkisi kurumunun işleyebilmesine dayanarak etkili olabilecektir.

B. Mahkemenin Oluşumunun Tahkim Sürecindeki Rolü

İki ya da daha fazla devlet, belirli türdeki uyuşmazlıkları tahkime sunmak yükümlülüğünü üstlenmişlerse, aralarında uyuşmazlık çıktığında, taraflardan biri herhangi bir uyuşmazlık bulunmadığını ya da söz konusu uyuşmazlığın tahkim yükümlülüğü sınırları içinde olmadığını iddia edebilecektir. Bu durumda diğer taraf, bu konuya ilişkin herhangi bir bağlayıcı saptamada bulunamayacaktır.

³¹³ George H. ALDRICH, *The Jurisprudence of the Iran United States Claims Tribunal*, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 544.

³¹⁴ FOX, 1988, s. 28.

Benzer şekilde, taraflardan birinin, söz konusu uyuşmazlığın tahkim yargılamasına uygun olmadığı gerekçesi ile hakem mahkemesinin kuruluşunda işbirliği içinde hareket etmeyi reddetmesi üzerine, tahkim sürecini başlatmaya zorlanamayacağı ortadadır. Her iki durumda da, ortada yargılanabilir ya da tahkime gidilebilir bir uyuşmazlık bulunmaması iddiasının çeşitli nedenleri olabilecektir. Ancak sonuç değişmeyecektir: Hakem mahkemesi kurulamamıştır ve tahkime başvurma yükümlülüğü herhangi bir sonuca ulaşamamıştır³¹⁵.

Bu sorun sadece uluslararası hukukun kimi eksikliklerinin tahkim hukukuna yansımalarının sonucu olmadığı gibi, tahkim süreci de sadece hakem mahkemesinin kurulmasından ibaret değildir. Hakem mahkemesinin kuruluşu, bütün olarak tahkim sürecinin önemli bir sorunudur. Zira mahkeme olmaksızın tahkim süreci de başlatılamaz ve uyuşmazlıkların bu yolla çözümü söz konusu olamaz. Ancak hakem mahkemesi bir kez kurulduğunda, ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız ve genel kabul gören doktrine göre, kendi yargı yetkisi hakkında karar verebilmektedir. Mahkeme kurulduktan sonra artık tahkim sürecinin kaderi tarafların elinde olmayıp, taraflardan biri işbirliği yapmasa bile, diğeri hukuki yollardan tamamen yoksun değildir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu 1958 tarihli Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları bu konuyu açıkça düzenlemektedir. Buna göre,

“1. Hakem mahkemesi kurulmadan önce, tahkim taahhüdünde bulunan taraflar, uyuşmazlığın varlığı konusunda anlaşamıyorlarsa ya da mevcut uyuşmazlığı bir bütün olarak ya da kısmen tahkime havale etmek yükümlülüğünün olup olmadığı hususunda fikir birliğine varamıyorlarsa; veyahut başka bir usulün kabul edildiği anlaşmaya uyulmaması halinde, böyle bir ön sorun hakkında karar vermesi için üç ay içinde Daimi Tahkim Divanı’na veya ön sorun hakkında karar vermesi ya da danışma görüşü vermesi için tercihen UAD’ye gidilmelidir.

2. Bu durumda Divan, tarafların haklarının korunması için ihtiyati tedbire hükmedebilir. Bu karar nihaidir.

³¹⁵ D.H.N. JOHNSON, “The Constitution of an Arbitral Tribunal”, **Brit. Y. B. Int’l L.**, Vol. 30, 1953, s. 152 vd.

3. *Eğer hakem mahkemesi zaten kurulmuşsa, ön sorun hakkında mahkeme karar verecektir*”³¹⁶.

Mahkemenin teşkili sürecinin, devletlerarası tahkim sürecindeki rolüne ilişkin olarak verebileceğimiz tipik örneklerden biri, Nisan 1951’de İran Parlamentosunda, petrolerin millileştirilmesine ilişkin olarak kabul edilen yasanın, İran Hükümeti ve İngiliz-İran Petrol Şirketi arasındaki 20 Nisan 1933 tarihli Ruhsat Sözleşmesi’nin sona erdirilmesi sonucunu doğurmasından kaynaklanan uyuşmazlıktır³¹⁷. Yasa, adı geçen Sözleşme’nin, “Bu Sözleşme, hükümet tarafından feshedilemez ve Sözleşme hükümleri, gelecekteki bir yasa, idari tasarruflar veyahut idari makamları tedbirleri ile değiştirilemez” hükmüne rağmen Parlamentodan geçirilmiştir. Sözleşme’nin 26. maddesi, Sözleşme’nin 31 Aralık 1933’e kadar süreceğini hükme bağlamaktadır. Sözleşme’nin 22. maddesine göre, Şirket ve İran hükümeti arasındaki her türlü uyuşmazlık, tahkime havale edilecektir. Sözleşme’nin daha sonraki hükümlerinde ise mahkemenin kuruluşuna ilişkin ayrıntılar yer almıştır³¹⁸. Buna göre, tarafların her biri birer hakem atayacak ve bu hakemler de üçüncü bağımsız hakemi atayacaklardır. Tarafların atadığı iki hakemin, bağımsız hakem üzerinde anlaşamaması üzerine bu atamayı, USAD Başkanı gerçekleştirecektir. Taraflardan her birinin, tahkim bildirimini aldıktan sonraki altmış gün içinde bir hakem atamamaları halinde, Divan Başkanı’ndan, uyuşmazlığı çözecek bir tek hakem atamasını isteme yetkileri bulunmaktadır. Divan Başkanı taraflardan birinin milliyetinden ise ya da taraflardan biri ile yakın ilişki içinde bulunuyorsa bu görevi Divan Başkan Yardımcısı yerine getirecektir. 8 Mayıs 1951’de Şirket, İran Devlet Başkanı’na bir mektup göndererek, tahkim yükümlülüğüne ilişkin 22. maddeyi hatırlatmış ve Şirketin bir hakem atadığını bildirmiştir. İki hafta sonra hükümet, tahkimi reddetmiştir. 25 Mayıs’ta Şirket Divan Başkanı’na mektup göndererek bir hakem atamasını istemiştir. Şirket mektupta, altmış günlük sürenin dolmadığı kabul etmekle beraber hükümetin tahkimi reddettiğini, bu durumun kendilerine, aday göstermesi için Divan’dan talepte bulunma yetkisi verdiğini bildirmiştir. 1

³¹⁶ 1958 ILC Model Rules, article 1.

³¹⁷ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ba&case=16&code=uki&p3=4> (son erişim: 10.09.2013).

³¹⁸ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952, s. 8.

Ağustos'ta Şirket, Divan Başkanı'na tekrar bir mektup göndererek, altmış günlük sürenin sona erdiğini hatırlatmıştır. O sırada Birleşik Krallık hükümeti, İran hükümetine karşı Divan önündeki işlemleri başlatmış, 26 Mayıs tarihli başvurusunda Mahkeme'den, İran'ın, İmtiyaz Sözleşmesi'nin 22. maddesi gereği, kendisi ile Şirket arasındaki uyuşmazlığı tahkime sunma yükümlülüğü altında bulunduğu hükmetmesini istemiştir. 28 Mayıs'ta Yargıç Basdevant, Divan'ın söz konusu başvuru ve İran hükümetinin bu başvuruya karşı ileri sürebileceği itirazlar hakkında herhangi bir karar alma hakkına halel getirmeksizin, bu taleplere ilişkin olarak davaya bakmasının mümkün olmadığını bildirmiştir. 22 Temmuz 1952'de Divan'ın, Birleşik Krallık'ın kendisine sunduğu davada yargı yetkisinin bulunmadığına karar vermesinin ardından, yeni Başkan McNair'in İngiliz vatandaşı olması nedeniyle yerine hareket eden Divan Başkan Yardımcısı Yargıç Guerrero, 11 Ekim 1952'de Şirket'e, İran hükümeti ile aralarındaki uyuşmazlığın yargılanması için hakem atama yetkisi bulunmadığını bildirmiştir³¹⁹. Böylece 22. madde harekete geçirilememiştir. Ancak bunun sorumlusu, sadece olayın kendine has özellikleri, taraflardan birinin devlet, diğerinin ise İngiliz hukukuna tabi bir özel hukuk kişisi olması olarak görülmemelidir. 22. maddenin amacı, başka yollarla mahkemenin kurulamaması halinde, üçüncü tarafça tek hakemin atanmasıdır. Ancak 1933'te Sözleşme metnin hazırlayanlar, davaya bakanın USAD değil, onun halefi olan UAD olacağını elbette tahmin edememişlerdir. Bunun yanında, dışarıdan atama makamı olarak hareket eden Başkan'ın, pek çok olayda üstlendiği bir görevi talihsiz bir tercihte bulunarak reddetmesi de bir başka etkidir³²⁰.

Teorik olarak, yüksek itibar, uluslararası alanda resmiyet ve tarafsızlığı haiz bir makam olarak Divan Başkanı, atama görevini yerine getirebilecek en uygun kişi olarak görünebilir ve kendisine, devletlerarasındaki andlaşmalar yoluyla bu yetki açıkça tanınabilir. Ancak Divan Statüsü'nde ya da Mahkeme Kuralları'nda onu bu şekilde davranma yükümlülüğü altına sokacak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Özellikle Divan'ın, uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamaktan ziyade çözüm sürecini sekteye uğratacağı ya da gelecekte Divan önüne gelme

³¹⁹ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952, s. 115.

³²⁰ Shabtai ROSENNE, "La Cour Internationale de Justice en 1960", *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 65, 1961, s. 507.

ihtimali olan bir uyuşmazlığın çözümü sürecinde yer almanın doğru olmayacağı kanısına varırsa, atama yapmayı reddetmesi gayet olasıdır. Divan Başkanı'nın hakem mahkemesinin bağımsız üyelerini atamasına ilişkin hükümlerin yaygın olması, bu görevi genelde onun üstlenmesinden kaynaklanmaktadır. Atama görevi BM Genel Sekreterine ya da muhtelif uluslararası örgütlerin yetkililerine de verilebilir. Ancak bu defa da ilgili uluslararası örgüt yetkilisinin uluslararası hukukla herhangi bir rabitası olmayacağı için, bu görevi yerine getirmesi için hukukçulardan tavsiye almak durumunda kalabilecektir. Tavsiye üzerine yapılacak atama işlemi de tarafsızlığı şüpheye düşecek ve tarafların atama makamının yaptığı seçime karşı güvensizliğine neden olabilecektir³²¹.

Divan Başkanı'nın kendisine taraflar arasındaki anlaşma ile tanınan, atama makamı olarak hareket etme yetkisi, açıkça Divan Statüsü'nde yer almasa da, Başkan'ın –ya da uluslararası örgüt genel sekreterinin- bu yetkisinin, görevinden kaynaklanan yükümlülükleri ile uyumlu olmadığı söylenemeyecektir. Ancak böyle bir yetkilendirmeye ilişkin olarak Divan Statüsü ya da Mahkeme Kuralları'nda herhangi bir hüküm olmaması, söz konusu yetkinin verildiği bu kişinin, atama makamı olarak hareket ederken yapacağı tercihlerde, meşruiyet sorununu gündeme getirebilecektir³²².

Diğer yandan Birleşik Krallık'a göre, İran hükümeti ile Şirket arasındaki İmtiyaz Sözleşmesi, aynı zamanda İran ve İngiliz hükümetleri arasındaki uluslararası bir andlaşma niteliği taşımaktadır. Bu açıdan bakıldığında ise Divan'ın, hem böyle bir uyuşmazlıkta hakem atayacak makam olarak hareket etme, hem de uyuşmazlık hakkında yargılama yetkisi bulunacaktır³²³. Ancak Divan'a göre, Sözleşme kapsamında İran hükümeti, Birleşik Krallık hükümetine karşı Şirketten kaynaklanan herhangi bir hak iddia edemeyecek; hükümetten, Sözleşme gereği Şirketin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerle uymasını talep edemeyecektir. İran hükümeti ve Şirket temsilcilerinin imzası bulunan Sözleşme, sadece bu ikisi arasında hüküm ifade etmektedir ve iki hükümet arasındaki herhangi bir ilişkiye işaret etmemektedir³²⁴. Ayrıca Divan'a göre, Divan Başkan

³²¹ ALDRICH, 1996, s. 545.

³²² ALDRICH, 1996, s. 544.

³²³ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952, s. 111-112.

³²⁴ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952, s. 112.

ya da Başkan Yardımcısı'nın yetki kullanabilmesi için "Sözleşme'nin taraflarının" teklifte bulunması gerekmektedir. Olayların gelişiminde Divan Başkanı'na yapılan ilk bildirim, Sözleşme taraflarından değil, hükümetlerden gelmiştir³²⁵.

Başka bir husus ise böyle bir talepte bulunacak tarafların, adres göstereceği makamın kişisel olarak Divan Başkanı ya da Başkan Yardımcısı ya da doğrudan Divan olup olmadığıdır. Zira Divan Başkanı, atama makamı olarak hareket ederken hem kendi inisiyatifini kullanarak kişisel davranmakta, ama aynı zamanda Divan'ın denetimi altında yargıç olarak hareket etmektedir. 1933'te hükümetlerin Sözleşme'nin 22. maddesi çerçevesinde talepte bulundukları dilekçeleri, Divan makamına hitaben yazılmıştır. Divan Başkanı ya da Başkan Yardımcısı, atama yetkisine bireysel olarak sahip iken, bu yetkiyi Divan denetiminde icra etmektedir. Bir yetkiyi icra etme hakkı ile o yetkiyi icra etme şekli arasında her zaman çok net bir ayrım yapılamayabilir. Divan Başkanı, yetkiyi kullanma şekli ile ilgili olarak Divan'a karşı sorumlu değildir. Elbette bir yargıç olarak Mahkeme çoğunluğunun aksine yetki kullanmak istemeyebilir. Neticede yargıç, bağımsız ve tarafsız hareket edecek, kimseden emir ve direktif almayacaktır. Eğer Divan Başkanı, hakem mahkemesine üye seçme görevini üstlenen bir makam olarak belirlendiyse, bu yönde irade gösteren tarafların, atama makamının hareket serbestisini veya Divan ile olan bağıını bildikleri ya da bilmesi gerektikleri varsayılmalıdır. Bu nedenle tarafların, en başta tahkime başvurma yükümlülüğünü üstlenirken, bu hususları tam olarak açıklığa kavuşturmaları gerektiği düşünülmektedir. Aksi halde mahkemenin kurulamaması, tahkim taahhüdünü de hükümsüz hale getirmektedir.

Hakem mahkemesinin oluşumun tahkim sürecindeki rolüne ilişkin olarak verilebilecek bir başka örnek, UAD'nin Barış Andlaşmalarının Yorumu Danışma Görüşü'dür³²⁶. Bulgaristan, Macaristan ve Romanya'nın, ülkesel yetkileri altındaki kişilerin, dil, din, ırk, cinsiyet gözetmeksizin, insan haklarına ve ifade, basın yayın, ibadet, siyasi düşünce ve toplanma özgürlüklerine saygı gösterilmesini temin etmek amacıyla bütün gerekli tedbirleri almayı taahhüt ettikleri 1947 tarihli Anlaşma'ya göre, Anlaşma'nın yürütülmesinden ve

³²⁵ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952, s. 98.

³²⁶ ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 30 March 1950 (first phase), s. 73.

yorumundan kaynaklanan ve diplomatik görüşmeler yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklar, Birleşik Krallık, ABD ve Sovyetler Birliği'nin Sofya, Budapeşte ve Bükreş'teki misyon başkanlarına havale edilecektir. İki ay içinde misyon başkanları tarafından çözülemeyen uyuşmazlıklar, taraflardan birinin isteği üzerine, her biri tarafından seçilen birer üye ve taraf devletlerin karşılıklı anlaşması sonucu uyuşmazlığın tarafı olmayan ülke vatandaşları arasından seçilen bir üyeden oluşan komisyona havale edilecektir. Taraflar, bir ay içinde tarafsız üyenin atanması hususunda anlaşamazlarsa, taraflardan birinin isteği üzerine BM Genel Sekreteri bu atamayı yapacaktır³²⁷. İnsan haklarına ilişkin hükümlerin anlaşmalara uygun olarak yerine getirilip getirilmediğine ilişkin uyuşmazlık çıkması üzerine İngiliz ve Amerikan hükümetleri, ilgili hükümetlerin konuya dikkatlerini çekerek, misyon başkanlarını göreve davet etmişlerdir. Bu konuda ilerleme kaydedilemeyince bu defa üç hükümet, Komisyon'a atama yapmaya davet etmişler ancak bu davet de reddedilmiştir. Bunun üzerine Genel Sekreter sorunu, UAD'ye sunmaya karar vermiştir. Divan'dan görüş bildirmesi talep edilen konular şunlardır: 1) Barış Andlaşmalarının insan haklarına ilişkin hükümlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, Andlaşmalardaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler kapsamına girip girmediği; 2) Bu soruya verilecek cevabın olumlu olması halinde, üç devletin, andlaşma gereği komisyonlara üye atamak da dahil olmak üzere, Andlaşmaların uyuşmazlıklara ilişkin hükümlerini yerine getirmek zorunda olup olmadığı; 3) Üç devlet ya da daha fazlasının Andlaşma komisyonlarına temsilci atamaması halinde, BM Genel Sekreteri'nin, taraflardan birinin isteği üzerine bağımsız üyeyi atamaya yetkili olup olmadığı; 4) BM Genel Sekreteri'nin böyle bir yetkiyi haiz olması durumunda, sadece bir devletin temsilci atadığı ve Genel Sekreter'in bağımsız üyeyi atadığı Komisyonun, Andlaşmalar çerçevesinde, bağlayıcı kararlar alabilen, hukuken geçerli bir Komisyon olup olmadığı³²⁸.

Divan ilk iki soruyu olumlu, üçüncü soruyu olumsuz yanıtlamıştır. Ancak ilk iki soruya olumlu yanıt vermiş olması, o dönem için önemli bir gelişme niteliğindedir. İlk soruna ilişkin olarak, bir uluslararası uyuşmazlığın doğması

³²⁷ ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 30 March 1950 (first phase), s. 67.

³²⁸ ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 30 March 1950 (first phase), s. 66-68.

halinde, bunun objektif bir değerlendirme konusu olması gerektiğini, uyuşmazlığın varlığının reddedilmesinin, uyuşmazlığın yokluğunu ispatlamayacağını ifade etmiştir³²⁹. Divan'ın bu görüşünün, andlaşmanın tarafı olan her bir devletin, diğer taraf devletlerin andlaşma yorumuyla bağlı olduğu sonucunu doğuracağı ve bu durumun devletlerin egemen eşitliği ilkesi ile bağdaşmayacağı ileri sürülebilir. Ancak yargısal çözüme yanaşmayan her devletin, devletlerin egemen eşitliği ilkesi gereği, uyuşmazlığın tarafı olan diğer devlet ya da devletlerin, “uyuşmazlık” nitelemesi ile bağlı olmadığını ileri sürme yolunun açılmaması gerekmektedir. Divan, ikinci soruya ilişkin olarak şöyle görüş bildirmiştir: “*Eğer Andlaşmalar, taraflardan birinin isteği üzerine, her türlü uyuşmazlığın Komisyona havale edilmesi gerekliliğini temin ediyorlarsa bu, taraflardan birinin isteği üzerine bütün tarafların, Komisyonun kurulması ve özellikle de temsilcileri atanması konusunda işbirliği etmek zorunda olduğu anlamına gelmektedir*”³³⁰. Divan’a göre, üç hükümet, Andlaşmalar gereği Komisyonlara, temsilci atamak yükümlülüğü altındadır ve bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi uluslararası alanda sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır³³¹. Divan’a göre, Andlaşmalardaki Komisyonların kurulmasına ilişkin, uygulamadaki imkansızlık nedeniyle uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasının çalışmaması bir sorun, yükümlülüğün yerine getirilmemesinden kaynaklanan uluslararası sorumluluk ise başka bir sorundur³³².

Üçüncü soruya ilişkin olarak Divan, Andlaşma yükümlülüklerinin Bulgaristan, Macaristan ve Romanya tarafından ihlal edilerek Komisyonlara temsilci atanmamasının, BM Genel Sekreteri’ne, taraflardan birinin isteği üzerine bağımsız üye atama yetkisi vermeyeceğine karar vermiştir³³³. Divan’a göre, andlaşmaların etkinliği (*ut res magis valeat quam pereat*) ilkesinin de andlaşmanın, lafzına ve ruhuna uygun olarak yorumlanması gerekmektedir.

³²⁹ ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 30 March 1950 (first phase), s. 74.

³³⁰ ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 18 July 1950 (second phase), s. 222.

³³¹ ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 18 July 1950 (second phase), s. 228.

³³² ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 18 July 1950 (second phase), s. 229.

³³³ ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 18 July 1950 (second phase), s. 230.

Divan'a göre bir Komisyonun, tahkim anlaşmasında saptanan sayıda üyesi var iken, temsilcilerin çekilmesi gibi nedenlerle sonradan üye sayısında azalma olsa bile, geçerli şekilde karar alması mümkündür. Bu durum, komisyonun, tarafların tahkim anlaşmasında açıkladıkları niyetlerine uygun şekilde başlangıçtaki geçerliliğinin yeterli olduğu anlamına gelmektedir. Böylece Komisyonun teşkilinin başlangıçtaki geçerliliği sorununun söz konusu olmadığı durumlarda, Genel Sekreter tarafından bağımsız üyenin atanması da mümkün olacaktır. Hukuken, bu iki durum birbirinden tamamen ayrıdır. Divan'a göre bu davadaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin Andlaşma kayıtlarının etkinlik gösterememiş olması, bir genellemeye neden olmamalıdır. Uygulama göstermektedir ki, istisnalar dışında, tahkim anlaşmalarını hazırlayanlar, hemen hemen her zaman tarafların bağımsız üye üzerinde fikir birliğine varamamasının sonuçlarını titizlikle formüle etmekte, ancak taraflardan birinin kendi komisyon üyesini atamaktan geri durması ihtimalini ihmal etmektedir. Gerçekten de, bu ihtimal, her devlet, anlaşma yükümlülüğü gereği, kendi temsilcisinin atanmasıyla ilgilendiği için sıklıkla gerçekleşen bir ihtimal değildir. Bu davada bunun gerçekleşmemiş olması, Divan'ın, Andlaşmalarda, Şart'ta ya da Statü'de yer almayan bir hükümden yola çıkarak yetkisini aşmasını meşru kılmayacaktır³³⁴.

Barış Andlaşmaları'nın Yorumu Danışma Görüşü, tahkim sürecinde, taraflardan birinin kendi ulusal üyesini atayamadığı veya atamayı reddettiği durumlara ilişkin bir hükmün kabul edilmesine ön ayak olmuştur³³⁵. Bu hüküm genellikle taraflardan birinin üç ay gibi kısa bir süre içerisinde kendi ulusal üyesini atamaması halinde, bu atamanın, diğer tarafın talebi üzerine UAD Başkanı tarafından yapılacağı şeklindedir. Ancak kimi yazarlara göre, taraflardan birinin ulusal üyesini atamaktan imtina etmesi, tahkim süreci konusunda işbirliğinde bulunmayacağını kesin olarak ortaya koymaktadır. Böyle bir durumda Divan Başkanı'nın ulusal üye için aday göstermesi, uygulamada mümkün görünmemektedir. Bu şekilde mahkeme oluşturulsa bile, atamayı reddetmiş olan taraf, hükmün aleyhine çıkması durumunda hükmün icrasından da kaçınacaktır³³⁶.

³³⁴ ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 18 July 1950 (second phase), s. 229.

³³⁵ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 86.

³³⁶ Charles De VISSCHER, "Reflections on the Present Prospects of International Adjudication", *Am. J. Int'l L.*, Vol. 50, 1956, s. 467.

Atamanın kısa bir süre içerisinde gerçekleşmemesi halinde Divan Başkanı'nın atamayı yapması çözümü, ancak tahkim anlaşması çerçevesinde tahkim yükümlülüğüne ya da mahkemenin oluşturulmasına karşı herhangi bir muhalefetin olmadığı durumlarda işlevsel olabilecektir.

Hakem mahkemesinin oluşumunun, tahkim sürecindeki rolüne ilişkin bir başka örnek, *Ambatielos* davasıdır. Büyük Britanya ve Yunanistan arasındaki 10 Kasım 1886 tarihli Ticaret ve Denizcilik Andlaşması'na ek Protokol ile, söz konusu Andlaşma'nın uygulanması, yorumlanması veya ihlalden doğan her türlü uyuşmazlığın çözümünde, diplomatik barışçıl yolların tüketilmesi üzerine, tahkim komisyonlarına başvurulması; komisyon üyelerinin taraf devletlerin ortak rızası ile seçilmesi, devletlerin bir veya eşit sayıda hakem aday göstermemesi halinde ise atanan hakemlerin bir bağımsız hakem seçmesi (*umpire*) kararlaştırılmıştır³³⁷. 1886 Andlaşması daha sonra 16 Temmuz 1926 Andlaşması ile değiştirilmiş, bu Andlaşma'nın yorumlanmasından ve uygulanmasından doğan her türlü uyuşmazlığın, taraflar başka bir mahkeme üzerinde anlaşmazlarsa, USAD'a –zorunlu yargı yetkisini haiz olacak şekilde- havale edilmesi kararlaştırılmıştır. 1926 Andlaşması ile aynı anda imzalanan bir Deklarasyon ise, Britanya ve Yunanistan arasındaki Ticaret ve Denizcilik Andlaşması'nın, 1886 Andlaşması'ndan kaynaklanan özel hukuk kişileri adına açılan davalara halel getirmeyeceğini; iki devlet arasında dava konusu iddiaların geçerliliğine ilişkin herhangi bir uyuşmazlığın, taraflardan birinin isteği üzerine, 1886 Andlaşması ve ona ek Protokol gereği tahkime havale edileceğini hükme bağlamaktadır. 1919-1923 yılları arasındaki olaylardan kaynaklanan nedenlerle Yunanistan vatandaşı olan Bay Ambatielos adına ileri sürülen iddia, iki hükümet arasındaki uzun görüşmelerden sonra 1940'da, 1886 Andlaşması gereği olarak, hakem atamaya davet edilerek İngiltere'ye sunulmuş, ancak davet reddedilmiştir.

9 Nisan 1951'de Yunanistan Hükümeti, 1926 Andlaşması çerçevesinde Divan'dan, üç hususu karara bağlamasını istemiştir. Bunlar, Ambatielos davasının, 1886 Andlaşması hükümlerine dayandığı ve *prima facie* bu hükümlerle bağlantısı

³³⁷ ICJ, *Ambatielos* (Greece v. United Kingdom), Judgment of 1 July 1952, Preliminary Objection (including the text of the declaration of Judge Alvarez), s. 35, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f7&case=15&code=guk&p3=4> (son erişim 10.09.2013).

olmadığı; Birleşik Krallık'ın bu uyuşmazlığı tahkime sunma yükümlülüğünün bulunduğu ve son olarak, tarafların yargı yetkisini kabul etmiş oldukları hakem mahkemesinin bu uyuşmazlığı karara bağlaması gerektiği hususlarıdır. Daha sonra Yunanistan, Divan'ın 1926 Andlaşması'nın yorumundan kaynaklanan bütün sorunlar hakkında yetkili olmasından yola çıkarak, iddiaların Andlaşmaların benzer hükümlerine dayandığı gerekçesi ile 1886 Andlaşması konusunda da yetkisinin bulunması gerektiğini ileri sürmüş ve Divan'dan bu davaya bakmasını istemiştir³³⁸. Divan bu konuda yargı yetkisinin bulunduğu iddiasını reddetmiş, ancak 1926 Deklarasyonu'nun bunun bir parçası, hatta bir hükmü niteliğinde olması nedeniyle Birleşik Krallık'ın, 1926 Deklarasyonu gereği, tahkime gitme yükümlülüğü altında olup olmadığı konusunda karar verme yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir. Ambatielos iddiasının geçerliliği, 1926 Andlaşması çerçevesinde, 1886 Andlaşması'na dayandığı için Divan'a göre Birleşik Krallık, bu hususu, 1886 Andlaşması çerçevesinde tahkime sunmak yükümlülüğü altındadır³³⁹.

Bu gelişmelerin sonucunda, İngiliz hükümetinin, 1886 Andlaşması gereği, tahkim mekanizmasının harekete geçirilebilmesi için işbirliği etme yükümlülüğü altında bulunduğunun Divan tarafından hükme bağlanmasıyla, uyuşmazlığın tahkime götürülebilecek türden bir uyuşmazlık olup olmadığı ve bu soruna verilecek olumlu bir yanıt ile güvence altına alınmıştır. *Ambatielos* davası, tarafların üstlendiği bir tahkim yükümlülüğünün, uluslararası hukuk çerçevesinde ne derece ve nasıl etkin olabileceğini göstermiş olması bakımından önemlidir. 1886 Andlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülüğün icra edilmesi, 1886 Protokolü, 1926 Deklarasyonu ve 1926 Andlaşması'ndaki uyuşmazlıklar dolayısıyla temin edilen Divan'ın zorunlu yargı yetkisi arasında bağlantı kurmak suretiyle mümkün olabilmektedir. Divan'ın zorunlu yargı yetkisinin geniş yorumlanması ile tahkim yükümlülüğünün icrası sağlanabilmektedir³⁴⁰.

³³⁸ ICJ, *Ambatielos* (Greece v. United Kingdom), Judgment of 1 July 1952, Judgment of 19 May 1953, Merits: obligation to arbitrate, s. 6-15.

³³⁹ ICJ, *Ambatielos* (Greece v. United Kingdom), Judgment of 19 May 1953, Merits: Obligation to Arbitrate, s. 18.

³⁴⁰ **International Court of Justice, Digest of Judgments and Advisory Opinions, Canon and Case Law 1946-2012**, Edited by Guenther Dahloff, Martinus Nijhoff, Berlin, 2012, s. 147.

Yukarıda değerdendirdiğimiz üç önemli dava, uyuşmazlığın taraflarının, aralarındaki anlaşma içerisindeki bir tahkim kaydı ya da yetkilendirme anlaşması ile aralarındaki belirli türdeki uyuşmazlıkların tahkime havale edileceğine ilişkin olarak üstlendikleri yükümlülüğün, uygulamada hakem mahkemesinin teşkili aşamasında bazı sonuçlar doğurduğunu göstermektedir³⁴¹.

İlk olarak, iki devlet, aralarındaki belirli türde uyuşmazlıkların tahkime havale edilmesi yükümlülüğü altına girmişlerse ve bu yükümlülük, mahkemenin kuruluşuna ilişkin açık hükümler içeriyorsa, taraflardan birinin, diğer tarafın bu yöndeki talebine rağmen, mahkemenin kuruluşu konusunda işbirliği yapmaktan imtina etmesi -ki böyle bir itirazın gerekçesi, söz konusu anlaşmazlığın anlaşma kapsamındaki uyuşmazlıklardan olmaması, ortada tahkime götürülebilir türden bir uyuşmazlığın olmaması ya da başka nedenler olabilir- tahkim yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir³⁴².

Her halükarda tahkim yükümlülüğünün ihlal edilmesi, ihlalin fiilen giderilmesinin mümkün olup olmadığına bakılmaksızın ilgili devletin uluslararası alanda sorumluluğuna neden olacaktır³⁴³. Ancak Objektif anlamda tahkime götürülebilir bir uyuşmazlık yok ise, tahkim yükümlülüğünün ihlali de söz konusu değildir.

Tahkim yükümlülüğü, açık hükümlerle, belirli koşullarda üçüncü kişinin hakem mahkemesinin teşkili aşamasında yetki kullanabileceğini içeriyorsa, bu üçüncü kişi, yükümlülüğün söz konusu olabileceği belirli koşulların oluşması halinde, hakem mahkemesinin teşkili için gerekli adımları atmak yetkisini haizdir³⁴⁴.

Son olarak, tahkim anlaşması, belirli koşullarda –Divan Başkanı ya da BM Genel Sekreteri gibi- üçüncü kişilerin hakem mahkemesinin teşkili için kullanabileceği yetkileri açık hükümlerle düzenlemiyorsa veya söz konusu belirli koşullar gerçekleşmemiş ise, yükümlülüğü reddeden tarafı uymaya zorlayacak

³⁴¹ JOHNSON, 1953, s. 162.

³⁴² JOHNSON, 1953, s. 163.

³⁴³ JOHNSON, 1953, s. 163.

³⁴⁴ JOHNSON, 1953, s. 163.

bağımsız bir tahkim yükümlülüğü olmadığı sürece, hakem mahkemesi kurulamayacaktır³⁴⁵.

Sonuç olarak tahkim yükümlülüğü, hakem mahkemesinin kuruluşuna ilişkin ayrıntılı hükümler içermeyen, sadece belirli türdeki uyuşmazlıkların tahkime havale edilmesine ilişkin basit bir taahhütten ibaretse; taraflardan biri tahkim mekanizmasını harekete geçirmek istediğinde, diğer tarafın, hakem atamak ya da hakem mahkemesinin teşkili için gerekli adımların atmak yükümlülüğü altında olup olmadığı sorusuna farklı cevaplar verilebilecektir. Eğer tahkim yükümlülüğünün tek başına hakem mahkemesinin teşkili için gerekli adımları atmak yükümlülüğünü içerdiği sonucunu doğuracak bir teamül hukuku kuralı ya da kabul gören bir yorum kuralının varlığı ispatlanabilirse –ki böyle bir imkan bulunmamaktadır- ancak o zaman böyle bir zorunluluktan bahsedilebilecektir. 1899 La Haye Sözleşmesi’nde yer alan, “*Uluslararası tahkim, uyuşmazlıkların, devletlerin kendi seçtikleri yargıçlarla, hukuka uygun olarak çözülmesi amacını taşımaktadır*” tanımı, halen devletlerarası tahkimde hakim olan anlayışı yansıtmaktadır. Diğer bir deyişle tarafların hakemleri kendilerinin seçmesi, halen devletlerarası tahkimin belirleyici unsurudur. Dolayısıyla tarafların hakemleri atamayı reddetmesi ve bu konuda anlaşmada açık bir hükmün olmaması halinde, üçüncü kişinin hakemleri atama yetkisini haiz olacağı sonucuna varmak, en azından uluslararası hukukun günümüzdeki görünümü karşısında radikal bir yorum olacaktır. Ancak tahkim yükümlülüğünün, mahkemenin teşkiline ilişkin herhangi bir hüküm içermiyor olması, hakem mahkemesinin teşkilinin hiçbir etkinliğinin olmadığı anlamına da gelmemektedir. *Pactum de contrahendo* olarak bir anlaşma yükümlülüğü, elbette ahde vefa kuralı gereği, iyi niyetle yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. *Pactum de negotiando* ise taraflara, ilgili konuda iyi niyetle görüşmelerde bulunma yükümlülüğü yüklemektedir³⁴⁶. Ancak USAD’ın da daha önce hükme bağladığı üzere, iyi niyetli görüşmelerde bulunma yükümlülüğü, bir anlaşmaya varma yükümlülüğünü içermemektedir³⁴⁷. Keza tarafların görüşmelerde hakem mahkemesinin teşkili üzerine anlaşamamasının,

³⁴⁵ JOHNSON, 1953, s. 163.

³⁴⁶ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 83; DAHLHOFF, 2012, s. 1648.

³⁴⁷ PCIJ, Railway Traffic between Lithuania and Poland, Advisory Opinion of 15 October 1931, Series A/B, No: 42, s. 116, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a-b.php?p1=9&p2=3> (son erişim: 10.09.2013).

tarafların kötü niyetini, ve tahkim yükümlülüğünden kurtulma çabasını göstereceğine ilişkin bir varsayımla yola çıkılmamalıdır. Taraflar sadece mahkemenin teşkil usulünde fikir birliğine varamamış olabileceklerdir.

C. Hakemlerin Seçilmesi Usulü

Modern uygulamada devletler, hakem mahkemesi oluştururken, tek hakem seçebilecekleri gibi, çoğunlukla kendi milliyetlerinden birer üye atadıkları, tek sayıda ve bağımsız üçüncü üyenin taraflar arasındaki anlaşmaya dayanarak kendi milliyetlerinden olmayan kişiler arasından atandığı bir hakem kurulu da belirleyebilmektedirler.

Tek hakemin kabul edilmesi halinde bu kişinin seçilmesi süreci, her iki taraf bakımından da tecrübeli, hukuki bilgiyi haiz ve tarafsız bir hakem belirlenene kadar devam edecek olan diplomatik yolları kapsamaktadır.

Daha çok başvurulan yöntem ise karşılıklı görüşmeler ve pazarlıklar sürecinde mahkeme kurulunun seçilmesidir. Görüşmeler, diplomatik kanallarla gerçekleştirilebileceği gibi taraflar, -daha işlevsel bir yol olarak- önce iki üyeyi atayıp, bu üyeleri, bağımsız üyenin seçimi için görüşmelerde bulunmak üzere yetkilendirme yöntemini de seçebileceklerdir. Bu ikinci yöntemin seçilmesi halinde taraflar, bağımsız üyelerden birinin, tecrübe ya da bilgi yönünden diğer üyeden daha avantajlı konumda olması ve başkan seçilmesi halinde daha etkili rol oynamasından kaynaklanabilecek adaletsizliklerden kaçınmaktadırlar.

Kimi zaman hakem mahkemesinin üyelerinin taraflarca seçilmesi, mahkemenin kuruluşunu zorlaştırabilmekte ya da imkansız hale getirebilmektedir. Taraflardan birinin, bağımsız üyenin seçimi konusunda karşı tarafla anlaşmasını objektif anlamda engelleyen, geçerli bir nedeni olabileceği gibi, yine taraflardan birinin, tahkime havale edilen uyuşmazlığın çözümünü geciktirmek veya engellemek amacıyla olması da mümkündür.

Tahkim yükümlülüğü içeren tahkim kaydı ya da yetkilendirme anlaşmasının, hakem mahkemesinin oluşumuna ilişkin hüküm içermesi halinde dahi, hakemlerin seçiminde anlaşmaya varmak konusunda taraflar arasında hala muhtelif anlaşmazlıklar ortaya çıkabilecektir. La Haye Sözleşmesi, tarafların

bağımsız üyeyi seçememesi halinde bu seçimin üçüncü devletlere bırakılması çözümünü öngörmekte ise de bu durumda da üçüncü devletin seçimi yine taraflara kalmaktadır³⁴⁸.

1928 tarihli Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Genel Senet ve 1945 tarihli gözden geçirilmiş metni, hakem mahkemesi üyelerinin üç ay içinde atanamamaları halinde, tarafların anlaşması üzerine üçüncü bir devletten bu atamanın yapılmasının istenmesi gerektiğini; eğer taraflar atama makamı üzerinde anlaşamamışlar ve farklı devletleri seçmişlerse, seçilen iki devletin atama makamı olan devleti seçmesini; eğer seçilen iki devlet üç ay içerisinde atama yapamazlarsa, UAD Başkanı'ndan bu atamayı yapmasını istemelerini öngörmektedir. Eğer Başkan, taraflardan birinin milliyetindense, bu görev Başkan Yardımcısı'na düşmektedir³⁴⁹. Bu hükümler, 1907 La Haye Sözleşmesi'nin de ötesine gitmekte; üçüncü devlet tarafından aday gösterme usulü, sadece bağımsız adayın atanmasını değil, ulusal üyelerin atanmasını da garanti altına almak amacını taşımaktadır. Bu usuldeki esaslı unsur, üçüncü devlet ya da devletlerin seçiminin taraflara bırakılmasıdır. Zira taraflardan birinin, atama yapmamak suretiyle tahkim sürecini geciktirme imkanı bulunmamaktadır. Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi, usulü biraz daha basitleştirerek bu ihtimali bertaraf etmeye çalışmaktadır. Buna göre, taraflar üç ay içerisinde mahkemeyi oluşturamazlar, üç ay içerisinde üçüncü devleti seçemezlerse, aday gösterme yetkisi UAD Başkanı'nındır³⁵⁰.

Tarafların bağımsız üyeler üzerinde anlaşamaması üzerine Divan Başkanı'nın yetki kullanması pek çok anlaşmada çeşitli şekillerde yer almış bir çözümdür³⁵¹. Kimi zaman taraflardan birinin Divan Başkanı'nı karara davet etmesi üzerine süreç başlamaktadır. Ne şekilde olursa olsun arzu edilen, anlaşmanın bütün taraflarının, koşullar oluştuğunda, Divan Başkanı'nın dikkatini çekebilmeleri ve Başkan'ın ilgili hükme uygun olarak karar vermesini sağlayabilmeleridir. Bu önlem, Başkan'ın, uyuşmazlığın taraflarının kendisine bu

³⁴⁸ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 45.

³⁴⁹ 1928 Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Genel Senet, madde 23.

³⁵⁰ European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, article 21.

³⁵¹ Kenneth S. CARLSTON, "Codification of International Arbitral Procedure", *Am. J. Int'l L.*, 1953, Vol. 47, s. 207.

yetkiyi vermiş olması hususunda tatmin olmaması halinde, atama yapmayı reddetmesi ihtimalini de bertaraf etmektedir³⁵².

Benzer bir çözüm, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı 1958 tarihli Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları'nda yer almaktadır. Buna göre:

“1. Uyuşmazlığın tahkime sunulması için taraf devletlerden birinin talebi üzerine, tahkim taahhüdünde bulunmuş olan taraflar, hakem mahkemesinin kurulmasını temin etmek üzere, yetkilendirme anlaşması (compromise) ya da özel bir anlaşma yapmak gibi gerekli adımları atmalıdır.

2. Uyuşmazlığın tahkime havale edilmesi talebinden veya tahkime elverişliliğe (arbitrability) ilişkin karardan sonraki üç ay içinde hakem mahkemesi teşkil etmezse, Divan Başkanı taraflardan birinin isteği üzerine, belirlenmemiş olan hakemleri atamalıdır. Eğer Başkan'ın yargılama engeli varsa veya taraflardan birinin milliyetinden ise atamalar Başkan yardımcısı tarafından yapılmalıdır. Başkan yardımcısının yargılama engeli varsa ya da taraflardan birinin milliyetinden ise atamaları, taraflardan birinin vatandaşı olmayan Divan üyelerinden en eskisi yapmalıdır.

3. İkinci fıkra da gösterilen atamalar, taraflara danışıldıktan (consultation) sonra, yetkilendirme anlaşması ya da tahkim taahhüdünün sonucunda kabul edilen usule uygun olarak yapılmalıdır. Böyle bir usulün yokluğunda mahkemenin oluşumu, taraflara danışıldıktan sonra, UAD Başkanı (ya da ona vekalet eden yargıç) tarafından belirlenecektir. Bu durumda mahkeme, tek sayıdan, tercihen beş kişiden oluşmalıdır.

4. Eğer ilgili hüküm gereği, hakem mahkemesi başkanının diğer hakemler tarafından seçilmesi öngörülmüşse mahkeme, başkan seçildiğinde teşkil etmiş sayılmalıdır. Eğer hakemlerin atanmasından itibaren iki ay içinde başkan seçilemezse, ikinci fıkra hükümlerine göre başkan belirlenmelidir.

5. Davaya özel durumlara bağlı olarak hakem, uluslararası hukukta yeterliği tanınan kişiler arasından seçilmelidir³⁵³.”

³⁵² Laurent JULLY, “Arbitration and Judicial Settlement Recent Trends”, *Am. J. Int'l L.*, 1954, Vol. 48, No. 3, s. 380.

³⁵³ 1958 ILC Model Rules, article 3.

Daimi Tahkim Divanı'nın 1992 tarihli İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları'nın, hakemlerin atanmasına ilişkin hükmü ise daha ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir. Buna göre:

“Taraflar daha önce hakemlerin sayısını (tek, üç veya beş olarak) belirlememişlerse ve davacı tarafın tahkim bildirimini aldıktan sonraki otuz gün içinde taraflar, hakemlerin sayısı üzerinde anlaşamazlarsa, üç hakem atanacaktır”³⁵⁴.

“1. Eğer tek hakem atanacaksa, taraflardan biri diğerine,

(a) Tek hakem olarak görev yapacak bir ya da daha fazla kişinin adını,

(b) Eğer taraflar atama yapacak makamı kararlaştırmamışlarsa, atama makamı olarak hizmet edecek bir ya da daha fazla kişi ya da kuruluşun isimlerini önerebilir.

2. Taraflar, ilk paragrafta göre yapılan tek hakem teklifinin alınmasından itibaren altmış gün içinde hakem üzerinde anlaşmaya varamazlarsa tek hakem, tarafların kararlaştırdığı atama makamı tarafından atanır. Eğer taraflar herhangi bir atama makamı kararlaştırmamışlarsa veya atama makamı, taraflardan biri diğerinin teklifini aldıktan sonraki altmış gün içinde harekete geçmez veya hakemi atamazsa, her iki taraf da Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği'nden bir atama makamı atamasını isteyebilir.

3. Atama makamı, taraflardan birinin isteği üzerine tek hakemi, mümkün olduğunca hızlı atamalıdır. Atama makamı, taraflar başka bir usul kararlaştırmamışlarsa veya hakem kendi takdiriyle bu usulün dava için uygun olmadığı kararı vermemişse, aşağıdaki usule başvurmalıdır:

(a) Taraflardan birinin talebi üzerine atama makamı, üç isimden oluşan listenin birer örneğini her iki tarafa göndermelidir.

(b) Listenin alınmasından itibaren otuz gün içinde taraflar, listede itiraz ettikleri isim ya da isimleri silerek ve kalmasını tercih ettikleri isimleri belirterek, atama makamına dönüş yapmalıdır.

(c) Bu süre dolduktan sonra atama makamı, kendisine dönen listelerdeki isimler arasından, tarafların tercihlerine uygun olarak tek hakemi atamalıdır.

³⁵⁴ Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States, Effective October 20, 1992, article 5, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1188 (son erişim 20.06.2013). Buradan sonra “1992 PCA Optional Rules” olarak anılacaktır.

(d) Herhangi bir nedenle bu usule göre atama yapılamazsa, atama makamı, takdir yetkisini kullanarak tek hakemi atayabilir.

4. Atamayı yaparken atama makamı, bağımsız ve tarafsız bir hakemin atanmasını teminat altına alacak türden değerlendirmeleri göz önüne almalı ve aynı zamanda taraf devletlerin uyuşundan olmayan bir hakemi atamanın daha uygun olacağını dikkate almalıdır³⁵⁵.

Görüldüğü üzere Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları, hakemlerin atanmasına ilişkin süreleri daha da kısaltmaktadır. Kurallar'ın devamında, atama usulü, üç hakemin atanması ihtimalinden hareket ederek ayrıntılandırılmaktadır. Buna göre:

“1. Eğer üç hakem atanacaksa, taraflardan her biri birer hakem atamalıdır. Böylece atanan iki hakem de, mahkeme başkanı olarak görev yapacak olan üçüncü hakemi seçmelidir. Eğer beş hakem atanacaksa tarafların seçtiği iki hakem, kalan üç hakemi seçmeli ve bu üçünden birini mahkeme başkanı olarak belirlemelidir.

2. Bir tarafın hakem atama bildirimini alan diğer taraf, bu bildirimi aldıktan sonraki otuz gün içinde atadığı hakemi karşı tarafa bildirmezse,

(a) İlk hakem atayan taraf, daha önce taraflarca belirlenen atama makamından ikinci hakemi atamasını isteyebilir veya,

(b) Eğer tarafların daha önceden belirlediği böyle bir otorite yoksa veya atama makamı, bir tarafın bu yöndeki talebini aldıktan sonraki altmış gün içinde harekete geçmez ya da hakem atamazsa, bu ilk hakem atayan taraf, Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği'nden bir atama makamı belirlemesini isteyebilir. Bu durumda aynı taraf, atama makamından ikinci hakemi belirlemesini isteyebilir. Her şekilde atama makamı, hakemi seçerken kendi takdir yetkisini kullanabilir.

3. İkinci hakem atandıktan sonraki altmış gün içinde iki hakem, kalan hakemleri ve/veya mahkeme başkanı olacak hakemi belirlememişse, kalan hakemleri ve/veya başkan hakemi, atama makamı, tek hakemin atanma usulünde olduğu gibi bir önceki madde çerçevesinde atamalıdır³⁵⁶.

³⁵⁵ 1992 PCA Optional Rules, article 6.

³⁵⁶ 1992 PCA Optional Rules, article 7.

Daimi Tahkim Divanı Kuralları'na göre hakem atanırken, taraflar ve atama makamı, La Haye Daimi Tahkim Divanı üyesi olmayan kişiler arasından seçim yapmakta özgürdürler. Mahkeme üyelerinin atanmasına ilişkin usul kurallarını, diğer bürokratik işlemlerin tamamlanmasına ilişkin hükümler izlemektedir³⁵⁷.

2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları, hakem mahkemesinin oluşturulmasına ilişkin hükümlerinde, atama makamı olarak Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterini işaret etmekte ve tarafların hareket sürelerini daha da kısaltmaktadır³⁵⁸. Bu kuralların temel olarak özel hukuk kişilerine yönelik kaleme alınmış olmasının sonucu olarak nitelendirilebilecek olsa da bu durum, aynı hükümlerin devletlerarası tahkimde uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. UNCITRAL Kuralları'na göre:

“1. Tarafların, tek hakem atanmasını kararlaştırmaları ve tek hakemin atanması teklifinin bütün taraflarca alınmasından sonraki otuz gün içinde hakem üzerinde anlaşamamaları halinde hakem, taraflardan birinin talebi üzerine atama makamı tarafından atanmalıdır.

2. Atama makamı, taraflardan birinin isteği üzerine tek hakemi, mümkün olduğunca hızlı atamalıdır. Atama makamı, taraflar başkaca bir usul kararlaştırmamışlarsa veya hakem kendi takdiriyle bu usulün dava için uygun olmadığı kararı vermemişse, aşağıdaki usule başvurmalıdır:

(a) Taraflardan birinin talebi üzerine atama makamı, üç isimden oluşan listenin birer örneğini her iki tarafa da göndermelidir.

(b) Listenin alınmasından itibaren onbeş gün içinde, taraflar, listede itiraz ettikleri isim ya da isimleri silerek ve kalmasını tercih ettikleri isimleri sayarak, atama makamına dönüş yapmalıdır.

³⁵⁷ “1. Yukarıdaki hükümlere göre atama makamından bir hakem ataması istendiğinde, istekte bulunan taraf, atama makamına bildirimin bir kopyasını, dava konusu uyuşmazlığa ilişkin olsun olmasın tahkim anlaşmasının bir kopyasını ve eğer tahkim bir yetkilendirme anlaşması ya da başka türlü bir belgeden kaynaklanmıyorsa bu belgenin bir kopyasını göndermelidir. Atama makamı, uyuşmazlığın her iki taraftan, gerekli görüyorsa böyle bir bilgiyi isteyebilir.

2. Hakem olarak atanması için bir ya da daha fazla kişinin ismi önerildiğinde, bu kişilerin kimlik bilgileri, adresleri, uyruklukları ve niteliklerinin tanımı da gösterilmelidir”. 1992 PCA Optional Rules, article 8.

³⁵⁸ UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html (son erişim 21.06.2013). Buradan sonra “2010 UNCITRAL Arbitration Rules” olarak anılacaktır.

(c) *Bu süre dolduktan sonra atama makamı, kendisine dönen listelerdeki isimler arasından, tarafların tercihlerine uygun olarak tek hakemi atamalıdır.*

(d) *Herhangi bir nedenle bu usule göre atama yapılamazsa, atama makamı, takdir yetkisini kullanarak tek hakemi atayabilir*³⁵⁹.

UNCITRAL Kuralları da benzerleri gibi aynı usulü üç hakemin atanması ihtimali için de öngörmektedir. Buna göre:

“1. Eğer üç hakem atanacaksa taraflardan her biri birer hakem atamalıdır. Böylece atanan iki hakem de, mahkeme başkanı olarak görev yapacak olan üçüncü hakemi seçmelidir.

2. Bir tarafın hakem atadığı bildirimini alan diğer taraf, bu bildirim aldıktan sonraki otuz gün içinde atadığı hakemi karşı tarafa bildirmezse, ilk hakem atayan taraf, daha önce taraflarca belirlenmiş olan atama makamından ikinci hakemi atamasını isteyebilir.

*3. İki hakemin atanmasından sonraki otuz gün içinde hakemler, mahkeme başkanı olan üyenin seçimi üzerinde anlaşamazlarsa başkan, bir önceki hükümde gösterilen tek hakem atanması usulüyle atama makamı tarafından atanmalıdır*³⁶⁰.

UNCITRAL Kuralları’nın hakemlerin sayısına ilişkin hükümleri de tarafları daha hızlı hareket etmeye zorlamaktadır. Bu hükümlere göre taraflar daha önce hakemlerin sayısını belirlememişlerse ve davalı tarafın tahkim bildirimini aldıktan sonraki otuz gün içinde hakemlerin sayısı üzerinde anlaşamazlarsa, üç hakem atanacaktır. Yine bu süre içerisinde tek hakem atanmasına ilişkin bir tarafın teklifine, diğer taraf ya da taraflar cevap vermezse veya ilgili taraf ya da taraflar, üç üyeli hakem mahkemesinin teşkili süreci usullerine göre ilk iki hakemi atayamazlarsa, atama makamı, taraflardan birinin talebi üzerine, somut olayda daha uygun olacağını takdir ettiği için yukarıdaki tek hakem atanması usulüne göre tek hakem atayabilecektir³⁶¹.

³⁵⁹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 8.

³⁶⁰ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 9.

³⁶¹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 7.

UNCITRAL Kuralları, Uluslararası Hukuk Komisyonu Model Kuralları ve Daimi Tahkim Divanı Kuralları çerçevesinde değinilmemiş olan, davalı tarafın ya da davacı tarafın birden fazla olması ihtimalini değerlendirmiştir. Buna göre:

“1. Önceki hükümlere uygun şekilde üç hakem atanacaksa ve birden fazla davacı ya da davalı taraf varsa, taraflar başka bir atama usulü kararlaştırmadıkça, davalı ya da davacı tarafların hepsi, hakemi ortak olarak atamalıdır.”

2. Eğer taraflar hakem mahkemesine, tek veya üç hakem dışındaki bir sayıda hakem atamayı kararlaştırmışlarsa hakemler, taraflarca kararlaştırılan usule göre atanmalıdır.

3. Bu Kurallar çerçevesinde herhangi bir nedenle hakem mahkemesi oluşturulamaması durumunda, atama makamı, taraflardan birinin talebi üzerine hakem mahkemesini oluşturmalıdır. Bunu yaparken, zaten yapılmış olan herhangi bir atamayı iptal edebilir veya hakemlerin her birini yeniden atayabilir ve birini mahkeme başkanı olarak belirleyebilir”³⁶².

Uygulamada uyuşmazlığın tarafları, tahkime başvurmak hususunda anlaşmışlarsa, tahkim yargılamasını yürütecek ve uyuşmazlık hakkında bağlayıcı karar verecek olan hakem ya da hakemlerin seçimi ve atanmasına ilişkin usul kurallarını, aralarındaki tahkim anlaşması ile belirleyebilecekleri gibi, bu konuda uygulanmasını istedikleri tahkim kurallarına da başvurabileceklerdir.

Örneğin, Hindistan ve Pakistan arasındaki *Kishenganga* davasına konu Waters Andlaşması Eki’ne göre tarafların aksini kararlaştırmamış olması halinde, hakem mahkemesi yedi hakemden oluşacak, taraflardan her biri ikişer hakem atayacaktır³⁶³. Taraflar arasındaki Andlaşma’ya göre tahkim sürecini başlatacak olan taraf, diğer tarafa bu talebini bildirdiği tarihte iki hakem atamalıdır. Bu talebin alınmasından itibaren otuz gün içinde ise diğer taraf hakemlerini aday göstermelidir. Ayrıca taraflar, bir Kurul oluşturmalı, bu Kurul, hukuk ve mühendislik bilgisi ile tanınan kişiler arasından seçilecek dört üyeden oluşmalı ve üyeler, hem tarafların hem de adayların rızası ile atanmalıdır. Eğer bir Kurul

³⁶² 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 10.

³⁶³ “Indus Water Treaty Annexure G, article IX, parag. 4, 5, 6, 7” in PCA Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India), Partial Award, 18 February 2013, s. 1-2, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1392 (son erişim: 10.09.2013).

oluşturulabilmişse, bağımsız üye görevini görececek olan üç hakem, bu dört kişilik Kurul içinden aday göstermelidir. Ancak işlemler başlatıldıktan sonraki otuz gün içinde taraflar, bu kişiler üzerine anlaşamazlarsa, acilen ad çekme yöntemiyle ilk üçte ismi çekilen kişiler aday gösterilmelidir. Ancak bir Kurul oluşturulamadıysa ya da Kurul'da üç kişiden az üye varsa, tarafların bu konuda yapacakları bir anlaşma ile üç üye seçilmelidir. Taraflar gerekli adımları atmasına rağmen işlemler başlatıldıktan sonraki altmış gün içinde üç üyenin seçilememesi halinde veya otuz gün dolduktan sonra, taraflar 1960 Andlaşması Ek'inde verilen listeden bu seçimi yapacak kişileri seçmelidir.

Bu çerçevede Pakistan hükümeti, 17 Mayıs 2010 tarihinde Yargıç Bruna Simma ve Jan Paulsson'u atamış; bunun üzerine Hindistan hükümeti ise 16 Haziran 2010 tarihinde Yargıç Peter Tomka ve Lucius Caflisch'i atamıştır³⁶⁴. Ancak tarafların Andlaşma Eki'nde bahsi geçen Kurul'u oluşturamaması üzerine Ek Listesinden üç kişi seçilmiştir. Böylece BM Genel Sekreteri, 12 Kasım 2010'da Mahkeme Başkanı olarak Stephen M. Schwebel'i, 17 Aralık 2010'da Londra Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Rektörü mühendis üye olan Howard S. Wheeler Freng'i ve 12 Aralık 2010'da İngiltere Yüksek Mahkeme Kraliyet Dairesi Başkanı hukukçu üye olarak Sir Franklin Berman'ı seçmiştir³⁶⁵.

Tarafların, hakemlerin seçilmesi sürecinde aldıkları sorumlu tavır, bu sürecin daha basit bir şekilde amacına ulaşmasını sağlamaktadır. Örneğin, Temmuz 2003'te Belçika ve Hollanda hükümetleri, Iron Rhine demiryolu hattına ilişkin bir uyuşmazlığı, Daimi Tahkim Divanı nezdinde kurulacak bir hakem mahkemesine sunmak konusunda anlaşmışlardır. 22 Temmuz 2003 tarihli Anlaşma ile devletler, Anlaşma'da tahdidi olarak saydıkları konulardaki – gelecekte doğması muhtemel sorunlar da dahil olmak üzere- sorunları, kurulacak bu hakem mahkemesine sunmak konusunu hükme bağlamışlardır³⁶⁶. 2003 tarihli Anlaşma'ya göre Belçika ve Hollanda hükümetleri, Daimi Tahkim Divanı'nın İki

³⁶⁴ PCA, Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India), Order on the Interim Measures Application of Pakistan dated June 2011, parag. 7, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1155 (son erişim: 10.09.2013).

³⁶⁵ PCA, Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India), Order on the Interim Measures Application of Pakistan dated June 2011, parag 12, 13, 14.

³⁶⁶ PCA, Iron Rhine Arbitration (Belgium v. Netherlands), Arbitration Agreement Between Belgium and Netherlands dated 22 July 2003.

Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Başvurulacak Seçimlik Kuralları temeline dayalı tahkim usulü kuralları hazırlayacaklardır. Bu Anlaşma çerçevesinde Belçika hükümeti, Profesör Guy Schrans ve Yargıç Bruno Simma'yı; Hollanda hükümeti ise Profesör Alfred H.A. Soons ve Yargıç Peter Tomka'yı hakem olarak atamışlardır. Yine taraflar arasındaki Anlaşma'ya göre bu yargıçlar 22 Eylül 2003 tarihinde bir araya gelmişler ve mahkeme başkanı olarak Yargıç Rosalyn Higgins'i atamışlardır³⁶⁷.

Tahkime başvurmak üzere anlaşılan tarafların, mevcut tahkim kurallarından faydalanması da, hakemlerin seçilmesi sürecini hızlandırmaktadır. Örneğin, Eritre ve Etiyopya İddiaları Komisyonu, 12 Aralık 2000 tarihli Anlaşma'nın 5. maddesi gereği kurulmuştur³⁶⁸. Bu Anlaşma'ya göre Komisyon bağımsız bir organ olarak La Haye'de görev yapacaktır. Anlaşma'nın 4. maddesi, Düşmanlıkların Sona Erdirilmesi Anlaşması ve Çerçeve Anlaşma ile uyumlu ve Afrika Birliği Örgütü'nün 1964 tarihli kararına uygun şekilde tarafların birbirlerinin sınırlarına saygı gösterme ve bu çerçevede sınırların, 1900, 1902 ve 1908 tarihli geçerli sömürge anlaşmaları ve başvurulabilir uluslararası hukuk kurallarına göre belirlenmesi yükümlülüğünden bahsetmektedir. Yine aynı Anlaşma'ya göre Komisyon'un *ex aequo et bono* çerçevesinde karar alma yetkisi olmayacak ve Komisyon, 1992 tarihli Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Başvurulacak Seçimlik Kuralları temeline dayalı olarak kendi saptayacağı usul kurallarına başvuracaktır³⁶⁹. Anlaşma'ya göre, tarafların her biri, Anlaşma'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kırk beş gün içinde BM Genel Sekreteri'ne gönderecekleri yazılı bir bildirim ile hiçbirini kendi milliyetlerinden olmayan ve kendi ülkelerinde ikamet etmeyen iki Komisyon üyesi atayacaklardır. Belirtilen süre içerisinde bu taraflardan biri ya da her ikisinin birden bu atamayı yapmamış olması halinde, BM Genel Sekreteri bu atamaları yapacaktır. Komisyon başkanı, atanan üyeler tarafından seçilecek; atama

³⁶⁷ PCA, Iron Rhine Arbitration (Belgium v. Netherlands), Award of Arbitral Tribunal, Hague, 25 May 2005, parag. 5-6, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1155 (son erişim: 21.06.2013).

³⁶⁸ PCA, Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, Decision on Delimitation of the Border between Eritrea and Ethiopia, Chapter 1 - Procedural Introduction (Agreement between the Government of the State of Eritrea and the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia) parag. 1.1, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1151 (son erişim: 10.09.2013).

³⁶⁹ Agreement between the Government of the State of Eritrea and the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, article 4, parag. 11.

tarihinden itibaren Başkan seçilemezse, taraflara danışıldıktan sonra Başkan seçme işini de BM Genel Sekreteri üstlenecektir. Komisyon başkanının da tıpkı üyeler gibi taraf devletlerin milliyetinden olmaması ve sürekli taraf devletlerin ülkesinde ikamet etmemesi gerekmektedir³⁷⁰.

Anlaşma çerçevesinde belirlenen süreler içerisinde 26 Ocak 2001’de Eritre, BM Genel Sekreterliğine bildirimde bulunarak Jan Paulsson ve Yargıç Stephen M. Schwebel’i Komisyon üyesi olarak atamış; bunun üzerine Etiyopya da, Prens Bola Adesumbo Ajibola ve Sir Arthur Watts’ı atamıştır. Bu işlemlerin ardından Anlaşma’ya uygun olarak atanmış olan Komisyon üyeleri, Komisyon başkanı olarak Profesör Sir Elihu Lauterpacht’ı seçmişler, Lauterpacht bu görevi 20 Şubat 2001’da kabul ettiğini bildirmiştir³⁷¹.

Kimi zaman kurulacak hakem mahkemesi, kendi içinde birden fazla daire ya da kurullardan oluşabilmektedir ki İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi yargılamaları bu konuda değinilmesi gereken bir örnektir. Mahkeme, İran ve ABD arasındaki, 4 Kasım 1979’da İran’daki Amerikan elçiliği baskını ile bağlantılı olarak İran’da alıkonulmuş olan Amerikan vatandaşlarının salıverilmesi konusunda Cezayir’in arabuluculuk çabalarının bir sonucu olarak, 19 Ocak 1981 tarihli Cezayir Bildirileri neticesinde 1981’de kurulmuştur³⁷². Cezayir Bildirileri çerçevesinde taraflar, bu belgeden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın “Çözüm Bildirisi” hükümlerine uygun olarak kurulacak hakem mahkemesine havale edileceğini hükme bağlamaktadır³⁷³. Cezayir Bildirileri gereği kabul edilen Çözüm Bildirisi metni ile taraflar, iki devletin, üçer üye atayacağı, bu üyelerin de kalan üç üyeyi atayarak, bunlar arasından başkanı seçeceği, dokuz üyeli bir hakem mahkemesinin uyuşmazlığı karara bağlaması konusunda anlaşmışlardır³⁷⁴. Ancak

³⁷⁰ Agreement between the Government of the State of Eritrea and the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, article 4, parag. 4.

³⁷¹ Decision on Delimitation of the Border between Eritrea and Ethiopia, parag. 1.5.

³⁷² Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Relating to Commitments made by Iran and United States of America, 19 January 1981, <http://www.iusct.net/General%20Documents/1-General%20Declaration%E2%80%8E.pdf> (son erişim: 10.09.2013). Mahkeme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALDRICH, 1996, s. 541-551.

³⁷³ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria, General Declaration, 19 January 1981, parag. 17.

³⁷⁴ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of the United States of America and The Government of the Islamic Republic of Iran (buradan sonra “Claims Settlement Declaration” olarak anılacaktır), article 3,

bu mahkeme, yine aynı Bildiri'ye göre, dokuz üye içinden seçilecek üçer üyeli üç daire ve dokuz üyenin tamamının yer aldığı bir büyük mahkemeden (full tribunal) oluşmaktadır. Bu daireler ve büyük mahkeme ise davaları, taraflarına göre paylaşmaktadırlar. Çözüm Bildirisi, tarafların ve Mahkeme'nin değiştirdiği haliyle, UNCITRAL Kuralları'nın usul kuralları olarak benimsemiş olduğundan, bu Kuralların verdiği yetki gereği, Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği'ni bir "atama makamı" olarak göstermiştir³⁷⁵. Genel Sekreter ise Ocak 1982'de, Hollanda Yüksek Mahkemesi Mahkeme Başkanı Yargıç Charles Moon'u, atama makamı olarak belirlemiştir³⁷⁶. Bu hakem mahkemesi bakımından mahkeme üyelerine ilişkin itirazları karara bağlamak ve olağan yollarla tamamlanamayan atamaları gerçekleştirmesi bakımından bir atama makamının varlığı, mahkemenin kurulması ve devamı için önem arz etmiştir³⁷⁷.

Uyuşmazlığın tarafları, kimi zaman taraf oldukları 1982 tarihli BMDHS'nin gereği olarak tahkime başvurabileceklerdir. Bu durumda hakemlerin seçilmesi usulü de bu Sözleşme'ye uygun olmalıdır. Örneğin, Mauritius Cumhuriyeti ve Birleşik Krallık'ın taraf olduğu tahkim süreci, 20 Aralık 2011'de Mauritius hükümeti tarafından, Birleşik Krallık'ın Chagos Takımadaları etrafında deniz koruma alanı kurması nedeniyle başlatılmıştır³⁷⁸. Tarafların her ikisi de BMDHS'ye taraftırlar. Mauritius hükümeti, Sözleşme'nin 287. maddesi çerçevesinde, Sözleşme Ek VII'ye göre tahkim işlemlerini başlatmıştır. Zira Ek VII'nin ilk maddesine göre, taraflardan biri, uyuşmazlığın diğer taraf veya taraflarına gönderilecek yazılı bildirim ile tahkime gidebilecektir³⁷⁹. Sözleşme'nin tahkime ilişkin diğer hükümlerine göre, BM Genel Sekreterliği, denizcilik alanında tecrübeli, adillik, yetkinlik ve dürüstlük bakımından en yüksek itibarı haiz kimselerden oluşan bir hakemler listesi hazırlayacak ve bu listeyi muhafaza

<http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf> (son erişim: 10.09.2013).

³⁷⁵ Claims Settlement Declaration, 19 January 1981, article 3/2.

³⁷⁶ ALDRICH, 1996, s. 544.

³⁷⁷ ALDRICH, 1996, s. 544, s. 23. İran-ABD İddiaları davasında hakemlerin atanması, reddi ya da çekilmesi gibi hususlara daha sonra örnek davaların incelenmesi suretiyle değinilecektir.

³⁷⁸ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 5-8, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1429 (son erişim: 10.09.2013).

³⁷⁹ 1982 BMDHS, Ek VII-Tahkim, madde 1, A.

edecektir³⁸⁰. Hakem Mahkemesi taraflar aksini kararlaştırmadıkça, beş hakemden oluşacaktır. Dava açan taraf, tercihen, listeden seçilen, kendi milliyetinden bir üye atayacaktır. Uyuşmazlığın diğer tarafı, davacının hakem atadığına dair bildirimini aldığı tarihten itibaren, otuz gün içinde, kendi milliyetinden de olabilecek bir üye atayacaktır. Kalan üç üye, tercihen listeden ve tarafların milliyetinden olmayan kimseler arasından, tarafların anlaşması ile atanacaktır. Taraflar mahkeme başkanını da bu üç üye arasından seçeceklerdir. Her halde davayı açan tarafın, atadığı hakeme ve davayı açtığına ilişkin bildirimının, davalı tarafça alınmasından itibaren altmış gün içinde taraflar, kendi atayacağı üyeler, diğer üyeler ya da başkan üzerinde anlaşamazlarsa, kalan atamalar, altmış günün bitiminden itibaren iki hafta içerisinde, taraflardan birinin talebi üzerine, taraflar başka bir makam üzerinde anlaşmadıkça, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Başkanı tarafından yapılacaktır. Eğer başkan bu atamayı yapamıyorsa ya da taraflardan birinin vatandaşı ise atamayı, Deniz Hukuku Mahkemesi'nin hazır bulunan ve taraflardan birinin milliyetinden olmayan en kıdemli ikinci üyesi yapacaktır. Deniz Hukuku Mahkemesi Başkan ya da üyeleri tarafından yapılacak atamalar, bu yönde talebin alınmasından itibaren otuz gün içinde ve taraflarla istişare edilerek gerçekleştirilmelidir. Bu şekilde atanacak hakemlerin, tarafların milliyetinden veya onların hizmetinde olmaması ve tarafların ülkesinde sürekli ikamet etmemesi gerekmektedir³⁸¹.

Mauritius davası sürecinde, 20 Aralık 2011'te Mauritius hükümeti, Alman vatandaşı olan Rüdiger Wolfrum'u hakem olarak atadığını dava dilekçesinde bildirmiştir. Bildirimi aldıktan sonra 19 Ocak 2011'de İngiliz hükümeti, İngiliz vatandaşı olan Yargıç Sir Christopher Greenwood'u atamıştır. Bu aşamadan sonraki atamaların gerçekleşmemesi nedeniyle yukarıda açıkladığımız usule başvurulmuş ve 21 Şubat 2011'de Mauritius hükümeti, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Başkanı'ndan üç hakem atamasını istemiştir. 25 Mart 2011'de Başkan, Tanzanya vatandaşı James Kateka'yı, Güney Afrika vatandaşı

³⁸⁰ 1982 BMDHS, Ek VII-Tahkim, madde 2.

³⁸¹ 1982 BMDHS, Ek VII-Tahkim, madde 3.

Albert Hoffman'ı hakem olarak, Avustralya vatandaşı Profesör Ivan Shearer'i ise Mahkeme Başkanı olarak atamıştır³⁸².

D. Hakemlerin Nitelikleri

1. Hakemlerin Sahip Olması Gereken Özellikler

Geleneksel anlamda tahkimin esası, hakemlerin taraflarca seçilmesi olmakla beraber, hakemlerin taşınması gereken niteliklerine ilişkin kesin saptamalar olmaksızın da hakem mahkemesinin oluşturulması mümkündür. Pek çok tahkim anlaşması bu konuda fazlaca hüküm içermemektedir. Anlaşmalarda genelde, tarafların kendi milliyetlerinden hakem atayabilmelerini ve atanan iki hakemin de her iki devletin milliyetinden olmayan bir bağımsız hakem seçmesini temin etmek üzere, hükümler kabul edilmektedir³⁸³.

Hakemlerin nitelikleri bakımından, milliyetlerinin dışında, anlaşmalarda en çok başvurulan genel ifadelerden biri de “uluslararası hukuk bilgisini haiz kişilerin” hakem olarak seçilmesidir. Örneğin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne ilişkin Model Kuralları'na göre, “*Davaya özel durumlara bağlı olarak hakem, uluslararası hukukta yeterliği tanınan kişiler arasından seçilmelidir*”³⁸⁴.

Örneğin Malezya ve Singapur arasında, Daimi Tahkim Divanı nezdinde görülen davada tarafların, BMDHS'ne taraf olmaları nedeniyle, bu Sözleşme'nin yorumlanmasından ve uygulanmasından doğan herhangi bir uyuşmazlığı, Sözleşme'nin 15. bölümü çerçevesinde hakem mahkemesine havale etme yükümlülükleri bulunmaktadır³⁸⁵. Sözleşme'nin tahkim ile ilgili Ek hükümlerine

³⁸² PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 5-8.

³⁸³ Örneğin Daimi Tahkim Divanı nezdinde yürütülen ve ABD ve Ekvator Cumhuriyeti arasında görülen davanın dayanağı, taraflar arasındaki Karşılıklı Yatırımların Korunması ve Teşvik Edilmesine ilişkin Andlaşma olup, Andlaşma'nın 7. maddesine göre, taraflar tahkim bildirimini aldıktan sonraki iki ay içerisinde birer hakem atayacaklar ve bu hakemler, üçüncü bir devletin milliyetinden olan bir mahkeme başkanı belirleyeceklerdir. PCA, The Republic of Ecuador v. The United States of America, Request for Arbitration and Statement of Claim, received 28 June 2011, s. 2, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1455 (son erişim: 11.09.2013).

³⁸⁴ 1958 ILC Model Rules, article 3.

³⁸⁵ 1982 BMDHS, madde 287/3; PCA, Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and Around The Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Award on Agreed Terms, The Hague, 1

göre, BM Genel Sekreterliği, bir hakemler listesi hazırlayacak ve taraf devletler, bu liste için dört hakem adayı göstermeye yetkili olacaktır. Bunların her biri, denizcilik alanında tecrübeli olan, adil olma, yetkinlik ve dürüstlük bakımından en yüksek itibarı haiz kimseler olacaktır. Bu şekilde aday gösterilen kişilerin isimleri, listeyi oluşturacaktır³⁸⁶.

Yine Daimi Tahkim Divanı nezdinde görülen Hindistan ve Pakistan arasındaki *Kishengha Waters* davası, 1960 tarihli Hint Suları Andlaşması çerçevesinde yürütülmüştür. Andlaşma'ya göre, mahkeme yedi hakemden oluşacak; bu hakemlerin, uluslararası hukuk bilgisini haiz kişiler olması, Başkan olarak seçilecek kişinin de konuyla ilgili uzmanlık sahibi hukukçu veya mühendis olması tercih nedeni olacaktır³⁸⁷.

Taraflar kimi zaman hangi hakemlerin davaya bakmasını istiyorlarsa, tahkim anlaşmasında bu hakemlerin isimlerini açıkça zikretmek suretiyle, hiçbir nitelik belirtmeden hakemleri seçebilirler. Örneğin ABD ve Hollanda arasındaki *Palmas Island* davasında, 29 Eylül 1925 tarihli mektuplarla devlet başkanları, Daimi Tahkim Divanı üyelerinden Max Huber'e, 23 Ocak 1925 tarihli Özel Andlaşma çerçevesinde, davaya tek hakem olarak bakması teklifini götürmüşlerdir³⁸⁸. Örneğin 1892 tarihli ABD ve Birleşik Krallık arasındaki *Behring Sea* davasında, tarafların Washington'da imzaladığı Andlaşma gereği her iki devlet, Fransa Cumhurbaşkanı, İtalya Kralı, Norveç ve İsveç Krallarından oluşan ikişer hakem, atamışlardır³⁸⁹.

Kimi zaman taraflar, hakemleri atayacak makamların özelliklerini de anlaşma ile belirleyebilirler. Örneğin 1871 tarihli ABD ve Birleşik Krallık arasındaki *Alabama* Tahkiminde, Washington Andlaşması'nın gereği iki devlet, ABD Başkanı, Birleşik Krallık Kraliçesi, İtalya Kralı, İsviçre Konfederasyonu

September 2005, s. 2, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1154 (son erişim: 11.09.2013).

³⁸⁶ 1982 BMDHS, Ek VII-Tahkim, madde 2/1.

³⁸⁷ PCA, Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India), 1960 Indus Water Treaty, Annexure G, article 4.

³⁸⁸ PCA, The Island of Palmas Case (USA v. Netherlands), Award of Tribunal, The Hague, 4 April 1928, s. 4, http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=168 (son erişim: 11.09.2013).

³⁸⁹ Behring Sea Arbitration, Award of the Tribunal of Arbitration, Presented to both Houses of Parliament by command of Her Majesty, August 1893, London, <http://www.archive.org/details/behringsearbit00beriuoft> (son erişim: 12.10.2011).

Başkanı ve Brezilya İmparatoru'nun atayacağı birer yargıçtan oluşan beş yargıçlı hakem mahkemesine başvurma hususunda anlaşmışlardır³⁹⁰.

Tahkim kuralları, her davaya özgü koşulların göz önünde tutulması çerçevesinde taraflara, davaya bakacak hakemlerin hangi nitelikleri haiz olması gerektiğini belirlemek konusunda hareket alanı bırakmakta; mevcut uygulamada bu imkanın taraflarca kullanıldığı görülmektedir.

Tarafların tahkimi tercih etmelerinin nedenlerinden biri, davanın gidişatına ağırlıklarını koyabilmeleridir. Bu amaçla en etkin olabilecekleri alanlardan biri de hakemlerin seçilmesi ve atanmasıdır. Dolayısıyla taraflar, hakem mahkemesi ile ilgili bazı beklentiler içinde olabileceklerdir. Tarafların hakem ya da hakemlerden beklentileri, davada başvurulacak usul kurallarının uygulanması konusundaki yatkınlıkları ve tecrübelerinin olması; belirli bir usul problemi karşısında net bir tavırla hareket edebilmeleri; uygulanacak hukuka ilişkin yeterli bilgi sahibi olmaları; gerektiğinde somut olaya uygun olarak yorum yapabilmeleri; gerektiğinde detayları değerlendirebilmeleri; birden fazla hakem varsa birbirleri ile geçinebilmeleri ve uyum içinde hareket edebilmeleri; birbirlerini ikna edebilme yeteneğine sahip olmaları; taraflara yeterince zaman ayırabilme gibi pek çok unsur olabilecektir. Bir mahkeme başkanının ise öncelikle taraflardan hiçbirinin milliyetinden olmaması, somut olaya uygulanacak hukuka ve usul kurallarına aşina olması ya da aynı hukuk geleneğinden gelmesi; tahkimin yürütüleceği dile hakim olması; tarafların sunduğu argümanları anlayacak durumda olması gibi özellikleri nedeniyle seçilmesi ve atanması mümkündür³⁹¹.

Hakemlerin, tıpkı diğer yargıçlar gibi uluslararası hukukta yargısal işlevi yerine getiren kişiler olmaları nedeniyle uluslararası yargı, uyuşmazlıkları çözmenin en bağımsız ve tarafsız yolu olarak görülmektedir. Bu bakımdan mahkemenin tarafsızlığı, mahkemenin oluşumunun temel bir unsuru olarak her bir yargıcın tarafsızlığını ve aynı zamanda yargılamanın bütünlüğünü temin etmektedir. Yargıçlar ve hakemler, hem ulusal hem de uluslararası yargı işlevinin yargısal bağımsızlığının ve tarafsızlığının garantörleridir. Bu nedenle hakemlerin

³⁹⁰ COOK, 1975, s. 185; HUDSON, 1944, s. 5; MOORE, 1898, s. 548, 557; RALSTON, 1929, s. 197-98; RALSTON, 1926, s. xxvii.

³⁹¹ The Lecture of Prof. Klaus P. Berger, Cologne Academy on International Commercial Arbitration, September 2-6, Cologne, Germany.

nitelikleri bakımından değinilmesi gereken en önemli husus, hakemlerin bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları meselesidir.

2. Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Uluslararası alanda, kurumsal ya da *ad-hoc* hakem mahkemesi olarak yargılama yapan, bölgesel veya evrensel alanda faaliyet gösteren yargı organları, statülerinde belirlenen konularda yargılama yapan mahkemeler ya da sadece devletlerin taraf olduğu davalara bakan mahkemeler gibi farklı türde pek çok yargı organı hizmet vermektedir. Dahası uluslararası alandaki yargılama mekanizmaları, artık sadece devletlere açık mekanizmalar değildir. Bu nedenle bağımsızlık ve tarafsızlıktan ne anlaşılması gerektiği, uluslararası yargı bakımından kesin biçimde tanımlanmamıştır. Ancak yine de bağımsızlık ve tarafsızlık, mahkemenin üstlendiği rol, teşkili ve işlevi bakımından ana unsurdur. Bu nedenle yargıçların seçimi ve atanması yöntemi, yeniden seçilme imkanının olup olmaması meselesi, *ad-hoc* yargıçların atanmasına ilişkin hükümler, uyumluluk, kalifikasyon, dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, yargıçların reddi, yargıçlık teminatı, yargıçların sayısı ve mahkemenin masrafları gibi hususların hepsi de, doğrudan ya da dolaylı olarak yargıçların bağımsızlığını ve tarafsızlığını temin etmeye yöneliktir. Uluslararası yargı organlarının bağımsızlığı, yargıçların kişisel niteliklerine, mahkeme içinde ve dışındaki davranışlarına ve bir o kadar da mahkemenin yapısına ilişkin çeşitli gereklilikler ile sağlanacak olup, bu gereklilikler de temel olarak ilk uluslararası daimi mahkemeleri kuran anlaşma ve statülerde ortaya konulmuştur³⁹².

Her mahkemenin statüsü, mahkemenin bağımsız yargıçlardan ya da üyelerden oluşması gerektiğini ifade etmektedir³⁹³. Yargıçların bağımsızlığı, bir davada adalete uygun şekilde, olaylara ve hukuk kurallarına dayalı ve her türlü baskıdan uzak olarak, serbestçe karar vermeleri anlamına gelmektedir³⁹⁴. Statülerde ve mahkeme kurallarında, yargıçların sadece karar alma sürecinde

³⁹² MOORE, 1898, s. 547, 653. Bu mahkemelerin benimsediği temel standartlar hakkında bkz. Karin OELLERS-FRAHM, “*International Courts and Tribunals, Judges and Arbitrators*”, **MPEPIL**, 2008, parag. 3-7; AKİPEK, 1968, s. 25-26.

³⁹³ Örneğin UAD Statüsü, madde 3. Ayrıca bkz. 1992 PCA Optional Rules, article 6/4; 2010 UNCITRAL Rules, article 6/7.

³⁹⁴ OELLERS-FRAHM, 2008, parag. 8.

bağımsız olmaları gerekliliğinden değil, aynı zamanda tarafsızlık, yüksek ahlak özellikleri ile hukuk alanında yetkin kişiler olmak ve uluslararası hukuk bilgisini haiz olmak gibi kişisel yeteneklerinden de bahsedilmektedir. Devletlerarası tahkime yönelik kurallar ise sadece hakemlerin tarafsızlığı, bağımsızlığı ve uluslararası hukuk alanında yeterliliği tanınan kişilerden olması dışında ayrıntılı hükümlere yer vermemektedir. Bu konuda BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Yargısal Bağımsızlığa İlişkin Temel İlkeleri³⁹⁵, esaslı hususları açıklamakta ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargıç Etiği Yasası³⁹⁶ konuyu ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Yargısal Bağımsızlığa İlişkin Temel İlkeleri'ne göre yargı bağımsızlığı, üye devletlerin, yargının bağımsızlığını güvence altına almaları ve artırmalarına yardımcı olmak amacıyla düzenlenmiş İlkeler'dir³⁹⁷. Yargıçlar, yargısal sorunlar ve vakıalar üzerinde, doğrudan veya dolaylı, herhangi bir nedenle, herhangi bir sınırlama, etkileme, rüşvet, baskı, tehdit ya da müdahale olmaksızın, hukuka uygun olarak ve bağımsız şekilde karar vermelidir³⁹⁸. Yargı organının, dava konusu hususlar üzerinde yargısal anlamda yetkisi ve kararına sunulan bir husus üzerinde, hukukun tanımladığı yetki alanı içinde, münhasıran karar verme yetkisi bulunmalıdır. Yargı sürecine mesnetsiz ve uygunsuz müdahalelerde bulunulmaması ve mahkemelerde verilen yargı kararlarının yenilemeye konu olmaması gerekmektedir³⁹⁹. Elbette bu kural, yetkili makamların, hukuka uygun olarak verdikleri cezaları, değiştirmeleri ya da azaltmaları veyahut yargılamanın yenilenmesine karar vermelerine halel getirmeyecektir. Yargının bağımsızlığı ilkesi, yargısal işlemlerin, adil ve tarafların haklarına saygı duyularak gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Bu çerçevede her

³⁹⁵ Office of United Nations High Commissioner for Human Rights, Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985, <http://www.ohchr.org/english/law/indjudiciary.htm> (son erişim: 12.10.2012).

³⁹⁶ International Criminal Court Code of Judicial Ethics, <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Code+of+Judicial+Ethics.htm> (son erişim: 13.11.2012).

³⁹⁷ International Criminal Court Code of Judicial Ethics, preamble.

³⁹⁸ International Criminal Court Code of Judicial Ethics, article 5.

³⁹⁹ International Criminal Court Code of Judicial Ethics, article 4.

üye devletin, yargı organının görevini tam olarak yerine getirebilmesi için gerekli imkanları temin etme yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁰⁰.

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Yargısal Bağımsızlığa İlişkin Temel İlkeleri'ne göre yargı mensuplarının ifade ve toplanma özgürlüğü de bulunmalıdır⁴⁰¹. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne uygun şekilde, yargı organı üyelerinin, tıpkı diğer vatandaşlar gibi ifade, inanç, toplanma özgürlükleri bulunmaktadır. Yargıçlar bu haklarını kullanırken, görevlerine bağlılık içinde ve yargısal tarafsızlık ve bağımsızlıklarını koruyacak şekilde hareket etmelidirler. Bu İlkeler gizlilik meselesine de değinmektedir. Buna göre, yargı organı, kamuya açık işlemler hariç, değerlendirmelerine ve yükümlülüklerini yerine getirirken edindiğin bilgilere ilişkin olarak mesleki gizlilik ile bağlı olmalı ve bu konularda tanıklık yapmaya zorlanmamalıdır⁴⁰².

Yargıçların sahip olması gereken nitelikler bu belgede de büyük oranda tarafların ihtiyaçlarına bırakılmıştır. Buna göre, yargılama işlevini yerine getirmek üzere seçilen kişilerin hukuk alanında gerekli eğitim ve yetenekleri haiz olması gerekmektedir⁴⁰³. Yargıçların seçiminde, adayın ilgili devlet vatandaşı olması niteliği dışında, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal ya da sosyal köken, doğum ya da statü gibi ayrımlar yapılmamalıdır. Ayrıca yargıçlık teminatı anlamında, yargıçlık görevi, bağımsızlığı, güvenliği, ücreti, hizmet koşulları, görevden çekilmesi ve emeklilik yaşı hukuken güvence altına alınmalıdır⁴⁰⁴. Yargıçların, seçilmiş ya da atanmış olsun, emeklilik yaşı ya da görev süresi dolana kadar, ücretleri güvence altına alınmalıdır. Her türlü yargı sisteminde yargıçların terfii, doğruluk, liyakat, tecrübe gibi objektif unsurlara dayanmalıdır. Somut olayda bir mahkemedeki davalara yargıçların atanması, o mahkemenin, kendi idari işleyişi ile ilgili bir iç düzen sorunudur. Ancak her türlü disiplin usulüne veya temyiz hakkına hakele getirmeksizin, yargıçlar, ulusal hukuka uygun olarak, yargısal görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri maddi zararlardan, haksız

⁴⁰⁰ International Criminal Court Code of Judicial Ethics, article 11.

⁴⁰¹ Office of United Nations High Commissioner for Human Rights, Basic Principles on the Independence of the Judiciary, article 8-9.

⁴⁰² Basic Principles on the Independence of the Judiciary, article 15-16.

⁴⁰³ Basic Principles on the Independence of the Judiciary, article 10.

⁴⁰⁴ Basic Principles on the Independence of the Judiciary, article 11-14.

fiillerden ve ihmallerden dolayı açılacak hukuk davalarından bağışık olmalıdırlar⁴⁰⁵.

Disiplin, geçici olarak görevden uzaklaştırılma ve ihracına ilişkin olarak BM Yargısal Bağımsızlığa İlişkin Temel İlkeleri, bir yargıcın yargısal ya da mesleki yeterliliği ile ilgili olarak bulunulan suçlama ya da şikayetin, uygun bir usul çerçevesinde, adil ve ivedilikle değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yargıcın adil yargılanma hakkı bulunmaktadır. İlgili yargıç aksini talep etmedikçe konu, erken bir aşamada ve gizli tutularak incelenmelidir. Yargıçlar, sadece yetersizlikleri sonucuna neden olan davranışları nedeniyle görevden geçici olarak uzaklaştırılabilir ya da ihraç edilebilirler. Disiplin, görevden uzaklaştırma ya da ihraca ilişkin bütün işlemler, yargısal usul standartlarına uygun olarak belirlenmelidir. Disiplin, görevden uzaklaştırma ya da ihraca ilişkin kararlar bağımsız bir organ ya da kişi tarafından gözden geçirilmelidir⁴⁰⁶.

Benzer hükümleri içeren Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargıç Etiği Yasası, yargı bağımsızlığı konusunda, yargıçların, görevlerini icra ederken ve mahkeme makamını işgal ederken bağımsızlıklarını korumalarını ve yargısal işlevlerine uyumlu şekilde hareket etmelerini gerektirmektedir. Bu anlamda yargıçlar, yargısal işlevlerine müdahale edecek veya bağımsızlıklarına olan inancı etkileyecek faaliyetler içinde bulunmamalıdırlar⁴⁰⁷. Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargıç Etiği Yasası'na göre, yargıçlar tarafsız olmalı ve tarafsızlıklarını görevlerini icra ederken göstermelidirler. Yargıçlar her türlü çıkar çatışmasından veya çıkar çatışmasına neden olabilecek şekilde anlaşılabilir olaylar içinde yer almaktan kaçınmalıdırlar. Yargıçlar, kamuoyu güvenini kazanarak, görevleri ile uyum içinde dürüstlük ve doğrulukla hareket etmelidirler. Yargıçlar doğrudan ya da dolaylı olarak, yargısal işlevlerini etkilediği izlenimi yaratacak her türlü hediye, fayda, ayrıcalık ya da ödülü geri çevirmelidirler⁴⁰⁸. Ayrıca yargıçlar, yargısal işlevlerine ve gizli olması gereken değerlendirmelerine ilişkin müzakerelerin gizliliğini temin etmelidirler⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Basic Principles on the Independence of the Judiciary, article 16.

⁴⁰⁶ Basic Principles on the Independence of the Judiciary, article 17-20.

⁴⁰⁷ International Criminal Court Code of Judicial Ethics, article 3.

⁴⁰⁸ International Criminal Court Code of Judicial Ethics, article 8.

⁴⁰⁹ International Criminal Court Code of Judicial Ethics, article 6.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargıç Etiği Yasası, yargıçların yargı dışı faaliyetlerde bulunup bulunmaması konusuna açıklık getirmektedir. Buna göre, yargıçların, yargısal işlevleri ile bağdaşmayacak veya Mahkemenin zamanında ve etkili yargılama yapmasını aksatacak veyahut bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyebilecek türden herhangi bir yargı-dışı faaliyette bulunmaması gerekmektedir. Yargıçlar siyasi faaliyetlerde de bulunmamalıdır⁴¹⁰.

Elbette her iki belgedeki ilke ve kurallar, yargıçların görevlerini icra ederken başvurabilecekleri etik standartları oluşturmakta olup, tavsiye niteliğindedirler. Hiç şüphesiz bu belgelerdeki hiçbir hüküm, yargıçların bağımsızlık ve tarafsızlıklarına hanel getirecek şekilde yorumlanmamalı ve uygulanmamalıdır.

Görüldüğü üzere, yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı sadece kişisel niteliklerine değil, pek çok değişken unsura bağlı olup, bunların hepsi birden, bir uluslararası yargıcın işlevini bağımsız ve tarafsız olarak yerine getirmesi için bulunması gereken ön koşulları oluşturmaktadır. Bu ön koşullar elbette tahdidi olarak sayılmamakta ve uluslararası mahkemelerin statülerinde asgari koşullar olarak yerlerini almaktadır.

3. Hakemlerin Seçilmeleri ve Atanmaları Bakımından Yeterlilikleri

Yargıçların nitelikleri bakımından önemli bir unsur da, yargıç olarak seçilmeleri ve atanmalarına ilişkin işlemlerdir. Bu bağlamda devletlerin hakemleri seçme yetkisi, bir uluslararası yargı organının, devletlerin gösterdiği adaylardan oluşması nedeniyle kesin bir yetkidir.

Devletler, aday gösterecekleri yargıcın, aday gösteren devletin çıkarları da dahil olmak üzere, hali hazırdaki uyuşmazlık hakkında karar vereceğinin bilincinde olduklarından, kendi hukuk sistemlerinden gelen ve hatta ilgili devlet ile aynı ulusal değerleri paylaşan bir kişiyi aday gösterirler. Bu durum, yargıç adayının devlete ne kadar bağlı olduğu ve bu devletle olan bağlantısının, söz konusu yargıç adayını uluslararası yargı organına atanmaktan alıkoyup koymayacağı sorunlarını beraberinde getirmektedir. Uygulamada UAD'de görev yapan pek çok yargıç, daha önce BM bünyesinde veya ulusal düzeyde yargı

⁴¹⁰ International Criminal Court Code of Judicial Ethics, article 10.

organlarında tecrübe kazanmış veyahüt geçmişte kendi devletleri adına diplomat olarak görev yapmış kişilerdir. Uluslararası yargıç olarak görev yapabilmek için bütün mahkemelerin statüleri, yargıçların, vatandaşı oldukları devletlerin etkisi altında kalmadan görevlerini yerine getirebilecek, yüksek ahlaki nitelikleri haiz kişiler olmalarını gerektirmektedir. Aday gösterilebilmek için gerekli olan nitelikler, elbette mahkemenin niteliğine, uzmanlık alanına göre değişebilecek olsa da, adaylar genel olarak, kendi ülkelerindeki en yüksek yargı mensubu niteliklerini taşımak zorundadırlar⁴¹¹. Her uluslararası yargıç, eğitimini, belirli bir ulusal hukuk sistemi sınırları içinde almıştır ve bu durum onun söz konusu uluslararası mahkemeye katkısını etkileyebilecek olmakla beraber, uluslararası hukuk sistemi ile daha iyi özdeşleşebilmek için daha karma bir hukuk kültürü eğitimi almış olmak zorunda değildir. Bu entegrasyonu sağlayabilecek en iyi koşul, hukuk alanındaki nitelikler dışında, yargıç adaylarının mahkemenin çalışma dillerinden en az birini bilmeleri gerekliliğidir⁴¹².

Uluslararası mahkemelerin çoğunda her devlet, bir yargıç adayı göstermeye yetkilidir. Ancak uyuşmazlıklarının çözümü konusunda Daimi Tahkim Divanı'nın yargı yetkisini kabul eden devletler, yargıçlar listesinden mahkemeyi oluşturacak hakemleri seçeceklerdir. Bu liste, üye devletlerce atanan ve “uluslararası hukuk alanında yeterliliği bilinen, en yüksek ahlaki itibarı haiz ve tahkim yükümlülüklerini benimsemeye muktedir olan”, her devletin en fazla dört kişiyi aday gösterebildiği hakemlerden oluşmaktadır⁴¹³. Yargıç listesinde yer almakla

⁴¹¹ Bunun dışında örneğin UCM, yargıçların ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve insancıl hukuk konularında yetkin olmalarını gerektirmektedir. Rome Statute of International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90, Article madde 6/3(b). Buradan sonra “Roma Statüsü” olarak anılacaktır. Gayriresmi Türkçe tercümesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat/CDRS.htm>. UCM, diğer mahkemelerden farklı olarak yargıçların seçiminde göz önünde tutulacak unsurlara, kadın ve erkek yargıçların adil oranda temsilini de eklemektedir. Roma Statüsü, madde 6/3(b). Örneğin UAD, yüksek ahlaki karaktere sahip, kendi ülkelerinde en yüksek adli görevlerin yerine getirilmesi için gerekli koşulları benliklerinde toplayan ya da uluslararası hukuk alanında yetkileri herkesçe kabul edilmiş birer hukukçu niteliğinde olan kişiler arasından milliyetlerine bakılmaksızın seçilen bağımsız yargıçlardan oluşan bir kuruldur. UAD Statüsü, madde 2.

⁴¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. L.V. PROT, **The Latent Power of Culture and the International Judge**, Professional Books, Abingdon, 1979.

⁴¹³ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 45. 11 Ekim 2012 tarihi itibarıyla, Mahkeme Üyeleri listesinde, Türkiye Cumhuriyeti hükümetinin atamış olduğu ulusal hakem adayları, Profesör Haluk Burcuoğlu, Profesör Tuğrul Ansay ve Profesör Süha Tanrıver'dir, PCA, Members of the Court - Panel of Arbitrators, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1041 (son erişim: 11.09.2013).

birlikte, her bir devletçe atanan hakemler, listenin ulusal gruplarını oluşturmaktadırlar. Bu gruplardaki adaylar aynı zamanda, UAD üyelerinin seçiminde de aday gösterilecek yargıçlardır⁴¹⁴.

Örneğin, UAD yargıçları, Daimi Tahkim Divanı yargıçlar listesindeki yargıçlar arasından, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi tarafından seçilmektedir. Daimi Tahkim Divanı'nda temsil edilmeyen BM üyelerinin durumunda ise, adaylar, 1907 La Haye Sözleşmesi'nin 44. maddesinde öngörülen koşullara uyularak, hükümetlerince bu amaçla atanmış ulusal gruplar tarafından gösterilmektedir. Divan Statüsü'ne taraf olup da BM üyesi olmayan bir devletin, Divan üyelerinin seçimine hangi koşullar altında katılabileceği, bu konuda özel bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul tarafından belirlenmektedir⁴¹⁵. Statü'ye göre, ulusal gruplardan hiçbirisi, en çok ikisi kendi milliyetinden olmak üzere dörtten fazla aday gösteremeyecekler ve her halde, doldurulacak yer sayısının iki katından fazla aday gösterilemeyecektir⁴¹⁶.

UAD'nin yargıç adayı gösterme süreci, adayların doğrudan hükümetleri tarafından aday gösterilmeleri halinde söz konusu olabilecek siyasi değerlendirmeleri dışarıda bırakmayı amaçlamaktadır. Ancak bu haliyle de seçim sistemi, siyasi nitelik taşıdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴¹⁷. Kimi yazarlarca, ulusal grupların sırf Divan'a aday göstermek amacıyla hükümetlerce atanması ve hükümetlerin, mahkemenin oluşumunda önemli bir rol oynaması nedeniyle, ulusal gruplarca aday gösterilme işleminin yargıyı siyasallaştırdığı ileri sürülmektedir⁴¹⁸. Bu sistemin, özünde, devletlerarası tahkim için kurulduğu ve Divan'ın yapısına uymadığı da ileri sürülmektedir⁴¹⁹. Bazı yazarlar ise doğrudan hükümetlerin değil de grupların aday göstermesi işleminin yerindeliğini, özenle uygulandığı takdirde bu yöntemin, nitelikli adayların istihdam edilmesinde en elverişli yöntem

⁴¹⁴ UAD Statüsü, madde 4/1.

⁴¹⁵ UAD Statüsü, madde 2.

⁴¹⁶ UAD Statüsü, madde 5.

⁴¹⁷ Edward MCWHINNEY, "Law, Politics and Regionalism" in the Nomination and Election of World Court Judges, *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, Vol. 13, No. 1, 1986, s. 2.

⁴¹⁸ MCWHINNEY, 1986, s. 5.

⁴¹⁹ MCWHINNEY, 1986, s. 5-7.

olduğunu savunmaktadırlar⁴²⁰. Zira hakem mahkemelerinden farklı olarak Divan Statüsü'ne göre, her seçimde, Divan'a seçilecek kişilerin yalnızca istenen koşulları haiz olmaları değil, aynı zamanda kurul olarak belli başlı uygarlık biçimlerini ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerini temsil etmelerini de göz önünde bulundurulmalıdır⁴²¹. Yargıçların seçimi sisteminin siyasi etkilerden tamamen bağımsız olması mümkün olmayacaktır. Ancak yargı sürecinin tamamen siyasi etkilere göre şekillenmesini engelleyecek olan yegane unsurlardan biri de, hiç şüphesiz yargıçların seçimidir. Dolayısıyla asli ölçütün, yargıçların nitelikleri olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

E. Hakemlerin Hukuki Statüleri

1. *Ad-hoc* ve Ulusal Hakemler

Uluslararası yargıçlar ve hakemler, kendilerini aday gösteren ya da atayan devletten ya da mahkemeyi yaratan uluslararası örgütten ve taraflardan bağımsızdırlar. Ancak genellikle, ilgili mahkemede ulusal yargıcı bulunmayan devletler bakımından *ad-hoc* yargıç atama imkanı bulunmaktadır. Sadece bir dava için tayin edilen ve mahkemenin daimi üyelerinden olmayan yargıca *ad-hoc* yargıç denmektedir⁴²². *Ad-hoc* yargıcın, kendisini atayan devletin vatandaşı olması zorunluluğu bulunmadığı gibi, taraflardan biri ile aynı milliyetten de olabilecektir. *Ad-hoc* yargıçlar da diğer yargıçlardan oluşan yargıç kürsüsünde yer alır ve onlarla eşit konumdadır⁴²³. Ancak bu durumun aksi taraflarca ya da mahkemenin statüsünde kararlaştırılabilecektir. Örneğin *ad-hoc* yargıçlar, kıdem sırası itibariyle Divan'ın daimi yargıçlarından sonra gelmektedirler⁴²⁴. Divan'da *ad-hoc* yargıç tayin edildiği takdirde bu yargıçlar, Divan'ın oluşumu için gerekli çoğunluğun

⁴²⁰ G. ABI-SAAB, “*Damrosch, Ensuring the Best Bench: Ways of Selecting Judge*” in Connie Peck, Roy S. Lee, **Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice**, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1997, s. 188-206.

⁴²¹ UAD Statüsü, madde 9.

⁴²² AKİPEK, 1968, s. 43; Boleslaw Adam BOCZEK, **International Law: A Dictionary**, 2005, parag. 298.

⁴²³ BOCZEK, 2005, parag. 304, 309, 395.

⁴²⁴ Rules of Court (1978), Adopted on 14 April 1978 and Entered Into Force on 1 July 1978, article 7/3, <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0> (son erişim: 12.06.2013). Buradan sonra “UAD Muhakeme Kuralları” olarak anılacaktır.

hesabına katılmamakta, bu durumda en fazla on yedi yargıçla dava görülmektedir⁴²⁵.

Ad-hoc yargıç ve ulusal yargıç kavramları çoğunlukla birbirlerinin yerine kullanılmakla beraber; örneğin UAD’de, *ad-hoc* yargıcın ilgili devletin vatandaşlarından olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Akipek’e göre, uluslararası yargıda “ulusal yargıç” kavramı, uyuşmazlığın tarafı olan devletin, doğrudan doğruya kendi iç hukukuna göre tayin ettiği ve gerektiğinde o devletin temsilcisiymiş gibi hareket eden yargıca hasredilmelidir. Divan üyesi bir yargıcın, davada taraf devletlerden birinin vatandaşı olması, onun uluslararası yargıç vasfına halel getirmemelidir. *Ad-hoc* yargıçtan ulusal yargıç diye bahsetmek, onun hakkında peşin hükme varmak olur ki nitelikleri itibariyle Divan üyeleri arasında ayırım yapmamak gerekmektedir. *Ad-hoc* yargıç atanması, usulü itibariyle ulusal yargıç ataması usulüne yaklaşıp da, yargıcın kendisini seçen devletin vatandaşı olması gerekmediğinden ve daimi yargıçlarla aynı koşullar altında mahkemeye iştirak ettiğinden, yalnızca o davaya mahsus yargıç anlamında *ad-hoc* yargıç denmesi daha makul olacaktır⁴²⁶.

UAD Statüsü’ne göre, taraflardan her birinin uyrukluğunda bulunan yargıçlar, Divan önüne getirilen davanın görülmesine katılma hakkını korumaktadırlar. Divan’da taraflardan birinin uyrukluğunda bir yargıç bulunuyorsa, diğer taraf, yargıç sıfatıyla oturuma katılmak üzere dilediği kişiyi atayabilmektedir. Yine, Divan’da taraflardan hiçbirinin uyrukluğunda yargıç yoksa, taraflardan her biri, birer ulusal yargıç atayabilmektedirler⁴²⁷.

1907 La Haye Sözleşmesi de hakemlerin milliyeti ile ilgili hükümler içermektedir. Örneğin, Daimi Tahkim Divanı önündeki bir uyuşmazlıkta, yargıçlar listesinden davet edilecek yargıçlar davaya bakacaktır. Ancak tarafların mahkemenin teşkili konusunda anlaşamamaları halinde, tarafların her biri, kendi milliyetinden olabilecek ikişer üye atayacak; bu hakemler de mahkeme başkanını seçeceklerdir. Başkan seçiminde eşit oy verilmesi halinde, tarafların ortak seçtiği üçüncü bir devlet tarafından başkan seçilecektir. Taraflar ortak bir karara

⁴²⁵ UAD Muhakeme Kuralları, madde 1.

⁴²⁶ AKİPEK, 1968, s. 45.

⁴²⁷ UAD Statüsü, madde 31.

varamazlarsa, her iki taraf, farklı bir devlet seçecek ve başkanın seçimi hakkında bu devletler karar verecektir. Bu devletler de iki ay içinde bir anlaşmaya varamazlarsa, her biri, yargıçlar listesinden, taraflarca seçilmiş olan üyeler ve tarafın milliyetinden olanlar dışında iki aday belirleyecekler, bu adaylar da ad çekme yöntemiyle mahkemem başkanını belirleyeceklerdir⁴²⁸.

Örneğin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne Model Kuralları'na göre, uyuşmazlığın tahkime havale edilmesi talebinden veya Divan'ın ön sorun kararından sonraki üç ay içinde hakem mahkemesi teşkil etmezse, Divan Başkanı, taraflardan birinin isteği üzerine, henüz belirlenmemiş olan hakemleri atamalıdır. Eğer Başkan'ın yargılama engeli varsa veya taraflardan birinin vatandaşı ise atamalar Başkan Yardımcısı tarafından yapılmalıdır. Başkan Yardımcısı'nın yargılama engeli varsa ya da taraflardan birinin vatandaşı ise atamaları, taraflardan birinin vatandaşı olmayan, Divan üyelerinden en eskisi yapmalıdır. Görüldüğü üzere tarafların atayacağı birer mahkeme üyesinin mutlaka tarafların milliyetinden olması gerekmemektedir. Ancak tarafların mahkemeyi oluşturamaması üzerine yetkisi devreye girecek olan ve atama makamı işlevini gören UAD Başkanı'nın taraflardan birinin vatandaşı olmaması gerekmektedir⁴²⁹. *Ad-hoc* yargıçlar her ne kadar kural olarak devletlerinden bağımsız hareket etmek durumunda iseler de, Divan önündeki davalarda *ad-hoc* yargıçların, milliyetinde bulunduğu devlet aleyhine oy kullanmaları çok mümkün görünmemektedir⁴³⁰.

Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine İlişkin Seçimlik Kuralları'nın hakemlerin atanması usulü hakkındaki hükümlerinde ve UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda ise hakemlerin milliyeti ile ilgili hüküm bulunmamaktadır.

Bir mahkemede görev yapan ve belirli bir davada yargılama görevini yerine getiren bütün yargıç ya da hakemler eşit konumdadır. *Ad-hoc* yargıçlar için yargıçlar arası eşitliğin bozulduğu tek bir durum vardır. Oyların eşitliği

⁴²⁸ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 45.

⁴²⁹ 1958 ILC Model Rules, article 3.

⁴³⁰ Il Ro SUH, "Voting Behavior of National Judges in International Courts", *Am. J. Int'l L.*, Vol. 63, No. 2, April 1969, s. 224-236

durumunda, mahkeme başkanı veya başkan vekili, belirleyici nitelikte oy kullanmaktadır⁴³¹.

Uluslararası mahkemeler ya da hakem mahkemeleri önünde görülen davaların çoğunda, ulusal yargıçların bulunması, tahkim ve yargısal çözümün tarihi geçmişinden gelen bir uygulamadır. Tarafların yargıçlarının milliyeti ile yargılama sürecinin adilliği arasında bir analogi kurulup kurulamayacağı, çok defalar uluslararası hukukçular için tartışma konusu olmuştur. Ulusal yargıçların adalet amacı ile bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin eleştiriler büyük ölçüde, uygulamaya ilişkin değerlendirmelerden çok, “kimse kendi davasında yargıç olamaz” gibi adalete ilişkin genel ilkeler üzerinde yoğunlaşmaktadır⁴³².

Ad-hoc yargıçlar hakkında yapılan eleştiriler, uyuşmazlık doğduktan ve yargılamaya ilişkin usul işlemleri kısmen başladıktan sonra, tarafların yargıç atamalarının altında yatan nedenin, kuvvetle muhtemel, bu yargıcın davada kendi devletinin görüşlerinden yana hareket edeceğini garanti altına almak olmasına ilişkindir⁴³³. Böyle bir yargıç, mahkemenin işlevine sınırlı bir katkıda bulunurken, yargıç kürsüsünün birliğini de bozabilecek, yargıçlar arasındaki birlik ruhuna uyumsuzluk getirebilecektir. Bu eleştirilere göre, *ad-hoc* yargıçların yargılama yapmasının, tahkim yargılamasındaki sakıncası da, hakemlerin sadece geçici olarak hizmet etmeleri nedeniyle, daimi yargıçlık tecrübelerinin bulunmamasıdır⁴³⁴.

Daimi bir yargıç olarak görev yapmak ile ulusal ya da ulusal olmasa bile *ad-hoc* yargıç olarak görev yapmak arasındaki en önemli fark, bu kişilerin seçim

⁴³¹ UAD Statüsü, madde 55.

⁴³² LAUTERPACHT, 1933, s. 231-241; William SAMORE, “*National Origins v. Impartial Decisions: A Study of World Court Holdings*”, **Chi.-Kent L. Rev.**, Vol. 34, 1996, s. 207; SIMPSON / FOX, 1959, s. 88.

⁴³³ Proföör Klaus P. Berger’e göre, tarafların kendi atadıkları ulusal ya da *ad-hoc* hakemden bazı beklentileri olacaktır. Hiç kuşkusuz taraflar, kendi atadıkları hakemin, davalarını kazanmalarını yardımcı olup olmayacağını görmek isteyeceklerdir. Çoğu zaman taraflarca atanan hakem, hukuki kariyeri ya da taraflarla olan yakın ilişkileri için değil, tarafların davayı kazanmalarına yardımcı olacağı beklediği için atanmıştır. Bu anlamda taraflar hakemlerinden, davanın esasına hakim, kendisini atayan tarafa davayı kazandıracak şekilde konum almasını beklemektedirler. Lecture of Professor Klaus P. Berger, Cologne Academy on International Commercial Arbitration, September 2-6, 2012, Cologne, Germany.

⁴³⁴ Mahomedali A. CHAGLA, Rule of Law and the International Court of Justice, **Proceedings of the American Society of International Law**, 1960, s. 242; E. REUT-NICOLUSSI, “*The Reform of the Permanent Court of International Justice*”, **Grotius Society Transactions**, Vol. 25, 1940, s. 144-149.

usullerinden kaynaklanmaktadır. Daimi yargıçlar, Daimi Tahkim Divanı ulusal grupları içinden aday gösterilmekte veya özel olarak Divan Statüsü'ne taraf devletler tarafından belirlenmekte ve Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul tarafından seçilmekte iken, *ad-hoc* yargıçlar davanın taraflarınca atanmaktadırlar. Bir başka farklılık ise iki grup yargıcın görev süreleri ile ilgilidir. Bütün uluslararası yargıçların görev süreleri, sınırlı ve yenilenebilir niteliktedir. Örneğin Daimi Tahkim Divanı yargıç listesinde bulunan aday yargıçların görev süresi altı yıl olup, tekrar seçilmeleri mümkündür⁴³⁵. UAD'nin yargıçlarının görev süresi dokuz yıl olup, bunların da tekrar seçilmeleri mümkündür. Aksine hüküm olmadığı takdirde, bir yargıcın iki defadan fazla seçilmesi de mümkündür. UAD'de yargıçların üçte biri, her üç yılda bir yenilenmekte ve bu kural, büyük ölçüde Divan'ın bağımsızlığına hizmet etmektedir⁴³⁶. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde ise dokuz yıllık görev süresi dolan yargıçların ikinci kez seçilmeleri mümkün değildir⁴³⁷. Kurumsal mahkemelerde yargıçların emekliliği ise genelde mahkemelerin iç yönetimine ilişkin olarak kabul edilen kurallar ile saptanmaktadır⁴³⁸. Ancak *ad-hoc* yargıçlar, nitelikleri gereği, yalnızca atandıkları davanın muhakemesi süresince görev yapmakta, nihai karar verildikten sonra görevleri sona ermektedir.

Günümüz itibariyle devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde ulusal hakem uygulaması, uluslararası yargının bir parçası haline gelmiştir. Bu konudaki muhalif görüşlerin temelinde de uygulamadaki adaletsizliklerden ziyade, teorik eleştiriler yatmakta olup, sistemin bu haliyle işlevsel olduğu kabul edilmektedir. Egemen devletlerin süjesi bulunduğu uluslararası toplumda, bunun aksi bir uygulamanın kabul görmesi de çok kolay görünmemektedir⁴³⁹.

2. Hakemlerin Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkları

Uluslararası mahkemelerde görev yapan yargıçlar da dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan faydalanmaktadırlar. Ancak yargıçlara tanınan dokunulmazlık ve

⁴³⁵ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 44.

⁴³⁶ UAD Statüsü, madde 13; **International Law, Vol V: Disputes, War and Neutrality**, Edited by Sir Elihu Lauterpacht, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 104-105.

⁴³⁷ Roma Statüsü, madde 9.

⁴³⁸ UAD Statüsü, madde 32/7.

⁴³⁹ SUH, 1969, s. 236.

ayrıcalıklar, diplomatik temsilcilere tanınanlardan daha farklı nitelik arz etmektedir. Zira diplomatik temsilciler gönderen devlet adına hareket etmekte iken yargıçlar, kendi devletlerinin her türlü yönlendirme ve etkisinden bağımsız hareket etmektedirler⁴⁴⁰.

Yargıçların diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan faydalanması, mahkemelerin statülerinde, anlaşmalarda ve tahkim kurallarında ifade edilmektedir. UAD Statüsü'ne göre, Divan'ın üyeleri, görevleri sırasında diplomatik ayrıcalık, bağışıklık ve dokunulmazlıklardan yararlanırlar⁴⁴¹. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne taraf devletler, Mahkeme'nin Dokunulmazlık ve Ayrıcalıklarına ilişkin Anlaşma'yı kabul etmişlerdir⁴⁴². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için Avrupa Konseyi'ne üye devletler, Avrupa Konseyi Ayrıcalık ve Dokunulmazlıkları Genel Anlaşması'nı kabul etmişlerdir⁴⁴³. Bu anlaşmalar, yalnızca mahkeme üyelerine değil, mahkemede çalışan diğer personele de yöneliktir. Bunlara göre mahkemenin takdirine bağlı olarak dokunulmazlıklardan feragat etmek mümkündür. Bu dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, görevlerini ifa ederken, özellikle vatandaşlığını taşıdığı devletin davasına bakan yargıçların, sözlü ya da yazılı ifadeleri ve hareketlerinden de sorumsuz olmalarını temin etmektedir. Yargıçların dokunulmazlık ve ayrıcalıklarının uygulanması, uluslararası mahkemeler ve ilgili devletlerarasındaki andlaşmaların idare heyetlerince güvence altına alınmaktadır.

Hakemlerin dokunulmazlık ve ayrıcalıklarına gelince, örneğin 1907 La Haye Sözleşmesi'ne göre: “*Mahkeme üyeleri, kendi ülkelerinin dışında görevlerini icra ederken dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan faydalanırlar*”⁴⁴⁴. Daimi Tahkim Divanı yargıçlarının, personelinin ve işlemlere katılanların (avukatlar, temsilciler, tanıklar) işlevlerini yerine getirebilmeleri amacıyla, kabul eden devlet ile Daimi Tahkim Divanı Kabul Eden Devlet Anlaşması yaparak, işbirliği içinde hareket etmektedir. Bu işbirliği özellikle, Kabul Eden Devlet

⁴⁴⁰ Stephen M. SCHWEBEL, “*National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice*”, **Int'l & Comp. L.Q.**, Vol. 48, No. 4, October 1999, s. 889-890.

⁴⁴¹ UAD Statüsü, madde 19.

⁴⁴² Agreement on the Privileges and Immunities of the International Criminal Court, Adopted by the Assembly of States Parties, First session, New York, 3-10 September 2002, 2271 U.N.T.S. 3.

⁴⁴³ General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe, 02.09.1949, European Treaty Series - No. 2.

⁴⁴⁴ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 46/4.

Anlaşması'nın, kabul eden devletin, görülmekte olan dava için Daimi Tahkim Divanı'nın ihtiyaç duyacağı imkan ve hizmetlerinden (çalışma alanı, toplantı alanı, sekretarya hizmetleri gibi) faydalanabilmesini ve yine görülmekte olan dava bakımından yargıçlara ve mahkeme sürecine katılanlara ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar (vergi muafiyeti, hukuki işlemler sırasındaki konuşma ve yazma faaliyetlerine ilişkin belirli koşullar altında dokunulmazlık gibi) tanınmasını temin etmesi bakımından önemlidir⁴⁴⁵.

3. Devletlerarası Tahkimde Hakemlerin Rolü

Bütün yargı organları gibi uluslararası mahkemeler, uyuşmazlıkların hukuka uygun olarak çözmek amacıyla kurulmuşlardır. Uyuşmazlıkların barışçıl çözümünü amaçlayan diplomatik yollardan farklı olarak uluslararası yargı organları, hukuk kurallarının kapsamını ve anlamını belirlemek, anlaşmaları yorumlamak, örf adet hukuku kurallarını tanımlamak suretiyle uluslararası hukukun gelişimine de katkıda bulunmaktadır. Mahkeme kararları yalnızca taraflar bakımından bağlayıcı olsalar da, uluslararası yargı, tutarlılığı ve gerekçeli kararları ile uluslararası hukuka hizmet etmektedir.

Hukukun, mahkemeler aracılığıyla gelişimi bağlamında, uluslararası yargının ihtiyarılığı nedeniyle uluslararası mahkemeler kaçınılmaz olarak, tarafların kendilerine sunduğu uyuşmazlıkları değerlendireceklerdir. Bu da, kuvvet kullanımı ve tehdidi yasağı, uluslararası insancıl hukukun gereklilikleri gibi siyasi etkiden kurtulamayan ihtilafli hukuki meselelerin büyük çoğunluğunun uluslararası mahkemeler önüne gelmeyeceği ya da çok nadiren geleceği anlamına gelmektedir. Ancak her halükarda, uluslararası yargı organlarının sayılarının artması, yargıçlara, uluslararası hukukun gelişimi ve somutlaşmasında rol oynama imkanı vermekte ve bu görevi üstlenen yargıçların bazı kişisel yetenekleri haiz olmasını gerektirmektedir.

Uluslararası yargı organlarının faaliyetleri bağlamında, her bir yargıcın rolü ve etkisi, büyük ölçüde yargıcın kişiliğine ve tecrübelerine bağlı olarak değişebilecektir. Ancak hiç şüphesiz, bütün yargıçların, hem mahkeme karşısında

⁴⁴⁵ PCA, Host Country Agreements, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1280, (son erişim: 02.11.2012).

hem de nihai karara etkileri bakımından mesleki sorumlulukları bulunmaktadır. Olması gereken, uluslararası yargıçların, bilgi ve becerileri ve karar alma aşamasındaki ikna edici tavırları aracılığıyla, kendi ulusal hukuki geçmişini yansıtmaksızın karar almaları ve diğer usul aşamalarında hem diğer yargıçlar hem de taraflar ile işbirliği içinde çalışmalarını⁴⁴⁶. Bu nedenle yargıçlar, her ne kadar nihai kararda eşit olarak pay sahibi olsalar da, yargılama sürecine farklı oranlarda katkıda bulunabilmektedirler. Elbette yargıçların karara ilişkin değerlendirmeleri gizli gerçekleştiğinden, bu konudaki katkıları, ancak olumlu ve olumsuz görüşlerinde belirttikleri kadarıyla bilinmektedir. Ancak her bir yargıcın bireysel önemi, tarafların argümanlarını ve delilleri değerlendirirken, -nihai karar taslağı hazırlayan bir raportörün olmadığı davalarda- kararın ana taslağını çizerken ve olumlu ve olumsuz görüşlerini kaleme alırken kendisini gösterecektir. Yargıçlar, olumlu veya olumsuz görüşlerini karara eklerken, uluslararası hukuk kurallarının dava konusu uyuşmazlıkta kesin olarak saptanamadığı ya da ihtilaflı olduğu belirli davalarda bu imkanı kullanmakta ve böylelikle hem çoğunluğun verdiği kararın anlaşılmasına, hem de azınlık görüşlerinin bilinmesine katkıda bulunmaktadır. Hukuki görüşlerin, olumsuz görüşlerde bireyselleşmesi, hem kurumsallaşmış uluslararası yargı organlarında, hem de mahkeme kürsüsünün, özellikle de *ad-hoc* yargıçların tarafların tercihlerine göre şekillendiği hakem mahkemelerinde önemli rol oynamaktadır⁴⁴⁷.

Hakemlerin belirli bir davadaki rolü, temel olarak yargılama usulünün taraflarca hazırlanma ilkesine ya da re'sen inceleme ilkesine dayanmasına göre de şekillenmektedir. Taraflarca hazırlanma ilkesine başvurulmuş bir davada yargıç, tarafların sunduğu delilleri ve argümanları dinlemekte ve davayı karara bağlamaktadır. Olaylar ve uygulanacak hukuk hakkında re'sen araştırma yapmamakta, tarafların taleplerine bağlı kalmaktadır. Oysa re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir davada yargıç, bütün bu işlevleri kendiliğinden yerine getirmekte ve taleple bağlı olmamaktadır⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ OELLERS-FRAHM, 2008, parag. 27.

⁴⁴⁷ OELLERS-FRAHM, 2008, parag. 28.

⁴⁴⁸ Claude REYMOND, "Civil Law and Common Law Procedures: Which is More Inquisitorial?", *Arbitration International*, Vol. 5, 1989, s. 357.

Bu ilkelerden herhangi birine başvurulması dışında, yargıçların tahkim yargılamasındaki rolünü belirleyen bir başka teknik unsur, yargılamanın ulusal ya da uluslararası alanda gerçekleştiği meselesidir. Ulusal yargıç, yargılama yetkisini yargılamanın gerçekleştiği devletin hukukundan (*lex fori*) alırken, uluslararası yargıç bu yetkiyi herhangi bir devletin iç hukukundan almamaktadır⁴⁴⁹.

Devletlerarası tahkimde hakem ya da hakemlerin işlevi, hakemin görev tanımına bakılarak da anlaşılabilir. Hakemin, uyuşmazlığın taraflarınca yönetilen bir sürece gözlemci olarak katılmak veya bu sürecin bir parçası olmak noktasındaki tavrı, tahkim sürecinde ne derece aktif ve belirleyici rol oynadığı ile ilgili bir sorundur. Çoğu zaman hakeme, tahkim sürecinde, özellikle de delillerin değerlendirilmesinde aktif bir rol biçmek, muhakemenin adil ve hızlı bir şekilde ilerlemesine hizmet etmektedir. Zira tarafların her biri, farklı ülkelerden, farklı yargı sistemlerinden ve farklı hukuk sistemlerinden gelmekte; muhakemenin ilerleyişine, kendilerine tanınan yetkilere ve hakemlerin münhasır yetkilerine ilişkin olarak tamamen farklı hukuki görüşlere sahip olan temsilciler tarafından temsil edilebilmektedirler. Bu noktada belki de en önemli görev, muhakeme sürecinin harekete geçirici gücü olarak çalışan mahkeme başkanına düşmektedir⁴⁵⁰.

Başka bir önemli husus, hakem ya da hakemlerin yetkilerinin sınırlarını belirlemesi bakımından tahkime uygulanacak usul kurallarıdır. Davanın esasına uygulanacak hukuk kuralları, hakemin taraflara tanıdığı hareket alanını belirlemesi bakımından davanın gidişatını ve hakemlerin rolünü belirleyici bir başka unsurdur⁴⁵¹.

Hakem, daha önce de muhtelif defalar belirttiğimiz ve bilindiği üzere, yetkilerini, tarafların kabul ettiği tahkim anlaşmasından almaktadır. Kendisine verilen yetkiler çerçevesinde hakem, tarafların kendisine biçtiği rol ile sınırlı olarak yükümlülüklerini yerine getirmektedir. Tarafların bu konudaki iradelerinin, hakemin rolünü tanımlayan ve sınırlayan bir önceliğinin olup olmadığı veya hakemin, uyuşmazlığın esasına olduğu kadar usul kurallarına ilişkin olarak da

⁴⁴⁹ OELLERS-FRAHM, 2008, parag. 28.

⁴⁵⁰ OELLERS-FRAHM, 2008, parag. 29.

⁴⁵¹ BERNARDINI, 2004, s. 116.

aktif bir rol oynayıp oynayamayacağı meselesi, tahkim işlevine tanınan otonominin kapsamı ile ilgilidir. Bu konudaki eğilime bakıldığında, uluslararası toplumda uyuşmazlıkların barışçıl bir çözüm yolu olarak tahkime olan eğilimin, uluslararası ticaret hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda artış gösterdiği tartışılmaz bir gerçektir. Devletler günümüzde hem ulusal hukuklarında tahkimi desteklemekte, hem de hakemlerin tarafsızlığı, hukuka uygun yargılama, karara uyma gibi ilkeleri kamu politikalarının bir parçası haline getirmekte ve hükmün tanınmaması veya icra edilmemesini yaptırıma bağlamaktadırlar.

Bir devletin, uluslararası ticari tahkimden beklentisi, ticari tahkime ilişkin anlaşmalarla hakemlere daha geniş yetkiler tanımak suretiyle, başka devletlerle olan uyuşmazlıklarını hızlı ve barışçıl bir şekilde çözmek ve bu yolla ekonomik ilişkilerine ivme kazandırmaktır⁴⁵². Hakemlere tanınan yetkilerin, devletlerarası ilişkilerin söz konusu olduğu uluslararası topluma uygulanması, hakemin konumunu, sadece tarafların taleplerini yerine getiren bir makam olmaktan çıkarıp, yasal bir zemine oturtacaktır. Devletlerin, tahkimin işlevini her zaman sorgulayacakları gerçeği bir yana; geçmiş uygulamaların, hakemin yetkilerinin genişletilmesi eğiliminin, bir dayatma anlamında değil, ancak taraflarla işbirliği eşliğinde yürütülen bir yargılama ile çözüme ulaşılması ile işlevsel olabileceğini gösterdiği savunulmaktadır⁴⁵³. Hakemin, yargılamanın en başından itibaren uyuşmazlığın tarafları ve temsilcileri arasında iletişime dayalı bir bağlantı kurması ve re'sen araştırma ilkesinin taraflarca hazırlanma ilkesi karşısındaki üstünlüğünü kabul etmek yerine, “etkileşimli tahkim” olarak nitelendirilebilecek olan yönetme başvurusu, tahkim sürecini daha kısa sürede ve daha adil çözüm ile sona erdirebilecektir⁴⁵⁴. Bu yöntemde hakem, faaliyetlerinin taraflarca peşin hüküm (prejudgement) olarak algılanmayacağı uygun yargılama zemini oluştuğunda, tarafların sunduğu argümanlardan başka detaylı argümanları görmek isteyebilecek ve bu amaçla taraflarla sürekli bir etkileşim içinde olabilecektir. Bu elbette hakem ya da hakemler, taraflar ve temsilcilerin hepsinin aralarında işbirliğini, uzman

⁴⁵² Piero BERNARDINI, “The Role of International Arbitrator”, **Arbitration International**, Vol. 20, 2004, s. 116.

⁴³² BERNARDINI, 2004, s. 116.

⁴⁵⁴ Bernardo M. CREMADES, “Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration”, **Arbitration International**, Vol. 14, 1998, s. 157;

hukuk danışmanlarını ve sorunlara çözüm bulma konusunda tarafların istekli olmasını gerektirmektedir⁴⁵⁵.

Hakem ve taraflar arasında işbirliği olan bir yargılama, tarafların mahkeme önünde dinlenilme ve bunun gibi diğer usul haklarına saygılı, etkili ve ekonomik bir yargılama olacaktır. Etkileşimli tahkimin temin edilebilmesi için yargılama sürecinin başlangıcında, hakem ya da hakemlere, özellikle de mahkeme başkanına daha aktif bir rol verilmelidir. Mahkeme başkanının, tarafların gereksinimlerini anlamaya, onları dinlemeye muktedir olması gerekmektedir ki böylece başkan, tahkim sürecini, uyuşmazlık halindeki menfaatleri karara bağlayacak şekilde yönetebilecektir. Bu noktada mahkeme başkanın tecrübesi ve dava konusu somut olayın kendine has özellikleri de göz önünde tutularak, muhakeme başlamadan önce taraflar ile duruşma öncesi bir toplantı yapılabileceği önerileri getirilmektedir⁴⁵⁶. Böylece hakem dava konusu olaylara önceden vakıf olabilecek ve taraflara muhakeme başladığında ne şekilde hareket etmeyi planladığını gösterebilecektir. Hakemler ve taraflar birbirlerini yakından tanıma imkanı bulacak, yüz yüze oldukları sorunu ayrıntılı olarak tahlil edebilecek ve uyuşmazlık üzerinde görüş birliğine varılabilmesi kolaylaşacaktır. Taraflar da kendi hukuk sistemlerinin yargılama usullerine alışık oldukları için tahkim sürecinde uygulanacak usule uyum sağlama imkanına sahip olacaklar, muhakemenin gereksinimleri hakkında önceden bilgilendirilerek, muhakemenin daha hızlı ve kolay sonuç vermesine yardımcı olacaklardır. Bu durum, hakem ya da hakemleri, gözlemci pozisyonundan çıkararak tahkim sürecinde aktif bir rol oynar hale getirecektir. Hakemin bu rolü oynayabilmesi için muhakemenin en başından itibaren taraflara yeterli zamanı ayırması ve gereksiz gecikmelere neden olacak şekilde hareket etmemesi gerekmektedir⁴⁵⁷.

Hakemin aktif rol oynadığı bir başka aşama delillerin sunulması aşamasıdır. Bu noktada hakem, delillerin sunulması aşamasını, tarafların iddialarını dayandırdıkları deliller veya kendisi bakımından gerekli gördüğü deliller ile sınırlandırabilecektir. Hakemlerin genel eğilimleri, sunulan bütün delilleri kabul etmektense, kararı müzakere etmeye mesai ayırmaktan yanadır. Ancak

⁴⁵⁵ CREMADES, 1998, s. 159.

⁴⁵⁶ BERNARDINI, 2004, s. 120.

⁴⁵⁷ BERNARDINI, 2004, s. 121.

hakemlerin, tarafların da mutabakatıyla, örneğin dava bakımından yeterli şekilde belgelenmiş hususları önceden tanıyarak, o hususlarda daha fazla delil sunulmasına ihtiyaç olmadığını saptaması; tarafların dikkatini üzerinde uyuşmazlık olan hususlara yoğunlaştırmak suretiyle diğer konular üzerinde herhangi bir anlaşmazlık olmadığını belirlemesi ve böylece zaman kaybını önlemesi mümkündür⁴⁵⁸.

Hakemin bir yandan ileriye dönük aktif rolünü geliştirmeye çalışırken, diğer yandan tarafların gözünde, dava konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak erken bir karara vardığı ve yargılamayı da bu karara gitmeyi sağlayacak şekilde yönlendirdiği izlenimi de yaratmaması gerekmektedir. Bu durum aşağıda anlatacağımız üzere hakemin reddi nedenlerinden de biri olacak şekilde, hakemin tarafsızlığını ve bağımsızlığını şüpheye düşürecektir.

4. Hakemlerin Çekilmesi ve Reddi

Yargıcın, dava ile ilgili kişisel menfaatleri ya da önceki bağlantıları nedeniyle davaya bakmasının uygun olmayacağı durumlar söz konusu olduğunda, tarafsızlığı ve bağımsızlığı şüpheye düşecektir. Yargıçlık görevini icra etmekten alıkoyacak nitelikte, bu görevle bağdaşmayan haller, genellikle mahkeme statülerinde ve tahkim kurallarında yer almaktadır. Bu sınırlamalar, yargıcın, dava konusu uyuşmazlık ya da taraflar ile olan önceki bağlantılarına dayanabileceği gibi, daha önce dava konusuna ilişkin bir uyuşmazlıkta temsilci, vekil, avukat, bilirkişi veya taraflardan birinin yetkisinde veyahut yargıç olarak görev yapmış olduğu durumlara ilişkin olabilecektir. Bunun yanında, davanın herhangi bir şekilde sonuçlanmasında, söz konusu yargıcın olumlu ya da olumsuz bir menfaati ya da taraflardan biri ile kişisel bir ilişkisi de bulunabilecektir⁴⁵⁹.

Örneğin UAD üyeleri, herhangi bir davada temsilci, vekil ya da avukat sıfatıyla hareket edemezler; daha önce taraflardan birinin temsilcisi, vekili ya da avukatı sıfatıyla, uluslararası ya da ulusal bir mahkemenin, bir soruşturma komisyonunun üyesi olarak veya benzer bir yetki ile hareket ettikleri davada yer

⁴⁵⁸ BERNARDINI, 2004, s. 121.

⁴⁵⁹ Jeffrey Maurice WAINCYMER, “Reconciling Conflicting Rights in International Arbitration: The Right to Choice of Counsel and the Right to an Independent and Impartial Tribunal”, *Arb. Int'l.*, Vol. 26, 2010, No. 1, s. 598

alamazlar. Bunlara ilişkin olarak yargıçlar hakkında herhangi bir tereddüt olması halinde, kararı Divan vermektedir⁴⁶⁰. Örneğin UCM Başkanlığı, belirli koşullar altında, bir yargıcın talebi üzerine, görevini yerine getiremeyeceğini kabul edebilmektedir. Herhangi bir gerekçe ile tarafsızlığı ciddi şekilde şüpheye düşen yargıç, ilgili davaya katılamayacaktır. Eğer yargıç, mahkeme önündeki davada veya dava ile ilgili hakkında soruşturma ya da kovuşturma açılmış olan kişiyi ilgilendiren ulusal düzeydeki bir ceza davasında herhangi bir sıfatla yer almışsa, söz konusu davaya bakma ehliyeti bulunmamaktadır. Yargıcın reddine ilişkin hususlar, reddedilen yargıcın yorumlarını açıklamasına izin verilerek, ancak söz konusu yargıcın bulunmadığı bir oturumda, diğer yargıçların çoğunluğu tarafından karara bağlanmalıdır⁴⁶¹. Yargıçlara yapılan itirazları karara bağlayacak olan makam mahkemenin kendisi veya mahkeme başkanıdır.

Yargıçların, belirli bir davaya bakmalarına engel olabilecek türden nedenlerin olması durumunda, kendiliğinden çekilmeleri gerekmektedir. Kural olarak uluslararası yargıçları gerekçesiz olarak azletmek mümkün değildir. Ancak uluslararası mahkemelerin statüleri, bir yargıcın gerekli koşulları karşılayamadığı durumlarda, azledilebileceklerini düzenlemektedir. Örneğin, UAD üyeleri, öteki üyeler tarafından istenen koşulları artık taşımadıklarına oybirliğiyle karar verilmedikçe, görevden alınamazlar⁴⁶². Örneğin, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları'na göre, mahkemenin teşkilinin ardından taraflar, maddi bir olayın varlığına dayanarak hakemlerden birinin azledilmesini teklif edebilecektir. Teklifte bulunan taraf, mahkemenin teşkilinden önce, mevcut hakem atamasının, daha önce bilmediği maddi bir olay ya da hile sonucu gerçekleştiğini ispat edebilirse, bu tarihe kadar gerçekleşen olaylar nedeniyle hakemin azlını isteyebilecektir. Her iki halde de nihai karar, mahkemenin diğer üyeleri tarafından verilebilecektir. Eğer mahkeme tek hakemliyse ve taraflar aksini kararlaştırmamışsa, hakemlerin azledilmesi sorunu, tarafların başvurusu üzerine Divan tarafından karara bağlanmalıdır⁴⁶³.

⁴⁶⁰ UAD Statüsü, madde 17.

⁴⁶¹ Roma Statüsü, madde 41.

⁴⁶² UAD Statüsü, madde 18.

⁴⁶³ 1958 ILC Model Rules, article 6/1,2.

Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları ise hakemlerin reddi ve azli meselesini daha ayrıntılı düzenlemektedir. Buna göre, atanması muhtemel olan hakem adayı, tarafları, atanması halinde tarafsızlığına ve bağımsızlığına haklı olarak şüphe düşürebilecek her durumdan, haberdar etmelidir. Aynı şekilde hakem, bir kere atandığında ya da seçildiğinde, daha önceden bu konuda bilgisi olmayan tarafları, böyle durumlar hakkında bilgilendirmelidir⁴⁶⁴. Aynı Kurallar'a göre, hakemin bağımsızlığını ve tarafsızlığını şüpheye düşürecek haklı nedenlerin olması durumunda hakem reddedilebilir. Bir taraf, kendi atadığı hakemi, atamasından sonra farkına vardığı nedenlerden dolayı reddedebilir⁴⁶⁵. Hakemi reddetmek isteyen taraf, reddetmek istediği hakemin atandığının kendisine bildirildiği tarihten sonraki otuz gün veya bağımsızlığını ve tarafsızlığını şüpheye düşürecek haklı nedenlerin, reddetmek isteyen tarafça bilinmesinden sonraki otuz gün içinde ret bildirimini; diğer tarafa, reddedilen hakeme ve mahkemenin diğer üyelerine göndermelidir. Bildirim, yazılı olmalı ve ret gerekçelerini içermelidir. Bir hakem, taraflardan biri tarafından reddedildiğinde, diğer taraf da bu ret talebine katılabilir. Ayrıca hakem de bu ret talebinin alınmasının üzerine görevinden çekilebilir. Her iki durumda da, reddin dayandığı gerekçelerin zımnen kabul edildiği anlamına gelmez. Her iki durumda da, reddedilen hakemi atayan taraf, atama hakkını kullanmamış veya atamada yer almamış olsa bile, hakemlerin atanmasına ilişkin olağan usule, yerine geçecek hakemin atanmasında da başvurulabilir⁴⁶⁶. Eğer diğer taraf, hakemin reddine katılmıyorsa ya da hakem görevinden çekilmezse, redde ilişkin karar, (a) İlk atama, atama makamı tarafından yapılmışsa bu makam tarafından; (b) İlk atama, atama makamı tarafından yapılmamış, fakat atama makamı daha önceden belirlenmişse yine bu makam tarafından; (c) Tüm diğer hallerde, atama makamı belirlenmesi usulüne uygun olarak belirlenen atama makamınca verilmelidir. Eğer atama makamı ret talebini destekliyorsa, reddedilen hakemin yerine geçecek hakem, bu usulün bir atama makamı belirlenmesini gerektirdiği durumlar dışında, hakemin atanması ya

⁴⁶⁴ 1992 PCA Optional Rules, article 9.

⁴⁶⁵ 1992 PCA Optional Rules, article 10.

⁴⁶⁶ 1992 PCA Optional Rules, article 11.

da seçilmesine ilişkin olağan usule göre atanmalı ya da seçilmelidir. Hakem ataması, redde ilişkin karar veren atama makamınca yapılmalıdır⁴⁶⁷.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın ilgili hükümlerine göre, hakem olarak atanması muhtemel olan (bu yönde kendisine teklif götürülen) kişi, bağımsızlığını veya tarafsızlığını şüpheyne düşürebilecek her türlü durumu önceden açıklamalıdır. Hakem, atanma zamanından itibaren ve tahkim süreci boyunca da gecikmeksizin bu tür durumlardan tarafları ve diğer hakemleri haberdar etmelidir⁴⁶⁸. Hakemin bağımsızlığını ya da tarafsızlığını haklı olarak şüpheyne düşürebilecek herhangi bir durumun oluşması halinde hakeme itiraz edilebilecektir. Taraflar, ancak atamayı yaptıktan sonraki herhangi bir tarihte haberdar oldukları nedenlerden dolayı hakeme itiraz edebileceklerdir. Herhangi bir hakemin görevini yapmadığı ya da *de facto* ya da *de jure* olarak ifa etmesinin imkansız hale geldiği durumlarda hakemin reddi bakımından şu hükümler uygulanmalıdır⁴⁶⁹: “(a) Bir hakeme itiraz etmek isteyen taraf, o hakemin atandığına dair bildirimini aldıktan sonraki on beş gün içinde veya madde 11 ve 12'deki (yukarıdaki) durumlardan haberdar olmasından sonraki on beş gün içinde itiraz bildirimini göndermelidir; (b) İtiraz bildirimini, tüm diğer taraflara, itiraz edilen hakeme ve diğer hakemlere iletilmelidir. İtiraz bildirimini, itirazın gerekçelerini de içermelidir; (c) Bir hakeme itiraz edildiğinde, tüm diğer taraflar da bu itiraza katılabilirler. Ayrıca hakem, itirazdan sonra görevini bırakabilir. Her iki durumda da bu, itiraz nedenlerinin geçerliliğinin zımnen kabul edildiği anlamına gelmeyecektir; (d) İtiraz bildiriminden sonraki on beş gün içinde bütün taraflara bu itiraza katılmazlarsa veya itiraz edilen hakem görevinden çekilmezse, itirazda bulunan taraf, bu amaçla bir oylama yapabilir. Bu durumda itiraz bildiriminden sonraki otuz gün içinde, atama makamı tarafından itiraza ilişkin bir karar verilmeye çalışılmalıdır”⁴⁷⁰.

Hakemin reddi ve devamındaki usul işlemleri konusunda, Daimi Tahkim Divanı nezdinde yürütülen *Mauritius-United Kingdom* davası örnek verilebilir⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ 1992 PCA Optional Rules, article 12.

⁴⁶⁸ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 11.

⁴⁶⁹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 12.

⁴⁷⁰ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 13.

⁴⁷¹ PCA, *The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 31. Dava konusu uyuşmazlık, en büyükleri Diego Garcia olan, Hint Okyanusundaki bir grup atol adalardan oluşan, İngiliz

Mahkeme üyelerinin atanması süreci, Mauritius hükümetinin dilekçesinde Alman vatandaşı Yargıç Rüdiger Wolfrum'un atanması ve Birleşik Krallık'ın ise 19 Ocak 2011'de bir İngiliz vatandaşı olan Yargıç Sir Christopher Greenwood'un ataması ile tamamlanmıştır⁴⁷². 21 Şubat'ta Mauritius, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Başkanı'ndan kalan üç hakemi atamasını talep etmiş; 25 Mart'ta Başkan, Tanzania vatandaşı Yargıç James Kateka, Güney Afrika vatandaşı Yargıç Albert Hoffmann ve Avustralya vatandaşı Profösör Ivan Shearer'i Mahkeme Başkanı olarak atamıştır⁴⁷³. 2 Mayıs 2012'de Daimi Tahkim Divanı taraflara, Yargıç Greenwood'un da beyanatının bulunduğu, beş hakeme ait Kabul Bildirileri ve Tarafsızlık ve Bağımsızlık Beyanlarını iletmiştir⁴⁷⁴.

19 Mayıs 2011'de Mauritius hükümeti, Yargıç Greenwood'dan, şu noktaların açıklığa kavuşturmasını istemiştir: a) Diego Garcia adası ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili olan hukuki meselelere ilişkin olarak Birleşik Krallık ile bağlantısı; b) Chagos Takımadaları ile İngiliz deniz aşırı alanlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne başvurulmasına ilişkin olarak, Birleşik Krallık ile bağlantısı; c) UAD'ye yeniden seçilme niyeti; d) İngiliz Dışişleri Ofisi yeni Hukuk Danışmanı seçimini yapan Atama Kurulu'ndaki hizmeti.

20 Mayıs 2011'de bu sorunlara ilişkin yanıtlarını bildiren Yargıç Greenwood, tahkim kapsamındaki konuların hepsine tam bir tarafsızlıkla yaklaştığını, Birleşik Krallık için Diego Garcia da dahil Chagos adaları ile ilgili hiçbir hukuki faaliyette bulunmadığını; Chagos Takımadaları ve İngiliz deniz aşırı

hakimiyetindeki Chagos takımadalarına dayanmaktadır. 1 Nisan 2010'da İngiliz hükümeti'nin, Chagos takımadaları çevresinde 200 deniz milini kaplayan bölgede, deniz koruma alanı ilan ederek, balıkçılık ve diğer faaliyetleri yasaklaması üzerine, Mauritius hükümeti bu fiilin, 1982 BMDHS'i ihlal ettiğini iddia etmiş ve Hakem Mahkemesi'nden, söz konusu deniz koruma alanının Sözleşme çerçevesinde hukuki statüsünün karara bağlanmasını talep etmiştir. Tarafların her ikisinin de taraf olduğu BMDHS çerçevesinde, Sözleşme'nin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri uyarınca uyuşmazlık, tahkime havale edilmiştir. Mauritius hükümeti, 20 Aralık 2010 tarihli dilekçesi ile tahkim sürecini başlatmıştır (1982 BMDHS, madde 287 ve Ek 7, madde 1).

⁴⁷² 1982 BMDHS, madde 287 ve Ek 7, madde 3 ve madde 3/(c)

⁴⁷³ 1982 BMDHS, madde 287 ve Ek 7, madde 3/(e)

⁴⁷⁴ Kabul Bildirileri ile hakemler, davada hakem olarak görev yapmayı kabul ettiklerini bildirmektedir. Tarafsızlık ve Bağımsızlık Beyanları ile ise, Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine Uygulanacak Seçimlik Kuralları'nın "*Müstakbel hakem, tarafsızlığına ve bağımsızlığına haklı olarak şüphe düşürebilecek her durumda, muhtemel ataması ile bağlantılı olarak kendisine yaklaşanları açıklamalıdır. Bir hakem, bir kere atandığında ya da seçildiğinde, bu tür durumlardan, eğer daha önceden bilgileri yoksa tarafları haberdar etmelidir*" hükmü gereği, hakemlerin, taraflara, tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili güvence vermektedirler. 1992 PCA Optional Rules, article 9.

alanlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne başvurulması konusunda İngiliz hükümetine hiçbir tavsiyede bulunmadığını; UAD'ye yeniden seçilmek gibi bir kaygısının henüz olmadığını ve son olarak adı geçen Kurul'un bağımsız bir makam olan Sivil Hizmet Komisyonu tarafından yetkilendirildiğini açıklamıştır⁴⁷⁵. 23 Mayıs 2011'de Mauritius hükümeti, Yargıç Greenwood'un mahkemede yer almasına, son üç yılda Birleşik Krallık adına hareket etmiş olması ve bu ilişkinin halen devam ettiği gerekçesi ile itiraz etmiş; buna delil olarak da, mahkemeye atanmasından sonra Yargıcın, Dışişleri Ofisine hukuk danışmanı seçiminde yer almasını göstermiştir. Mauritius hükümetine göre Yargıç Greenwood, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine uymamaktadır.

30 Mayıs 2011'de Daimi Tahkim Divanı, hakem mahkemesine, hakemin reddi talebini iletmış ve tarafların ve Yargıç Greenwood'un bu konudaki görüşlerinin açıklanması ve hakemin reddi kararının diğer dört üyenin çoğunluğu ile alınabileceği, çoğunluğun oluşamaması durumunda Başkan'ın oyunun belirleyici oy olacağı, bu konuda duruşma yapılması gerekliliğine ilişkin herhangi bir anlaşma olmadığından, Birleşik Krallık'ın cevaba cevabının alınmasından hemen sonra bir duruşma yapılabileceği konusunda mahkemeyi bilgilendirmiştir⁴⁷⁶. Sırasıyla 3 Haziran ve 8 Haziran 2011 tarihlerinde Birleşik Krallık ve Mauritius hükümetleri, mahkemenin önerdiği hakemin reddi usulünü kabul ettiklerini beyan etmişlerdir. 15 Haziran 2011'de Mauritius, redde ilişkin gerekçelerini sunmuştur. 13 Haziran 2011'de İngiliz hükümeti bu iddialara ilişkin cevabını, 20 Temmuz'da ise Yargıç Greenwood, devletlerin argümanlarına karşılık görüşlerini sunmuştur. Mahkeme, tarafların konuya ilişkin her türlü argüman, delil ve ifadelerinin gizli kalacağını ve bir duruşma yapılması halinde de duruşmanın kamuya açık gerçekleşmeyeceğini taraflara ve Yargıca bildirmiştir. 1 Ağustos'ta

⁴⁷⁵ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 10-11. Yargıcın açıklamalarına göre Kurul'un Dış ilişkiler Ofisi ve Devlet Hukuk Hizmetlerinden iki üyesi bulunmakta olup, Greenwood da hükümetten bağımsız olduğu için davet edilmiştir. Kendisi de Kurulun üyesi olmayı Aralık 2010'da, yani bu uyuşmazlıkla hiçbir bağlantısının olmadığı bir tarihte kabul etmiş, Kurul 14 Mayıs 2011'de kararını vererek yeni bir hukuk danışmanı seçmiştir. Sonuç olarak, Yargıç Greenwood, bu atamanın hiçbir aşamasında, herhangi bir şekilde, bu davada, Chagos adalarıyla ya da deniz hukuku ile ilgili olabilecek herhangi bir kurulun adayları ya da üyeleri arasındaki herhangi bir görüşmenin farkında olmadığını ya da böyle bir görüşmeye taraf olmadığını belirtmiştir.

⁴⁷⁶ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 13.

Mauritius cevabını, 11 Ağustos'ta ise İngiliz hükümeti cevaba cevabını sunmuştur. Hakem mahkemesinin hakemin reddine ilişkin duruşma yapma kararı, Daimi Tahkim Divanı tarafından taraflara iletilmiş, karşılıklı yazışmaların ardından 4 Ekim 2011'de La Haye'de bir duruşma yapılmıştır⁴⁷⁷. Duruşmada, reddedilen Yargıç Greenwood'un aralarında olmadığı dört yargıç, yukarıdaki cevabı vermiştir. Buna göre, Yargıç Greenwood, 2009'da UAD'ye yargıç seçilmiştir. Uluslararası kamu hukuku profesörü olan Greenwood, pek çok prestijli hukuk fakültesinde çalışmış, İngiltere'de uzun süre dava vekilliği yapmış, İngiliz hükümetinin temsilciliği görevini üstlenmiş, pek çok davada çeşitli devletlere hukuki tavsiyeler vermiştir⁴⁷⁸. 11 Şubat 2011'de İngiliz hükümeti, Dışişleri Ofisi için hukuk danışmanı alımı ilanı yayınlamıştır. Atamayı yapacak Kurul, adayları seçmektedir, Sivil Yargıç Greenwood, Aralık 2010'da bu Kurul'a atandığında, hükümetin hukuk işlerinde çalışan başka memurlar da bu Kurul'da görev yapmaktadır. Kurul, 14 Mart 2011'de adaylarla mülakat yapmış ve adayları oy birliği ile saptamıştır. Bu tarihten sonra da Yargıç Greenwood'un Kurul ile ilişkisi kesilmiştir⁴⁷⁹. Dışişleri Ofisi Hukuk Danışmanının atanması işlemi ise mutad usule uygun olarak, Kurul'un tavsiyesi alınarak, Daimi Sekreter tarafından yapılmıştır. Atanan hukuk danışmanı, Dışişleri Ofisi işlerinin, yani elbette devletin taraf olduğu uyuşmazlıkların yargı sürecinin de bütün sorumluluğunu üzerine almaktadır. Ancak bu durum Dışişleri Ofisi'nin, bütün ayrıntıları ile günü gününe tahkim sürecini takip edeceği anlamına gelmemektedir. Bu tahkimin her yönüyle sorumluluğu, İngiliz hükümeti tarafından Birleşik Krallık Adalet Bakanlığı'na bırakılmıştır⁴⁸⁰.

Hakem Mahkemesi BMDHS hükümlerine uygun olarak hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını değerlendirirken, "Kabul Bildirisi ve Tarafsızlık ve Bağımsızlık Beyanı" olarak adlandırılan belgeye atıf yapmıştır. Daimi Tahkim Divanı tarafından kabul edilen ve her hakeme yöneltilen bu belge, esasında hemen

⁴⁷⁷ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 25.

⁴⁷⁸ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 34.

⁴⁷⁹ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 36.

⁴⁸⁰ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 38.

hemen bütün tahkim kurallarında bulunan, hakem olarak atanması muhtemel kişilerin – bu yönde kendisine teklif götürülen kişilerin- tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını şüpheyne düşüreceğini bildikleri durumlardan, tarafları ve mahkemeyi önceden haberdar etmesi yükümlülüğünün somut bir ifadesidir⁴⁸¹. Söz konusu Bildiri ve Beyan her bir hakemin, taraflardan ya da temsilcilerinden biri ile, geçmişte veya dava zamanında, mali, mesleki veya herhangi bir şekilde, açık edilmesi gereken bir ilişkisinin olup olmadığını değerlendirmesi amacını taşımaktadır. Bu konuda herhangi bir şüphe duyulması halinde, şüphe sebebinin açığa çıkarılması gerekmektedir⁴⁸².

Mauritius hükümeti, redde ilişkin argümanlarda, uygulanacak hukuk kurallarından birini de IBA Delil Kuralları olarak göstermiştir⁴⁸³. Mahkeme, bu davada uygulanacak kuralların BMDHS'ye Ek VII'de yer aldığını belirterek, diğer devletlerarası davalara bakan uluslararası mahkemelerin bu konudaki uygulamalarına atıf yapmıştır. Mahkeme'ye göre, hakemlere yapılan itirazları, Sözleşme Ek VII'e göre değerlendirmek için hakemlerin taraflarca ya da bağımsız bir makam tarafından atanmış olmasına bakılmaksızın, devletlerarasındaki davalarda, uygulanan hukuka ilişkin verilere bakmak yeterlidir. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, Mauritius hükümeti tarafından gerekçe gösterilen IBA Delil Kuralları gibi muhtelif metinler, bu davada hukuki argüman olarak kabul edilmemektedir⁴⁸⁴. Mahkeme burada, bu konuda bir standart olarak kabul ettiği izlenimini uyandıracak şekilde, devletlerarası uyuşmazlıklara ilişkin davalarda sıkça değindiği, UAD Statüsü'nün yargıçların yeterliliğine ilişkin 2, 16, 17, 24 ve

⁴⁸¹ 1992 PCA Optional Rules, article 9; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 11; The German Institution of Arbitration (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V., DIS) (in force as of July 1, 1998), DIS Model Arbitration Agreement, article 16.1, <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10> (son erişim 13.11.2012).

⁴⁸² PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 136. Bu ölçüt, adı geçen belgede, hakemin seçmesi gereken seçeneklerden biri olarak karşısına çıkmaktadır. Yargıç Greenwood'un kabul ettiği Bildiri seçenekleri ise şöyledir: “a) Tarafların her biri bakımından bağımsız ve tarafsız olduğumu ve bu durumu muhafaza etme isteğimi beyan ederim. Bildiğim kadarıyla, şimdi ya da geçmişte, bağımsızlığın veya tarafsızlığım bakımından haklı şüpheyne neden olabilecek herhangi bir durum ya da olay bulunmamaktadır; b) Bağımsız ve tarafsız olduğumu ve bu durumu muhafaza etme isteğimi beyan ederim. Ancak, tarafsızlığımı ve bağımsızlığımı haklı şekilde şüpheyne düşürebilecek nitelikteki aşağıdaki olay ve durumları, dikkatinize sunarım...”

⁴⁸³ 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (son erişim: 12.09.2013).

⁴⁸⁴ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 165.

31. maddeleri hükümlerine atıf yapmaktadır⁴⁸⁵. Divan Statüsü'nün 17. maddesine göre Divan üyelerinin hiçbirisi, herhangi bir davada temsilci, vekil ya da avukat olarak hareket edemezler; daha önce taraflardan birinin temsilcisi, vekili ya da avukatı olarak veyahut bir ulusal ya da uluslararası mahkeme, soruşturma komisyonu üyesi olarak ya da benzer bir makamda görev aldıkları davalara katılamazlar. Bu durumda, *ad-hoc* ya da daimi yargıç, daha önce esastan dahil olduğu bir davada yer alamayacaktır. UAD Statüsü'nün yargıçlara ilişkin hükümlerinden başka mahkeme, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Statüsü'ne de değinmiştir⁴⁸⁶.

Hakem Mahkemesi bu kuralların, yargıçların Divan'a seçildikten sonraki faaliyetlerini bağladığını, seçilmeden önce bu faaliyetlerin yürütülmüş olmasının, hakemin görevden uzaklaştırılması nedeni olamayacağını ifade etmiştir⁴⁸⁷. Hakem mahkemesi, hakemlerin reddi ve görevden alınması ile ilgili uluslararası hukuk kurallarına örnek verirken, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na da değinmiştir. 2010'da tadil edilmiş olan UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 12. maddesine göre, bağımsızlığı veya tarafsızlığına haklı şüphe düşürecek bir durumda hakeme itiraz edilebilecektir⁴⁸⁸. Hakem mahkemesi bu kurallara değinirken, UNCITRAL'in bir uluslararası mahkemeden ziyade BM Komisyonu olduğunu, ancak kurallarına, pek çok devletlerarası tahkimde başvurulduğunu hatırlatmaktadır. Mahkeme'ye göre, hakemi reddeden taraf, devletlerarası davalarda başvuru standartlarına uygun olarak söz konusu hakemin, bu davada tarafsızlığı ve bağımsızlığının şüpheyne düşüşüne ilişkin gerekçeleri göstermeli ve ispat etmelidir.

⁴⁸⁵ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 141.

⁴⁸⁶ Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) (Annex VI of the United Nations Convention on the Law of the Sea), 1833 U.N.T.S. 397 (Status of ITLOS, article 7). Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Statüsü'nün 7. maddesine göre, "1. Mahkeme üyelerinin hiçbirisi, hiçbir şekilde siyasi ya da idari bir faaliyette bulunamazlar; deniz ya da deniz yatağının ticari kullanımı veya deniz ya da deniz yatağı kaynaklarının keşfedilmesi ya da bunlardan yararlanma ile ilgili herhangi bir faaliyete ilişkin etkin bir işbirliği içinde ya da mali olarak alakadar olamaz; 2. Mahkeme üyelerinin hiç biri, herhangi bir davada temsilci, vekil ya da avukat olarak hareket edemez; 3. Bu konulara ilişkin şüpheyne düşülen hususlar, mevcut mahkeme üyelerinin çoğunluk oyu ile karara bağlanır".

⁴⁸⁷ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 142.

⁴⁸⁸ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 155.

Hakem Mahkemesi, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünün tarafların rızasına dayandığını hatırlatmış, uluslararası kamu hukukunun bu konudaki kurallarına ve Divan Statüsü'nün 38. maddesinde sayılan kaynaklara atıf yapmıştır. Mahkeme'ye göre Mauritius hükümeti, IBA gibi hükümet dışı kuruluşlar nezdindeki tahkim kurallarının taraflarca açıkça kabul edilmiş olduğunu ya da bu kuralların, uygulanacak hukuk çerçevesinde genel uygulamanın bir parçası haline gelmiş bulunduğunu, veyahut bu kuralların UAD Statüsü'nün 38. maddesinde sayılan, uluslararası hukukun kaynaklarından biri kapsamına girdiğini ortaya koyamamıştır⁴⁸⁹.

Bu noktada Mahkeme'nin, devletlerarası tahkimlerde uygulanacak hukuk ile uluslararası ticari tahkimde uygulanacak hukuk arasında bir ayrım yaptığını söylemek çok doğru olmayacaktır. Aslında burada mahkemenin vurgulamaya çalıştığı husus, bu iki tahkim arasında, uygulanacak hukuk bakımından kesin bir çizgi çizmek ve devletlerarası tahkimi, uluslararası kamu hukuku çerçevesi içine hapsedmek değildir. Neticede sürekli vurguladığımız üzere tahkim, tarafların rızasına dayanan ve rızaları üzerine şekillenen bir yöntemdir. Bu davada taraflar, uygulanacak hukuk olarak IBA Kuralları'nı kabul etmiş olsalar idi, bu kurallara başvurulacaktı. Ama mahkemenin de yerinde olarak tespit ettiği üzere, IBA kuralları, taraflar arasındaki irade uyuşmasına dayanmadığı sürece, uluslararası hukukun bir parçası –en azından şimdilik- değildir. Hakem Mahkemesi burada, taraflar hiç zikretmediği halde, UAD ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Statüsü'ndeki yargıçların niteliklerine ve reddine ilişkin hükümlere sıkça atıf yapmıştır. Elbette gelecekte, devletlerarası tahkimin gidişatına ve devletlerarası uyuşmazlıklarda devletlerin bu kurallara sık sık başvurusu ihtimaline bağlı olarak, IBA kuralları gibi tahkim kurallarının, uygulanacak hukukun bir parçası olması mümkündür. Zira yukarıda da değindiğimiz üzere Hakem Mahkemesi'nin bu davada gerekçe gösterdiği kurallardan bir diğeri de, uluslararası ticaret hukukuna yönelik gelişim göstermiş olmasına rağmen, devletlerarası uygulamalarda da sıkça başvuru alan UNCITRAL Tahkim Kuralları'dır.

⁴⁸⁹ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 167.

Mahkeme, Mauritius hükümetinin, yargıçların bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin olarak uygulanacak hukukun, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ya da UAD Statüsü olamayacağı ve BMDHS'ye Ek VII çerçevesinde hakem mahkemelerine uygulanacak daha geçerli kurallar bulunduğu iddialarını reddetmiştir. Mahkeme, BMDHS'nin 287/1. maddesinin, taraf devletlere davayı, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ya da UAD'ye veyahut Ek VII çerçevesinde tahkime sunma imkanını verdiğini hatırlatmaktadır. BMDHS'nin 287. maddesi çerçevesinde, bu iki mahkeme devletlere alternatif olarak sunulduğuna göre, devletlerarası uyuşmazlıklarda, bu maddeye göre tahkime başvurulması halinde, bu iki mahkemenin statüleri, hakemlerin reddi ve nitelikleri söz konusu olduğunda, daha geçerlidir⁴⁹⁰. Bu nedenlerle mahkeme, Mauritius'un dayandığı özel hukuk kaynaklı IBA Kuralları'na bu davada başvurulmasını kabul etmemiştir.

Mahkemeye göre, Greenwood'un, İngiliz Dışişleri Ofisi Hukuk Danışmanı seçimi sürecinde yer alması ve bu davada hakem olarak seçilmesi sürecinin eş zamanlı olarak vuku bulmuş olması, mahkemenin, yargıcın konumunu özel bir dikkatle analiz etmesini gerektirmektedir. Yargıcın hukuk danışmanı seçimi sürecinde yer alması, adayların pozisyona uygunluğu hakkında fikir beyan etmek suretiyle sadece tavsiye niteliğini haizdir. Bir kurula üye seçme işi, bu konuda oy birliği ile alınacak karar ile mümkündür. Dahası Greenwood'un bu süreçte yer alması, belirli bir süre ile sınırlı olup, adayların seçimi müzakerelerinin yapıldığı iki günlük bir zaman dilimi ile sınırlı kalmıştır. Oysa Mauritius hükümetinin iddialarına göre Yargıç ile İngiliz Dışişleri Ofisi arasındaki ilişki devam etmektedir. Mahkeme bu değerlendirmeyi kabul etmemiştir. Yargıç Greenwood'un, UAD'ye atanmasını takiben, Birleşik Krallık ile arasına bir mesafe girmiştir. Bu nedenle böyle bir aday gösterme sürecinde yer almış olması, yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığına hanel getirilmeyecektir⁴⁹¹. Tüm bu nedenlerle Hakem Mahkemesi'nin dört üyesi, Yargıç Greenwood'un atanmasına yapılan itirazın, konu ve amacının bulunmadığına, reddine karar vermişlerdir.

⁴⁹⁰ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 168.

⁴⁹¹ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 182.

5. Boş Kalan Makamın Doldurulması

Tahkim anlaşmaları, nadiren bir hakemin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirememesi durumunu düzenlemektedir. Böyle bir eğilimin olmaması, tahkimin işlevselliğini artırmaktadır. Zira tahkim sürecini devam ettirmek konusunda isteksiz olan taraf, her zaman hakemlerden birinin görevini tam olarak yerine getiremediği iddiası ile çekilmesini sağlayabilecektir. Bir devletin, kendi atadığı ulusal yargıyı değiştirmek istemesi ise pek rastlanacak bir ihtimal değildir. Bağımsız üye (ya da üyelerin) değiştirilmesi ise ancak iki tarafın (ya da tüm tarafların) anlaşması ile mümkün olabilecektir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'na göre, Mahkeme bir kez teşkil ettiğinde, bu teşkil kural olarak nihai karar verilene kadar değişmemelidir. Buna değişmezlik ilkesi denir. Amacı, mahkemenin nihai kararlarını etkileme düşüncesiyle tarafların, muhakeme süresince mahkeme üyelerini değiştirmesinin; yargıçların, hükümetlerin veya kamuoyunun siyasi etkisi altında re'sen çekilmelerinin ya da istifa etmelerinin önüne geçmektir. Değişmezlik ilkesi, çok defa hükümetlerin itirazları ile karşılaşmıştır. Özel raportör ise aksine, gerçek bir yargıç olarak görev yapmak istemeyen ve kendi hükümetlerinin temsilcilerinin ve avukatlarının bakış açısına sahip olan hakemlerin atanmasına engel olmak için mümkün olan her türlü tedbirin alınması gerektiğini savunmuştur. Böyle bir adım, tahkim kurumunun gelişimine ve adalete hizmet edecektir⁴⁹². Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları'na göre,

“1. Mahkeme teşkil ettikten sonra, nihai karar verilene kadar, bu teşkilin değişmemesi gerekmektedir.

2. Taraflardan biri muhakeme işlemlerine henüz başlamadıysa, atadığı hakemi değiştirebilecektir. Muhakeme başladığında, taraflardan herhangi birinin atadığı hakem, her iki tarafın da karşılıklı rızası olmadan değiştirilemeyecektir.

3. Tarafların karşılıklı anlaşması ile atanan hakemler ya da daha önce atanmış bulunan hakemlerin aralarında anlaşarak belirlediği hakemler, istisnai durumlar dışında muhakemeye dair işlemler başladıktan sonra değiştirilemez.

⁴⁹² 1958 Report by Georges Scelle, parag. 12.

3/2. maddeye göre atanan hakemler ise taraflar arasında anlaşmış olsa bile değiştirilemeyecektir.

4. Muhakeme işlemleri, hakem mahkemesi başkanı veya tek hakem, usule ilişkin ilk ara kararını verdiği anda, başlamış sayılacaktır”⁴⁹³.

Model Kurallar, tahkim yargılaması başlamadan önce taraflara, tek taraflı olarak bir ya da daha fazla yargıcını değiştirme imkanı vermektedir. Uyuşmazlığın karşı tarafı rıza gösterirse devletler, muhakeme işlemleri başladıktan sonra da yargıçlarını değiştirebileceklerdir. Bu kural, mahkeme önünde tarafların eşitliği ilkesinin bir tezahürüdür. Ayrıca hakemlerden birinin makamı bir şekilde boşalabilecek ya da taraflardan biri, mahkemenin nezareti altında ve iyi niyetli olmak koşuluyla hakemi reddedebilecektir. Bu nedenle mahkemenin değişmezliği ilkesi esnek uygulanmaktadır. Komisyon’a göre, Model Kurallar’ın uygulamada işlememesi halinde tahkimin etkili olmasını sağlayacak tek yol, geriye kalan mahkeme üyelerinin, çekilen ya da istifa eden hakemlerin yokluğunda karar vermelerine izin vermektir. Zira kimi zaman teori ile uygulama değişebilmektedir⁴⁹⁴.

Tahkim kurallarında, mahkemede ölüm, yetersizlik, emeklilik ya da çekilme nedeniyle bir yargıcın makamının boşalması halinde, bu boşluğun, genellikle hakemlerin ilk atanmasındaki usulle doldurulması öngörülmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu Model Kuralları’na göre, “*Muhakeme işlemleri başladıktan sonra ya da önce ölüm, göreve devam edememe (incapacity) ya da istifa nedeniyle bir hakemin makamı boşalırsa, ilk atamaların yapılma usulüne göre boş makam doldurulmalıdır*”⁴⁹⁵.

Muhakeme işlemleri başladıktan sonra, hakem makamının boşalması ihtimalini sadece ölüm, göreve devam edememe ve istifa ile sınırlayan hüküm, nihai karar verildikten sonra, sırf kararın aleyhinde olması nedeniyle itiraz edilmesine engel olma amacındadır. Eğer hükme itiraz eden devlet, kötü niyetle

⁴⁹³ 1958 ILC Model Rules, article 4.

⁴⁹⁴ 1958 Report by Georges Scelle, parag. 12.

⁴⁹⁵ 1958 ILC Model Rules, article 5.

veya davanın sonucunun olumsuz etkisinden endişelenmesi nedeniyle itiraz ediyorsa, hakemin ihracı söz konusu olmayacaktır⁴⁹⁶.

Daimi Tahkim Divanı İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine İlişkin Seçimlik Kuralları'nın hakemin değiştirilmesi hakkındaki hükümleri, konuyu biraz daha ayrıntılı düzenlemektedir. Buna göre:

“1. Tahkim süreci devam ederken bir hakemin ölümü veya çekilmesi halinde, yerine geçecek hakem, 6-9. maddeler arasındaki usule (ilk hakemlerin atanması usulüne) ve değiştirilecek hakemin seçilmesi ya da atanmasına uygun olacak şekilde seçilmeli ya da atanmalıdır. Bir hakemin her türlü çekilme işlemi için hakem mahkemesi adres gösterilmeli ve hakem mahkemesi çekilmenin haklı nedenlere dayandığını belirleyene kadar çekilme etkili olmamalıdır. Çekilme işlemi Mahkemece tarafından kabul edilmeyen hakem, buna rağmen tahkim sürecinde yer almazsa, bu maddenin üçüncü paragrafına başvurulur.

2. Hakem, görevini yerine getirmek üzere harekete geçmez veya de jure veya de facto olarak görevini yerine getirmesi imkansız hale gelirse, önceki maddelerde öngörülen, hakemin reddi veya değiştirilmesine ilişkin usule, bu maddenin üçüncü fıkrasına tabi olarak başvurulmalıdır.

3. Üç veya beş hakemli bir mahkemede hakemlerden biri, tahkim sürecinde yer almazsa, taraflar da aksini kararlaştırmamışlarsa, diğer hakemlerin, bu hakemin yer alıp almamasına bakmaksızın tahkime devam etme, ara karar ya da nihai karar verme konusunda takdir yetkileri olmalıdır. Bir hakem olmaksızın tahkime devam etme, ara karar ya da nihai karar verip veremeyeceklerini belirlerken diğer hakemler, tahkimin geldiği aşamayı, varsa hakemin bu süreçte yer almama nedenini ve davada ilgili gördükleri diğer durumları göz önüne almalıdırlar. Hakemlerin, bir hakemin olmaması halinde tahkime devam etmeme kararı alması durumunda hakem mahkemesi, boş makamı duyurmalı ve eğer taraflar farklı bir atama usulü belirlememişlerse, 6-9. maddeler arasındaki usule göre (ilk hakemlerin atanması usulü) yerine geçecek hakem atanmalıdır”⁴⁹⁷.

Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları, bir hakemin değiştirilmesi durumunda duruşmaların tekrarlanmasına ilişkin olarak, tek hakem veya

⁴⁹⁶ 1958 Report by Georges Scelle, parag. 18. İleride “yargılamanın yenilenmesi” başlığı altında bu konu ile ilgili örneklerle değinilecektir.

⁴⁹⁷ 1992 PCA Optional Rules, article 13.

mahkeme başkanının değiştirilmesi halinde, daha önce yapılmış bütün duruşmaların tekrarlanması gerektiğini, diğer hakemlerden birinin değiştirilmesinde ise söz konusu duruşmaların, hakem mahkemesinin takdirine göre tekrar edilebileceğini belirtmektedir⁴⁹⁸.

Diğer kurallardan bir adım daha öteye giderek, hakemlerin ve diğer mahkeme görevlilerinin atanmasında süreci hızlandırmak üzere bir “atama makamı” kurumu belirlenmesini gerektiren UNCITRAL Kuralları’na göre ise hakemlerin değiştirilmesi ihtimali şöyle düzenlenmiştir:

“1. Tahkim süreci sırasında bir hakemin değiştirilmesi durumunda, yerine geçecek hakem, 8-11. maddeler arasındaki ilk atamaların yapılması usulüne uygun olarak seçilmeli ya da atanmalıdır. Taraflardan biri, atama ya da atamada yer alma hakkını kullanmamış olsa bile, değiştirilecek hakemin atanmasında bu usule başvurulmalıdır.

2. İstisnai durumlar çerçevesinde, taraflardan birinin talebi üzerine atama makamı, taraflardan birinin, yeni hakemi atama hakkından yoksun bırakılmasını gerektirebileceği gibi; taraflara ve hakemlere görüşlerini açıklama fırsatı tanıdıktan sonra, (a) yeni hakemi atayabilir veya (b) duruşmaların kapanmasından sonra, diğer hakemleri, tahkim sürecine devam etmeleri ve hükme varmaları için yetkilendirebilir”⁴⁹⁹.

Bir hakemin değiştirilmesi durumunda duruşmaların tekrarlanmasına ilişkin olarak ise UNCITRAL Kuralları, tahkim sürecinin, hakem mahkemesi aksine karar vermediği sürece, değiştirilen hakemin görevini bıraktığı aşamadan devam edeceğini belirtmektedir⁵⁰⁰.

III. Devletlerarası Tahkime Uygulanacak Usul Kuralları

Devletlerarası tahkimin esasına uygulanacak kurallar, mahkemenin, uyuşmazlığın çözümünde başvuracağı hukuk kuralları olup, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak kuralları, yorum kurallarını, tarafların hak ve yükümlülüklerinin ihlalini, sorumluluğun ve giderimin belirlenmesine ilişkin kuralları kapsamakta olup, tarafların bu konudaki tercihlerini yansıtan hükümleri

⁴⁹⁸ 1992 PCA Optional Rules, article 14.

⁴⁹⁹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 14.

⁵⁰⁰ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 15.

tahkim anlaşmasına koymaları mümkündür⁵⁰¹. Diğer yandan usul kuralları, tahkim sürecinin yürütülmesi sırasında, hakem mahkemesi önünde taraflarca ve hakem mahkemesince takip edilecek prosedüre ilişkin kurallardır⁵⁰². Bu iki sürecin birbirinden farklı olması nedeniyle, bu çalışma açısından, tahkim sürecinin nasıl işleyeceğini belirleyebilmek amacıyla yapılacak ve usul kuralları ile esasa ilişkin kuralları kapsayan bir kategorizasyon önem taşımaktadır.

Uluslararası tahkime ilişkin kuralların hemen hepsi, tahkim sürecine uygulanacak kuralların belirlenmesi bakımından tarafların özerkliğini tanımaktadırlar. Uyuşmazlığın tarafları arasındaki anlaşma, taraflar için de bağlayıcıdır. Eğer taraflar, bu özerkliği kullanmamışlarsa, hakem mahkemesi, usul kurallarını belirlemekte serbest olacaklardır⁵⁰³.

A. Usul Kuralların Önemi ve Rolü

Devletlerarası tahkimin yürütülmesinde usul kuralları, sadece dilekçelerin sunulması veya duruşma tarihlerinin belirlenmesi amacını taşıyan bir programlamadan ibaret değildir. Hakem mahkemesi önünde görülecek davaların, hızlı ve adilane bir şekilde karara bağlanması amaçlanıyorsa, usul kuralları düzenlenirken göz önünde tutulması gereken farklı unsurlar bulunmaktadır⁵⁰⁴. Resmi yazışmaların düzenlenmesi, tarafların gereksiz ve uzun usul işlemlerinden kurtarılması, adil ve eşit bir muhakemenin temin edilmesi gerekmektedir. Usul kuralları, tahkim sürecinde ortaya çıkabilecek tikanıklıkların giderilmesine, özellikle devletlerarası tahkime mahsus zorlukların en aza indirilmesine yönelik olmalıdır. Her davaya özgü farklılıkların bu kuralların hazırlanmasında dikkate alınması gerekmektedir. Zira dava konusu uyuşmazlık ve uygulanacak hukuka ilişkin çetrefilli sorunlar içeren davalar, basit olayların konu olduğu ve uluslararası sorumluluğun tespiti dışında başka hiçbir hukuki uyuşmazlığın bulunmadığı davalardan daha ayrıntılı muhakeme sürecini ve elbette daha ayrıntılı usul kurallarının düzenlenmesini gerektirmektedir. Devletlerarası tahkimin başarılı

⁵⁰¹ Jean-François POUDRET/ Sebastien BESSON, **Comparative Law of International Arbitration**, Sweet & Maxwell Ltd, Switzerland, 2007, s. 84.

⁵⁰² Lord Collins of MAPESBURY/ Adrian BRIGGS/ Andrew DICKSON/ Jonathan HARRIS, **The Conflict of Laws**, Morris & Collins, London, 2006, parag. 7; Waincymer, 2012, s. 9.

⁵⁰³ WAINCYMER, 2012, s. 52; POUDRET/ BESSON, 2007, s. 459.

⁵⁰⁴ Kenneth S. CARLSTON, **The Process of International Arbitration**, Columbia University Press, New York, 1946, s. 53.

sonuç vermesi, çoğu zaman usul kurallarının dikkatli ve özenli şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır⁵⁰⁵.

Kural olarak, yazılı aşama (*pleadings*), genellikle iki temel terminolojik niteleme üzerinden devam etmektedir. Davanın açıldığı dilekçe, “bildiri (*memorial*)” olarak adlandırılmakta ve onu cevap dilekçesi (*answer*) takip etmektedir. Daha sonra cevaba cevap (*reply*) ve davanın ikinci cevabına cevap (*rejoinder*) dilekçeleri gelmektedir⁵⁰⁶.

Tek uyuşmazlıklı davalarda muhakemenin kapsamının belirlenmesi fazla sorun teşkil etmemekle birlikte,⁵⁰⁷ taraflardan birinin iddiasını özel hukuka, diğer tarafın ise kamu hukukuna dayandırdığı davalarda, taraflar arasında uygulanacak hukuka ilişkin anlaşmazlık çıkabilmektedir. Bu durumda ilk duruşmada dava konusu olaylar kadar, hukukun da değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır.⁵⁰⁸ Usul kuralları, tarafların muhakeme sürecindeki usul işlemleri bakımından da önem kazanmaktadır. Zira hakem kararı, çoğu zaman dava konusu olayları hukuki bir zemine oturtabilen ve kendisinin ve hakemin davadaki hukuki konumunu en başta açıkça saptayabilen tarafın lehine sonuçlanmaktadır.⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ Kenneth. S. CARLSTON, “*Procedural Problems in International Arbitration*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 39, No. 3, Jul., 1945, s. 427; J. C. WITENBERG, L'Organisation Judiciaire, **La Procédure et La Sentence Internationales**, Paris, 1937, s. 110-26; CARLSTON, 1945, s. 58.

⁵⁰⁶ Bradley LARSCHAN/ Guive MIRFENDERESKI, “*The Status of Counterclaims in International Law, With Particular Reference to International Arbitration Involving a Private Party and a Foreign State*”, **Denv. J. Int'l L. & Pol'y**, Vol. 15, 1986-1987, s. 11-48.

⁵⁰⁷ Arbitration Between Peru and Chile, The Counter Case of Peru (In the matter of the controversy arising out of the Question of the Pacific), Before the President of the United States of America (Arbitrator), under the Protocol and Supplementary Act Between the Republic of Peru and the Republic of Chile, signed July 20, 1922 at Washington, D. C. Ratified January 15, 1923, Washington, D. C., 1924, s. 11.

⁵⁰⁸ UN Reports of International Arbitral Awards, The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States), 7 September 1910, Vol. XI, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/167-226.pdf (son erişim: 20.08.2013).

⁵⁰⁹ ABD ve İsveç arasındaki *Kronprins Gustaf Adolf* davasında İsveç temsilcisi, “Bu davada cevapların (*answers*) amacı, karşı tarafa cevap vermek ve ek delil ve argümanlarla onun tezini çürütebilmektir. Davanın izahı ve delillerle desteklenmesine ilişkin hususlar, zaten daha önce karşı tarafın da dosyasında bulunmakta olduğuna göre cevap, tarafların esasa ve olaylara ilişkin sonuçlara varması amacını taşımalıdır. ABD'nin cevabı da, daha önce İsveç tarafından yazılı dökümanlarda dava tam olarak izah edildiği için, davada uygulanacak hukuka ve olaylara ilişkin bir sonuca varmaya yönelmelidir. Ancak ABD dosyasındaki davaya ilişkin açıklamalar ve araçların zarar görmesine ilişkin iki ülke arasındaki diplomatik yazışmalar, fazlasıyla ABD hukuku yasalarını temsil etmektedir. Daha sonraki yazışmalarda İsveç hükümetinin tazminat talebi sunulmakla birlikte, ABD buna itiraz etmektedir. Ancak ABD hükümetinin dosyası, İsveç'in tazminat talebine ilişkin savunmasında dayandırabileceği olaylar ve uygulanacak hukuka ilişkin hususları içermemekte ve bu nedenle İsveç hükümeti bakımından açık değildir. Bu cevabın, İsveç

Usul kurallarının önem taşıdığı başka bir husus, dava dosyasının içeriğine dahil edilecek unsurlardır. Tarafların dava dilekçesine her türlü argümanı dahil etmeleri, delillerin sunulması aşamasında aynı hususları gereksiz yere tekrar etmelerine neden olmaktadır. Bazı delillerin tekrarı kaçınılmaz olmakla birlikte, delillerin hacmi, *North Atlantic Coast Fisheries* davasındaki gibi fazla olduğunda, böyle bir tekrar, dava masraflarının artması ve zaman kaybı anlamına gelecektir. Bu, devletlerarası tahkimde istenmeyen bir durumdur⁵¹⁰. Bu sorun, tarafların temsilcileri arasında geçerli olacak usul şerhleri yoluyla veya temsilcilerin, hangi delillerin sunulabileceğine ilişkin kesin bir karara varmasıyla aşılabilecektir. Örneğin *Pious Fund* davasında yazılı deliller, tarafların ortak rızasıyla tek aşamada mahkemeye sunulmuştur.⁵¹¹

Delillerin ne zaman, hangi şekilde ve hangi kapsamda sunulacağı sorunu, devletlerarası tahkimde usul kurallarının önem kazandığı başka bir husustur. Bu hususun mahkeme statüsünde veya tahkim kurallarında belirtilmemiş olması durumunda, taraflar bu süreci kendileri belirlemekte ve bu konuda öngörülü ve özenli davranılmaması, başka uyuşmazlıklara neden olmaktadır. *Palmas Island* davasında, ilk duruşmada Hollanda Hükümeti, belge delillerinin birçoğunu

hükümetinin argümanlarını çürütmeye yönelik bir savunma olması gerektiği bilinmelidir” beyanatında bulunmuştur. Reports of Arbitral Awards, The “Kronprins Gustaf Adolf” (Sweden, USA), 18 July 1932, Vol. II, s. 1247-1250, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/1239-1305.pdf (son erişim: 12.12.2013).

Aynı husus, *Palmas Island* davasında Hollanda tarafından özetlenmiştir: “İlk dilekçe (*memoranda*) diğerinden bağımsız şekilde davanın izahıdır, ilk karşı dilekçe de (*counter memoranda*) diğer tarafın bakış açısını göz önüne almalıdır ve sadece karşı karşı dilekçede taraflar, kendi izahatları karşısında, karşı tarafın duruşunu anlayabilmelidir. PCA, The Island of Palmas Case, United States v. Netherlands, The Award of Tribunal, Arguments of the Netherlands – “The question to be answered”, s. 24.

Benzer şekilde, *Norwegian Claims* davasında ABD, kendisinin “davalı” sıfatını tanımıştır. PCA, Norwegian Shipowners’ Claims, Norway v. United States Of America, Award of The Tribunal, Hague, 13 October 1922, s. 23, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029 (son erişim: 03.07.2013).

Aynı şekilde *Venezuelan Preferential Claims* davasında Mahkeme, İngiltere, Almanya ve İtalya’dan, “davacı” sıfatıyla, davaya ilişkin ilk açıklamalarını yapmalarını istemiştir. Bu nitelemenin ihtilafsız olarak yapılması, ileride ispat yükümlülüğü altındaki tarafın belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. UN Reports of International Arbitral Awards, The Venezuelan Preferential Case (Germany, Great Britain, Italy, Venezuela et al), 22 February 1904, Vol. IX, s. 107-110, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/107-110.pdf (son erişim: 03.07.2013).

⁵¹⁰ Edwin M. BORCHARDT, “The North Atlantic Coast Fisheries Arbitration”, **Colum. L. Rev.**, Vol. XI, January, 1911, No. 1, s. 1.

⁵¹¹ Protocol of an Agreement between the United States and the Republic of Mexico for the Adjustment of certain contentions arising under what is known as The Pious Fund of the Californias, Signed at Washington May 22, 1902, article III, <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=8426> (son erişim: 06.06.2012).

sunmuş olduğunu ve ancak talep edilmesi halinde resmi kopyalarını da temin edebileceğini ifade etmiştir⁵¹². Hollanda'nın bu tutumu, ispat yükünün oluşması için bir davalının varlığına ihtiyaç duyulması ve dava konusu olaylar hakkında, ancak ispat yükünün gerektirdiği ölçüde delil toplanacak olması⁵¹³ düşüncesine dayanmaktadır⁵¹⁴. Aynı usul sorunu ikinci duruşmada da tarafların karşısına çıkmıştır⁵¹⁵. ABD temsilcisi, Hollanda'nın ispat yüküne ilişkin bu tutumuna karşı çıkarak, kanıtlanmayan iddiaların dikkate alınmaması gerektiğini ileri sürmüştür⁵¹⁶. Davadaki bu usul sorunu, Hollanda tarafından, Tahkim anlaşması gereği, hakemin, deliller ileri sürüldükçe karşı tarafı ek açıklamalar yapmaya davet edebilme yetkisinin kabul edilmesiyle çözülebilmektedir. Ancak böyle bir çözüm, daha ilk duruşmadan delillerini açıklamış olan ABD'nin aleyhine olmuştur. Hollanda'ya bu delilleri çürütmek ve davacının ikinci cevabına cevap dilekçesi (*rejoinder*) hazırlaması için altı ay verilirken, ABD'ye üç ay verilmiş ve ek karşı delil sunma talebi reddedilmiştir⁵¹⁷. Bu davada da Hakem Mahkemesi, usul sorununa aktif olarak müdahil olmaktan çekinmiştir. Bunun yerine tarafların temsilcileri, her iki taraf için tatmin edici sonuçları içeren bir anlaşmaya vararak bu sorunları çözmüşlerdir⁵¹⁸.

⁵¹² Philip C. JESSUP, "The Palmas Island Arbitration", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 22, 1928, s. 749; UN Reports Of International Arbitral Awards, Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Vol. II, s. 834.

⁵¹³ Alman Medeni Usul Kanunu'nun (Zivilprozessordnung) yazılı aşamanın içeriğine ve delillere ilişkin 130'uncu paragrafı; usul şeklinin belirlenmesine ilişkin 272'inci paragrafı (<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>, son erişim: 12.06.2013); Mahkeme'ye zamanında sunum yapılmasına ilişkin 282'inci maddesi; Fransız Medeni Usul Kanunu'nun (Code de Procédure Civile) delillerin sunulmasına ilişkin 34. maddesi, usule ilişkin işlemlerin yürütülmesinde devletlerin tutumlarını şekilde veren usul kanunlarına örnek gösterilebilir (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>, son erişim: 12.06.2013).

⁵¹⁴ Explanations of the Netherlands Government in Reply to a Request Made on December 21, 1926, by the Arbitrator in the Dispute Concerning the Island of Palmas (or Miangas): With Annexes I-XX., Permanent Court of Arbitration, National Printing Office, 1927, s. 12.

⁵¹⁵ JESSUP, 1928, s. 750.

⁵¹⁶ UN Reports Of International Arbitral Awards, Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Vol. II, s. 840.

⁵¹⁷ UN Reports Of International Arbitral Awards, Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Vol. II,

s. 841; Art. 3 of the Agreement of January 23, 1925, "United States and Netherlands", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 22, 1928, s. 869; JESSUP, 1928, s. 735, 751, 752.

⁵¹⁸ Örneğin, Daimi Tahkim Divanı nezdindeki *Norwegian Claims* tahkiminde, ABD temsilcisi, yazılı aşamadan sonra delil sunulmak istendiğinde başvurulması gereken kuralları şöyle açıklamıştır: Norveç'in, yazılı aşamadan sonra delil sunması karşısında, (i) Söz konusu delilin, zamanında sunulmamasını açıklayacak makul gerekçelerin açıklanması; (ii) Söz konusu delilin inandırıcı ve

İkiden fazla devletin taraf olduğu davalarda usul kuralları daha karmaşık yapıdadır. Delillerin sunulması, bütün taraflar bakımından yeknesak usul kavramlarının kullanılması, iddiaların yöneldiği menfaatlerin belirlenmesi, usul ekonomisi ve karşılıklı talepleri uzlaştırmak, tahkim sürecini zorlaştırmaktadır. Ancak yargılamanın sürüncemede kalması ihtimalinin de en aza indirilmesi gerekmektedir⁵¹⁹.

Dava konusu olayların basit bir yapı arz ettiği, uyulması gereken zaman sınırlamalarının bulunmadığı, tarafların temsilcilerinin duruşmalar ve delillerin sunulması usulü bakımından hem fikir olduğu ve her iki tarafın da doğrudan davanın esasına geçilmesini talep ettiği davalarda, basit usul kurallarına başvurulması dava bakımından işlevseldir. Örneğin I. Dünya Savaşı'nı sonlandıran Barış Andlaşmaları çerçevesinde, İtilaf ve İttifak Devletleri arasında kurulan hakem mahkemeleri de çok fazla sayıda iddianın karara bağlanması görevini üstlenmiştir⁵²⁰. Bu davalarda yargılamanın hızlı gerçekleştirilmesi, öncelikli usul gerekliliği olarak belirlenmiştir⁵²¹. ABD, Avustralya ve Macaristan arasındaki Karma Komisyonlar ve Üçlü Komisyonlar, dava dosyalarının hızlı bir şekilde karara bağlanması bakımından, muhakemenin, dilekçeler ve cevaplar ile yürümesinin oldukça hantal ve yorucu bir yöntem olduğunu ve muhakemenin uzun yıllar sürmesinin önüne geçmek için doğrudan çözümün esas alınması gerektiğini ortaya koymuşlardır. Bu nedenle Komisyon tarafından tarafların

Mahkeme'nin vereceği kararı etkileyecek nitelikte olması; (iii) Her iki tarafın da birbirlerinin geç delil sunmalarına rıza göstermeleri; (iv) ABD'ye bu delilleri değerlendirmesi ve eğer gerekli ise delillerin aksini ispat edebilmesi için makul süre tanınması hallerinde ABD'nin herhangi bir itirazı olmayacaktır. ABD'ye göre, aksinin ispat edilmesi gerekliliği doğuran yeni delillerin, gecikmeksizin aksinin ispat edilmesi imkanı yoksa Mahkeme'ye sunulmaması gerekir. PCA, Norwegian Shipowners' Claims, Norway v. United States Of America, Award of The Tribunal, Hague, 13 October 1922, s. 12-15.

⁵¹⁹ Uluslararası alandaki iddiaları uzlaştırmak üzere kurulan uluslararası mahkemelerin, birden fazla iddianın olduğu davalarda, önce bu iddiaları belirlemesi gerekmektedir. Mahkemelerin her bir iddiayı, hem özel hukuka hem kamu hukukuna ilişkin olarak korunması gereken menfaatler bakımından, önemine binaen ve adilane şekilde değerlendirmeye gayret etmesi gerekir. Tarafların iddia ve savunma çerçevesindeki sunumlarının ve yargısal belirlemelerin bütünlüğünden fedakarlık edilmemelidir. Bu şekilde büyük hacimli ve gecikmelere neden olabilecek, nihai kararı geciktirecek türden yargısal belirlemeler gerektiren ve belirsizliklerle dolu olan kurallar basitleştirilebilmelidir. Böylece davanın sunumunda gereksiz tekrarlardan kaçınılmış olunur. Fred Kenelm NIELSEN, **International Law Applied to Reclamations: Mainly in Cases Between the United States and Mexico**, John Bryne & Company, Washington, 1933, s. 67.

⁵²⁰ İngiliz-Alman Bürosunda 382.464 talep karara bağlanmış; Amerikan-Alman Karma Komisyonlarına 20.430 başvuru yapılmış, 6187 hüküm verilmiş; ABD, Avusturya ve Macaristan arasındaki Üçlü Komisyonlarda 1631 dava açılmıştır. CARLSTON, 1946, s. 15.

⁵²¹ CARLSTON, 1946, s. 15-21.

iddiaları sınıflandırmaya tabi tutulmuş ve bu sınıflandırmalar çerçevesinde yapılan yargılamada, “idari kararlar” adı altında genel kurallara başvurulmuştur. Belirli davalarda bu kurallara başvurulması görevi, temsilcilikler tarafından üstlenilmiştir. Doğrudan gerçekleştirilen görüşmelerde, bireysel davalardaki vakıalar üzerinde fikir birliğine varılmış, bu vakıalar da nihai karar için komisyonlara havale edilmişlerdir⁵²². Ancak söz konusu uyuşmazlığın temelinde yatan husus, andlaşma hükümlerinde kabul edildiği şekliyle sorumluluğun özel bir hali değil de, uluslararası hukukun genel ilkeleri çerçevesindeki sorumluluk olduğunda, davaların sınıflandırılması pek kolay olmamıştır. Zira her davada bu kurallara başvurulması, çetrefilli fiili ve hukuki sorunların, bertaraf edilmesine neden olmuştur. Sonuca hızlı ulaşmanın tek yolunun idari kararlar gibi kurallara başvurmak olduğu söylenemese de, bu usul yöntemlerine, Versay Andlaşması ve benzeri andlaşmaların hükümlerine ilişkin davalarda etkili şekilde başvurulmuştur⁵²³.

Dava ve cevap dilekçelerinden sonraki bütün yazılı aşamanın tarafların tercihiyle bağlı olması, her zaman yazılı aşamayı kısaltmamaktadır. Muhakeme süreci başlatıldığında, kendi hükümetinin çıkarlarını kollayan bir temsilcinin, yazılı aşamanın dilekçe ve cevapla sona ermesine razı olması pek olası değildir. Ancak basit taleplerin, özel usul yöntemlerine başvuran komisyonlara sunulabileceği ve böylece tarafların çıkarlarından fedakarlık etmelerine gerek kalmadan, davanın hızlı sonuçlanabileceği düşüncesi, *Nicaragua Karma Komisyonu*’ndaki temel yaklaşımdır. Bu komisyonda usul kuralları genel olarak, dava dilekçesi ve cevap üzerine şekillenmiş olup, binlerce talebin söz konusu olduğu uyuşmazlıklardan kaynaklanan ve bölgesel kurullarda hazırlanmış davalar için bir istisna yapılmıştır. Böyle talepler üzerinde, kanıtsız, dilekçesiz ve cevapsız değerlendirme yapılmıştır⁵²⁴.

B. Usul Kurallarının Tespiti

1. Taraflarca Tespit

⁵²² CARLSTON, 1946, s. 16.

⁵²³ CARLSTON, 1946, s. 16-21.

⁵²⁴ Otto SCHOENRICH, “*The Nicaraguan Mixed Claims Commission*”, *Am. J. Int’l L.*, Vol. 9, No. 4, Oct., 1915 s. 858-869.

Tahkim sürecinin yürütülmesine ilişkin kurallar, uyuşmazlık çıkmadan önce ya da çıktıktan sonra taraflarca yapılacak bir anlaşma ile belirlenebilecektir. Bu anlaşma, devletlerarası tahkim bakımından herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Ancak ispatı açısından yazılı olması, hakemlere kolaylık sağlayacaktır. Usul kurallarına ilişkin herhangi bir anlaşmaya varmamış olan taraflara, hakemler de herhangi bir usul önerisinde bulunabileceklerdir. Ancak bunun taraflarca kabul edilmesi halinde -gerçek anlamda bir usul anlaşması olmamakla birlikte- sonradan bu kuralların hakemlerce tadil edilerek uygulanması mümkün olmamalı, tarafların beyanı hakemleri bağlamalıdır⁵²⁵.

Taraflar, sadece mevcut uyuşmazlığa ya da aralarındaki tahkim anlaşmasına uygulanacak usul kurallarını kendileri hazırlayabilecekleri gibi, önceden var olan usul kurallarını da benimseyebileceklerdir. Uygulamada, devletlerarası tahkimlerde uyuşmazlığın taraflarının çoğu, önceden var olan usul kurallarını benimsemektedirler⁵²⁶. Ancak kimi zaman yargılama dili, keşif, tanıkların dinlenmesi ya da kararın gizliliği gibi bazı hassas konular özel anlaşma ile belirlenmekte ya da önceden var olan anlaşmada taraflarca değişiklik yapılmaktadır⁵²⁷.

2. Mahkemece Tespit

⁵²⁵ POUDRET / BESSON, 2007, s. 459.

⁵²⁶ Daimi Tahkim Divanı nezdinde yürütülen iki devlet arasındaki yargılamaların pek çoğunda taraflar, Daimi Tahkim Divanı İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Başvurulacak Seçimlik Kurallar'ı benimsemektedir. Ancak diğer *ad-hoc* tahkimde durum değişebilmektedir. Örneğin Guinea-Guinea Bissau davasında taraflar, aralarındaki deniz sınırlarının belirlenmesine ilişkin tahkim sürecinde uygulanacak usul kurallarını, "Devrimci Guinea Cumhuriyeti Halkı ve Guinea-Bissau Cumhuriyeti Arasındaki Özel Andlaşma" ile uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra belirlemişlerdir. Taraflar bu andlaşma ile hakem mahkemesinin kuruluşu ve işleyişine ilişkin her türlü ayrıntıyı tamamen kendileri belirlemiştir. Kethleen A. MCLLARKY, "Guinea-Guinea Bissau: Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary", February 14, 1985, **Md. J.Int'l. L.**, Vol. 11, Issue 1, 1987, s. 113-121.

⁵²⁷ Örneğin İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi önündeki davalarda taraflar, UNCITRAL Kuralları'nı temel almakla birlikte bu kurallarda bazı değişiklikler yaparak yeni bir usul kuralları metni kabul etmiş ve Hakem Mahkemesi yargılamaları, bu usul kurallarına göre yürütmüştür. Örneğin UNCITRAL Kuralları'nın 19/1 maddesine göre uyuşmazlığın tarafları, tahkimin dilini belirleyecek, aksi halde hakemler bu hususu kesinleştireceklerdir. Bu davada taraflar yargılamaların İngilizce ve Fransızca olmasını kararlaştırmıştır. Mahkeme Usul Kuralları metni için bkz. Iran-United States Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, <http://www.iusct.net/General%20Documents/5-TRIBUNAL%20RULES%20OF%20PROCEDURE.pdf> (son erişim: 13.09.2013).

Taraflar arasında tahkim sürecinin yürütülmesi usulüne ilişkin herhangi bir anlaşmanın olmaması halinde, usul kurallarını hakem mahkemesi belirleyecektir. Ancak hakemlerin usul kurallarını belirleme yetkisi, taraflara nazaran daha sınırlı olacaktır. Zira tahkim kurallarının çoğu, emredici olmasa bile, hakemleri bağlayıcı usul kuralları ihtiva etmektedirler⁵²⁸.

Taraflar gibi hakem mahkemesi de önceden hazırlanmış usul kurallarına başvurabilecektir. Ancak uygulamada hakemler, tarafların açıkça istemedikleri kurallara başvurmamaktadırlar. Diğer yandan, herhangi bir usul kuralı dizisi üzerinde anlaşmamış olan tarafların, bu kuralları hakem mahkemesinin belirleyeceğini bildikleri varsayılmaktadır⁵²⁹.

Tarafların usul kurallarını belirlemediği durumlarda, hakem mahkemesinin kuralları belirlerken, bir bütün olarak kurallar dizisine başvurması, her ne kadar mahkeme, ileride bu kurallar üzerinde gerekli değişiklikleri yapabilecek olsa da, tarafların memnuniyetsizliğine neden olabilecektir. Bu nedenle mahkeme, her aşamada farklı kurallar dizisine başvurabileceği gibi, mutlaka yargılamanın başında bir kurallar dizisi kabul etmiş olmak zorunda da değildir⁵³⁰. Yargılama süresince ve gerektiğinde, karşısına gelen usul sorunlarının gerektirdiği kuralları kabul edebilecek ya da uyumlu hale getirebilecektir. Uluslararası tahkim kurallarında da, yargılamanın başında hakem mahkemesinin, bir usul kuralları dizisi belirlemek ya da bütün yargılama boyunca aynı usul kurallarına başvurmak zorunda olduğuyla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Pek çok yazara göre, hakemlerin yargılamanın başında, bütün muhtemel usul sorunları ve bunların soyut çözümlerini gösterir bir liste hazırlamaktan kaçınmaları daha uygun olacaktır. Hakemlerin, tarafları ve taraf temsilcilerini, güvenli bir yargılama temin edebilmek için öngörülemez olanı öngörmeye, daha kötüsünü tahmin etmeye,

⁵²⁸ Örneğin 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 17/1 maddesine göre: "Bu Kurallar çerçevesinde hakem mahkemesi, tahkim sürecini, taraflara eşit muamele etmek ve uygun aşamada taraflara, makul şekilde davasını sunma imkanı vermek kaydıyla uygun gördüğü tarzda yürütebilir. Hakem mahkemesi takdir hakkını kullanırken, yargılamanın gereksiz yere gecikmesinden ve gereksiz harcamalardan kaçınacak ve tarafların uyuşmazlıklarının çözülmesi için adil ve etkili olacak şekilde hareket etmelidir".

⁵²⁹ POUURET/ BESSON, 2007, s. 463.

⁵³⁰ Yargılama sürecine UNCITRAL Tahkim Kuralları ile başlayıp, delillerin değerlendirilmesi aşamasında IBA Kurallarına başvurmak gibi.

şüpheli davranmaya zorlamaları, onların işini ve yargılama sürecini karmaşıktıratacak; neticede durgun atmosferi bozacaktır⁵³¹.

Tarafların usul kurallarını belirlememiş olması halinde hakem mahkemesi, başvurulacak usul kurallarını, usule ilişkin ara kararlarda (*procedural orders*) belirlemektedir. Bu kararlar nihai karar olmadığı için gözden geçirilmesi de mümkün olmayacaktır. Usule ilişkin bir ara kararın hukuka aykırılığı da, tek başına nihai kararın geçersizliğine neden olmayacaktır⁵³². Aynı şekilde hakem mahkemesinin kendi usul kurallarını ihlal etmesi, hükmün geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. Ancak tarafların mahkeme önünde dinlenilme hakkı gibi aşağıda değineceğimiz usule ilişkin temel hakların ihlal edilmesi, kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersizliğe neden olacaktır⁵³³.

C. Usul Kurallarının Uygulanması Sorunu

Usul kurallarının uygulanması, hem davacının ve davalının haklarının korunması bakımından, hem de mahkemeyi karara götüren bütün diğer hususlar bakımından önemlidir⁵³⁴.

Tahkim anlaşmasında ya da usul kurallarında mahkemenin, usul kuralları konusundaki yetkilerinin sınırları veya bu kurallardan sapma durumunda nasıl bir

⁵³¹ Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Edited by Emmanuel GAILLARD, John SAVAGE, Kluwer Law International, Netherlands, 1999, s. 158; J. POUDRET/ S. BESSON, 2007, s. 464; Philippe FOUCHARD, Une initiative contestable de la CNUDCI, A propos du projet de "Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales", *Revue de L'arbitrage*, 1994, s. 466.

⁵³² POUDRET/ BESSON, 2007, s. 465.

⁵³³ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 466.

⁵³⁴ Durward Valdamir SANDIFER, *Evidence Before International Tribunals*, Foundation Press, Chicago, 1939, s. 35. Örneğin ABD ve Büyük Britanya arasındaki 1910 tarihli Anlaşma ile kurulan Hakem Mahkemesi önündeki *Rio Grande* davasında, İngiliz temsilci, cevap dilekçesini geç vermek istemiş, ancak Amerikan temsilcisi buna itiraz etmiştir. Mahkeme ise ABD'nin rızası hilafına belgenin geç takdim edilmesine izin vermeye yetkisi olmadığına karar vermiştir. Daha sonradan Amerikan temsilcisi her iki tarafa da delil sunulması için eşit imkan tanınması koşuluyla gecikmeye rıza göstermiştir. Mahkeme de, bütün dokümanları edinmeden karar veremeyeceğini belirtmiştir. Diğer yandan, bu bakış açısına dayanarak delillerin geç sunulması kabul edilirse, eşitlik ilkesi gereği karşı tarafa da bu delilleri çürütmesi için imkan tanınması gerekecektir. UN Reports of International Arbitral Awards, *Rio Grande Irrigation and Land Company, Ltd. (Great Britain) v. United States*, 28 November 1923, Vol. VI, s. 131-138, , http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/131-138_Rio.pdf (son erişim: 03.07.2013).

yol izleneceği hususuna tam olarak açıklık getirilirse, bu hususun kendisi ayrı bir uyuşmazlık konusu olmaktan çıkacaktır⁵³⁵.

Günümüzde yürütülen devletlerarası tahkimlerde, ya taraflar usul kurallarını en başta kabul ettikleri bir yetkilendirme anlaşması ile düzenlemekte; veyahut Mahkeme, tarafların da görüşünü alarak, yargılamanın başında, UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi bir usul kuralları dizisini kabul etmektedir. Devletlerarası tahkimin gelişimi bakımından en işlevsel çözüm, - kural koyma yetkisinin de sahibi olan- tarafların bizzat kendilerinin, birbirleri ile işbirliği içinde ve detaylı olarak, kimi zaman uluslararası örgütlerin model kurallarından ya da muhtelif tahkim kurallarından faydalanarak usul kurallarını, yetkilendirme anlaşması içinde belirlemeleridir. Böylece usul kuralları, hem mahkemeyi hem tarafları bağlayacak ve kurallardan sapma tehlikesi doğduğunda da mahkemenin yetkisi devreye girecektir⁵³⁶.

D. Usule İlişkin Temel Haklar

Devletlerarası tahkimin yürütülmesine bağlı olarak, geçmişte ortaya çıkmış olan ve gelecekte de çıkması muhtemel olan, uyuşmazlıkların niteliğine ve usule ilişkin bazı güçlüklerin giderilmesine yönelik olarak, devletlerin, tahkim usulü kapsamında sahip olacakları asgari hukuki hakların belirlenmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığını, uluslararası mahkemeye sunan bir devlet, diğer tarafın ve tahkim organının saygı gösterileceğinden kesin olarak emin olduğu temel bazı haklara sahip olmalıdır. Zira mahkemenin usule ilişkin yetkisi ihtiyari yetki değildir. Mahkeme, kendisini oluşturan ve tahkim anlaşması üzerinde yetkilerini tanımlayan hukuka saygı duymalıdır. Aynı zamanda tarafların, tahkimin, yargısal bir işlem şeklinde yürümeyeceği, hakemlerin kararlarında siyasi gerekçelere dayanacağı ve yargılamadan ziyade tarafları uzlaştırma eğilimi içerisinde olacakları endişesinin ortadan kaldırılması gerekmektedir⁵³⁷. Devletlerin bir mahkeme kurarak, uyuşmazlıklarını karara bağlaması için bu mahkemeye

⁵³⁵ Bu etkiyi doğuran hükümler içeren andlaşmalar için bkz. William M. MALLOY/ Charles GARFIELD, Denys P. MYERS (Denys Peter), **Treaties, Conventions, International Acts, Protocols, And Agreements Between The United States of America and Other Powers**, 1926, Washington.

⁵³⁶ CARLSTON, 1946, s. 33.

⁵³⁷ William Cullen DENNIS, “Compromise- The Great Defect of Arbitration”, **Colum. L. Rev.**, Vol. 11, 1922, s. 493.

başvuruları ve verilecek kararın nihai olması, bütün haklarından vazgeçtikleri anlamına gelmemektedir⁵³⁸. Bu nedenle mahkemenin yürüteceği tahkim sürecinde karşı bazı hukuki teminatların varlığı gereklidir. Bu husus, Daimi Tahkim Divanı'nın kuruluşunu temin eden La Haye Konferanslarında da dile getirilmiştir⁵³⁹.

Uyulmaması halinde, hakem mahkemesi kararını hukuki etkiden de yoksun bırakabilecek nitelikte, yargısal işlemin olağan bir parçası haline gelmiş temel usul kuralları bulunmakta ve bu kurallar hemen bütün tahkim yargılamalarında uygulanmaktadır⁵⁴⁰. Yetkilendirme anlaşmasında öngörülen usul kurallarının herhangi birinin ihlali, her zaman kararın geçersizliğine neden olmayacaktır⁵⁴¹. Ancak bazı yerleşmiş usul kurallarından esaslı şekilde sapma söz konusu ise hakem kararının hukuki etkiden yoksunluğu sonucu doğacaktır. Böyle bir ihlalin hukuki etkisi hakkında karar verirken, bunun yalnızca anlaşmadan sapma niteliğinde olup olmadığının değerlendirmesi yapılmayacaktır. Sorun daha çok böyle bir sapmanın, tahkimin temelini oluşturan esaslı bir haktan sapmaya neden olup olmadığının ve bu nedenle verilecek nihai kararın yargısal niteliğini kaybetme ihtimalinin değerlendirmesine dayanmaktadır. İhlalin etkisi, tarafların menfaatlerini maddi olarak etkilemek olmadıkça, geçersizlik yaptırımına başvurulmamalıdır⁵⁴². Aşağıda temel usul kuralları olarak nitelendirilen bazı kurallar açıklanmıştır.

⁵³⁸ PCIJ, *Mavromatis Palestine Concessions* (Greece v. United Kingdom) 1924, Ser. A, No:2, Aug. 30, 1924, s. 64.

⁵³⁹ Amerikan temsilcisi Root'a göre, "Tahkime temel itiraz, devletlerin, uyuşmazlıklarını bağımsız hakeme sunmak konusundaki isteksizliklerine değil, uyuşmazlıklarını sundukları tahkim organının bağımsızlığına ilişkin kaygılarına dayanmaktadır. Çünkü uygulamada hakemler, önlerindeki uyuşmazlıkla ilgili, yargısal bir sorumluluk duygusuyla, hukuka ve maddi olaylara dayalı olarak karar veren yargıçlar gibi hareket etmek yerine; kendilerini sunulan uyuşmazlığın çözümünü etkileyecek, diplomatik temsilcileri etkileyen bütün değerlendirmeler ve faktörlere ve diplomatik teamüllere uygun şekilde davranan görüşmeciler gibi hareket etmektedirler. Oysa bu iki farklı gidiş yolu, birbirinden tamamen farklı –olumlu ya da olumsuz- sonuçlara götürebilecektir. Söz konusu uyuşmazlığı, bağımsız bir yargı organına sunmak konusunda oldukça istekli olabilecek bir devlet, aynı uyuşmazlığı diplomatik bir çözüm yoluna emanet etmek konusunda da aynı ölçüde isteksiz olabilecektir. Elihu ROOT, **Instructions to the American Delegates to the Hague Conference, 1907**, United States Deputy of State, 1907, s. 1-11.

⁵⁴⁰ Arpad BALASKO, **Causes de Nullité de la Sentence Arbitrale en Droit International Public**, Paris, 1938, s. 133, 194; CARLSTON, 1946, s. 37-39.

⁵⁴¹ CARLSTON, 1946, s. 38.

⁵⁴² CARLSTON, 1946, s. 39.

1. Yargılanma Hakkı

a. Tam Olarak Teşkil Etmiş Mahkeme

Tarafların usul hukukuna ilişkin haklarının en önemlilerinden biri olan mahkeme önünde dinlenme hakkı, tarafların iddialarını ya da savunmalarını ve bu çerçevede delillerini sunma ve ispat hakkıdır. Pek çok yazarın da üzerinde fikir birliğinde bulunduğu üzere, tarafların bu haklarından mahrum bırakıldıkları bir muhakeme sonunda verilecek karar, geçersiz olacaktır⁵⁴³. Tahkim süreci yargısal bir süreçtir ve bu nedenle usule ilişkin bütün temel ilkelere tabi olması gerekmektedir. Hakem kararı, sırf şekil şartlarına uygun olmadığı için hükümsüz kılınamayabilir. Ancak temel ilkeler açık ve kesin bir biçimde ihlal edilmişse, örneğin taraflara delillerini sunma veya karşı tarafın iddiasını çürütme imkanı verilmemişse, böyle bir kararı geçersiz kılınması gerekmektedir⁵⁴⁴.

Örneğin, 1864 tarihli Birleşik Devletler- Kolombiya Karma Komisyonu’nu kuran yetkilendirme anlaşmasında, aynı hükümetler arasındaki bir önceki komisyonun hakemi tarafından değerlendirilen iddiaların, taraflardan birine duruşma imkanı tanınmamış olması nedeniyle, değerlendirmeye alınmamış sayılması kararlaştırılmıştır. Zira iki devlet arasındaki 1857 Sözleşmesi’ne göre, tarafların atayacakları birer üyeden oluşan komisyon, bütün iddiaları değerlendirecektir. Bu kişilerin seçeceği tek hakem de, komisyon üyelerinin karar veremediği iddiaları karara bağlayacaktır. Bu kararlar nihai sayılacaktır. Komisyon, çalışmalarını kendisine ayrılan sürede tamamlayamayınca, 1864’de tekrar bir anlaşma imzalanarak, karara bağlanmamış iddiaların duruşmaları için yeni bir komisyon kurulmuştur. Önceki Komisyon önünde görülen davalar sonucunda verilen kararlara Kolombiya’nın atadığı Komisyon üyesi, kararların, taraflar arasındaki anlaşmanın usule ilişkin hükümlerine ve savunması alınmayan taraf hakkında hüküm verilemeyeceği ilkesine aykırı oldukları gerekçesiyle itiraz etmiştir. ABD’nin atadığı üye ise ilk komisyonun karara bağladığı davaların geçerliliği üzerinde ve ikinci Komisyon’un ancak ilkinin karara bağlamadığı

⁵⁴³ CARLSTON, 1946, s. 45; Georgios PETROCHILLOS, **Procedural Law in International Arbitration**, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 161, 193; WAINCYMER, s. 598; SIMPSON / FOX, 1959, s. 99.

⁵⁴⁴ Judge Patrick ROBINSON, “*The Right to a Fair Trial in International Law, with Specific Reference to the Work of the ICTY*”, **Publicist**, Vol. 3, 2009, s. 2.

hususları değerlendirebileceği konusunda ısrar etmiştir. Sonuçta ilk komisyon önünde görülen beş davadan dördü, ikinci Komisyon'un önüne esasa ilişkin olarak yeniden yargılanmıştır. Yeni Komisyon, Kolombiya'nın davanın yeniden görülmesine ilişkin itirazını yerinde bulmakla beraber, iddialarını reddetmiştir⁵⁴⁵.

Mahkeme önünde dinlenilme, bir başka deyişle yargılanma hakkı çerçevesinde tarafların, tahkim anlaşmasında belirledikleri, üyelerinin kişisel görüşleri ile değil de bir mahkeme olarak yetki kullanan hakemlerin, birlikte gerçekleştirdiği değerlendirmeleri sonucunda çoğunluk oyuyla ve gerekçeli olarak verilen bir yargı kararını talep etme hakları bulunmaktadır⁵⁴⁶. Tüm bu koşullar söz konusu tahkim organının verdiği kararın geçerliliğini belirlemektedir.

Aynı şekilde tarafların, mahkemeden yargısal bir organ olarak hareket etmesini bekleme hakları bulunmaktadır. Mahkeme üyelerinin de yargısal nezaket ve etik kurallarına titizlikle uymaları, duruşmalarda taraflı olmaktan kaçınmaları ve birbirleri ile müzakere ederek, ortak hareket etmeleri gerekmektedir. Zira mahkeme, bireysel hakemler olarak değil, bir yargı organının üyeleri olarak seçilmektedir. Bu nedenle kararların da, tek bir yargı organı olarak, ortak bir değerlendirme ve müzakereden geçirerek verilmesi gerekmektedir⁵⁴⁷.

Bu noktada hakem mahkemesi üyelerinden bir hakemin, kendi rızası ve kişisel kararı ile mahkemenin müzakerelerine katılmayı reddetmesi veya kendisini atayacak hükümetten kaynaklanan nedenlerle bir hakemin bulunmaması durumlarında, kalan üyelerin nihai karara varma yetkilerinin olup olmadığı sorunu ortaya çıkacaktır⁵⁴⁸. İlk durum, hakemin kendi kusuru olup, taraflarca kendisinden feragat edilebilecek ve tarafların hiçbirinin itirazı yoksa mahkeme, kalan üyeler ile muhakemesine devam edebilecektir. İkinci durumda ise somut olayın koşullarına bağlı olarak, kimi zaman mahkemenin yargısal niteliğini kaybetmesi ve karara varamaması söz konusu olabilecektir. Örneğin, 1924 tarihli Fransa-Meksika Komisyonu'nun yürüttüğü yargılama sırasında, Meksikalı üyeler, kendi

⁵⁴⁵ John Bassett MOORE, **International Arbitration: Historical Notes and Projects**, National Conference at Washington, April 22-23, 1896, s. 1401-1411.

⁵⁴⁶ BALASKO, 1938, s. 124.

⁵⁴⁷ HUDSON, 1945, s. 115.

⁵⁴⁸ Bu konu, son bölümde, "Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar Çoğunluğu" başlığı altında ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

hükümetlerinin inisiyatifi doğrultusunda görevlerinden çekilmişler ve bu fiil, her iki hükümet tarafından, kararların başından itibaren yeniden değerlendirilmelerini ve daha sonra da kalan üyelerin çoğunluğu ile karara varılmasını gerektiren bir durum olarak görülmüştür⁵⁴⁹. 1924 tarihli Anlaşma ile kurulan Fransa-Meksika Komisyonu'nun, görevini tamamlamamakla beraber, aynı anlaşma gereği 26 Aralık 1928'de görevi sona ermiştir. Zira kendi hükümetinin direktifleri doğrultusunda kurulmuş olan mahkemenin değerlendirmelerine, Meksika ulusal üyesi katılmamış ve tüm Meksika temsilcileri de, Mahkemenin yetkisinin, 1924 Anlaşması çerçevesinde zamanaşımına uğramış olduğu gerekçesiyle işlemlere katılmamışlardır. Komisyon'un görev süresi sona erdikten yaklaşık dört ay sonra, taraflar arasında, Komisyon'un görevinin dokuz ay süre ile uzatılmasına ilişkin yazışmalar başlamıştır. Komisyon başkanının Komisyon'un toplanmasına ilişkin olarak yaptığı çağrıya Meksika hükümeti, böyle bir toplantının Meksika üyesinin katılamayacak olması nedeniyle ertelenmesi talebi ile karşılık vermiştir. Komisyon başkanı bu talebi, Komisyon'un görevinin bitmesine yalnızca beş ay kalmış olması gerekçesi ile reddetmiş ve Meksika hükümetinden, işlemlere katılmayan komisyon üyesi yerine bir üye atamasını istemiştir. Meksika hükümeti ise cevap olarak, Komisyon Başkanı olarak görevinin 26 Aralık 1928'de sona erdiğini belirtmekle yetinmiştir. Başkanın çağrısı üzerine 29 Mayıs 1929'da toplanan Komisyon çalışmalarına da Meksika üyesi ve temsilcileri katılmamıştır. Bu Komisyon'un ilk kararı, Komisyon Başkanının halen yetkili olduğu, ikinci kararı ise Meksika'nın temsil edilmiyor oluşunun, Komisyon'un üç üyenin çoğunluk oyu ile karar vermesine engel olamayacağı yönündedir. Nitekim diğer iki üye, yirmi üç iddiayı karara bağlamış ve Meksika, anlaşma çerçevesindeki yükümlülüklerinden kaçamamıştır⁵⁵⁰. Mahkeme üyelerinin karara katılmamasının sonuçlarına, kararın geçersizliği konusunda tekrar değinilecektir.

b. Bağımsız Mahkeme

Daha önce de ifade edildiği üzere, yargı organlarının her türlü şüpheden uzak olması gerekmektedir. Her ne kadar tam ve kesin olarak bağımsızlık,

⁵⁴⁹ BALASKO, 1938, s. 277-80

⁵⁵⁰ UN Reports of International Arbitral Awards, Georges Pinson (France) v. United Mexican States, 24 April 1928, Vol. V, s. 325, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/327-466.pdf (son erişim: 12.12.2013).

mahkemenin bütünü bakımından her zaman mümkün olamasa da, mahkeme üyelerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde hareket etmeleri gerekmektedir. Örneğin UAD Statüsü'nün 20. maddesine göre Divan'ın her üyesi, görevine başlamadan önce, açık celsede yetkilerini tam bir tarafsızlık ve vicdan bütünlüğü içinde kullanacağını resmen bildirmelidir. Bir uluslararası mahkeme önündeki davanın tarafları, iddia ya da savunmalarının veyahut karşı iddialarının ve delillerinin mahkeme tarafından eşit olarak değerlendirilmesini; rüşvet ya da oyunu belli etme ve kasıtlı olarak taraf tutulmaksızın, tarafsız bir mahkemede yargılanmayı hak etmektedirler⁵⁵¹.

Devletlerarası tahkimde tarafların usule ilişkin pek çok hakları bulunmaktadır. Bu çerçevede mahkeme önünde eşit muameleye tabi olma ve iddia veya savunmanın eşit olarak sunulması fırsatına sahip olma bunların en önemlilerindendir⁵⁵². Bu hak, mahkemelerin etki altında kalmaması veya etki altında kaldığı izlenimi uyandırmaması gerekliliğinden kaynaklanan, hakemlerin bağımsızlığı ve/veya yargılayanın başından sonuna kadar tarafsızlığı gerekliliğinin de bir sonucudur. Bu gereklilik mahkeme statülerinde, kurumsal veya *ad-hoc* tahkim kurallarında kesinlikle vurgulanmaktadır. Bir bakıma hakem mahkemesinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, tahkimin etik yanını oluşturmaktadır⁵⁵³.

Bağımsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı, çoğu tahkim sürecinde tarafların, her birinin birer hakem atayarak üç kişilik hakem mahkemesini oluşturması ile başlamaktadır. Hakemlerin bağımsızlığını şüpheye düşürecek hallerde tarafların itiraz hakkı, tahkim kurallarında açıkça düzenlenmektedir. Olağan bir yargılamada, taraflar kendi temsilcilerini seçtikten sonra mahkeme

⁵⁵¹ V.S. MANI, **International Adjudication Procedural Aspects**, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1980, s. 35. CARLSTON, 1946, s. 53. Hakem mahkemesinin verdiği kararın geçersizliğinin ileri sürülebilmesine imkan tanıyan, tahkim anlaşması kapsamındaki yargı yetkisinin dışına çıkılması, hata, hile, rüşvet, tehdit gibi geçersizlik nedenleri üzerinde, “Kararın Geçersizliği” başlığı altında durulacaktır.

⁵⁵² Stephen M. SCHWEBEL, “Is Neer Far From Fair and Equitable?”, **Arbitration International**, Vol. 27, No: 4, 2011, s. 556; Hussein HAERI, “A Tale of Two Standards: ‘Fair and Equitable Treatment’ and the Minimum Standard in International Law”, **Arbitration International**, Vol. 27, No: 1, 2011, s. 30; 1992 PCA Optional Rules, 15/1; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 17/1.

⁵⁵³ Horacio Grigera NAON, “Factors to Consider in Choosing an Efficient Arbitrator”, **ICCA Congress Series** No. 9, 1999, s. 289.

üyeleri için aday göstermektedirler. Bu şekilde oluşturulan mahkeme ile tarafların hali hazırdaki temsilcileri arasındaki ilişki, kimi zaman itiraz konusu olabilmekte ve bu itiraz, tahkim kurallarına tabi olmaktadır. Kuralların bu konuda hüküm içermemesi durumunda, örneğin mevcut temsilciden tamamen bağımsız olarak kurulmuş bir mahkemede, davaya dahil olan yeni temsilcinin mahkeme üyelerinden biri ya da daha fazlası ile yakın ilişkisinin bulunması durumunda, temsilciye yapılan itirazın hangi hükümlere göre karara bağlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira mahkemenin her zaman tarafların iki temel hakkına saygı göstermesi gerekmektedir: temsilciyi seçme hakkı ve yargılama süresince bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak bir hakemi seçme hakkı. Yukarıda anlattığımız durumda ise bu iki hak birbiri ile çatışmaktadır. Kurumsal tahkime tabi olmayan ticari tahkim yargılamalarının çoğu, tahkimin gerçekleştirildiği yer hukukuna (*lex loci arbitri*) tabi olmakta ve hukuk sistemlerinin çoğu da, yargılamayı yapmak üzere atanan hakemin, mevcut temsilci ile yakın ilişkisinin bulunması durumunda, bu hakeme itiraz edilmesine izin vermektedir. Hukuk sistemlerinin bunun tersi durumu, örneğin temsilcinin mahkemenin kurulmasından sonra atanması durumunu düzenlememesi, bir başka deyişle, sadece işlev görmekle olan bir mahkemeye itiraz edilmesi imkanının verilmesi, ancak tam tersi durum da itiraz edilecek olan makamın temsilci yerine yine mahkeme olması, devletlerarası tahkimin usul adaletinde kabul edilemez bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁵⁵⁴. Zira böyle bir açık, taraflardan birine, süreci geciktirmek için veya karşı taraf lehine karar verebileceği düşünülen hakemleri sürecin dışında bırakmak için taktiksel bir temsilci seçimine itebilecektir. Ayrıca gecikmeden kaynaklanan ek masraflar ve nihai kararın ertelenmesi, adalet ve etkinlik ilkelerine zarar verecektir.

Bu sorun hakkında tahkim kurallarının sessiz kalması halinde, hem hakem hem de temsilci seçiminin, aynı niteliklere ve aynı sınırlamaları içermesi gerekmektedir. Taraflar, usul kuralları çerçevesinde, mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerine hâlel getirebilecek türden bir ilişki yaratacak mahkeme üyesini seçemedikleri gibi temsilciyi de seçememelidir⁵⁵⁵. Mahkeme üyesinin uygunsuzluğu ya da temsilci ile olan yakınlığı nedeniyle yargılama yapamaması

⁵⁵⁴ WAINCYMER, 2010, s. 597-623.

⁵⁵⁵ WAINCYMER, 2010, s. 623.

sonucunu doğuran, ancak aynı itiraz temsilciye yapıldığında, bu sonucun temsilciye de uygulanmasını öngörmeyen usul kurallarının, böyle dolaylı bir yetkiye izin verdiğini varsaymak, mahkemenin temsilciler ve etik standartlar konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olması demektir. Ancak bu, taraflarca arzu edilen bir durum değildir. En makulü, tarafların, mevcut olan mahkeme üyeleri ile muhtemel yakın ilişki içerisinde olan yeni temsilciler atamamalarıdır.

c. Gerekçe Gösterme Zorunluluğu

Gerekçeli bir hakem kararı, taraflar bakımından kararın, hukuka göre verilmesi ve tahkim anlaşmasına uygun olmasının bir güvencesidir. Gerekçe, hem kararın kaynağını oluşturan güç, hem de hukukiliğinin bir koşuludur. Uluslararası mahkemeler, tarafların karara saygı duymalarını talep etmek için gerekçeli kararlar vermek zorundadırlar. Taraflar bakımından bir hak, mahkeme bakımından bir zorunluluk oluşturan bu husus, uluslararası mahkemelerin kararlarında çok defa açıklığa kavuşturulmuş, yazarlar tarafından önemi ve kararın gerekçesiz olmasının, geçersizliğine neden olacağı hususuna defalarca değinilmiştir⁵⁵⁶. Bu konuya son bölümde, hakem kararının gerekçeli olması gerekliliğine ilişkin açıklamalarımızda daha detaylı olarak değineceğiz.

⁵⁵⁶ MANI, 1980, s. 33; Thomas E. CARBONNEAU, “Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of a Common Law of International Transactions”, **Colum. J. Transnat'l L.**, Vol. 23, 1985, Issue 3, s. 579-614; Tai-Heng CHENG/ Robert TRISOTTO, “Reasons and Reasoning in Investment Treaty Arbitration”, **Suffolk Transnat'l L. Rev.**, Vol. 32, 2009, Issue 2, s. 409-434; Doron MENASHE, “Requirement of Reasons for Findings of Fact”, **International Community Law Review**, Vol. 8, 2006, Issues 2-3, s. 223-246; Tony WARD, “Psychiatric Evidence and Judicial Fact-Finding”, **International Journal of Evidence & Proof**, Vol. 3, 1999, Issue 3, s. 180-194; SIMPSON / FOX, 1959, s. 224; CARLSTON, 1946, s. 51; UAD Statüsü, madde 56/1; 1992 PCA Optional Rules, article 32/3; 1958 ILC Model Rules, article 29; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 34/3.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM YARGILAMASI

I. Tahkim Sürecinin Başlatılması ve Yürütülmesi

A. Tahkim Talebi

Tahkim süreci, tahkim talebi ile başlatılmaktadır ve bu usul, taraflar arasında hali hazırda bir yetkilendirme anlaşması olup olmadığı ihtimallerini göz önüne almak suretiyle, muhtelif tahkim kurallarında düzenlenmiştir. Örneğin Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tahkim Usulüne ilişkin Model Kuralları’na göre, hakem mahkemesi kurulduğunda, yetkileri de tanımlanmalıdır⁵⁵⁷. Bu hususlar yetkilendirme anlaşmasında yer alabileceği gibi kimi zaman taraflar arasında hiç kararlaştırılmamış olabilir. Bu durumda hakem mahkemesinin taraflara bir yetkilendirme anlaşması taslağı tavsiye etmek gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak taraflarca, anlaşmanın tamamlanması, hatta bir anlaşma taslağı çizilmesi, Mahkeme’nin yetkisine bırakılabilir. Taraflar arasında hakemlerin atanması için yeterli hükümler içeren bir anlaşma varsa, bu ihtimal söz konusu olmayacaktır. Neticede mahkeme, yargısal bir organdır ve mahkemece aydınlatılması gereken bütün noktaları kapsayan bir anlaşmanın yokluğunda, taraflardan biri mahkemeden, tahkim anlaşmasını tamamlamasını ya da bir anlaşma taslağı saptamasını isteyebilecektir⁵⁵⁸.

Nitekim 1907 La Haye Sözleşmesi, tarafların kararlaştırması halinde, daha önceden kararlaştırılmış olmakla birlikte, 1907 Sözleşmesi yürürlüğe girdikten sonra yenilenen veya Divan yetkisini içermeyen bir tahkim anlaşması kapsamına giren uyuşmazlıklarda, Daimi Tahkim Divanı’nı bir yetkilendirme anlaşması taslağı çizmesi için yetkilendirmektedir⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ 1958 ILC Model Rules, article 3.

⁵⁵⁸ 1958 Report by Georges Scelle, parag. 14.

⁵⁵⁹ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 56. 1899 La Haye Sözleşmesi kapsamında kurulan ve Daimi Tahkim Divanı’nı nezdinde çözülen ilk uyuşmazlıklardan biri olan, Osmanlı İmparatorluğu ile Rusya Arasındaki Tazminat Faizi davasını yürüten hakem mahkemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur BAYILLIOĞLU, “Dâimi Hakemlik Mahkemesi’nin Osmanlı İmparatorluğu ile Rusya Arasındaki Tazminat Faizi Uyuşmazlığına İlişkin Kararı Hakkında Bir Değerlendirme”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 7/2, Şubat 2011, s. 175-193.

Benzer şekilde 1928 Genel Senedi'ne göre, “Mahkemenin teşkilinden sonraki üç ay içerisinde, taraflar arasında konuya özel bir anlaşmaya (compromise) varılamaması halinde uyuşmazlık, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme önüne götürülebilecektir”⁵⁶⁰. Ancak böyle hükümler, bütün muhtemel sorunları kapsamamaktadır. Bu anlamda daha işlevsel olabilecek Uluslararası Hukuk Komisyonu Model Kuralları'na göre:

“1. Eğer tahkim taahhüdü veya tahkim anlaşması, yetkilendirme için yeterli hüküm içeriyorsa ve hakem mahkemesi teşkil etmişse, uyuşmazlığın taraflarından biri, uyuşmazlığın mahkemeye sunulması başvurusunda bulunabilir. Diğer taraf, yukarıda işaret edilen hükümlerin yetersiz olduğu gerekçesine dayalı olarak bu başvuruya cevap vermeyi reddederse mahkeme, 2. maddede öngörülen (yetkilendirme anlaşmasının unsurları), davaya ilişkin esaslı unsurların, mevcut yetkilendirme anlaşmasında (ya da özel anlaşmada) bulunup bulunmadığını tespit etmelidir. Mahkeme, bu şartların bulunduğu karar verirse, mahkemenin sürmesi için gerekli tedbirleri taraflara bildirmelidir. Aksi durumda mahkeme, tarafların, makul ve sınırlı bir süre içerisinde bir yetkilendirme anlaşmasına varmaları ya da var olan anlaşmayı tamamlamalarına karar vermelidir.

2. Eğer taraflar, ilk paragraftaki usule göre, sınırlı bir süre içerisinde yetkilendirme anlaşmasına varamaz ya da var olan anlaşmayı tamamlayamazlarsa Mahkeme, anlaşmaya varamadıklarını rapor etmelerinin ardından üç ay içinde ya da eğer varsa veya uyuşmazlığın tahkime elverişliliğine (arbitrability) ilişkin bir karardan itibaren üç ay içinde duruşmalara geçmeli ve taraflardan biri ya da her ikisinin birden başvurusu üzerine davayı karara bağlamalıdır”⁵⁶¹.

Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları'na göre, tarafların, uyuşmazlıklarını, Daimi Tahkim Divanı Kuralları çerçevesinde tahkime havale etmeyi, yazılı bir anlaşma ya da bir diğer bir belge ile kararlaştırdığı hallerde, taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, tarafların yazılı olarak anlaşmak suretiyle tadil edebileceği bu

⁵⁶⁰ General Act for Pacific Settlement of International Disputes, Geneva, 26 September 1928, article 27.

⁵⁶¹ 1958 ILC Model Rules, article 8.

Kurallar’a uygun olarak çözülmelidir. Daimi Tahkim Divanı Uluslararası Bürosu, tahkim sürecinin kayda alınması görevini üstlenebilir. Buna ek olarak, bütün tarafların veya hakem mahkemesinin yazılı talebi üzerine Uluslararası Büro, taraflar ve hakem mahkemesi arasında iletişim kanalı olarak hareket etmeli, kayıt ve/veya sekreteryaya hizmetlerini yürütmelidir. Tahkimin başladığı tarihte 1899 veya 1907 Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin La Haye Sözleşmesi’nden biri, taraflar arasında yürürlükte ise, başvurulabilir Sözleşme olarak yürürlükte kalmaya devam etmelidir. Bu durumda taraflar Sözleşme çerçevesindeki haklarını kullanırken, aralarındaki anlaşmada öngörüldüğü şekliyle bu Kurallar’daki usulü kararlaştırırlar⁵⁶².

Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları’na göre, tahkim sürecini başlatan tarafın yapacağı ilk işlem, karşı tarafa bir “tahkim bildirimi” göndermektir. Tahkim işlemleri, davalı bu bildirimi aldığı tarihte başlamış sayılır. Tahkim bildiriminin ihtiva etmesi gereken hususlar ise şunlardır:

- “...(a) *Uyuşmazlığı tahkime havale etme talebi,*
- (b) Tarafların isimleri ve adresleri,*
- (c) Tahkim kaydına veya bunu içeren anlaşmaya yapılan atıf,*
- (d) Uyuşmazlık ile bağlantılı ya da bağlantısız olan anlaşma ya da diğer belgeye yapılan atıf,*
- (e) İddianın genel niteliği, eğer varsa miktarının vs. belirtilmesi,*
- (f) Hedeflenen tazminat ya da giderim,*
- (g) Taraflar daha önce kararlaştırmamış ise hakemlerin sayısına ilişkin öneri (tek, üç veya beş)”⁵⁶³.*

Bu hususlar dışında tahkim bildirimi, dava dilekçesini de içerebilmektedir.

UNCITRAL Tahkim Kuralları da kapsamı ve niteliği itibariyle bu Kurallar’a başvurunun sınırlarını çizmekte ve ardından tahkim bildiriminin özelliklerini saymaktadır. Buna göre, tarafların, uyuşmazlıklarını, anlaşmaya dayanan ya da dayanmayan belirli bir hukuki ilişki çerçevesinde, UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre tahkime havale etmeyi kararlaştırdıkları hallerde, taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, tarafların anlaşmak suretiyle tadil edebileceği

⁵⁶² 1992 PCA Optional Rules, article 1.

⁵⁶³ 1992 PCA Optional Rules, article 3.

bu Kurallar’a uygun olarak çözülmelidir. 15 Ağustos 2010’dan sonra kabul edilen bir tahkim anlaşması, taraflar Kurallar’ın başka bir hali üzerinde anlaşmamışlarsa, bu Kurallar’a tabi olacak bir çözüme havale edilmiş varsayılır. Ancak taraflar 15 Aralık 2010’dan sonra kabul etmek suretiyle tahkim anlaşması yapmış, bu tarihten önce teklif sunmuşlarsa böyle bir varsayım söz konusu olmayacaktır. Bu Tahkime uygulanacak olan ve tarafların ihlal edemeyeceği bir hükümle bu Kurallar’ın çatışması ve söz konusu hükmün üstün gelmesi durumu hariç olmak üzere tahkim yargılamalarında bu Kurallar uygulanmalıdır⁵⁶⁴.

Taraflar arasında UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın uygulanacağı durumlarda tahkim süreci, tıpkı Daimi Tahkim Divanı Kuralları’nda olduğu gibi taraflardan birinin karşı tarafa bir tahkim bildirimi göndermesi ile başlayacaktır. Bu bildirim, Daimi Tahkim Divanı’nın öngördüğü hususları içermelidir. Ancak bunlara ek olarak tahkim bildirimi, “... *atama makamının belirlenmesine ilişkin teklif, tek hakemin atanmasına ilişkin teklif veya bir hakemin atanması bildirimi*”ni içerebilecektir. UNCITRAL Kuralları’na göre, “*Hakem mahkemesinin kurulması, tahkim bildiriminin yeterliliğine ilişkin herhangi bir uyuşmazlık nedeniyle engellenmemeli, böyle bir uyuşmazlık nihai olarak hakem mahkemesi tarafından karara bağlanmalıdır*”⁵⁶⁵.

UNCITRAL Tahkim Kuralları, Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları’na ek olarak, bu bildirim verilecek yanıtı da değinmektedir. Buna göre:

“1. Tahkim bildiriminin alınmasından itibaren otuz gün içinde davalı, davacıya, tahkim bildirimine ilişkin şu hususları içermesi gereken bir cevap vermelidir:

(a) Her davalının isim ve iletişim detayları;

(b) Madde 3/3 (c) ve (g)’ye göre tahkim bildiriminde ileri sürülen verilere cevap.

2. Tahkim bildirimine cevap, ayrıca şu hususları da içerebilir:

(a) Bu Kurallar çerçevesinde kurulan hakem mahkemesinin yargı yetkisini haiz olmadığına ilişkin herhangi bir itiraz;

⁵⁶⁴ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 1.

⁵⁶⁵ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 3.

(b) Madde 6/1'de gösterilen şekilde bir atama makamının belirlenmesi için öneri;

(c) Madde 8/1'de gösterilen tek hakemin atanması için öneri;

(d) Madde 9 veya 10'da gösterildiği şekilde bir hakemin atanması bildirimi.

(e) İddiaların ve karşı iddiaların, eğer varsa giderim veya tazminat miktarını içeren iddia ve karşı iddiaların özeti;

(f) Davalının, davacıdan başka tahkim anlaşmasına taraf olanlardan birine karşı iddiada bulunması durumunda Madde 3'e uygun olarak tahkim bildirimi;

3. Hakem mahkemesinin kurulması, davalının, tahkim bildirimine cevap vermemesinden veya eksik ya da geç cevap vermesinden kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlık nedeniyle engellenmemeli, bu sorun nihai olarak hakem mahkemesi tarafından çözümlenmelidir⁵⁶⁶.

Hakemlerin atanmasını temin eden bir yetkilendirme anlaşmasının varlığı, mahkemenin teşkili sürecini kolaylaştıracaktır. Bunun yanında, davacı tarafından gönderilen tahkim bildiriminin dava dilekçesini de içermesi, tahkim sürecini kısaltacaktır. Uygulamada genelde dava dilekçesini içeren tahkim bildirimi, davanın karşı tarafına ve hakem atanmışsa hakeme gönderilmektedir.

Örneğin, Daimi Tahkim Divanı nezdinde görülen *Indus Waters Kishenganga* davasında, 10 Mayıs 2010'da Pakistan, Hindistan'a karşı, 1960 tarihli Hint Suları Andlaşması'na Ek hükümlere dayanarak tahkim işlemlerini başlatmıştır. Aynı Andlaşma Ek'ine göre Hakem Mahkemesi, yedi üyeden oluşacak ve Daimi Tahkim Divanı bu davada Sekretarya olarak hareket edecektir⁵⁶⁷. 1960 Andlaşması'nın uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 9/2. maddesi, tahkim sürecinin ne şekilde başlatılacağını hükme bağlamaktadır. Buna göre, taraflar, uyuşmazlığın konusuna ilişkin bir yetkilendirme anlaşması kabul ederek yargılama usulünü belirlerlerse, buna göre hareket edilecektir. Öteki türlü, taraflardan biri, herhangi bir iddia ya da uyuşmazlığın niteliğinin, tahkime sunulmaya müsait olduğu kanısında ise bu Andlaşma'daki hükümler çerçevesinde, kendi hakemini aday göstererek süreci başlatabilecektir. Böyle bir tahkim bildirimini alan taraf ise diğer

⁵⁶⁶ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 4.

⁵⁶⁷ PCA, *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, Indus Water Treaty Annexure G, article IX, Parag. 2/b.

tarafı, uyuşmazlığı Andlaşma çerçevesinde çözmeye davet edebilecektir. Bunun üzerine başlayan görüşmelerden sonra taraflardan biri, uyuşmazlığın diplomatik yollarla çözülemeyeceği kanısına vardıysa veya tahkim bildirimini alan taraf, davacı tarafta, bildirim tarihinden sonraki bir ay içerisinde, görüşmeleri gereksiz yere uzattığı intibai uyandırmışsa, bu sürenin bitiminde taraflardan birinin talebi üzerine tahkim süreci başlatılabilecektir⁵⁶⁸. Görüldüğü üzere taraflar arasındaki Andlaşma, tahkimin başlatılması sürecini oldukça ayrıntılı şekilde açıklamaktadır.

Olayda ise tahkim talebi 17 Mayıs 2010 tarihinde, Kishenganga Hidro Elektrik Projesi ile ilgili bir anlaşmazlığa dayanarak Pakistan hükümetinden gelmiştir. Pakistan, tahkim bildiriminde, uyuşmazlıkla ilgili iki temel iddiayı tanımlamış ve ardından Yargıç Bruna Simma ve Jan Paulsson'u atamış; Hindistan ise 16 Haziran 2010 tarihinde Yargıç Peter Tomka ve Lucius Cafilisch'i belirlemiştir⁵⁶⁹.

Kimi zaman taraflar arasındaki herhangi bir konudaki anlaşma ya da tahkim kaydı, hakem mahkemesinin kuruluşuna ilişkin hükümler de içermekte olup, böyle anlaşmalar usul kolaylığı sağlamaktadır. Örneğin, Ekvador Cumhuriyeti ve ABD arasındaki Karşılıklı Yatırımların Korunması ve Teşvik Edilmesi Andlaşması'nın yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanan bazı sorunların çözümü için iki devlet arasında diplomatik ve diğer kanallarla görüşmelerde bulunulmuş, ancak çözüme ulaşılamamıştır⁵⁷⁰. Bunun üzerine sorunların çözümü, uluslararası hukuka uygun olarak bağlayıcı bir karar almak üzere, Daimi Tahkim Divanı'nın Sekretarya hizmetlerini yürüttüğü hakem mahkemesine havale

⁵⁶⁸ PCA, Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India), Indus Water Treaty Annexure G, article IX, parag. 4, 5.

⁵⁶⁹ PCA, Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India), Order on the Interim Measures Application of Pakistan dated June 2011, parag. 7. Pakistan'ın uyuşmazlıkla ilgili temel iddiaları şöyledir: a) Hindistan'ın Kishenganga Irmağının ayrı bir hat olarak bölünmesine ilişkin teklifi, Kishenga Projesinin temelini oluşturmakta olup, Hindistan tarafından başlatılan bu proje, taraflar arasındaki Andlaşma'nın uluslararası hukuka göre yorumlanması ve uygulanması çerçevesinde, Hindistan'ın Pakistan'a karşı uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlalini oluşturmaktadır. Taraflar arasındaki 1960 Hint Suları Andlaşması'na göre taraflar, Batı nehirlerinin sularının hepsinin akmasına izin vermek, bu sulara müdahale edilmemesini temin etmek ve doğal kanalların muhafazasını sağlamak yükümlülükleri altındadır; b) Andlaşma çerçevesinde Hindistan, önceden öngörülemeyecek acil durumlar dışında, baraj seviyesini ölü hacim seviyesinin altına düşürmemelidir.

⁵⁷⁰ Treaty Between the Republic of Ecuador and the United States of America Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, signed at Washington, D.C. 27 August 1993, entered into force 11 May 1997, attached as Annex A.

edilmiştir⁵⁷¹. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, temel olarak, Yatırım Andlaşması'nın "... Taraflar, yatırım anlaşmaları ve yatırım ruhsatlarına ilişkin iddiaların etkili şekilde ileri sürülmesini ve hakların etkili şekilde icra edilmesini temin edeceklerdir" hükmünden kaynaklanmaktadır. Tahkime gitme yükümlülüğü ise aynı Andlaşma'nın VII. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre:

"1. Taraflar arasında bu andlaşmanın yorumlanmasından veya uygulanmasından çıkan ve görüşmeler yoluyla çözülemeyen her türlü uyuşmazlık, taraflardan birinin talebi üzerine, uluslararası hukukun başvurulabilir kurallarına uygun olarak bağlayıcı bir karar almak üzere hakem mahkemesine havale edilecektir. Aksine bir anlaşmanın yokluğunda, bu yargılamada taraflar veya hakemlerce tadil edildiği ölçüde UNCITRAL Tahkim Kuralları'na başvurulacaktır.

2. Tahkim talebinin alınmasından sonraki ki ay içinde taraflardan her biri birer hakem atayacak; bu iki hakem, mahkeme başkanı olarak, her iki devletin de milliyetinden olmayan bir hakem tayin edecektir. Mahkeme üyelerinin atanmasına, bu hükümlere göre atama makamının Merkez Genel Sekreterliği (Secretary General of the Centre) olması dışında, mutatis mutandis 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları uygulanacaktır⁵⁷².

3. Aksine anlaşmanın yokluğunda, üçüncü hakemin seçilmesi tarihinden itibaren altı ay içinde dilekçeler ve duruşmalar tamamlanmalı ve mahkeme, son yazılı işlem veya son duruşma tarihinden itibaren iki ay içinde kararını vermelidir.

4. Mahkeme başkanı ve diğer hakemlerin masrafları ve diğer giderler, taraflarca eşit olarak karşılanmalıdır. Mahkemenin takdiri ile masrafların büyük bir kısmının taraflardan birine yüklenmesine hükmedilebilir".

Tahkim süreci, aksine bir anlaşma olmaması nedeniyle, Ekvador Cumhuriyeti'nin, 1976 tarihli UNCITRAL Kuralları'nın 3/(a) maddesine göre,

⁵⁷¹ Request of Republic of Ecuador to the United States of America Pursuant to article VII of the Treaty Between United States of America and Republic of Ecuador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 28 June 2011, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1455 (son erişim: 15.11.2012).

⁵⁷² United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules Adopted by UNCITRAL on 28 April 1976, General Assembly Resolution 31/98, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html (son erişim: 14.09.2013).

ABD hükümetine tahkim bildirimi göndermesi ile başlamıştır⁵⁷³. Bu bildirim, aynı zamanda UNCITRAL Kuralları'nın 18. maddesi çerçevesinde Ekvador hükümetinin dava dilekçesini de oluşturmaktadır⁵⁷⁴. Görüldüğü üzere, çoğu tahkim sürecinin başlatılmasında olduğu gibi bu davada da süreç, davacı tarafın davalı tarafa gönderdiği ve dava dilekçesini de içeren bir tahkim bildirimi ile başlamıştır.

Ekvador hükümeti tarafından gönderilen 28 Haziran 2011 tarihli tahkim bildirimi, sırasıyla, taraflar arasındaki Andlaşma'nın tahkime ilişkin hükümlerini, Ekvador hükümetinin talebinin niteliğini, tarafların isimlerini ve adreslerini, iddiayı destekleyen olaylara ilişkin açıklamaları, uyuşmazlığın genel niteliğini, dava konusu hususları, hedeflenen tazminatı, Ekvador hükümetinin temsilcisini ve tebligat adresini ve son olarak hakemlerin atanmasına ilişkin hususları içermektedir. Taraflar arasındaki Andlaşma'ya ve UNCITRAL Tahkim Kuralları'na uygun şekilde üç üyeyi de tarafların seçtiği bir hakem mahkemesi kurulması teklif edilmektedir. Hakemlerin atanamaması halinde ise atama makamı olarak Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Uluslararası Merkezi önerilmiştir. Anlaşma'ya göre, Ekvador hükümetinin hakem atadığına dair bildirim alan davalı taraf, bildirimin alınmasından itibaren iki ay içinde bir hakem atayacaktır.

⁵⁷³ 1976 tarihli UNCITRAL Kuralları'nın 3/(a) maddesine göre, "1. Tahkim sürecini başlatan taraf (buradan sonra davacı olarak anılacaktır) diğer tarafa (buradan sonra davalı) tahkim bildirimi göndermelidir.

2. Tahkim işlemleri, davalı bu bildirimi aldığı tarihte başlamış sayılır.

3. Tahkim bildirimi şu unsurları içermelidir: (a) Uyuşmazlığı tahkime havale etme talebi, (b) Tarafların isimleri ve adresleri, (c) Başvurulan tahkim anlaşmasına ya da andlaşmadaki tahkim kaydına atıf,

(d) Uyuşmazlık ile alakalı ya da alakalı olmayan sözleşmeye atıf, (e) İddianın genel niteliği, eğer varsa miktarının vs. belirtilmesi, (f) Hedeflenen tazminat ya da giderim, (g) Taraflar daha önce kararlaştırmamış ise hakemlerin sayısına ilişkin icap.

4. Tahkim bildirimi ayrıca şunları da içerebilir:

(a) Tek hakem atanmasına veya madde 6/1'de gösterine atama makamının belirlenmesine ilişkin teklif, (b) Madde 7'de gösterilen şekilde bir hakemin atanmasına ilişkin teklif, (c) Madde 18'de gösterilen şekilde bir dava dilekçesi".

⁵⁷⁴ 1976 UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 18. maddesine göre, "1. Tahkim bildirimi dava dilekçesini ihtiva etmezse, hakem mahkemesinde belirlenen süre içerisinde davacı, dava dilekçesini davalıya ve diğer hakemlere iletmelidir. Sözleşmenin veya tahkim anlaşmasının bir kopyası da buna eklenmelidir.

2. Dava dilekçesi şu hususları içermelidir: (a) Tarafların isimleri ve adresleri, (b) İddianın dayandığı olaylar, (c) Dava konusu olaylar, (d) Talep edilen hukuki giderim. Davacı, dava dilekçesine gerekli gördüğü bütün dökümanları ekleyebilir veya bunlara atıf yapabilir".

Uyuşmazlığın taraflarının BMDHS'ye taraf olması, tahkim sürecinin başlatılmasını kolaylaştıran bir başka unsurdur. Örneğin Malezya ve Singapur'un BMDHS'nin tarafı olmaları nedeniyle, Sözleşme'nin yorumlanmasından ve uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların Sözleşme'nin XV. bölümünde öngörülen barışçıl yollarla çözülmesi gerekmektedir. Singapur tarafından Johor Geçitleri etrafında yapılan arazi ıslahı çalışmalarından kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin işlemler, 4 Temmuz 2003'te Malezya tarafından başlatılmıştır⁵⁷⁵. Ancak ne Malezya ne de Singapur hükümeti, Sözleşme'nin 287/(1) maddesine göre yazılı bildirimde bulunmamış olmaları nedeniyle, aynı maddenin üçüncü fıkrası gereği, Sözleşme Ek VII kapsamında yürütülecek olan tahkimi kabul etmiş sayılmışlardır⁵⁷⁶.

4 Temmuz 2003'te Malezya hükümeti, Singapur hükümetine, Johor Geçitleri etrafında arazi ıslahı çalışmalarından kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için Ek VII'e göre tahkim sürecinin başlamasına yönelik bir bildirim, dava dilekçesi ve kuruluşu devam eden hakem mahkemesine yönelik geçici koruma tedbiri talebini iletmiştir. Adı geçen bildirimde Malezya hükümeti, Ek VII'nin 3/(b) maddesi kapsamında⁵⁷⁷, hakem olarak Kamal Hossain'i atadığını bildirmiş; 29 Temmuz 2003'te ise Singapur hükümeti, 3/(c) maddesi kapsamında⁵⁷⁸, Bernard H. Oxman'ı hakem olarak atamıştır⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ PCA, Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around of the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Award on Agreed Terms, The Hague, 1 September 2005, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1154 (son erişim: 18.11.2012).

⁵⁷⁶ 1982 BMDHS'nin, "Prosedür Seçimi" başlıklı 287. maddesine göre,

"1. Bu Sözleşmeyi imzalarken, onaylarken veya ona katılırken yahut sonra herhangi bir zamanda bir Devlet, yazılı bir bildirim ile bu Sözleşmenin yorumlanması veya uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkların halledilmesi konusunda aşağıdaki araçlardan birini veya daha fazlasını seçmekte serbest olacaktır.

(a) Ek VI'a göre kurulmuş ola Milletlerarası Deniz Hukuku Mahkemesi;

(b) Milletlerarası Adalet Divanı;

(c) Ek VII'e göre oluşturulmuş bir hakem mahkemesi;

(d) Ek VIII'de belirtilen uyuşmazlık kategorilerinden bir veya daha fazlası için yine Ek VIII hükümlerine göre oluşturulan özel bir hakem mahkemesi.

3. Yürürlükteki bir bildirinin kapsamına girmeyen bir uyuşmazlığa taraf olan devlet, Ek VII hükümlerine göre tahkime gitmeyi kabul etmiş sayılır".

⁵⁷⁷ 1982 BMDHS, Ek VII'nin 3/(a) maddesine göre, "Dava açan taraf, tercihen bu Ek'in 2. maddesinde belirtilen listeden seçilen ve kendi vatandaşı da olabilen bir üye tayin edecektir. Bu tayin, Ek'in 1. maddesinde belirtilen ihbarnameye dahil edilecektir".

⁵⁷⁸ 1982 BMDHS, Ek VII'nin 3/(c) maddesine göre, "Uyuşmazlığın diğer tarafı, bu Ek'in 1. maddesinde zikredilen ihbarnamenin alınmasından itibaren otuz gün içinde, tercihen listeden seçilecek, kendi vatandaşı da olabilen bir üye tayin edecektir. Eğer bu süre içine tayin yapılmazsa,

5 Eylül 2003'te Malezya hükümeti, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'ne, Sözleşme'nin 290/(5) maddesi çerçevesinde⁵⁸⁰, ilgili uyuşmazlığa ilişkin geçici koruma tedbiri talebini iletmiştir. 5 Eylül 2003'te Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Malezya temsilcisi olarak, Dışişleri Bakanlığı Genel Sekreteri Mr. Ahmad Fuzi Haji Abdul Razak'ın atandığı bildirimini; 6 Eylül 2003'te ise Singapur temsilcisi olarak Dışişleri Bakanlığı özel elçisi Profesör Tommy Koh'un atandığı bildirimini almıştır⁵⁸¹. 20 Eylül 2003'te Singapur, Malezya'nın dilekçesine olan cevabını, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'ne ve bir kopyasını da Malezya temsilcisine iletmiştir.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, tarafların milliyetlerinden oluşan bir yargıç kürsüsü içermediğinden Statü'nün 17/3 maddesine dayanarak *ad-hoc* yargıç olarak Malezya hükümeti, Kamal Hossain'i, Singapur hükümeti ise Profesör Bernard H. Oxman'ı atamıştır. Yargıçlar görevlerini 24 Eylül 2003'te kabul etmişlerdir.

Kimi zaman herhangi bir konudaki anlaşmada bulunan tahkim kaydı, tahkim sürecinin başlatılması ve yürütülmesine ilişkin kuralların belirlenmesi görevini, kurulacak hakem mahkemesine de bırakabilmektedir. Örneğin, Fransa, Almanya, Lüksemburg, Hollanda ve İsviçre'nin taraf olduğu, 3 Aralık 1976 tarihli Ren Nehri'nin Klorür Kirlenmesine Karşı Korunmasına İlişkin Sözleşme⁵⁸² ve Sözleşme'ye Ek 1991 tarihli Protokol gereği, Sözleşme ve Protokol hükümlerinin

dava açan taraf, sürenin sona ermesinden sonraki iki hafta içinde, tayinin (e) bendine göre yapılmasını talep edebilir”.

⁵⁷⁹ PCA, Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around of the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Award on Agreed Terms, parag. 5.

⁵⁸⁰ 1982 BMDHS'nin 290/(5) maddesine göre, “Bu bölüme göre bir uyuşmazlığın havale edilmekte olduğu bir hakem mahkemesi kuruluncaya kadar, tarafların üzerinde anlaşıldığı herhangi bir mahkeme veya yargı yeri, geçici tedbir talebi tarihinden itibaren iki hafta içinde; böyle bir anlaşmaya varılmamışsa, Milletlerarası Deniz Hukuku Mahkemesi veya Saha faaliyetleri bakımından Deniz Dibi Uyuşmazlıkları Dairesi, kurulacak mahkemenin prima facie yetkili olacağı ve durumun aciliyetinin gerekli kıldığı görüşündeyse, bu maddeye uygun şekilde geçici tedbirleri emredebilir, onları değiştirebilir veya ortadan kaldırabilir. Bir kere kurulunca, uyuşmazlığın havale edildiği mahkeme, 1-4. paragraflara binaen bu tedbirleri değiştirebilir, kaldırabilir veya teyit edebilir”.

⁵⁸¹ PCA, Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around of the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Award on Agreed Terms, parag. 7-8.

⁵⁸² PCA, Case Concerning the Auditing of Accounts Between The Kingdom of Netherlands and The French Republic Pursuant to the Additional Protocol of 25 September 1991 to the Convention on the Protection of the Rhine Against Pollution by Chlorides of 3 December 1976, Arbitral Award of 12 March 2004, Unofficial English Translation, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1156 (son erişim: 20.11.2012).

yorumlamasından ve uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar; Sözleşme'nin 13. maddesini takiben ve Protokol'ün 7. maddesi çerçevesinde, taraflar arasında görüşmeler yöntemi ile çözülememesi halinde, taraflardan birinin talebi üzerine, Sözleşme Ek B hükümlerine uygun olarak tahkime havale edilecektir. Ek B, hakem mahkemesinin teşkili ve karar alma usulüne ilişkin olarak mahkemenin kendi usul kurallarını kendisinin koyabileceğini düzenlemiştir⁵⁸³.

21 Ekim 1999'da Hollanda, Paris'te bulunan Büyükelçiliği'ne bir nota göndererek, Fransa Dışişleri Bakanı'na hitaben, Sözleşme'nin 13. maddesi ve Protokol'ün 7. maddesine uygun olarak, 31 Aralık 1998'e kadar olan hesapları nihai denetimi çerçevesinde, Fransız hükümetince Hollanda hükümetine geri ödenmesi gereken miktara ilişkin uyuşmazlığın, Ek Protokol hükümlerine göre, tahkime sunulmasını talep etmiştir. Aynı notada Hollanda, Sözleşme Ek B'e göre iki ay içinde hakem atayacağı bilgisini de vermiş ve Fransa makamlarını, aynı iki aylık süre içinde hakem atamaya davet etmiştir. 17 Aralık 1999 tarihli notasında ise Hollanda, UAD yargıçlarından Pieter H. Kooijmans'ı hakem olarak atadığını, Paris Büyükelçiliği aracılığı ile Fransız Dışişleri Bakanlığı'na bildirmiştir⁵⁸⁴.

17 Aralık tarihli notanın ardından Fransa, Paris'teki Hollanda Büyükelçiliği'ne tahkim bildirimini aldığını ve yine Divan yargıçlarından Gilbert Guillaume'i hakem olarak atadığını bildirmiştir. İki hakem karşılıklı anlaşarak, İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nde görev yapmış olan Krzysztof Skubiszewski'i mahkeme başkanı olarak atamışlar, böylece Hollanda-Fransa Hakem Mahkemesi teşkil etmiştir⁵⁸⁵.

B. Tahkim Sürecinin Yürütülmesi

1. Tahkim Sürecinin Yürütülmesi Usulü

Tahkim sürecinin yürütülmesi, teorik olarak, Anglo Sakson ya da Kıta Avrupası sistemlerinin takip edilmesine göre değişiklik göstermektedir. Anglo

⁵⁸³ PCA, Case Concerning the Auditing of Accounts Between The Kingdom of Netherlands and The French Republic Pursuant to the Additional Protocol of 25 September 1991 to the Convention on the Protection of the Rhine Against Pollution by Chlorides of 3 December 1976, Arbitral Award of 12 March 2004, parag. 4.

⁵⁸⁴ Arbitral Award of 12 March 2004, parag. 5.

⁵⁸⁵ Arbitral Award of 12 March 2004, parag. 7.

Sakson hukuk sistemlerinde, yargıcın temel görevi, tarafların birbirleri ile çatışan iddialarını çözmek ve usule ilişkin farklılıkların yarattığı sorunları gidermektir. Oysa Kıta Avrupası sisteminde yargıcın rolü, gerçeğe ulaşmaktır ve bu nedenle yargılama sürecinde daha aktiftir; büyük ölçüde tarafların yönlendirmesi dışında görevini ifa etmektedir. Anglo Sakson sisteminde genelde yazılı aşama, yargılama sürecini başlatmakta ve bu aşamada tarafların dilekçeleri, sözlü aşamadaki iddia ve savunmalarını bağlamamaktadır. Zira sözlü aşama, süreci yöneten en önemli aşamadır ve uzunca bir süreye yayılabilir. Oysa Kıta Avrupası sistemlerinde yazılı aşama, taraflar için en önemli aşamadır ve maddi ve hukuki argümanlarının hepsini bu aşamadaki dilekçelerde arz edilmektedir. Tanıkların dinlenmesi dışında sözlü aşama, yargılama sürecinin vazgeçilmez bir parçası değildir ve kimi muhakemelerde hiç yer almamaktadır⁵⁸⁶.

Devletlerarası tahkimde mahkeme, taraflar yetkilendirme anlaşması ya da tahkim kaydında aksini belirtmedikleri takdirde, belirli bir ulusal usul kuralları ile de bağlı değildir. Zira taraflardan birinin ulusal usul hukuku kurallarına başvurmak, taraflar arasındaki denge ve yargılamanın etkinliği bakımından sakıncalı olabilecektir⁵⁸⁷.

Devletlerarası tahkimde yargılama süreci, genelde iki aşamadan oluşmaktadır. Yargılama davacının dava dilekçesi ile başlamakta, aşağıda açıklanacağı şekilde davalının cevap dilekçesi, ardından davacının cevaba cevap dilekçesi ve son olarak davalının cevap dilekçesi ile yazılı aşama son bulmaktadır. Daha sonra genellikle tarafların talebine veya mahkemenin uygun görmesine bağlı olarak sözlü aşama gerçekleşmekte ve duruşmalar yapılmaktadır. Uluslararası tahkimin en önemli avantajlarından biri taraflara, usul kurallarını seçme imkanı tanınmasıdır. Modern tahkim kurallarının çoğu hakem mahkemesine, taraflara eşit muamele etmek ve davalarını yeterli şekilde sunma imkanı vermek üzere tahkim sürecini, uygun gördüğü şekilde yürütmek konusunda takdir yetkisi vermektedir.

⁵⁸⁶ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 484. Anglo Sakson ve Kıta Avrupası sistemlerindeki yargılama usulleri ve bunların birbirine uyumluluğunun sağlanmasına ilişkin olarak bkz. Bernard HANOTIAU, “Civil Law and Common Law Procedural Traditions in International Arbitration: Who has Crossed the Bridge?” in **Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millenium, Reports of International Colloquium of CEPANI**, Brussel, 2004, s. 85-98.

⁵⁸⁷ Justin THORENS, “L'arbitre International au Point de Rencontre des Traditions du Droit Civil et de la Common Law” in **Etudes de Droit International en l'honneur de Pierre Lalive**, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, s. 697.

Bu nedenle aynı usulün, bütün davalarda tam anlamıyla uygulanması sık rastlanan bir durum değildir. Hakemler genellikle davanın niteliğini, karmaşıklığını ve tarafların beklentilerini dikkate alarak usul kurallarını şekillendirme eğilimindedirler. Bu durumda tahkim usulü, tarafların, avukatların ve hakemlerin geldiği hukuk sistemlerinden etkilenebilecektir. Bu nedenle ortaya çıkan usul kuralları, genelde Anglo Sakson ve Kıta Avrupası sistemlerinin her ikisinden de özellikler taşıyabilecektir⁵⁸⁸.

Kural olarak tahkim süreci, yukarıda da açıkladığımız üzere, davacının, davaya ilişkin bilgileri içeren bir bildirim ile başlamakta ve böyle bir bildirimin içermesi gereken hususlar, usul kurallarının ilgili hükümlerinde belirtilmektedir. Davacı veya davalı ya da hakemler tarafından, “dava veya iddia” dilekçeleri ile “cevap veya savunma” dilekçeleri isimleri tercih edilmektedir. Genellikle davacı, tahkim bildiriminde davasının esas hatlarını çizmekte, cevap dilekçesi ile bu çerçeveye tam olarak belli olmaktadır. Dava dilekçesini içeren bir tahkim bildiriminde, davalıdan vereceği cevapla dilekçedeki argümanları çürütmesi istenmektedir. Davacının davasına karşı savunmasını ya da cevaplarını savunma ya da cevap dilekçesinde sunacak olan davalının, karşı dava veya takasa ilişkin argümanlarını da bu aşamada cevap ya da savunma dilekçesiyle birlikte sunması beklenmektedir⁵⁸⁹.

Tahkim sürecinin yürütülmesine ilişkin temel ilkeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları’nda özetlenmiştir. Buna göre: *“Taraflar arasında usule ilişkin bir anlaşma yoksa ya da tarafların kararlaştırdığı kurallar yetersiz ise mahkemenin, usul kurallarını düzenlemeye ya da tamamlamaya yetkisi olmalıdır. Bütün kararlar mahkeme üyelerinin çoğunluk oyu ile alınmalıdır”*⁵⁹⁰.

Tahkim sürecinin yürütülmesine ilişkin temel unsurlar, Daimi Tahkim Divanı’nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine Uygulanacak Seçimlik Kuralları’nda düzenlenmiştir. Buna göre:

⁵⁸⁸ HANOTIAU, 2004, s. 88. Her iki sistemin birleşiminden oluşan devletlerarası tahkim sürecinde, bu sistemlerden alınan özelliklere, aşağıda yeri geldikçe değinilecektir.

⁵⁸⁹ WAINCYMER, 2007, s. 218.

⁵⁹⁰ 1958 ILC Model Rules, article 12.

“1. Bu kurallara bağı olarak, hakem mahkemesi, tahkimi, tarafların eşit muamele görmesini sağlayarak ve taraflara sürecin her aşamasında davasını tam olarak sunma imkanı verilmesini sağlayarak, uygun gördüğü şekilde yürütebilir.

2. Taraflardan birinin, tahkim sürecinin herhangi bir aşamasında talep etmesi halinde, tanık beyanlarının, bilirkişi görüşlerinin veya diğer sözlü delillerin sunulması için duruşma yapılmalıdır. Böyle bir talebin yokluğunda hakem mahkemesi, duruşma yapıp yapmayacağına veya tahkim sürecinin belge delilleri veya diğer araçlar üzerinden yürütülüp yürütülmeyeceğine karar vermelidir.

3. Bir tarafça mahkemeye sağlanan bütün belge ve bilgiler, aynı zamanda diğer tarafa ve birer kopyası da Uluslararası Böro’ya iletilmelidir”⁵⁹¹.

UNCITRAL Tahkim Kuralları ise tahkimin yürütülmesi konusunda daha ayrıntılı hükümler içermektedir. Buna göre:

“1. Bu Kurallar çerçevesinde hakem mahkemesi tahkimi, taraflara eşit muamele etmek ve uygun aşamada taraflara, makul şekilde davasını sunma imkanı vermek kaydıyla uygun gördüğü tarzda yürütebilir. Hakem mahkemesi takdir hakkını kullanırken, işlemlerin gereksiz gecikme ve harcamalardan kaçınacak ve tarafların uyuşmazlıklarının çözülmesi için adil ve etkili olacak şekilde süreci yürütmelidir.

2. Teşkil ettikten ve tarafları görüşlerini açıklamaya davet ettikten sonra hakem mahkemesi, tahkim süreci için arızı bir zaman tablosu belirlemelidir. Hakem mahkemesi, tarafları görüşlerini açıklamaya davet ettikten sonra, bu Kurallar çerçevesinde öngörülen veya taraflarca belirlenen süre sınırlamasını uzatabilir veya kısaltabilir.

3. Tahkim sürecinin herhangi bir aşamasında, bir tarafın talebi üzerine hakem mahkemesi, tanık, bilirkişi veya sözlü delillerin sunulması için duruşma yapmalıdır. Böyle bir talebin olmaması halinde hakem mahkemesi, duruşmaların yapılması ya da tahkim sürecinin sadece belgeler ve diğer materyaller üzerinden yürütülmesine ilişkin bir karar vermelidir.

⁵⁹¹ 1958 PCA Optional Rules, article 15.

4. *Bir tarafla hakem mahkemesi arasındaki bütün yazışmalar, diğer taraflara da iletilmelidir. Bu yazışmalar, aksi kararlaştırılmadıysa, aynı anda yapılmalıdır.*

5. *Taraflardan herhangi birinin talebi üzerine hakem mahkemesi, tarafların haklarına halel getireceği için aksine verilmemesine karar vermediği sürece, üçüncü kişi yada kişilerin, tahkim anlaşmasına taraf olmaları kaydıyla tahkime taraf olarak katılmasına izin verebilir. Hakem mahkemesi, tahkime dahil olan bütün taraflar bakımından tek bir karar verebileceği gibi birden çok karar da verebilir*⁵⁹².

2. Dava ve Savunma Dilekçeleri

Devletlerarası tahkimlerde başvuru usul kuralları, büyük ölçüde Kıta Avrupası hukuk sisteminin özelliklerini taşımaktadır. Bu süreçte ilk olarak yazılı aşama ya da bazen sadece yazılı aşama gerçekleşmekte ve taraflar, detaylı dava ve savunma dilekçelerini bir ya da iki defa –çoğunlukla iki defa- değiştirmektedirler. Bu dilekçeler aynı zamanda delil niteliğindeki yazılı belgeleri, tanık beyanlarını, bilirkişi raporlarını ve dilekçede atıf yapılan diğer hususlara ilişkin delilleri de içermektedir. Dilekçelerinde taraflar, uygulanacak hukuku da belirtebilmektedirler⁵⁹³.

Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları'na göre dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar şunlardır:

“1. Dava dilekçesi, tahkim bildirimi içerisinde yer almıyorsa, hakem mahkemesince belirlenen zaman dilimi içerisinde davacı, dava dilekçesini yazılı olarak karşı tarafa ve hakemlerin her birine iletmelidir. Bu dilekçeye taraflar arasındaki anlaşma, anlaşmanın bir parçası değilse tahkim anlaşması veya ilgili anlaşmanın bir kopyası eklenmelidir.

2. Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar tam olarak ifade edilmelidir:

(a) Tarafların isim ve adresleri;

(b) Dava konusu olayların açıklaması;

⁵⁹² 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 17.

⁵⁹³ HANOTIAU, 2004, s. 88.

(c) Dava konusu hususlar;

(d) Talep edilen giderim.

*Davacı, dava dilekçesine, geçerli saydığı bütün belgeleri ekleyebilir veya sunacağı belge ve diğer delillere atıf yapabilir*⁵⁹⁴.

Aynı hükümlere göre savunma dilekçesinde bulunması gereken hususlar şunlardır:

“1. Hakem mahkemesince belirlenen süre içerisinde davalı, savunma dilekçesini, davacıya ve hakemlerin her birine yazılı olarak iletmelidir.

2. Savunma dilekçesi, madde 18/2'deki (b), (c) ve (d) fıkralarındaki (dava dilekçesine) hususlara verilen cevapları içermelidir. Davacı savunma dilekçesine, savunmasında dayandığı belgeleri ekleyebilir ya da ileride sunacağı bu belgelere atıf yapabilir.

3. Savunma dilekçesinde ya da hakem mahkemesinin gecikmenin haklı nedenlere dayalı olduğunu kabul etmesi halinde daha sonraki bir aşamada davalı, karşı dava amacıyla, aynı anlaşma veya diğer bir belgeden doğan bir karşı iddiada bulunabilir veya aynı anlaşma veya diğer bir belgeye dayanan bir iddiaya dayanabilir.

4. 18/2. maddeye (cevap dilekçesinin içeriği), karşı iddia veya karşı dava amacıyla dayanılan iddialarda da başvurulur⁵⁹⁵.

UNCITRAL Tahkim Kuralları da dava ve savunma dilekçelerinin içermesi dilekçesi gereken hususlar konusunda benzer hükümleri içermektedir⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ 1992 PCA Optional Rules, article 18.

⁵⁹⁵ 1992 PCA Optional Rules, article 19.

⁵⁹⁶ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 20-21.

20. maddeye göre, “1. Davacı, dava dilekçesini, yazılı olarak, hakem mahkemesince belirlenen süre içerisinde davalıya ve bütün hakemlere iletmelidir. Davacı tahkim bildirimini, söz konusu tahkim bildiriminin, bu maddenin 2-4 arasındaki paragraflarındaki gerekliliklere uygun olması kaydıyla, 3. maddede gösterilen şekilde dava dilekçesini içerecek şekilde yapmayı seçebilecektir.

2. Dava dilekçesi özellikle şu hususları içermelidir: (a) Tarafların isimler ve iletişim detayları; (b) İddiayı destekleyecek olayların belirtilmesi; (c) Dava konusu; (d) Talep edilen giderim veya tazminat; (e) İddiayı destekleyecek hukuki gerekçeler ve argümanlar.

3. Uyuşmazlığın ortaya çıkması ile ilgili ya da ilgisiz sözleşme ve diğer belgelerin ve tahkim anlaşmasının birer kopyası dava dilekçesine eklenmelidir.

4. Dava dilekçesine ayrıca, mümkün olduğu ölçüde, iddianın dayandığı bütün belgeler ve diğer deliller eklenmeli veya en azından bunlara yapılan atıflar dilekçede yer almalıdır”.

21. maddeye göre, “1. Davalı, savunma dilekçesini, yazılı olarak, hakem mahkemesince belirlenen süre içerisinde davacıya ve her bir hakeme iletmelidir. Davalı, tahkim bildirimine olan cevabını,

“1. Davacı, dava dilekçesini, yazılı olarak, hakem mahkemesince belirlenen süre içerisinde davalıya ve bütün hakemlere iletmelidir. Davacı tahkim bildirimini, söz konusu tahkim bildiriminin, bu maddenin 2-4 arasındaki paragraflarındaki gerekliliklere uygun olması kaydıyla, 3. maddede gösterilen şekilde dava dilekçesini içerecek şekilde yapmayı seçebilecektir.

2. Dava dilekçesi özellikle şu hususları içermelidir:

(a) Tarafların isimler ve iletişim detayları,

(b) İddiayı destekleyecek olayların belirtilmesi,

(c) Dava konusu,

(d) Talep edilen giderim veya tazminat,

(e) İddiayı destekleyecek hukuki gerekçeler ve argümanlar.

3. Uyuşmazlığın ortaya çıkması ile ilgili ya da ilgisiz sözleşme ve diğer belgelerin ve tahkim anlaşmasının birer kopyası dava dilekçesine eklenmelidir.

4. Dava dilekçesine ayrıca, mümkün olduğu ölçüde, iddianın dayandığı bütün belgeler ve diğer deliller eklenmeli veya en azından bunlara yapılan atıflar dilekçede yer almalıdır”.

3. Süreler

Daimi Tahkim Divanı İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Başvurulacak Seçimlik Kurallar’a göre hakem mahkemesince yazılı beyanların iletilmesi için belirlenen süreler, doksan günü geçmemelidir. Ancak hakem mahkemesi, gecikmenin haklılığına kanaat getirirse, bu sürelerin aşılmasına izin verebilir⁵⁹⁷. UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre ise yazılı beyanların iletilmesinde uyulacak süreler, 45 günü geçmeyecek şekilde hakem mahkemesince belirlenmelidir. Ancak hakem mahkemesi, gecikmenin haklılığına kanaat getirirse bu süre aşılabılır⁵⁹⁸.

bir savunma dilekçesi olarak, söz konusu cevabın bu maddenin 2. paragraflarındaki gerekliliklere uygun olması kaydıyla, 4. maddede gösterilen şekilde yapmayı seçebilecektir.

2. Savunma dilekçesi, dava dilekçesinin özellikle madde 20/2’deki (b) ve (e) unsurlarına (iddia konusu olaylar ve iddiayı destekleyen hukuki ve maddi argümanlar) cevap vermelidir. Dava dilekçesine, mümkün olduğu ölçüde, cevabın dayandığı bütün belgeler ve diğer deliller eklenmeli veya en azından bunlara yapılan atıflar dilekçede yer almalıdır”.

⁵⁹⁷ 1992, PCA Optional Rules, article 23.

⁵⁹⁸ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules article 25.

Tahkim muhakemesinde uygulanacak süre sınırlamaları, taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasına, tahkime uygulanacak usul kurallarına veya mahkemenin takdirine bağlı olarak belirlenmektedirler. İlkine göre belirlenen süre sınırlamaları, tarafların kesin olarak bu sürelerle bağlı kalmasını gerektirmektedir. Süreleri hakem mahkemesinin belirlemesi halinde ise takdiri bir bakış açısı altında mahkeme, yargı süreci ve etkinliğe ilişkin menfaatleri birleştirmektedir. Neticede her iki süre sınırlaması da, başvurulacak usul kuralları sınırları içerisinde değerlendirilecektir⁵⁹⁹.

Tahkim sürecinin etkinliği açısından değerlendirecek olursak, sürelerin, gerekenin ötesinde uzatılmaması gerektiğini söyleyebiliriz. Diğer yandan sürelerin kısa tutulması, mahkemenin, karmaşık davalarda davayı yeterince değerlendirememesine de neden olabilecektir. Zira özen ve yerindelik yükümlülüğüne uymayan bir hakem, görevini gereği gibi ifa edemiyor demektir ve bu durumda hakem heyetinden çıkarılması gerekir⁶⁰⁰. Süre sınırlamalarının kesin olarak belirlendiği davalarda süreler, mahkemenin yargısal otoritesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Mahkemenin süre sınırlamalarına uymaması, sadece geçersiz bir karar vermesine değil, aynı zamanda mahkemenin de görevinin *functus officio* sona ermesine neden olacaktır⁶⁰¹.

Yargılama sırasında süre sınırlamalarına uyulmaması, pek çok sorunu beraberinde getirebilecektir. Ulusal hukuk sistemlerinde de süre sınırlamaları olmakla beraber, mahkeme, gecikmenin haklı bir nedene dayandığına karar vermek suretiyle, tarafların başvurusu veya kendi inisiyatifi üzerine süreleri uzatabilmektedir⁶⁰². Benzer şekilde, süre kurallarına tam olarak riayet edemeyeceği kanısında olan hakem mahkemesi, tarafları, UNCITRAL Kuralları'nın 25. maddesindeki gibi ek süre üzerinde anlaşmaya davet edebilmelidir. Ancak elbette bu konuda tarafları zorlayamayacaktır.

⁵⁹⁹ WAINCYMER, 2012, s. 413; Ayrıca bkz. ALDRICH, 1996, s. 452.

⁶⁰⁰ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 14/3.

⁶⁰¹ WAINCYMER, 2012, s. 416.

⁶⁰² 6100 Sayılı Medeni Usul Kanunu, madde 427/2, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG Tarih: 14.02.2011, Sayı: 27836; 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, madde 10/B(2), Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG Tarih: 5.7.2001 Sayı: 24453; 2012 ICC Rules of Arbitration, article 30/2, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> (son erişim: 12.09.2013).

Örneğin, İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi Usul Kuralları'na göre, tarafların en az 30 gün öncesinden, mahkemeye ve karşı tarafa, tanıkların isim ve adreslerini, tanıklık konusunu ve ifade verirken kullanacakları dili içeren bir bildirimde bulunması şartıyla tanık dinlenebilecektir. Tarafların, birbirlerinin delillerini çürütmek amacıyla daha sonraki tarihlerde sunabilecekleri tanıklar konusunda mahkeme ve karşı tarafı, mümkün olduğu kadar tanığın dinleneceği duruşmadan önce bilgilendirecek şekilde bildirimde bulunmaları gerekmektedir⁶⁰³. Bay Lewitt ve İran hükümeti arasındaki bir davada, İran hükümeti, Hakem Mahkemesi'nde, karşı tarafın delillerine cevaben tanık ifadesine başvurmak istemiş ve tanığın dinleneceği duruşmadan dört gün önce Mahkeme'ye bu konuda bir bildirimde bulunmuştur⁶⁰⁴. Mahkeme tanığın dinlenmesine karar vermiş, ancak nihai kararında tanık ifadesini kabul etmemiştir. Bu kararının gerekçesinde, “tanığın dinleneceği duruşmadan mümkün olduğu kadar erken bildirimde bulunma” gerekliliğini açıklamıştır. Mahkeme'ye göre bu hükümde bahsi geçen tanıklar, karşı tarafın delillerini çürütmek amacıyla başvurulmuş ve normal usulün işletilmesi imkansız olduğunda, duruşmada veya duruşmadan hemen önce çağrılan istisnai tanıklardır. Bu çok sınırlı imkanı, muhakeme süresinin daha önceki aşamalarında ileri sürülen hususları da kapsayacak şekilde genişletmek, bir grup tanığın, genel kuralın kapsamının dışında bırakılmasına neden olacaktır. Mahkeme'ye göre, davalının tanığı, hali hazırdaki hususlarla ilgili ifade vermediğinden, ana kural gereği bildirim yapılması gerekmektedir.

4. Duruşmalar

Tahkim sürecinde duruşmalar, usul sorunlarının tartışılması, tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmesi, tarafların sorgulanması, sözlü argümanların sunulması gibi pek çok işlevi yerine getirmektedir⁶⁰⁵. Eğer tahkim yargılaması, sadece dosya üzerinden yürütülmeye müsaitse, taraflar ve mahkeme, duruşma yapıp yapılmaması konusunda bir değerlendirme yapmalıdır. Tahkim anlaşması ya da mahkemenin kurucu belgesi aksini gerektirmiyorsa, her davada duruşma

⁶⁰³ Iran-United States Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, article 25/2.

⁶⁰⁴ William J. Levitt v. Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 209, Chamber One, Award No. 297-209-1, Iran-United States Claims Tribunal, Filed April 22, 1987, parag. 32.

⁶⁰⁵ POUDRET / S. BESSON, 2007, s. 512.

yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Davadan önce, taraflar ve hakemler arasında gerçekleştirilecek bir ön görüşmede de duruşma yapılıp yapılmaması hususu karara bağlanabilecektir⁶⁰⁶.

Usul ekonomisi bakımından, davanın dosya üzerinden yürütülmesi yargılama masraflarını düşürecektir. Duruşma yapılması aynı zamanda yargılama süresini de uzatacaktır. Zira bütün tarafların ve mahkeme üyelerinin aynı mekanda toplanması, tanıkların, taraf temsilcilerinin yargılama yerine ulaşması hem süreyi uzatacak hem de masrafları artıracaktır. Diğer yandan, sadece yazılı ifadelerine bakarak, tarafların çatışan menfaatlerine ilişkin ifade veren tanıkların ifadelerinin doğruluğu konusunda emin olmak, bu ifadelerin tecrübeli avukatlarca yazılmış olduğu düşünüldüğünde mahkeme için kolay bir iş değildir⁶⁰⁷. Uyuşmazlığın çözümü bakımından tanık ifadelerinin önemli olduğu bir tahkimde, duruşma yapılması, daha adil bir sonuca varılmasını sağlayabilecektir.

a. Duruşma Yapılması Gerekliliği

Tahkim kuralları genellikle, tarafların, duruşma yapılması konusunda tek taraflı beyanda bulunma haklarının bulunduğu ya da bu hususun karşılıklı anlaşma ile belirlenmesi gerektiğine ilişkin hükümler içermektedirler. Mahkeme statüleri, taraflardan birinin talep etmesi veya mahkemenin karar alması halinde duruşma yapılması gerektiğini bildirmektedirler. Ancak UAD Muhakeme Kuralları'na göre, yazılı aşamanın sona ermesinin ardından, duruşmalar başlayacaktır⁶⁰⁸. UAD önündeki yargılamalarda yazılı aşamadan sonra mutlaka duruşma yapılmaktadır⁶⁰⁹.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1958 tarihli Tahkim Usulüne ilişkin Model Kuralları'na göre, tahkim süreci, genel olarak iki aşamadan oluşmaktadır: Yazılı aşama (*pleadings*) ve sözlü aşama (*hearings*). Yazılı aşama, temsilciler tarafından mahkeme üyelerine ve karşı tarafın beyanına hitaben yapılan yazışmalardan, karşı beyanlardan ve gerektiği hallerde bunlara cevaplardan

⁶⁰⁶ WAINCYMER, 2012, s. 717.

⁶⁰⁷ WAINCYMER, 2012, s. 718.

⁶⁰⁸ Rules of Court (1978), Adopted on 14 April 1978 and Entered into Force on 1 July 1978, <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0> (son erişim: 17.02.2014). buradan sonra "UAD Muhakeme Kuralları" olarak anılacaktır. UAD Muhakeme Kuralları, madde 54/1.

⁶⁰⁹ UAD Muhakeme Kuralları, madde 59.

oluşmaktadır. Taraflar, davada atıf yaptıkları her türlü belge ve dokümanı, dilekçelerine eklemelilerdir. Tarafları karşılıklı anlaşmasıyla veya mahkemenin gerekli gördüğüne dair kararıyla yetkilendirme anlaşmasında belirlenen süre uzatılabilecektir. Duruşmalar, tarafların argümanlarını, mahkeme önünde sözlü olarak ileri sürmesinden ibaret olmalıdır. Her iki tarafın da sunduğu her dokümanın onaylı bir kopyası karşı tarafa iletilmelidir⁶¹⁰.

Daimi Tahkim Divanı'nın 1992 tarihli İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine Uygulanacak Seçimlik Kuralları'na göre, hakem mahkemesi, taraflardan birinin, tahkim sürecinin herhangi bir aşamasında talep etmesi halinde, tanık beyanlarının, bilirkişi görüşlerinin veya diğer sözlü delillerin sunulması için duruşma yapmalıdır. Böyle bir talebin yokluğunda hakem mahkemesi, duruşma yapıp yapmayacağına veya tahkim sürecinin belge delilleri veya diğer araçlar üzerinde yürüyüp yürümeyeceğine karar vermelidir⁶¹¹. UNCITRAL Kuralları da benzer hükümleri içermektedir⁶¹².

Örneğin İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi Kuralları'na göre, yargılamanın herhangi bir aşamasında taraflardan biri, tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi ve diğer sözlü argümanların sunulması için duruşma yapılmasını talep ederse, hakem mahkemesi duruşma yapmalıdır. Böyle bir talebin olmaması halinde hakem mahkemesi, duruşma yapılması veya yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesi hususunda karar vermelidir⁶¹³. Bu hüküm doğrultusunda Hakem Mahkemesi, iki şirket arasındaki bir davada, taraflardan biri, belirli bir tarihten önce duruşma talebinde bulunmadıkça, yargılamanın dosya üzerinden devam edeceği konusunda tarafları bilgilendirmiş ve süresi sona erdikten sonra davacından gelen duruşma talebini reddetmiştir⁶¹⁴. Mahkeme'ye göre, Mahkeme Usul Kuralları'nın duruşmalara ilişkin hükmü, her davanın somut koşulları çerçevesinde yorumlanmalı; yargılamanın uygun bir aşamasında taraflardan birinin makul talebi üzerine duruşma yapılmalıdır.

⁶¹⁰ ILC Model Rules, article 15.

⁶¹¹ 1992 PCA Rules, article 15/2.

⁶¹² 2010 UNCITRAL Rules, article 17/3.

⁶¹³ Iran-United States Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, article 15/2.

⁶¹⁴ World Farmed Trading Incorporated v. Government Trading Corporation, Case No. 764, Chamber One, Award No. 428-764-1, Iran-United States Claims Tribunal, Filed July 7, 1989, parag. 14-16.

Kısaca tahkim yargılamasında, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, duruşma yapılıp yapılmayacağı meselesinin, hakem mahkemesi tarafından yargılamanın başında karara bağlanması en makul çözüm olacaktır.

b. Duruşmaların Yürütülmesi

Duruşmalar, konu esasına dayalı olarak kısa süreli ve çok sayıda yapılabileceği gibi, tek bir uzun duruşmada bütün sözlü argümanlar sunulabilecektir. Anglo Sakson geleneğini takip eden usul kurallarının uygulanması halinde günler ya da haftalar süren tek bir duruşmada, önce davacının ve daha sonra davalının kısa açılış beyanlarını sunmalarının ardından, tanıklar dinlenmekte ve sonunda önce davacı ve daha sonra davalı, bütün delilleri özetleyen kapanış beyanlarını sunmaktadırlar. Ancak genellikle tercih edilen usul, Kıta Avrupası geleneğini takip eden usul kuralları gereği, tanıkların dinlendiği ayrı bir duruşmayı, birkaç hafta sonra gerçekleşen ve ilk duruşmadaki delillerin çürütülmesi amacıyla olan avukatların sözlü sunumlarını yaptıkları başka bir duruşma izlemektedir. Ancak davanın somut koşullarına bağlı olarak, bazı yargılamalarda, yargı yetkisi, başvurulacak geçici tedbirler, sorumluluk gibi hususların her biri için bir duruşma yapılabilecektir. Davacı ve davalıların birden fazla olması halinde, yine her bir dava için ayrı bir duruşma düzenlenebilecektir. Tarafların aşına oldukları hukuk sistemleri de mahkemenin bu konudaki kararını etkileyebilecektir. Zira Kıta Avrupası sisteminden gelmiş davacı veya davalılar için tek bir uzun duruşmada bütün argümanları sunmak, alışlagelmiş bir yöntem olmadığından, aksaklıklara neden olabilecektir⁶¹⁵.

Duruşmaların yürütülmesi, mahkeme başkanının idaresi altındadır ve çoğu zaman gizli gerçekleştirilmektedir. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu Model Kuralları'na göre, duruşmalar başkan tarafından yönetilir ve mahkeme, tarafların rızasını alırsa duruşmaların kamuya açık gerçekleşmesine karar verebilir. Duruşma kayıtları, başkanın atadığı sekreter tarafından saklanır ve başkan tarafından imzalanması halinde asıl kopya olarak saklanabilir⁶¹⁶. 2010

⁶¹⁵ Paolo Michele PATOCCHI/ Harold Frey BRENTANO, “*The Provisional Timetable in International Arbitration*” in **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honor of Robert Briner**, International Chamber of Commerce, Paris, 2005, s. 563; HANOTIAU, 2004, s. 93.

⁶¹⁶ 1958 ILC Model Rules, article 16.

tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre, duruşmalar için hakem mahkemesi, tarafları, yeterli şekilde, tarih, zaman ve yer konusunda bilgilendirmelidir. Bilirkişiler de dahil tanıklar, hakem mahkemesince belirlenen şekildeki koşullar altında dinlenir ve değerlendirilir. Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa duruşmalar kameraya alınmalıdır. Hakem mahkemesi, tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi sırasında, herhangi bir tanık ya da bilirkişinin çekilmesini (*retirement*) gerekli kılabilir. Ancak taraf sıfatı olan tanık ya da bilirkişilerden, çekilmeleri istenmemelidir. Hakem mahkemesi, bilirkişiler de dahil tanıkların, fiziken duruşmalarda bulunmasına gerek olmaksızın diğer iletişim yollarıyla dinlenmesine (telekonferans gibi) karar verebilir⁶¹⁷.

Duruşmaların zamanlaması, süreleri, yeri ve diğer ayrıntılarına ilişkin hususların, yargılama ya da duruşmalar başlamadan önce, tarafların ve hakem mahkemesinin katılımıyla gerçekleştirilecek ve kayıtlara geçecek bir ön görüşme ile belirlenmesi en ideal çözüm olacaktır⁶¹⁸. Taraflar, tanıkların çağırılma sırasını, tarihlerini ve ortama çapraz sorgu sürelerini önceden tanımlarsa, mahkemenin işi de kolaylaşacaktır. Ayrıca hakem mahkemesi, tanık beyanlarının alınması süresinin ne zaman sona ereceği gibi duruşmalara ilişkin süre sınırlamaları konusunda tarafları uyarmalıdır⁶¹⁹.

Mahkeme başkanı veya tek hakem, kimlerin, hangi tarihte ve ne kadar süre ile duruşma salonunda bulunması gerektiğini, tercüman hizmetlerine ilişkin gereklilikleri, duruşmanın kayda alınma usulünü, başvurulacak teknolojik imkanları önceden belirleyerek bu konuda tarafları makul bir süre içerisinde bilgilendirmelidir⁶²⁰.

Duruşmaların tarih ve saatleri konusunda tarafların, mümkün olduğunca erken bir aşamada bilgilendirilmelidir. Adil yargılama ilkesi gereği, tarafların,

⁶¹⁷ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 28.

⁶¹⁸ İran-ABD İddiaları Tahkiminde UNCITRAL Tahkim Kurallar'ını temel alan Usul Kuralları'nın 15. maddesine ilişkin notlarda, savunma dilekçesinin verilmesinden önce gerçekleşmesi gereken ön görüşmeye ilişkin hüküm bulunmaktadır. Bkz. Notes to Article 15/2. Iran-United States Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983.

⁶¹⁹ WAINCYMER, 2012, s. 724.

⁶²⁰ Duruşmalara ilişkin diğer ayrıntılar için bkz. WAINCYMER, 2012, s. 725; Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL, "Case Management by Arbitrators: Experiences and Suggestions" in **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**, ICC Publishing, Paris, 2005, s. 124-125.

duruşmalara hazırlanabilmek ve ulaşabilmek için makul süreleri olması gerekmektedir. Örneğin İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi önünde görülen ABD’li şirket ile İran hükümeti arasındaki bir davada Mahkeme, yargı yetkisi konusunda mevcut delillere bakarak kararını vermek istediği hususunda tarafları bilgilendirdikten bir yıl sonra, talepte bulunan davacının duruşma istemini reddetmiştir. Mahkeme’ye göre, davacı her zaman duruşma talebinde bulunabileceği halde bu imkanını kullanmamış, hatta mahkemenin yargı yetkisine ilişkin ara kararına karşı, duruşma talebi içermeyen yazılı beyanını sunmuştur. Bu nedenle duruşma talebi, makul bir zamanda sunulmamıştır⁶²¹. ABD’li şirket ile İran hükümeti arasındaki başka bir davada Hakem Mahkemesi, duruşma tarihini belirleyerek taraflara iletmış, ancak bu tarihten iki gün önce davacı şirket, “acil ve kişisel nedenlerle” duruşmaya katılamayacağı konusunda Mahkemeyi bilgilendirmiş ve davanın duruşmasız olarak karara bağlanmasını talep etmiştir. Mahkeme bu talebi davalı hükümete iletmış ve davalı tarafın itirazı üzerinde ilk belirtilen tarihte duruşma yapılmış ve davacı bu duruşmaya katılmamıştır⁶²².

Hakem mahkemesi, uygun gördüğü zaman, duruşmaların sona erdiğini belirten bir bildirimde bulunacaktır. Böyle bir bildirim ya da mahkemenin tarafları herhangi bir şekilde bu konuda bilgilendirmesi, muhakeme sürecinin sona erdiği anlamına gelmektedir. Zira sözlü aşama olmaksızın yürütülen bir tahkim sürecinde de mahkeme, muhakemenin sona erdiği konusunda tarafları bilgilendirmelidir. Bu gereklilik tahkim kurallarında da belirtilmektedir.

c. Duruşmaların Tekrarlanması

Daimi Tahkim Divanı’nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine İlişkin Seçimlik Kuralları’na göre tek hakemli bir hakem mahkemesinde tek hakem ya da heyet halindeki mahkemede mahkeme başkanı değiştirilirse, daha önce gerçekleştirilmiş bütün duruşmalar tekrarlanmalıdır. Eğer diğer hakemlerden biri değiştirilirse, söz konusu önceki duruşmalar, hakem mahkemesinin takdirine

⁶²¹ Tchacosh Company, Inc. et al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 192, Chamber One, Award No. 540-192-1, Iran-United States Claims Tribunal, Filed December 9, 1992, parag. 21.

⁶²² Ronald E. Chamness v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 380, Chamber Three, Award No. 488-380-3, Iran- United States Claims Tribunal, Filed August 9, 1990, parag. 9-10.

göre tekrarlanabilir⁶²³. Benzer şekilde UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre, bir hakem değiştirilirse, duruşmalar, hakem mahkemesi aksine karar vermedikçe, değiştirilen hakemin, görevini bıraktığı aşamadan yeniden başlayacaktır⁶²⁴.

Uygulamada sıkça rastlanan bir durum olmamakla birlikte, İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi Kuralları, Mahkeme'ye, duruşmadan sonra, mahkeme üyelerinden birinin değişmesi halinde, duruşmaları tekrarlamak konusunda takdir yetkisi vermektedir⁶²⁵. Hakem Mahkemesi önündeki yargılamalarda genellikle Mahkeme, hakemlerin istifası, ölümü, hastalığı ya da reddi nedeniyle değiştiği durumlarda duruşmaların tekrarı talebini reddetmiş veya hakemlerin atanmasına ilişkin hükümde bazı değişiklikler yapmak suretiyle duruşmaları yinelemek yükümlülüğünden kurtulmuştur⁶²⁶.

d. Duruşmaların Yeniden Açılması (*Reopening of Hearings*)

Tahkim kuralları ve mahkeme statüleri, istisnai durumlarda gerekli görmesi halinde mahkemenin, kendi inisiyatifi ile veya taraflardan birinin başvurusu üzerine, nihai karar verilmeden önceki herhangi bir aşamada sözlü aşamanın

⁶²³ 1992 PCA Optional Rules, article 14.

⁶²⁴ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 15.

⁶²⁵ Iran-United States Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, article 14.

⁶²⁶ Mahkemenin bu konudaki uygulamalarına örnek olarak şu davalar gösterilebilir:

Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran, The National Iranian Oil Company, Case No. 39, Chamber Two, Award No. 425-39-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed June 29, 1989, parag. 6;

Westinghouse Electric Corporation v. The Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 398, Chamber Two, Award No: 579-389-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed March 26, 1997, parag. 20;

Anaconda-Iran, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 167, Chamber Three, Award No. 539-167-3, Iran-United States Claims Tribunal, Filed October 29, 1992, parag. 9;

R.J. Reynolds Tobacco Company v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 35, Chamber Three, Award No. 145-35-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed August 6, 1984;

Morriseon-Knudsen Pacific Limited v. The Ministry of Roads and Transportation and The Islamic Republic of Iran, Case No. 127, Chamber Three, Award No. 143-127-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 13, 1984;

William L. Pereira Associates, Iran v. Islamic Republic of Iran, Case No. 1, Chamber Three, Award No. 116-1-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed March 19, 1984;

American International Group Inc. and American Life Insurance Company v. Islamic Republic of Iran and Central Insurance of Iran, Case No. 2, Chamber Three, Award No. 93-2-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 19, 1983;

"Communication to the Parties", article II in Iran- United States Claims Tribunal, Chamber: Full Tribunal, Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3,A8,A9,A14 and B61, Document No: 903, Filing Date: 7 May 2007, parag 12.

yeniden açılmasına karar vermesine imkan tanımaktadırlar⁶²⁷. Örneğin UAD Muhakeme Kuralları'na göre, yazılı ve sözlü aşamalar sona erdikten sonra Mahkeme Kuralları çerçevesinde taraflardan birinden gelecek yazılı bir beyan veya davanın esası bakımından sunulması gereken herhangi bir delil veya açıklama, buna ilişkin açıklamada bulunma fırsatı vermek amacıyla diğer tarafa iletilmelidir. Bu amaçla gerekirse duruşmalar yeniden açılabilir⁶²⁸.

Örneğin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları'na göre Mahkeme, nihai karar verilmemiş olduğu sürece, muhakeme sona erdikten sonra, karara etkili olabilecek nitelikte yeni bir delile dayanarak veya gerekli incelemeleri yaptıktan sonra, belirli noktaların açıklığa kavuşturulması gerekçesiyle muhakemenin yeniden açılmasına karar verecektir⁶²⁹.

Duruşmaların ya da muhakemenin yeniden açılması, hakem mahkemelerinin sıkça verdiği bir karar değildir. İstisnai durumlarda gerekli görmesi halinde mahkemenin, kendi inisiyatifi ile veya taraflardan birinin başvurusu üzerine, nihai karar verilmeden önceki herhangi bir aşamada sözlü aşamanın yeniden açılmasına karar vermesine imkan tanıyan UNCITRAL Kuralları'nı temel alan İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi önündeki, ABD'li şirket ile İran hükümeti arasındaki bir davada, duruşmaların sona ermesinden bir ay sonra davacı şirket, duruşmaların yeniden açılmasını talep etmiştir. Davacının gerekçesi, daha önce dinlenen bir tanığın ifadesinin doğruluğunun tespiti için tekrar dinlenmesi gerekliliğidir. Mahkeme, dürüstlük, yargılamanın bütünlüğü gibi ilkelere aykırı olan ve diğer tarafın haklarına hanel getirebilecek türden yeniden açılma taleplerinin reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶³⁰. Başka bir davada son duruşma tarihinden bir yıl sonra, davalı taraf, sözleşmedeki imzanın kendisine ait olmadığına dair yeminli ifade vermiştir⁶³¹. Davacı, yeminli ifadenin kabul edilmesine itiraz ederek, söz konusu imza ile ilgili el yazısı uzmanının yeminli

⁶²⁷ 1992 PCA Optional Rules, article 29/2; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 31/2.

⁶²⁸ UAD Muhakeme Kuralları, madde 72.

⁶²⁹ ILC Model Rules, article 21/2.

⁶³⁰ Vernie Rodney Pointon and Mary Lou Pointon v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 322, Award No. 516-322-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 23, 1991, parag. 4.

⁶³¹ Dadras International and Per-Am Construction Corporation v. Islamic Republic of Iran and Tehran Redevelopment Company, Cases Nos. 213-215, Chamber Three, Award No. 567-213/215-3, Iran-United States Claims Tribunal, Filed November 7, 1995, parag. 17.

ifadesini sunmuştur. Mahkeme, her iki yeminli ifadeyi kabul etmiş, ancak davalının yeminli ifadeyi neden bu kadar geç bir tarihte verdiği konusunda yeterince açıklama yapmamış olduğunu, sunduğu yeni olayların davacının haklarına hâlel getireceğini, muhakemeyi aksatacağını belirtmiştir. Nihayetinde Mahkeme, davalının, sözleşmeyi imzalayanlardan birinin imzasını reddetmesinin yeni bir olay olduğu gerekçesine dayanarak duruşmaların yeniden açılması talebini kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre, usul kuralları çerçevesinde duruşmaların yeniden açılabilmesi için gerekli olan “istisnai durumlar”, daha önceki on üç yıl boyunca mahkemenin önüne hiçbir şekilde getirilmemiş bulgular olmalıdır⁶³².

5. İddia ve Savunmanın Değiştirilmesi

Tarafların iddia ve savunmalarını değiştirmeye ilişkin taleplerinin konusu, büyük ölçüde, davanın taraflarında değişiklik, nihai talepte değişiklik ya da ek yazılı beyanda bulunma olmaktadır. Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları, tarafların iddia ve savunmalarını değiştirmek istediklerinde nasıl bir usulün takip edileceğini hükme bağlamaktadır. Buna göre, tahkim süreci yürütülürken, hakem mahkemesi, böyle bir değişikliğin, gecikme, karşı tarafın haklarının etkilenmesi gibi durumları göz önüne alarak uygun olmadığı kanısında olmadıkça, taraflar, iddia veya savunmalarında değişiklik veya bunlara ekleme yapabilirler. Ancak değiştirilen iddianın tahkim kaydı veya yetkilendirme anlaşmasının dışına çıkmasına neden olacak değişiklikler yapılamayacaktır⁶³³.

UNCITRAL Kuralları da bu konuya ilişkin olarak benzer hükümleri içermektedir. Buna göre, tahkim süreci boyunca, taraflar, karşı iddialar da dahil

⁶³² Bununla birlikte bu davada Mahkeme, daha önce karşılaşmadığı bir durumla karşı karşıya gelmiştir. Mahkeme'ye göre bu durum, üç unsurdan kaynaklanmaktadır. İlk olarak, sözleşmedeki imzasını reddeden Bay Golzar'ın davacının iddası ile doğrudan çelişen argümanları, Mahkemece doğru bulunması halinde davanın reddedilmesine ve Prof. Dadras'ın fiilinin, bir uluslararası mahkeme önünde sahteciliğe teşebbüs olarak nitelenmesine neden olacaktır. İkincisi, Bay Golzar, sözleşmeyi imza ettiği iddia edilen ve Prof. Dadras ile birlikte, bilgi sahibi olması beklenen ve söz konusu hukuki işleme dahil olmuş bir kişidir. Son olarak, bu davanın üzerine kurulu olduğu kişiler bunlardır. Tüm bu nedenlerle Mahkeme, bu iki kişinin çapraz sorgusunun bu dava için çok önemli olduğunu bildirmiş ve duruşmaların yeniden açılmasına karar vermiştir. Dadras International and Per-Am Construction Corporation v. Islamic Republic of Iran and Tehran Redevelopment Company, Cases Nos. 213-215, parag. 44-55.

⁶³³ 1992 PCA Optional Rules, article 20.

olmak üzere, hakem mahkemesi böyle bir tadilin veya eklemenin gecikmeye neden olacağı veya diğer tarafın haklarına hanel getireceğı gerekçesiyle uygun olmadığına karar vermediğı sürece, iddia ya da savunmalarını tadil edebilir ya da eklemeler yapabilirler. Ancak herhangi bir iddia, savunma veya karşı iddia içeren veya takas amacıyla ileri sürülen bir iddia, söz konusu iddia ya da savunmanın hakem mahkemesinin yargı yetkisinin dışına çıkmasına neden olacak şekilde tadil edilemez veya bunlara ilave yapılamaz⁶³⁴. Örneğın, İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi yargılamalarında, değışiklik yapılmasının uygun olmayacağına dair bir karar alınmadıkça dava ve savunma dilekçesinde yapılacak değışikliklere izin verilmektedir. Mahkeme Usul Kuralları'na göre, tahkim süreci boyunca taraflar, iddia ve savunmalarında, hakem mahkemesi yapılacak değışiklik veya ilavenin, herhangi bir gecikmeye veya tarafların haklarının hanel görmesine ya da başka bir duruma neden olacağı gerekçesiyle uygun olmadığına karar vermediğı sürece, değışiklik ve ilave yapabileceklerdir. Ancak bir dava, hakem mahkemesinin yargı yetkisi kapsamı dışına çıkacak şekilde değıştirilemeyecektir⁶³⁵.

Örneğın, tarafların değıştirilmesi talebinde bulunulduğı davalarda İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, yapılacak değışiklik veya ilavenin, herhangi bir şekilde tarafların haklarının hanel görmesine neden olup olmayacağı değılendirmesi yapmıştır. ABD'li bir şirket ile İran hükümeti arasındaki bir davada Mahkeme, davacının, dava dilekçesine, davacı olarak, şirketin yüzde yüz ABD iştirakini ekleyen değışikliği kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre, değışiklik talep edilen miktarı, davanın fiili ve hukuki temelini değıstirmedeğinden davalının haklarına hanel getirmemektedir⁶³⁶. Başka bir davada ise Mahkeme, davacı şirketin, 1987'e kadar açılan davalara ilişkin dokümanların hiçbirinde bahsi geçmemiş olan bir gerçek kişinin, 1991'de, davacı olarak dava dilekçesine eklenmesine ilişkin talebini reddetmiştir. Mahkeme'ye göre böyle bir değışiklik, 20. madde koşullarına uymamaktadır⁶³⁷. Mahkeme'ye göre, şirketin dava

⁶³⁴ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 22.

⁶³⁵ Iran-United States Claim Tribunal, Tribunal Procedure Rules, 3 May 1983, article 20.

⁶³⁶ American International Group, Inc., American Life Insurance Company v. The Islamic Republic of Iran, Central Insurance of Iran (Bimeh Markazi Iran), Case No. 2, Chamber Three, Award No. 93-2-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 19, 1983, parag. 9.

⁶³⁷ Tchacos Company, In., Siporex Company In., Gashwar Company Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, The Iranian Parliament (The Majlis), Case No: 192, Chamber One, Award No. 540-192-1, Iran--United States Claims Tribunal, Filed December 9, 1992, parag. 13-20.

dilekçesinde, söz konusu özel kişiden hiçbir şekilde bahsedilmemiştir. Dava açıldıktan beş yıl sonra bu kişinin dilekçeye davacı olarak eklenmesi talebi gelmiştir. Şirketin davası, el konulduğu iddia edilen malların %100 değeri için açılmış, oysa talep edilen değişiklik, ilk talep saklı kalmak üzere, gerçek kişinin ortaklık payı için taşınmazın %57 değeri de talep edilmektedir. Bu nedenle gerçek kişinin talebi, dava dilekçesiyle teyit edilmediğinden yeni bir dava niteliğindedir. Bu anlamda Çözüm Bildirisi'nin 3/4. maddesindeki dava açma sürelerine uymadığından, Mahkeme'nin yargı yetkisi içinde değildir ve reddedilmesi gerekmektedir. Ayrıca 20. maddeye göre, Mahkeme tarafından, yargılamada herhangi bir gecikmeye, diğer tarafın haklarının halel görmesine veya başka bir duruma neden olacağı gerekçesiyle uygun görülmemesi halinde, dava veya savunma dilekçesinde değişiklik yapmak mümkün değildir. Bu davadaki değişiklik talebi, davanın açılma tarihinden dokuz yıl sonra ileri sürülmüştür. Şirket böyle bir gecikmenin nedeni konusunda Mahkeme'yi ikna edebilmiş değildir. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre böyle bir değişikliğe izin vermek, hem karşı tarafın haklarına hem de muhakeme düzenine halel getirecektir⁶³⁸.

İstem sonucunda değişiklik talebini değerlendiren İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, ABD'li şirket Cal-Maine ile İran hükümeti arasındaki bir davada, duruşma tarihinden dört ay önce davacının sunduğu, alacaklar hesabına ilişkin değişiklik talebini reddetmiştir⁶³⁹. Mahkeme'ye göre, her ne kadar davacı, 18 Ocak 1982 tarihli dava dilekçesinde, “diğer faaliyetler arasında, Sea-Cal işletmesinde çalışmak üzere İran'a işçi göndererek” ifadesi ile Sea-Cal işletmesinden bahsetmiş olsa da, Cal-Maine, bu faaliyetler hakkında doğrudan bir iddiada bulunmamıştır. Dava dilekçesinde Cal-Maine, sadece Sea-Cal işletmesindeki yatırımları, bunların iki yıllık faizleri ve tahkim masrafları için tazminat talebinde bulunmuştur. İlk duruşmadan önce gerçekleşen 7 Şubat 1983 tarihli toplantıda da faaliyetlerden kaynaklanan masraflardan bahsedilmemiştir. Cal-Maine şirketi, 14 Temmuz 1983'e kadar hiçbir dilekçesinde bu konuda bir

⁶³⁸ Tchacosh Company, In., Siporex Company In., Gashwar Company Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, The Iranian Parliament (The Majlis), Case No: 192, Chamber One, Award No. 540-192-1, Iran--United States Claims Tribunal, Filed December 9, 1992, parag. 20.

⁶³⁹ Cal-Maine Foods Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, Sherkat Seamourgh Company, Incorporated, Case No. 340, Chamber Three, Award No. 133-340-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed June 11, 1984, parag. 11.

değişiklik talebinde de bulunmamıştır. Bunların, nihai talepte değişiklik talebi olarak değerlendirilmesi halinde, Mahkeme Usul Kuralları'nın 20. maddesi gereği gecikmiş olan bu talep, karşı tarafın haklarına hanel getireceğinden reddedilmesi gerekmektedir. Ancak Mahkeme Rockwell International Systems şirketi ve İran hükümeti arasındaki davada, faturalanmamış sözleşme masrafları ve ücretleri de dahil olmak üzere, hazırda bekletilen kredi mektuplarının durdurulmasından kaynaklanan masraflar ve yoksun kalınan kar için talep edilen değişiklikleri kabul etmiştir⁶⁴⁰. Mahkeme'ye göre, bu değişiklik talepleri, bir bütün olarak uyumsuzluğun özüne dayanmaktadır ve davalının bu taleplere karşı cevap vermek için yeterli zamanı bulunmaktadır. Bu nedenle değişiklik taleplerinin kabul edilmesi karşı tarafın haklarına hanel getirmeyecek ya da muhakemenin gecikmesine neden olmayacaktır.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, nihai talebin artırılmasına ilişkin değişiklik taleplerini incelerken genellikle, bu taleplerin mümkün olduğunca erken ileri sürülmesine ve herhangi bir gecikmenin, karşı tarafın haklarına hanel getirip getirmeyeceğine vurgu yapmaktadır. Mahkeme'ye göre, Usul Kuralları'nın 20. maddesi, 18, 19 ve 28. maddeler ile birlikte değerlendirildiğinde⁶⁴¹, taraflar, iddia ve savunmalarını, kural olarak, her davanın münferit koşullarına bağlı olarak mümkün olduğunca erken sunmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük, Mahkeme bakımından, tahkim sürecinin usulüne uygun şekilde yürütülmesi ve her iki tarafa eşit muamele edilmesi anlamında vazgeçilmez niteliktedir. Mahkeme genellikle, tazminat miktarında çok büyük değişiklik içermeyen veya karşı tarafın, eşit koşullar altına cevap verme imkanının olmayacağı yeni fiili ve hukuki vakıalar ileri sürmeyen ve gecikmenin haklı nedenlere dayandırılabilceği talepleri kabul etmekten yanadır. Ancak tamamen farklı fiili ve hukuki vakıalar ileri sürecekt şekilde farklı bir giderim talebinde bulunan değişiklikler söz konusu olduğunda, davacının dava dilekçesinde bu hususlara herhangi bir şekilde atıf yapıp yapmamış olduğuna bakmak gerekmektedir. Dava dilekçesinde bu konulardan hiç

⁶⁴⁰ Rockwell International Systems Inc. v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 430, Chamber One, Award No. 438-430-, Iran-United States Claims Tribunal, Filed September 5, 1989, parag. 71-76.

⁶⁴¹ İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi Kuralları'nın (Iran-United States Claim Tribunal, Tribunal Procedure Rules, 3 May 1983) 20. maddesi iddia ve savunmada değişiklik; 18. madde dava dilekçesi, 19. madde savunma dilekçesi ve 28. madde tahkim sürecinde gecikmeye ilişkindir. Bu konuya ileride değineceğiz.

bahsedilmemişse talebin kabul edilmesi, karşı tarafın haklarına hanel getirebilir veya muhakemeyi gereksiz şekilde uzatabilir. Örneğin davacının dava dilekçesinde değişiklik talebi konusu hukuki ve fiili vakılardan hiç bahsetmediği; davalının bu dilekçeye karşı savunma dilekçesinde karşı dava açması üzerine, davacının bu karşı davaya karşı “cevap” dilekçesinde de bu hususlardan hiç bahsetmemesi, ancak duruşmada değişiklik talebinde bulunması, Mahkeme Usul Kuralları ile uyumlu bir talep olmayacaktır⁶⁴².

İddia ve savunmanın değiştirilmesi talebine konu olabilecek bir başka husus, tarafların mahkemeye, ek yazılı beyan sunmalarıdır. Hakem mahkemesi de, kimi zaman taraflardan, uyuşmazlığın çözümü bakımından gerekli gördüğü hususlarda ek beyanda bulunmalarını isteyebilir veya ek yazılı beyanda bulunmak isteyen tarafın bu konudaki talebini değerlendirebilir. Her halükarda mahkeme, ek yazılı beyanların gerekliliği ve sunulması gereken süreler hakkında karar verecektir. Bu husus, tahkim kurallarında da belirtilmektedir⁶⁴³.

6. Yargılama Dili

Hakem mahkemesinin yargılamayı yürüteceği dil, çoğunlukla tarafların her ikisinin resmi dilleri, her iki tarafın kararlaştırdığı üçüncü bir dil veya bunların üçü birden olmaktadır. Ancak tarafların kararlaştırdığı bir yargılama dili yoksa, bu belirlemeyi mahkeme yapmaktadır. Örneğin, Daimi Tahkim Divanı’nın Seçimlik Kuralları’na göre yürütülecek olan tahkimde kullanılacak dili belirleyecek olan Mahkemenin kendisidir. Buna göre, taraflarca bir anlaşmaya bağlı olarak atandıktan hemen sonra hakem mahkemesi, tahkim sürecinde kullanacağı dil ya da dilleri belirlemelidir. Bu belirlemeye, dava dilekçesinde, savunma dilekçesinde ve her türlü yazılı ifade ve eğer sözlü duruşma yapılacaksa bu duruşmalarda da uyulmalıdır. Hakem mahkemesi, dava dilekçesine ya da savunma dilekçesine ekli her türlü belgenin, süreç boyunca orijinal dilinde sunulan tamamlayıcı belge ve delillerin, tarafların belirlediği ya da mahkemece belirlenen dil ya da dillere tercüme edilmesi kararı verebilir⁶⁴⁴. UNCITRAL Tahkim Kuralları da

⁶⁴² Arthur Young & Company v. The Islamic Republic of Iran, Telecommunications Company of Iran, Social Security Organization of Iran, Case No. 484, Chamber One, 338-484-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 1, 1987, parag 7.

⁶⁴³ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 24; 1992 PCA Optional Rules, article 22.

⁶⁴⁴ 1992 PCA Optional Rules, article 17.

mahkemenin diline ilişkin olarak Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları ile aynı hususları içermektedir⁶⁴⁵.

II. Tahkimde Tarafların Temsili: Avukatlar ve Temsilciler

A. Temsil Yetkisi

Devletler, uluslararası mahkemeler önünde temsilcileri aracılığı ile temsil edilmektedirler. Taraf devletleri temsil edecek temsilci ya da temsilcilerin yetkilendirme anlaşmasında gösterilmemiş olması halinde, yargılama usulü gereği olarak Mahkeme'nin, temsilci atandığı konusunda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Nitekim, 1907 La Haye Sözleşmesi'ne göre, *“Taraflar, Mahkeme'ye katılmak üzere ve kendileri ile Mahkeme arasında aracılık etmek amacıyla özel temsilciler atamaya yetkilidirler. Ayrıca taraflar, atadıkları temsilciler ve avukatlar aracılığı ile Mahkeme önünde kendi hakları ve menfaatlerini savunma haklarını saklı tutmaya da yetkilidirler”*⁶⁴⁶.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne ilişkin Model Kuralları'na göre, taraflar, mahkeme önündeki işlemlere katılmak ve kendileri ile mahkeme arasında aracı olarak hareket etmesi için özel temsilciler atayabileceklerdir. Taraflar ayrıca kendi haklarının ve menfaatlerinin mahkeme önünde savunulmasını temin etmek üzere temsilci ve avukatlar atamaya yetkili olmalıdırlar. Temsilci ve avukatların, davalarının savunmasında gerekli gördükleri her türlü argümanı, sözlü veya yazılı olarak mahkemeye sunma, itiraz etme ve hukuki görüşlerini bildirme hakları vardır. Mahkeme üyelerinin, avukat ve temsilcilere soru sorma ve açıklama isteme hakları olmalıdır. Bu şekilde mahkemenin ya da üyelerinin, sorular yöneltmesi ya da açıklama talep etmesi, görüşlerini açık etmesi olarak değerlendirilmemelidir⁶⁴⁷.

Benzer hükümler, Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine İlişkin Seçimlik Kuralları'nda ve UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda da yer almaktadır⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 19.

⁶⁴⁶ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 62.

⁶⁴⁷ 1958 ILC Model Rules, article 14.

⁶⁴⁸ PCA Optional Rules, article 4; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 4.

Muhtelif tahkim kurallarında, uluslararası mahkemelerin kurucu belgelerinde, devletleri mahkeme önünde temsil edecek kişilerin haiz olması gereken niteliklerin tahdidi şekilde sayılması fazlaca tercih edilen bir yol değildir. Belgelerin çoğu, tarafların temsilciliğini üstlenecek avukat ya da avukatlar atamaya hakkı bulunduğunu ve temsilci atamalarını mahkemeye bildirmeleri gerekliliğini belirtmekle yetinmektedir. Bu durumda tarafların birbirlerinin temsilcilerine, temsilcilerin bazı profesyonel nitelikleri haiz olmaması gerekçesine dayanarak itiraz etmesi de mümkün olmayacaktır. Ancak elbette tarafların kendi temsilcisi için bazı özellikleri gerekli kılması mümkün olabileceği gibi, taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasında konuya ilişkin kriterler belirlemeleri mümkündür⁶⁴⁹.

Örneğin, *Venezuelan Preferential Claims* davasında Birleşik Krallık ve Venezuela hükümetleri, Fransa'nın temsilcilerinden birinin, Fransa'nın Daimi Tahkim Divanı yargıç listesi için atadığı hakemlerden biri olmasına şiddetle karşı çıkmışlardır. Fransa bu itirazlara karşılık olarak, böyle bir temsilci atamasının 1907 La Haye Sözleşmesi'nin 62. maddesine uygun olduğunu belirtmiştir⁶⁵⁰. Zira maddeye göre, mahkeme üyeleri, onları atayan devletler dışında hiç kimse adına temsilci, avukat ya da danışman olarak görev yapamazlar. Yukarıda da değindiğimiz Mauritius-Birleşik Krallık tahkiminde, Mauritius hükümetinin, karşı taraf temsilcisi Greenwood'un mahkemede yer almasına, son üç yılda Birleşik Krallık adına hareket etmiş olması ve bu ilişkinin halen devam ettiği gerekçesi ile itiraz etmesi buna örnek gösterilebilecektir. Söz konusu davada itiraz edilen hususun, adı geçen kişinin yargıçlık statüsü olmasına rağmen; Mahkeme, Greenwood'un, hakem olarak atanmasından önce, bu uyuşmazlık ile herhangi bir şekilde alakadar olmadığını belirterek, yargıcın önceki faaliyetlerinin de,

⁶⁴⁹ İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nin kabul ettiği Mahkeme Usul Kuralları'na göre, "Her bir tarafın atadığı temsilci ya da temsilcilerin Mahkeme önündeki fiilleri atayan hükümeti bağlayacak olup, bu temsilcilerin hukuk diplomalarının olması gerekmemektedir", İran-United States Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, article 4 (Notes to article 4 (2)).

⁶⁵⁰ UN Reports of International Arbitral Awards, The Venezuelan Preferential Claims Case (Germany, Great Britain, Italy, Venezuela et al), 22 February 1904 Vol. IX, s. 107-110.

tarafsızlık ve bağımsızlığını şüpheye düşürecek türden olmadığına karar vermiştir⁶⁵¹.

Mahkeme önündeki davada taraflardan birinin temsilcisinin, aynı mahkemede daha önce yargıç olarak görev yapmış olmasının, temsilciye itiraz için geçerli bir neden olup olmayacağı konusunda ise örneğe rastlanamamıştır. Ancak taraf devletin, diğer tarafın kendi temsilcisine itiraz etmesi üzerine temsilcisini değiştirdiği bir örnek de bulunmamaktadır. Böyle bir uygulamanın kabul edilmesi halinde, mahkeme süreci devam ederken, devleti başarıya götürme olasılığı yüksek görünen bir temsilcinin, sırf bu sonucu engellemek amacıyla itiraz edilmek suretiyle saf dışı bırakılması yolu açılacaktır ki bu durumun, tahkim sürecinin adilliğine ve eşitliğine halel getireceği düşünülmektedir.

Bir davada kendisini atayan hükümet adına mahkeme önünde bulunan temsilcinin işlevi, davaya göre değişiklik göstermektedir. Temsilci, *amicus curiae* konumunda ya da belirli bir davada hükümet menfaatlerini savunan kişi olabilecektir. Genellikle temsilcinin, mahkemeyi kuran anlaşmada ya da usul kurallarında tanımlanmış olan belirli sorumlulukları vardır⁶⁵². En başta davaya ilişkin bütün iddiaları değerlendirebilecek, mahkemenin yetkisi içinde olmayanları, süre sınırlamalarına uymayanları ve diğer usul gerekliliklerini karşılamayanları bir tarafa bırakarak, uygun gördüğü argümanları mahkemeye sunacaktır. Temsilciler, kendilerini atayan hükümeti, mahkeme önünde resmi ve nihai olarak temsil etmektedirler. Bir bakıma hükümet ve mahkeme arasında resmi bir iletişim kanalı oluşturmaktadırlar. Doğal olarak devletleri adına kimi mahkeme işlemlerini yapmaları, yazılı belgeleri imzalamaları, resmi belgeleri sunmaları ve kabul etmeleri, işlerinin bir parçasıdır. Temsilciler kendilerini atayan devletler adına, karşı tarafın temsilcisi ile birlikte usule ilişkin anlaşmaları da kabul edebileceklerdir.

⁶⁵¹ PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Arbitration Tribunal Constituted Under Annex VII of the 1982 United Nations Convention of Law of Sea, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, parag. 31, 172. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1429 (son erişim: 13.11.2012),

⁶⁵² Manley O. HUDSON, **International Tribunals, Past and Future**, Brookings Institution, Washington, 1944, s. 87.

B. Amicus Curiae

1. Amicus Curiae Kavramı

Amicus curiae, kökleri Latinceye dayanan bir hukuk terimidir. Kelime anlamı ile Latince’de “mahkemenin dostu” anlamına gelmekte ve bir davada davacı ya da davalının tarafında olmayan, mahkemenin kararına konu olacak, hukuka ya da dava konusu herhangi bir konuya ilişkin bir hususta, gönüllü olarak mahkemeye bilgi vermek suretiyle yardımcı olan kişiyi ifade etmektedir. Bu bilgi muhtelif usullerle mahkemeye iletilebileceği gibi, bilinen bir konuda hukuki görüş bildirmek ya da taraflardan birinin talebi dışında, tanık beyanı şeklinde de olabilecektir⁶⁵³.

Antik kökenleri bir tarafa bırakılacak olursa *amicus curiae* kavramı, Anglo Sakson hukuk sistemi tarihinin erken dönemlerine kadar geri gitmektedir⁶⁵⁴. Kavram üzerine kesin ve kapsayıcı bir tanım vermek pek mümkün görünmemektedir. Zira *amicus curiae*’nin özellikleri ve işlevleri, her tarihsel dönemde ve ülkeden ülkeye değişiklik göstermiştir. Bu kavramın Roma hukukundaki tarihsel karşılığı, bir mahkemeye, kendi uzmanlığının veya farkındalığının ötesinde hukuki bilgi temin edilmesidir⁶⁵⁵. Zaman geçtikçe kavram, herhangi birisinin bir yargılama sürecine kendiliğinden müdahale etmesinden uzaklaşmış ve bu imkanın hayata geçirilebilmesi için mahkemenin daveti gerekli olmaya başlamıştır⁶⁵⁶.

⁶⁵³ Bu konuda bkz. <http://amicuscuriae.org/>, (son erişim: 17.12.2012). “Amicus curiae”, “amici curiae” teriminin tekili olarak kullanılmaktadır. Bu ifade, genellikle uluslararası alanda kullanılmakta ancak bazı sözleşmelerde “üçüncü taraf müdahalesi” ya da “uymazlığın tarafı olmayanların müdahalesi” olarak geçmektedir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 36/(2) maddesine göre, “Mahkeme başkanı, adaletin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla, davaya taraf olmayan herhangi bir Yüksek Sözleşmecisi tarafı ya da başvuru dışında davayla ilgili her kişiyi yazılı görüş sunmaya veya duruşmalara katılmaya davet edebilir”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11. ve 14. Protokoller ile değiştirilen metin, Kanun No: 6366, Kanun Tarihi: 10/03/1954, RG Tarih: 19.03.1954, Sayı 8662.

⁶⁵⁴ Terimin tarihsel ayrıntılı tarihsel açıklamaları için bkz. Michael K. LOWMAN, “The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, Vol. 41, 1992, s. 1243-44.

⁶⁵⁵ Ernest ANGELL, “The Amicus Curiae: American Development of English Institutions”, *Int’l & Comp. L.Q.*, Vol. 16, 1967, s. 1017.

⁶⁵⁶ LOWMAN, 1992, s. 1244.

Amicus curiae, hukukun içeriği bakımından kayda değer bir belirsizlik olduğunda bilgi sağlamak üzere başvurulmuş bir uygulamadır. Zira genellikle *amicus curiae*, mahkemede hakimin yanında bulunup, onun tereddütte olduğu hususlarda maddi veya hukuki vakıalarla ilgili yardımda bulunan bir avukattır⁶⁵⁷. Her ne kadar hukuki ilişkiler giderek karmaşık bir hal alsada, medeniyet ve teknolojiye ileri adımlar, bu işlevin gerekliliğini zamanla ortadan kaldırmıştır. Ancak günümüzde, sınırlı da olsa, *amicus curiae*'nin esaslı bir rol oynadığı uygulamalara rastlanmıştır. Zira bu rolü üstlenen kişiler, her zaman yargıçlardan yana görüş beyan etmemektedirler⁶⁵⁸.

2. Uluslararası Mahkemelerin Uygulamalarında *Amicus Curiae*

Ulusal mahkemelerde *amicus curiae* raporlarının geniş kabul görmesine karşılık⁶⁵⁹, uluslararası mahkemelerde bu kuruma çok fazla başvurulmamaktadır. Ayrıca bu konuda UAD ile diğer uluslararası mahkemeler arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Geleneksel olarak UAD devletler dışındaki uluslararası örgütlerin hazırladıkları *amicus curiae* raporlarını kabul etmekte, kimi zaman hukuki kimi zaman siyasi nedenlerle isteksiz davranmaktadır. Divan Statüsü ve Mahkeme Kuralları, Hükümet Dışı Örgütlerin raporlarının kabul edilmesine sınırlı olarak cevaz vermektedir. Statü'nün 34/2. maddesine göre, Divan önüne getirilen işlere ilişkin olarak, uluslararası örgütlerden, kendi içtüzüğünün öngördüğü ölçütler çerçevesinde bilgi isteyebilecek, bu kuruluşların kendi girişimleri ile sunabilecekleri türden bilgileri kabul edebilecektir. İchtüzüğün 69. maddesine göre Divan, sözlü aşamanın kapanmasından önceki herhangi bir zamanda, resen ya da taraflardan birinin talebi üzerine, uluslararası örgütten, görülmekte olan davaya ilişkin olarak bilgi vermesini isteyebilecektir. Divan, söz konusu örgütün yetkili idare müdürüne danıştıktan sonra böyle bir bilginin sözlü ya da yazılı olarak ve belirli bir süre içerisinde sunulup sunulmaması gerektiği hususunu karara bağlayacaktır. Uluslararası örgüt, bu bilgiyi vermeyi uygun gördüğünde, davaya ilişkin mevcut bilgileri dosya halinde ve sözlü aşamanın kapanmasından önce

⁶⁵⁷ Mustafa OVACIK, İngilizce- Türkçe Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara, 2000.

⁶⁵⁸ Jorge E. VNUALES, "Human Rights and Investment Arbitration: The Role of Amici Curiae" in **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, 2006, No: 8, s. 237.

⁶⁵⁹ J.D. KEARNEY/ T.W. MERRILL, "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", **U. Pa. L. Rev.**, Vol. 148, No: 3, January, 2000, s. 743-855.

Sekretarya'ya sunmalıdır. Divan böyle bu bilginin, sözlü ya da yazılı olarak veyahut cevap verilmesini istediği muhtelif sorulara cevap şeklinde verilmesini gerekli kılma, taraflara da bu bilgiye karşılık beyanlarını sunmaları yetkisi tanıma hakkını saklı tutmaktadır⁶⁶⁰.

Daha önce de ifade edildiği üzere, Divan'ın bakmakta olduğu davalarda, tarafların menfaatlerinin yanında, kamu menfaatlerini de dikkate almak gibi uzun dönemli bir kaygısının olması gerekmektedir⁶⁶¹. Ancak Divan önündeki davalarda hükümet dışı kuruluşların müdahalesine izin vermek, bir ölçüde Divan'ı, belki atıf yapmayı hiç tercih etmeyeceği konulara değinmeye zorlayabilecektir⁶⁶². Ayrıca Statü'de ve Mahkeme Kuralları'nda yer alan bu imkanın, uygulamada nasıl hayata geçirileceğinin tam olarak saptanmamış olması, devletlerin güvensizliğine neden olmaktadır⁶⁶³.

Silahlı Çatışmada Devlet Tarafından Nükleer Silahların Kullanılmasının Hukukiliğine İlişkin Danışma Görüşünde Divan, iki talepten biri olan Dünya Sağlık Örgütü'nün danışma görüşü isteğini reddetmiş; başka bir hükümet dışı örgütün bilgi sunmak şeklindeki müdahale talebini de geri çevirmiştir⁶⁶⁴. Dolayısıyla davanın görülmesi sırasında nükleer silahların sağlık üzerindeki etkisinin değerlendirilmesine de değinmemiştir. Divan devletlerden gelen müdahale taleplerini de geri çevirme eğilimindedir. Bu eğilimin nedeni, devletlerin Divan'a tarafsızlığına güvenerek başvurmaları ve Divan'ın da böyle bir müdahalenin davanın değerlendirmesinde tarafsızlığına gölge düşüreceği endişesine mahal vermek istememesi olabilir⁶⁶⁵.

Bazı uluslararası mahkemeler de *amicus curiae* raporları talep edebilmekte ya da kendisine gelen raporları kabul edebilmektedir. Örneğin UCM, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza

⁶⁶⁰ Dinah SHELTON, "The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings", *Am. J. Int'l L.*, Vol. 88, No: 4, 1994, s. 619-628.

⁶⁶¹ SHELTON, 1994, s. 625.

⁶⁶² SHELTON, 1994, s. 624.

⁶⁶³ Gosego Rockfall LEKGOWE, "Third Party Intervention at the International Court of Justice: Challenges and Prospects", SSRN Working Paper Series (Aug 2012), s. 74, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2124664> (son erişim: 08.08.2013).

⁶⁶⁴ ICJ, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion of 8 July 1996, parag. 4. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&p3=4&case=95> (son erişim: 13.09.2013).

⁶⁶⁵ Shelton, 1994, s. 626-627.

Mahkemesi'nin Statüleri bu yönde uygulamalara izin vermektedir⁶⁶⁶. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi önündeki davalarda *amicus curiae* raporlarının kabul edilmesi, büyük ölçüde mahkemelerin belirli olaylara özgü olarak kurulmuş olan yapısal özelliklerinden ve bunlara süreci düzenleme yetkisi verilmiş olmasından ileri gelmektedir. Örneğin, UCM'nin Usul ve Delillere İlişkin Mahkeme Kuralları, konuyu detaylı olarak düzenlemektedir⁶⁶⁷.

Benzer şekilde, Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Kurallar ve Usuller Üzerinde Mutabakat metninin 13. maddesine göre, tahkim organının bilgi isteme yetkisi bulunmaktadır⁶⁶⁸. Aynı Mutabakat'ın 17/9. maddesi ise temyiz makamına üyelerden bilgi isteme yetkisi tanımaktadır⁶⁶⁹.

Amicus curiae raporlarına başvuru alan, uluslararası yatırım tahkimidir⁶⁷⁰. Pek çok şirket, ürün fiyatlarının kendi ülkelerinden daha düşük olduğu ülkelere yatırım yapmak istemektedir. Ancak uluslararası yatırım, aynı zamanda gelişmekte olan ülkeler bakımından korkuya neden olmaktadır. Çünkü ekonomik teşvike ihtiyaç duyan bu ülkeler, genellikle durağan bir siyasi ve hukuk

⁶⁶⁶ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991, Rules of Procedure and Evidence, Rule 74, IT/32/Rev. 47, 28 August 2012, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev47_en.pdf (son erişim: 15.12.2012); International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence, article 103, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/iccrulesofprocedure.html> (son erişim: 15.12.2012); International Criminal Tribunal for Rwanda, Rules of Procedure and Evidence, Rule 74, Feb 9, 2010, <http://www.unictr.org/Legal/RulesofProcedureandEvidence/tabid/95/Default.aspx> (son erişim: 15.12.2012). Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarah WILLIAMS/ Hannah WOOLAVER, "The Role of the Amicus Curiae Before International Criminal Tribunals", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, s. 153-56.

⁶⁶⁷ Bu Kurallar'ın 103. maddesine göre, Daire, bir devleti, bir kişiyi ya da bir örgütü, yargılamanın herhangi bir aşamasında uygun gördüğü her konuda bilgi vermek üzere davet edebilecek veya böyle bir talebi kabul edebilecektir. Buna ek olarak UCM, savcıya da bir soruşturmayı başlatıp başlatmamasına bağlı olmaksızın, devletlerden, BM'nin bir organından, hükümet dışı örgütlerden veya uygun gördüğü başka kaynaklardan ek bilgi istemek yetkisi vermektedir.

⁶⁶⁸ Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, Annex 2 of the WTO Agreement, article 13, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm (son erişim 17.12.2012). Ayrıca bkz. Josh ROBBINS, "False Friends: Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals under the Hot-Rolled Lead / Asbestos Doctrine", *Harv. Int'l L.J.*, Vol. 44, 2003, s. 317, 319; HALATÇI ULUSOY, 2009, s. 174.

⁶⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. World Trade Organization, A Handbook on the WTO Dispute Settlement System, 2004, s. 98-100, http://assets.cambridge.org/97805218/41924/frontmatter/9780521841924_frontmatter.pdf (son erişim: 12.09.2013).

⁶⁷⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. John BELLHOUSE/ Antony LAYERS, "The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?", *Civil Justice Quarterly*, Vol. 23, 2004, s. 187-188.

sistemlerine sahip değildir⁶⁷¹. Yabancı yatırımı korumak amaçlı iki taraflı yatırım anlaşmaları 1950'lerden itibaren görülmeye başlamıştır. Bu tarihten itibaren yaygınlaşan iki taraflı yatırım anlaşmalarının temel amacı, bir taraf devletin ülkesinde bulunan başka bir taraf devlet yatırımcıları tarafından yapılan yatırımların korunması ve imzacı devletlerarasındaki doğrudan yabancı yatırımların artırılmasıdır⁶⁷². Günümüzde bu anlaşmaların sayısı bütün dünyada artmış ve iki taraflı yatırım anlaşmalarına benzer yatırım hükümleri içeren serbest ticaret anlaşmaları da kabul edilmeye başlanmıştır. Bütün bu belgeler temel olarak, yatırımcının ulusal, adil ve eşit muamele, en çok gözetilen ulus muamelesi, adil millileştirme gibi esaslı haklarını güvence altına almakta ve bunların uygulanması ve yorumlanmasından doğacak uyuşmazlıkların uluslararası tahkim gibi kurumlar aracılığı ile çözümünü temin etmektedir⁶⁷³.

III. Hakem Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Yetki İtirazı

Devletlerarası tahkim, daha önce de vurgulandığı üzere, taraflar arasındaki anlaşmadan kaynaklanmakta ve bu yönüyle salt tarafların rızasından doğmaktadır. Tahkim anlaşması ya da yetkilendirme anlaşması ise devletlerin egemen gücünün, devletlerarasındaki uyuşmazlıkları çözecek bir hakem mahkemesine bahşedildiğini kanıtlayan unsurlardır. Mahkemenin yetkilerinin kapsamı, tahkim anlaşması ya da uluslararası hukuk tarafından izin verilen faaliyet alanı da mahkemenin yargı yetkisini oluşturmaktadır. Mahkeme, iyi niyetle hareket ederek

⁶⁷¹ Amanda PERRY, "An Ideal Legal System for Attracting Foreign Direct Investment? Some Theory and Reality", *Am. U. Int'l L. Rev.*, Vol. 15, 2000, s. 1644-45.

⁶⁷² Rudolf DOLZER/ Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 132.

⁶⁷³ DOLZER/ SCHREUER, 2008, s. 210-290. 1965'te Dünya Bankası, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Andlaşma'da, yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünü öngörmektedir. Washington Sözleşmesi, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi'ni (ICSID) kurmuştur. ICSID, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının tahkim ve uzlaştırma yöntemleri ile çözümü mekanizmalarını temin etmektedir. Pek çok iki taraflı yatırım andlaşması, çok taraflı andlaşmalar, iç hukuk düzenlemeleri ve yatırım sözleşmeleri, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde ICSID mekanizmalarına atıf yapmaktadır. Şu anda 147 devlet ICSID'e taraf bulunmaktadır. Washington Sözleşmesi ve ICSID Tahkim Usul Kuralları çerçevesinde görülen davalar dışında, ICSID Sekreteryası ayrıca UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde görülen yatırımcı devlet tahkiminde de idari destek temin etmektedir (Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Konusunda Washington Sözleşmesi (The Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes - 1965), <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp> (son erişim: 17.12.2012). Türkiye bu Sözleşmeyi 27.5.1988 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 3460 sayılı Kanun ile onaylamıştır.

kendisini kuran anlaşmanın çizdiği sınırlar içerisinde kalmaya gayret etmelidir. Ancak bu şekilde vereceği kararlar geçerli olacaktır⁶⁷⁴.

A. Yargı Yetkisi (*Jurisdiction*) Kavramı

En geniş anlamı ile “yetki” (*jurisdiction*) (salahiyet) kavramı, bir mahkemenin belirli bir davaya bakıp bakamayacağını, bir başka deyişle değerlendirmeye alma kapasitesini göstermek için kullanılmaktadır⁶⁷⁵. Yargı yetkisi, geniş anlamıyla, bir mahkemenin, uyuşmazlığın taraflarını yargılama ve söz konusu uyuşmazlık hakkında bağlayıcı olarak karar verme yetkisini ifade etmektedir. “Yargılama yapma” ifadesi, UAD tarafından, bunlara ek olarak, tarafların argümanlarını değerlendirme, kendisine sunulan delilleri takdir etme, olayları tespit etme ve uygulanacak hukuku ilan ve tatbik etme işlemlerini içerecek şekilde tarif edilmektedir⁶⁷⁶. Ancak diğer anlamıyla yetki (*competence*), kişi bakımından (*ratione personae*), zaman bakımından (*ratione temporis*) ve konu bakımından (*ratione materiae*) yetki gibi başka anlamları da ihtiva edecek şekilde kullanılmaktadır⁶⁷⁷. Bu anlamıyla yetki (*competence*), uluslararası hukuk bakımından, bir uluslararası mahkemenin, uluslararası hukukun sùjeleri arasında çıkan bir uyuşmazlığa bakma yetkisinin bulunması halinde (*jurisdiction*), niteliği bakımından hangi türde işleri halletmekle görevli olduğu meselesine işaret etmektedir⁶⁷⁸. Bu ikinci anlamıyla yetki sorunu, bir mahkemenin, belirli bir uyuşmazlık ya da uyuşmazlıkların açıkça tanımlanması suretiyle

⁶⁷⁴ MOORE, 1896, s. 1813; LAUTERPACHT, “*The Legal Remedy in Case of Excess of Jurisdiction*”, **Brit. Y. B. Int'l L.**, Vol. 9, 1928, s. 117; Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 4. Kitap, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2006, s. 30; Hong-lin YU, “*A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration*”, **Contemporary Asia Arbitration Journal**, Vol. 1, 2008, s. 257; GRAY/ KINGSBURY, 1992, s. 97; COLLIER/ LOWE, 1999, s. 32; MERRILLS, 1999, s. 88; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 42 ve s. 250.

Hakem mahkemesinin verdiği kararın geçersizliğinin ileri sürülebilmesine imkan tanıyan, yetkilendirme anlaşması kapsamındaki yargı yetkisinin dışına çıkılması, hata, hile, rüşvet, tehdit gibi geçersizlik nedenleri üzerinde ileride durulacak, burada “Yargı Yetkisi” başlığı altında sadece yetkilendirme anlaşmasının geçersizliği ve mahkemenin kendi yargı yetkisi hakkında karar verme yetkisi çerçevesinde, tahkim kaydının, tahkim anlaşmasından ayrılabilirliği sorunu açıklanacaktır.

⁶⁷⁵ CARLSTON, 1946, s. 78; AKİPEK, 1968, s. 58.

⁶⁷⁶ ICJ, Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, s. 61, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=unac&case=21&k=d2&p3=0> (son erişim: 15.09.2013); ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 30 March 1950, s. 70, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=bhr&case=8&k=8b> (son erişim: 15.09.2013).

⁶⁷⁷ Bu kavramlarla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. ROSENNE, 1961, s. 254.

⁶⁷⁸ AKİPEK, 1968, s. 59.

görevlendirilmesi halinde açıklığa kavuşturulabilir. Oysa “yargı yetkisi” kavramı (*jurisdiction*) mahkemenin, “genel olarak” kendisini kuran devletlerin sunduğu davalar hakkında karar verme yetkisini ifade etmektedir.

Mahkemenin gücünün kaynağını oluşturan yetkilendirme anlaşması, mahkemenin, taraflar, konu ve zaman bakımından yetkisi olup olmadığını belirleyen temel enstrümandır⁶⁷⁹. Ayrıca yetkilendirme anlaşması, mahkemenin duruşmaları yürütmesi ve kararlara varmasına hakim olan kuralları da içermektedir. Bu kuralların ihlali, terimin geniş anlamıyla yargısal sorunların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. “Yargı yetkisi” terimi, mahkemenin anlaşma çerçevesindeki yetkilerinin kapsamına ilişkin olacak şekilde geniş anlamıyla kullanılırken, belirli bir türdeki uyuşmazlıklar hakkında karar vermek üzere bir mahkemenin yetkilendirilmesi halinde de, yargı yetkisi sorunları ortaya çıkabilecektir. Böyle bir davada yetkilendirme anlaşması, belirli bir uyuşmazlığın yargı yetkisi sınırları içine denk düşüp düşmediğini belirlerken, mahkemenin değerlendirmesi gereken belirli ölçütleri içermelidir.

Uluslararası hukukta yargı yetkisi temel olarak, bir mahkemenin, mahkemeyi kuran hukuka uyumlu şekilde davayı belirleme yetkisidir. Bir devletlerarası hakem mahkemesi, anlaşmada yetkiye ilişkin belirlemenin yapılmamış olması halinde, teamül hukuku gereği, herhangi bir davada vereceği yetki kararının temelini uluslararası hukuka dayandırmakla yükümlü olacaktır⁶⁸⁰. Ancak yetkilendirme anlaşması, uluslararası hukuk kaynaklarından farklı kuralları emrediyorsa, mahkeme de, yetkilendirme anlaşmasının emrettiği bu kurallara uymak zorundadır. Öteki türlü söz konusu mahkeme, yargı yetkisinden yoksun olacak, bunu takiben, yargı yetkisinin bulunduğuyla ilişkin bir ara karar vermiş olsa bile, esasa ilişkin yargılama sırasında başka vesilelerle yargı yetkisi sorunları karşısına çıkacaktır⁶⁸¹.

Mahkemenin, davayı değerlendirmek üzere yargı yetkisi hakkında verdiği karar ile davanın esası hakkında verdiği karar arasındaki ayrım ve esasa ilişkin

⁶⁷⁹ HUDSON, 1944, s. 67.

⁶⁸⁰ MOORE, 1944, s. 308

⁶⁸¹ CARLSTON, 1946, s. 81.

kararını, yetki hususunu karara bağlamadan önce vermemesi gerekliliği ise ilk defa USAD tarafından belirlenmiş ve uygulama bu şekilde yerleşmiştir⁶⁸².

Bu konuda tahkim kurallarına ve hakem mahkemelerinin yargılamalarına bakarak uygulama hakkında fikir edinilebilir. Örneğin, 1907 La Haye Sözleşmesi'ne göre, “*Mahkeme, davada başvurulabilecek diğer bildiriler ve belgeler kadar yetkilendirme anlaşmasını yorumlayarak ve uluslararası hukukun ilkelerine başvurarak yetkisini beyan etmeye yetkilidir*”⁶⁸³. Bu hüküm doğrudan tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğine ilişkin olmamakla birlikte, üstü kapalı olarak ayrılabilirliği desteklediği savunulmaktadır⁶⁸⁴.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı 1958 tarihli Tahkim Usulüne İlişkin Model Kurallar'a göre, “*Hakem mahkemesi, kendi yetkisinin yargıcıdır ve bu çerçevede yetkilendirme anlaşmasını ve yetkisinin kaynağı olan diğer belgeleri yorumlayamaya yetkilidir*”⁶⁸⁵. Raportör Scelle'e göre bu hüküm, izahtan varestedir. Her yargı organı, kendi yetkisinin yargıcıdır ve yetki itirazlarını karara bağlar. Bu yetkinin hukuka ya da anlaşmaya dayanması bu sonucu değiştirmez. Bir mahkeme için kendi yetkisine itiraz edildiği gerekçesine dayanarak hüküm vermekten kaçınmak, adaletin reddi anlamına gelecektir. 1875'e kadar dayanan Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Uluslararası Tahkim Usulü Taslak Kuralları'nın 14. maddesine göre, “*Yargı yetkisine ilişkin bir belirsizliğin giderilmesi, yetkilendirme anlaşmasındaki hüküm ya da hükümlerin yorumuna bağlı ise, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, hakemlere bu sorunu çözme yetkisi verilmiş sayılır*”⁶⁸⁶. Aynı gönderme, UAD Statüsü'nünde de bulunmaktadır⁶⁸⁷.

Yargı yetkisi meselesine ve özellikle tahkim anlaşması ve tahkim kaydının ayrılabilirliğine ilişkin daha ayrıntılı ve açık hükümler ile yer veren 1992 tarihli

⁶⁸² PCIJ, Series A, No:6, Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Preliminary Objections), s. 15-16, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 12.09.2013).

⁶⁸³ 1907 La Haye Sözleşmesi madde 76.

⁶⁸⁴ SCHWEBEL, 1987, s. 13.

⁶⁸⁵ 1958 ILC Model Rules, article 9.

⁶⁸⁶ 1958 Report by Georges Scelle, parag. 15.

⁶⁸⁷ UAD Statüsü'nün 36/6. maddesine göre, “Divan'ın yetkili olup olmadığı konusunda bir uyuşmazlık çıkması durumunda, Divan karar verir”.

Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kurallar'a göre:

“1. Hakem mahkemesi, yargılama yetkisini haiz olmadığına, tahkim kaydının veya ayrı tahkim anlaşmasının bulunmadığına ilişkin itirazları karara bağlama yetkisini haizdir.

2. Hakem mahkemesinin, tahkim kaydının bir parçasını oluşturduğu anlaşmanın varlığını veya geçerliliğini belirleme yetkisi olmalıdır. 21. maddedeki (bu madde) amaçlara yönelik olarak, anlaşmanın bir parçasını oluşturan tahkim kaydı veya bu Kurallar çerçevesinde tahkimi temin eden bir anlaşmaya, anlaşmanın diğer hükümlerinden bağımsız olarak muamele edilmelidir. Hakem mahkemesinin, anlaşmanın batıl ya da geçersiz olduğuna ilişkin vereceği bir karar, tahkim kaydının ipso jure geçersizliğini gerektirmemelidir.

3. Hakem mahkemesinin yargı yetkisini haiz olmadığına ilişkin bir itiraz, savunma dilekçesinden, karşı dava durumunda ise bu karşı dava dilekçesinden sonra ileri sürülmemelidir.

4. Genel olarak hakem mahkemesi, yargı yetkisine ilişkin itirazı, ilk itiraz (preliminary question) olarak karara bağlamalıdır. Ancak hakem mahkemesi, böyle bir itirazı tahkim süreci ile birlikte yürütebilir ve nihai kararda da hükme bağlayabilir”⁶⁸⁸.

Ayrılabilirlik konusunu benzer ve gayet açık biçimde hükme bağlayan 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın yargı yetkisine ilişkin hükümlerine göre ise

“1. Hakem mahkemesinin, tahkim anlaşmasının varlığına ya da geçerliliğine dair her türlü itiraz da dahil olmak üzere, kendi yargı yetkisi hakkında karar verme yetkisi olmalıdır. Bu amaçla, herhangi bir sözleşmenin bir parçası haline gelen bir tahkim kaydı, o sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir anlaşma olarak görülmelidir. Hakem mahkemesince sözleşmenin geçersiz olduğuna dair vereceği karar, tahkim kaydının da geçersizliğini gerektirmeyecektir.

2. Hakem mahkemesinin yargı yetkisi bulunmadığına ilişkin itiraz, en geç, savunma dilekçesinde veya karşı iddia ya da takas amaçlı iddia bakımından, karşı

⁶⁸⁸ 1992 PCA Optional Rules, article 21.

iddiaya cevapta veya takas amaçlı iddiaya cevapta ileri sürülmelidir. Bir tarafın, hakemi atamış olması ya da hakemin atanmasında yer alması, böyle bir itiraz ileri sürmesine engel olmaz. Hakem mahkemesinin yargı yetkisini aştığına ilişkin itiraz, yargı yetkisini aştığı itirazına konu olan meselenin, tahkim işlemleri sırasında sunulmasıyla birlikte ileri sürülmelidir. Hakem mahkemesi her iki durumda da gecikmenin haklılığına kanaat getirirse, geç ileri sürülen itirazı da değerlendirmeye alabilir.

3. Hakem mahkemesi, 2. paragrafa göre yapılan bir itirazı, ön sorun olarak veya esasa ilişkin nihai kararlar birlikte karara bağlayabilir. Hakem mahkemesi, kendi yargı yetkisine ilişkin mevcut herhangi bir itiraza bakmaksızın tahkim işlemlerine devam ederek, nihai karara varabilir”⁶⁸⁹.

B. Yargı Yetkisine İtirazlar

Tarafların, hakem mahkemesinin yargı yetkisine itirazı üç gerekçeye dayanabilecektir. Bunlar, geçersiz yetkilendirme anlaşmaları, iç hukuka aykırılıklar ve uyuşmazlığın yetkilendirme anlaşması kapsamına girmemesi iddialarıdır..

1. Geçersiz Yetkilendirme Anlaşmaları

Hakem mahkemelerinin varlık ve geçerlilik gerekçesini, tahkim anlaşması oluşturmaktadır. Kendisini kuran anlaşmaya uyulması, hakem mahkemesinin hareket yeteneğinin temelini oluşturmaktadır. Bir uyuşmazlığın uluslararası hukuka uygun bir karar ile çözüme ulaştırılması, yalnızca tarafların çıkarlarına hizmet etmemektedir. Uluslararası mahkemeler, kendisinden önce var olmuş mahkemelerin varlığından ilham almakta ve uluslararası adaletin gelişimine katkıda bulunmaktadır.

Kural olarak geçersiz bir yetkilendirme anlaşmasına dayanılarak gerçekleştirilen yargılama sonunda verilen karar, geçersiz olacaktır⁶⁹⁰. Bir yetkilendirme anlaşmasının hangi koşullarda geçerli olacağına ilişkin pek çok değerlendirme yapılabilir. Ancak bu konuda söylenmesi gereken en önemli husus,

⁶⁸⁹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 23.

⁶⁹⁰ CARLSTON, 1946, s. 65; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 42 ve s. 250 vd.; SCHWEBEL, 1987, s. 1.

yetkilendirme anlaşmasının tıpkı bir uluslararası andlaşma gibi yetkili temsilcilerce, tarafların serbest iradesine dayanarak yapılmış olması ve andlaşma konusunu uluslararası hukukun meşru sayması gerekmektedir⁶⁹¹.

Bir devletin, başka bir devlet ile arasındaki uyuşmazlığı yargılamak üzere uluslararası mahkemeyi yetkilendirmiş olduğunun tek kanıtının anlaşma olmayabileceği göz önüne alındığında, geçersiz bir anlaşmaya dayanarak verilen hakem kararının da geçersiz olacağı kuralı, uygulamada yetersiz olarak değerlendirilebilecektir. Bu yetkiyi daha önce tanımamış olduğunun bilincinde olan, anlaşmanın geçersizliğine karşı da herhangi bir itirazda bulunmamış olan devlet, tahkim süreci içinde yer alarak da zımni olarak tahkim organının yetkisini kabul etmiş olabilecektir. Yargıç Moore haklı olarak, devletin, anlaşmanın tam olarak uygulanmasının sonuçlarını, anlaşmanın geçersizliği sorununu ileri sürüp sürmemenin kendisi bakımından olumlu ya da olumsuz sonuçlardan hangisini doğuracağını öğrenene kadar bekleyerek, geçersizlik itirazlarını saklı tutmasının iyi niyetli bir hareket olamayacağını belirtmektedir⁶⁹².

Bu teorik tartışmalar dışında, tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin olarak uygulamada UAD'nin yargı yetkisinin de dahil olduğu bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Kural olarak, devletlerarası hakem mahkemesi önündeki davaya taraf devletlerden hiçbirinin, bu mahkemenin kararını ilga etme (annulment) yetkileri olmamalıdır. Ancak Divan'ın zorunlu yargı yetkisine tabi olarak iki

⁶⁹¹ BROWNLIE, 2003, s. 589; Arnold Duncan MCNAIR, **Law of Treaties**, Clarendon Press, 2th Edition, Oxford, 1961, s. 208;

⁶⁹² John Bassett MOORE, **The Collected Papers of John Bassett Moore**, Vol. 5, Yale University Press, New Haven, 1944, s. 129. Örneğin, Filistin'i manda rejimi altına koyan andlaşmanın, zorunlu yargı yetkisi içeren hükmü gereği Yunan hükümetinin, Büyük Britanya'yı USAD önüne getirdiği Mavrommatis Palestine Concessions davasında, davalı hükümet, zorunlu yargı yetkisinin varlığı için gerekli olan koşulların gerçekleşmediği gerekçesine dayalı olarak yargı yetkisi itirazında bulunmuştur. Mahkeme bu iddiayı oy çokluğu ile reddederken, yargı yetkisinin sınırlı olduğunu, davacı kadar davalının da rızasına dayandığını ve ancak bu rıza verildiği zaman yargılama yapabileceğini; önündeki davanın, kendisine sunulan ve şimdiye kadar vuku bulmuş olaylara dayanan şekliyle yetinmesi gerektiğini ve manda andlaşmasının bu hükmünün de, kararında başvuracağı unsurlardan biri olduğunu ifade etmiştir. Yargıç Moore'a göre, "Eğer yetki aşımı sonucu verilmiş bir karar söz konusu ise bu karar geçersiz olacaktır. Zira uluslararası mahkemeler, yargı yetkisini temel bir sorun olarak görmektedirler. Uluslararası yargı organları, sınırlı yetki ile donatılmış mahkemeler kurabilirler. Bu nedenle yargı yetkilerine ilişkin bir varsayım yapılamaması mazur görülmelidir. Yargı yetkisinin her zaman belgelerde görünmesi gerekmektedir". Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.), Judgment of 30 August 1924 (Objection to the Jurisdiction of the Court), Ser. A, No. 2, s. 60. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Edwin M. BORCHARD, "Mavrommatis Concessions Case", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 19, 1925, s. 729.

devlet, daha önce geçersiz olduğu iddia edilen tahkim anlaşması sonucunda verilen hakem kararını UAD yargılamasına sunmuşlardır. Nikaragua ve Honduras arasındaki sınır uyuşmazlığında, hakem mahkemesinin kurulmasından önce tahkim anlaşmasının süresinin sona ermesi sorunu ortaya çıkmıştır. Sınır uyuşmazlığının doğmasından sonra taraflar, uyuşmazlığın çözümü için Gamez Bonilla Andlaşması'nı kabul etmişler ve bu Andlaşma çerçevesinde iki devlet arasındaki sınırın belirlenmesi görevini, Andlaşma çerçevesinde kurulan Karma Sınır Komisyonu üstlenmiştir⁶⁹³. Andlaşma'ya göre Komisyon'da çözilemeyen hususlar, nihai kararı verecek olan tahkime havale edilecektir. Tahkim organı, devletlerin birer temsilcilerinden ve Guatemala diplomatik heyetinden seçilecek, ulusal hakemlerin aday göstereceği bir üyeden oluşacaktır. Andlaşma'ya göre, her bir devletin dışişleri bakanlarının da bu üyeyi kabul etmesi gerektiğinden, ulusal hakemlerin de bakanlara, kendi seçimlerini bildirmeleri gerekmektedir⁶⁹⁴.

29 Ağustos 1904'te Komisyon, Andlaşma ile belirlenen bölgede sınır tayini görevini yerine getiremeyeceğini açıklayarak uyuşmazlığı tahkime havale etmiştir. Ulusal hakemler 2 Kasım 1904'te üçüncü hakemin seçimi için bir araya gelerek, İspanya Kralı'na bu görevi yerine getirmesi için davette bulunmuşlardır. 17 Ekim 1904'te İspanya Bakanı hakemlere ve iki devlet başkanına bildirimde bulunmuş ve Kralın bu görevi kabul ettiğini açıklamıştır. Bunun üzerine taraflar hakeme, iddia ve savunmalarını sunmuşlardır. 23 Aralık 1906'da karar açıklanmış ve Honduras bu kararı koşulsuz olarak kabul etmiştir. Nikaragua devlet başkanı ise kararın kabul edildiğini, ancak belirli noktalarda açıklama talep ettiklerini belirtmiştir. Karardan sonra Nikaragua'da hükümet değişmiş ve 19 Mart 1912'de Nikaragua Dışişleri Bakanı, hakem kararının geçerliliğini ve bağlayıcılığını kabul edemeyeceklerini Honduras hükümetine bildirmiştir. İki devlet arasındaki uyuşmazlığın çözümü için uzun yıllar süren görüşme ve uzlaştırma çabalarının sonuçsuz kalması üzerine, Amerikan Devletleri Örgütü tarafından yapılan dostane çözüm teklifiyle taraflar, 21 Temmuz 1957'de UAD'ye başvurmuşlardır⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Gamez Borilla Treaty of October 7, 1894, UN Reports Of International Arbitral Awards, The Border Dispute between Honduras and Nicaragua, 23 December 1906, Vol. XI, s. 107.

⁶⁹⁴ Gamez Borilla Treaty of October 7, 1894, UN Reports Of International Arbitral Awards, The Border Dispute between Honduras and Nicaragua, 23 December 1906, Vol. XI, s. 107.

⁶⁹⁵ ICJ, Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua), Judgment of 18 November 1960, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, s. 6,

Davacı taraf Honduras, Divan'dan, Honduras-Nikaragua sınırının belirlenmesine ilişkin 26 Aralık 1906 tarihli İspanya Kralı davasında verilen kararın, Nikaragua bakımından uygulama yükümlülüğü ve bağlayıcılık arz ettiğinin tanınmasını istemiştir. Nikaragua ise Divan'dan, İspanya Kralı'nın verdiği kararın bağlayıcı olmadığını ve uygulanma yeteneğinin bulunmadığının saptanmasını istemiştir. Bire karşı on dört oyla Divan, hakem kararının bağlayıcı olduğuna ve Nikaragua'nın bu kararı uygulamakla yükümlü olduğuna karar vermiştir. Divan'a göre Nikaragua, 7 Ekim 1894 tarihli Gamez Borilla Andlaşması'nın VII. maddesine uygun şekilde niyetini açıkça beyan ederek ve o yönde hareket ederek, hakem kararının bağlayıcılığını kabul etmiştir. Dolayısıyla artık bu karar, Nikaragua'nın tekrar tanımasına imkan ve gereklilik arz etmemektedir. Nikaragua'nın hakem kararını öğrenmesinden uzun bir süre sonra hiçbir itirazda bulunmamış olması, bu kararı tanıdığını teyit etmektedir. Diğer yandan, Divan'a göre, -konu ile ilgili olmamakla birlikte- Nikaragua tanıma niteliğindeki davranışları gerçekleştirmemiş ve karara uygun zamanda itiraz etmiş olsaydı bile, hakem kararı geçerli sayılacaktı. Zira Nikaragua hükümeti, Gamez Borilla Sözleşmesi'nin 10 yıl süre ile kabul edildiğini ve imza ile başlayan bu sürenin, uyuşmazlığın İspanya Kralı önüne gelmesi ile sona erdiğini ileri sürmüştür. Bu durumda Nikaragua'ya göre hakem kararı, sözleşme hükümleri dışında verilmiş bir karar olup, Kral önündeki gerçekleşen yargısal işlemler de Nikaragua hükümeti için bağlayıcı olmayacaktır⁶⁹⁶. Uyuşmazlığın Divan önüne gelmesinden önceki barışçıl çözüm çabalarında Honduras'ın temsilciliğini üstlenen Yargıç Moore tarafından Sözleşme süresinin sona ermesi bakımından Nikaragua'nın hukuki durumu, şöyle değerlendirilmiştir: *“Her ne kadar Nikaragua hükümeti bu noktada haklı bulunsa da, tahkim sürecine katılmış ve karar verilene kadarki muhakeme işlemlerinde yer almış olması, hakemin bu uyuşmazlığı çözmeye konusundaki yetkisine itiraz etme hakkını ortadan kaldıracaktır. Bu noktada Nikaragua hükümeti hakem kararına itiraz edebilecek, ancak hakemin bu kararı verme otoritesine itiraz edemeyecektir”*⁶⁹⁷. Diğer yandan Moore, Sözleşme'nin

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=hn&case=39&k=6b> (son erişim: 12.12.2013).

⁶⁹⁶ ICJ, Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua), Judgment of 18 November 1960, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, s. 217.

⁶⁹⁷ MOORE, 1944, s. 118.

geçerlilik süresinin imza tarihinden itibaren değil, onay belgelerinin değişimi tarihinden itibaren hesaplanması gerektiğini ve bu şekilde sürenin, kararın tefhiminden bir gün sonra, yani 24 Aralık 1904'te sona ermiş olduğunu da hatırlatmaktadır. Zira bir uluslararası andlaşmanın taraflar bakımından imza ile bağlayıcılık kazanması, ancak o andlaşmanın başka türlü bağlayıcılık kazanacağı yönünde hiçbir fiilde bulunulmamışsa mümkün olabilecektir. Nitekim Gamez-Borilla Sözleşmesi açıkça, onay belgelerinin değişimi tarihinde yürürlüğe gireceği ifadesini içermektedir. Bu durumda Sözleşme'nin geçerlilik tarihinin yürürlüğe girme tarihinden itibaren hesaplanması gerekmektedir⁶⁹⁸.

Geçersiz yetkilendirme anlaşmasına dayalı bir itirazın hukuki sonuçlarına ilişkin olarak, UAD'nin, İspanya Kralı kararının geçerliliğine ilişkin değerlendirmeleri önem arz etmektedir. Öncelikle, uluslararası kamu hukuku çerçevesinde karar veren bir hakem mahkemesi söz konusu olduğunda, mahkeme önündeki davaya taraf devletlerden hiçbirinin yargı organlarının, bu mahkemenin kararını geçersiz kılma yetkilerinin bulunmayacağını tekrar belirtmek gerekmektedir. Ancak Divan'ın zorunlu yargı yetkisine tabi olarak iki devlet, daha önce geçersiz olduğu iddia edilen tahkim anlaşması sonucunda verilen hakem kararını UAD yargılamasına sunmuşlardır. Nikaragua ve Honduras arasındaki sınır uyuşmazlığında, hakem mahkemesinin kurulmasından önce, mahkemenin dayanağını oluşturan tahkim anlaşmasının süresi sona ermesinin sorunu ortaya çıkmıştır. Sınır uyuşmazlığının doğmasından sonra taraflar, uyuşmazlığın çözümü için Gamez Bonilla Sözleşmesi'ni kabul etmişler ve bu Sözleşme çerçevesinde iki devlet arasındaki sınırın belirlenmesi görevini, Andlaşma çerçevesinde kurulan Karma Sınır Komisyonu üstlenmiştir⁶⁹⁹. Sözleşme'ye göre Komisyon'da çözülemeyen hususlar, nihai kararı verecek olan hakem mahkemesine havale edilecektir⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ MOORE, 1944, s. 170.

⁶⁹⁹ Gamez Borilla Treaty of October 7, 1894, UN Reports Of International Arbitral Awards, The Border Dispute between Honduras and Nicaragua, 23 December 1906, Vol. XI, s. 107.

⁷⁰⁰ Gamez Borilla Treaty of October 7, 1894, UN Reports Of International Arbitral Awards, The Border Dispute between Honduras and Nicaragua, 23 December 1906, Vol. XI, s. 107.

2. İç Hukuka Aykırılıklar

Andlaşma yapma yetkisine ilişkin anayasal sınırlamaların, bir başka deyişle iç hukuka ilişkin sınırlandırmaların uluslararası alanda uyumsuzluk konusu olabilmesi konusunda 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) hükümleri göz önüne alınmalıdır. Bu çerçevede devlet, iç hukuktan kaynaklanan sınırlamalara bakılmaksızın usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş temsilcisinin rızası ile bağlı olacaktır⁷⁰¹. Bu kural, diğer devletin iç hukuka aykırılığın farkında olduğu veya aykırılığın çok açık olduğu durumlar ile sınırlandırılmaktadır⁷⁰². VAHS'ye göre, eğer bir devletin andlaşma ile bağlanma rızasını açıklayan temsilcinin yetkisi, belirli bir sınırlamaya tabi tutulmuşsa, temsilcinin bu sınırlamayı göz ardı etmiş olması, diğer görüşmeci devletler söz konusu sınırlamadan daha önceden haberdar edilmemişse, geçersizlik nedeni olarak ileri sürülemeyecektir⁷⁰³.

Devletlerin uluslararası yükümlülükleri ile iç hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri arasındaki ilişki bugün için uluslararası hukukun geldiği noktada, teorik bakımdan tartışma konusu değildir. Bir devlet, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmemesinin gerekçesi olarak iç hukuk hükümlerine ya da iç hukukundaki eksikliklere başvuramaz⁷⁰⁴. Ancak başka bir önemli sorun, devleti adına tahkim anlaşmasını imzalayan temsilcilerin anayasal yetkisizlikleri nedeniyle devletin, tahkim sürecinin geçersizliğine ilişkin itiraz hakkının sınırlarının iyi belirlenip belirlenmediğidir. İç hukuk sınırlamaları, büyük ölçüde yürütme organının andlaşmaları kabul etme yetkisi üzerine kuruludur⁷⁰⁵. Bu durum uluslararası uygulamada genellikle önceden bilinmekte ve devletlerden

⁷⁰¹ BROWNLEE, 2003, s. 589; MCNAIR, 1961, s. 208; Edip ÇELİK, **Milletlerarası Hukuk**, I. Kitap, İUHF Yayınları, İstanbul, 1984, s. 137; Seha MERAY, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 88; Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 167.

⁷⁰² 1969 VAHS, madde 46/(1) Bir Devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakıasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğer ki ihlal aşikar ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun; (2) Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşikardır. Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, U.N.T.S., Vol. 1155, s. 331. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. GÜNDÜZ, 2013, s. 66.

⁷⁰³ 1969 VAHS, madde 47.

⁷⁰⁴ 1969 VAHS, madde 27.

⁷⁰⁵ John Bassett MOORE, **A Digest of International Law**, Government Printing Office, Washington, D.C., 1906, Vol. V, s. 166-170.

birbirlerini, andlaşma görüşmecilerinin yetkileri hususunda makul şekilde bilgilendirmeleri beklenmektedir⁷⁰⁶. Andlaşmanın imzalanmasından önce, yetkili temsilcilerin doğrulanması için yetkilerin açık edilmesi gerekmektedir⁷⁰⁷. Daha sonraki bir işlem olan andlaşmanın onayı, bir bakıma anayasal gereklilikleri karşılamakta ve böylece geçerli bir andlaşma yapılmış olduğu usulen de tanınmaktadır. Ancak bir devlet, uluslararası alanda kendisi için bağlayıcı sonuç doğuracak her türlü işlemi yaptığında, ortaya çıkan andlaşmayla bağlı olmamak için anayasal gerekliliklerini yerine getirmedeği gerekçesi ile itiraz edememelidir⁷⁰⁸. McNair'e göre, uluslararası bir yükümlülük ile bu yükümlülüğün iç hukuktaki karşılığı arasındaki andlaşmadan kaynaklanan ilişki, bu ilişkiyi kuran andlaşmanın yerine getirilmesi yükümlülüğü anlamına gelmektedir. Zira iç hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir⁷⁰⁹.

Diğer yandan, tahkim sürecine taraf olan devletin temsilcilerinin, anayasal yetkilerinin bulunmaması nedeniyle yetkilendirme anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmeleri halinde, sırf bu fiillerinden tahkim sürecine zımni onay verdikleri anlamı çıkarılamayacaktır. Aynı şekilde, geçersiz bir andlaşmaya dayanarak başlatılan tahkim süreci sonunda verilen karara, bir devletin itiraz edebilme hakkının bulunduğu varsayıldığına göre, devleti adına andlaşma görüşmelerine girme yetkisi bulunmayan temsilcilerinin, sürece iştirak etmiş olmaları, tek başına, akdi halde geçersiz olacak olan andlaşmanın, zımnen onaylandığı anlamına gelmemektedir⁷¹⁰. Ancak bu kişilerin tam anlamıyla devletlerinin kontrolü altında bulunmaları ve söz konusu andlaşmanın geçersizliğinin öğrenilmesinden sonra

⁷⁰⁶ Arnold D. MCNAIR, **Constitutional Limitations Upon the Treaty-Making Power**, 1933, s. 16; I. Brownlie, 2003, s. 589.

⁷⁰⁷ Ernest Mason SATOW, **Satow's Guide to Diplomatic Practice**, 3th Edition, Longman, London, 1932, s. 80.

⁷⁰⁸ G.G. FITZMAURICE, "Do Treaties Needs Ratification?", **Brit. Y. B. Int'l L.**, Vol. 15, 1934, s. 113.

⁷⁰⁹ Bir andlaşma kabul edilirken, taraflardan birinin öne sürdüğü ve görünüşte tam ve usule uygun görünen belgelerden birinin (yetki belgesi gibi), gerçekte anayasal bakımdan geçersiz ya da eksik olması halinde, diğer taraf bu durumu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, söz konusu belgenin usule uygun ve andlaşma yükümlülüklerinin de devam ettiğini varsaymaya yetkilidir. Böyle bir andlaşmanın geçersiz sayılması uluslararası hukuka aykırı olacaktır. MCNAIR, 1961, s. 100.

⁷¹⁰ CARLSTON, 1946, s. 71.

tahkim sürecine katılımlarının devam etmesi halinde, bu durum devletin geçersizlik iddiasından vazgeçmiş olduğuna delil olarak kabul edilebilmelidir⁷¹¹.

Nitekim McNair, andlaşmayı kısmen uygulamış olan imzacı taraflardan birinin, bazı anayasal sınırlamalara uymadığı gerekçesi ile andlaşmaya itiraz etme hakkının bulunmadığını savunmaktadır. Kısmi ifa doktrinine göre, andlaşmaya itirazın haksız yere gecikmiş olduğu durumlar veya imzacı taraflardan birinin, andlaşmanın başta geçerli olduğuna ilişkin görüşünü daha sonradan değiştirmesi durumlarında, söz konusu andlaşma, bazı anayasal sınırlamalara aykırılıklar taşımasına rağmen uluslararası alanda geçerli kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, uluslararası bir andlaşma kısmen ifa edildiğinde veya henüz ifa edilmemiş olmakla beraber taraflarca uluslararası alanda bağlayıcı olarak addedildiğinde, aynı taraflar, andlaşmanın iç hukukun bazı hükümlerine ya da anayasal hükümlere uymadığı gerekçesi ile andlaşmaya itiraz edemeyeceklerdir⁷¹².

3. Uyuşmazlığın Yetkilendirme anlaşması Kapsamına Girmemesi

Hakem mahkemesinin yargı yetkisine karşı ileri sürülecek itirazın gerekçesi, taraflardan birince tahkime havale edilen uyuşmazlığın, taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşması kapsamına girmemesi olabilecektir. Her davada yargı yetkisinin tespitine ilişkin kararın, yetkilendirme anlaşmasında karara bağlanması istenen uyuşmazlık tanımı ile uyumlu olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir⁷¹³.

Örneğin, iki sınırın tespiti ile görevlendirilen hakem, üçüncü bir sınıra ilişkin belirleme yapmamalıdır. Ancak bu, uyuşmazlığın çözülmemesi sonucunu da doğurmamalıdır. Örneğin Arjantin ve Şili arasındaki sınır uyuşmazlığında taraflar hakemi, iki devlet arasında belirsizliğini koruyan iki sınırdan birinin, kesin sınır olarak belirlenmesi, bunun mümkün olmaması halinde üçüncü bir sınır saptanması konusunda görevlendiren 17 Nisan 1886 tarihli bir yetkilendirme anlaşması kabul etmişlerdir⁷¹⁴. Taraflar, Temmuz 1881 tarihli Andlaşma'nın ekinde yer alan haritalarda da gösterildiği üzere, sınırın en uzak noktalarının

⁷¹¹ MCNAIR, 1961, s. 100.

⁷¹² MCNAIR, 1961, s. 100.

⁷¹³ CARLSTON, 1946, s. 87.

⁷¹⁴ CARLSTON, 1946, s. 95.

gececeği bölgeleri belirlemiş olmakla birlikte, andlaşmanın yorumu konusunda anlaşamadıklarından hakeme gitmişlerdir. Yetkilendirme anlaşmasında hakemden, kesinlikle 1881 Andlaşması hükümlerinden yola çıkarak karar vermesi istenmiş, ancak vereceği kararın nihailiği konusunda hüküm öngörülmemiştir. Kararını verirken kurduğu sınır komisyonunun yardımını alan hakem, 20 Kasım 1902’de kararını vermiştir. Karara göre, Andlaşma’da belirtilen iki sınırın uzlaştırılması mümkün olmayıp, söz konusu Andlaşma hükümlerine de davada başvurmak mümkün değildir. Uyuşmazlığı bu şekilde karara bağlayan hakemin tavrı eleştirilmiştir. Zira taraflar kesin olarak hakemden bir sınır belirlemesini istemişlerdir. Eğer taraflar arasındaki Andlaşma bunu gerçekleştirmeye müsait değilse, taraflar bu konuda bilgilendirilmeli ve sınır çizmeye müsait yeni bir yetkilendirme anlaşması yapmaları istenmelidir⁷¹⁵.

Taraflar arasındaki bütün uyuşmazlıkların tahkime havale edilmesini öngören yetkilendirme anlaşmaları da uygulamada sorunlara neden olabilmektedir. Özellikle taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın savaşa varmasının muhtemel olması halinde hakem mahkemesinin, tarafların askeri tedbirlerden kaçınmaları gerekliliğine ilişkin karar alıp alamayacağı sorunu ortaya çıkabilmektedir. Örneğin 20 Ocak 1902 tarihli Corinto Andlaşması, Nikaragua, Honduras, El Salvador ve Kosta Rika arasındaki her türlü uyuşmazlıklarda zorunlu tahkim şartı içermektedir⁷¹⁶. Andlaşma çerçevesinde daimi bir hakem mahkemesi kurulmuş, Andlaşma ile mahkemeye, tarafların alması gereken tedbirleri belirleme yetkisi verilmiş ve tarafların düşmanlık ya da askeri hareket belirten davranışlar içinde olmamaları kararlaştırılmıştır. 1906-1907 yıllarında Honduras’daki devrimcilerin, Nikaragua’dan yardım alarak hükümeti devirme çabaları üzerine iki ülke arasındaki ilişkiler gerilmiş ve Nikaragua, Honduras ordularının ülkesini işgal ettiğini ileri sürmüştür. Taraflar, Toronto Andlaşması ile uyuşmazlığın tahkime havale edilmesini kararlaştırmıştır. Tahkim yargılaması sürerken mahkeme, Nikaragua hükümetini, saldırmazlık hükmüne uygun hareket etmesi konusunda uyarılmış, bunun üzerine Nikaragua temsilcisi, mahkemenin, yalnızca tazminata karar verebileceğini, silahsızlanma konusunda tedbir kararı alamayacağını ileri sürmüştür. Mahkemenin bu uyarısını ara karar şeklinde tefhim

⁷¹⁵ CARLSTON, 1946, s. 97.

⁷¹⁶ CARLSTON, 1946, s. 111.

etmesi üzerine Nikaragua'lı hakem, nihai karara ilişkin değerlendirmelere katılmamıştır. Honduras ve El Salvador'lu hakemlerin de çekilmesi üzerine mahkeme, tahkim sürecinin kapandığını bildiren bir karar almıştır. Nikaragua'ya göre, hakemler yalnızca kendilerine sunulan uyuşmazlık hakkında karar verebilirler ve mahkemenin siyasi bir rol üstlenerek taraflara emir vermesi, yetki anlaşmasının dışına çıkmaktadır. Pek çok yazara göre, taraflar arasındaki spesifik bir uyuşmazlığın tahkime havale edilmesine ilişkin Toronto Andlaşması'nda mahkemeye silahsızlanma kararı verme konusunda yetki verilmiş olmadıkça, mahkeme böyle bir karar ile yetkisini aşmış olacaktır⁷¹⁷.

C. Ayrılabilirlik Doktrini ve Mahkemenin Kendi Yargı Yetkisi Hakkında Karar Verebilmesi

Yukarıda, kural olarak geçersiz bir yetkilendirme anlaşmasına dayanılarak gerçekleştirilen bir tahkim muhakemesi sonunda verilen kararın da geçersiz olacağını belirtmiştik. Bu çerçevede, uyuşmazlığın tahkime havale edilmesini temin eden bir yetkilendirme anlaşmasının ya da tahkim kaydı içeren bir anlaşmanın geçersizliği, yok sayılması, sona ermesi ya da ertelenmesi halinde tarafların tahkim yükümlülüğünün sona erip ermeyeceği hususuna değinmek gerekmektedir. Bu sorun, gerek ulusal gerekse uluslararası tahkim uygulamalarında, uluslararası kamu hukukuna ya da uluslararası ticaret hukukuna konu her türlü tahkimde söz konusu olabilecek türden, konuya hakim hukuki ilkeler ile uygulamanın aynı yönde eğilim gösterdiği bir sorundur. Ancak teorideki çözüm, uygulamada kolay işlememektedir.

Kural olarak, uyuşmazlıkların tahkime havale edileceğine ilişkin yükümlülük içeren bir anlaşma, daha sonradan geçersiz hale gelir ya da sona ererse, tahkime başvurma yükümlülüğü de, parçası olduğu anlaşma ile birlikte ortadan kalkacaktır. Eğer anlaşma bir bütün olarak hiç yürürlüğe girmemişse, tahkim yükümlülüğü de yürürlüğe gitmeyecektir. Eğer anlaşma geçerli şekilde yürürlüğe girmemişse, *prima facie* bir bütün olarak –tahkim kaydını da içerecek şekilde- geçersiz olacaktır. Anlaşma yok sayılmış (*nullified*) veya sona ermiş veyahut ertelenmişse, doğal olarak anlaşmaya bağlı olan “tahkime başvurma

⁷¹⁷ Edward DUMBAULD, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932, Martinus Nijhoff, s. 95-99.

yükümlülüğü” de yok sayılacak, sona erecek ya da ertelenecektir. Hiç yürürlüğe girmemiş veya artık yürürlükte olmayan bir anlaşma çerçevesindeki tahkime başvurma yükümlülüğü yok hükmündedir. O zaman geçersiz veya geçersiz kılınmış anlaşmanın tahkim kaydına dayanarak, herhangi bir yetkisi olmayan bir hakem mahkemesi kurulursa, bu mahkemenin hiçbir hukuki statüsü de olmayacaktır⁷¹⁸. Teorik olarak böyle bir yaklaşım makul görünmekle beraber, uygulamada anlaşma ve tahkim kaydı arasındaki ilişki, bazı sorunlara neden olabilmektedir.

Hakem mahkemesi ya da bir uluslararası mahkeme önündeki muhakemede, mahkeme, kendi yargı yetkisinin yargıcidır⁷¹⁹. Kimi zaman mahkemenin kendi yargı yetkisi hakkında karar verebilmesi ile yargı yetkisini aşarak verdiği bir kararın geçersiz olması gerekliliği arasındaki çelişki vurgulanmaktadır⁷²⁰. Mahkemenin kendi yargı yetkisi hakkında karar verebilmesi, temel olarak mahkemenin yargı yetkisinin tahkim anlaşmasının yorumuna bağlı olduğu durumları işaret etmektedir. Hiç şüphesiz, mahkemenin görevi tahkim anlaşmasını yorumlamak ve böylece yargı yetkisini belirlemektir. Simpson ve Fox’a göre, mahkemenin bu sorun üzerinde karar verme yetkisi açıktır. Ancak kendi yargı yetkisi hakkında karar verebilmesi, yetkilendirme anlaşmasının, hukuka uygun yorumlanması suretiyle doğrulanamamışsa, bu anlaşmaya dayanan karar da geçersiz olacaktır. Yargı yetkisi aşılarak verilen bir karar ise, mahkemenin yetkisinin bağlı olduğu sorun üzerinde karar vermemiş olduğu veya o sorun üzerinde karar vermekle birlikte yanlış bir ilkeye dayanarak yargılama yapmış

⁷¹⁸ Steven M. SCHWEBEL, **International Arbitration: Three Salient Problems**, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, s. 12.

⁷¹⁹ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 252; William W. PARK, **The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, ICCA Congress, ICCA Congress Series Vol. 55, Montréal, 2006. UAD Statüsü’nün 36/6. maddesine göre, Divan’ın yetkili olup olmadığı konusunda bir uyuşmazlık çıkması durumunda, Divan karar verir. Alabama tahkiminden bu yana, aksine bir anlaşmanın yokluğunda, uluslararası mahkemeler, kendi yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığı hususunda karar vermeye ve bu amaçla yargı yetkisine ilişkin belgeleri yorumlamaya yetkilidir. Bu ilke defalarca muhtelif mahkemelerin usul kurallarında (bu kurallara daha sonra ayrıntılı olarak değinilecektir) ve Nottebohm davası gibi mahkeme kararlarında teyit edilmiştir. Nottebohm case, Preliminary Objections, Judgment of 18 November 1953, s. 111, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=26&case=18&code=lg&p3=4> (son erişim: 10.09.2013). Konuya ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Gerald FITZMAURICE, “*The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*”, **Brit. Y. B. Int’l L.**, Vol. 34, 1958, s. 25-28.

⁷²⁰ Hersch LAUTERPACHT, “*Legal Remedy in Case of Excess of Jurisdiction*”, **Brit. Y. B. Int’l L.**, Vol. 9, 1928, s. 117.

olduğu saptanmışsa, geçersiz olacaktır. Bu nedenle mahkemenin kendi yargı yetkisi hakkında karar vermeye muktedir olduğu kuralı, bu kararın nihai olduğu anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla iki kural arasında ihtilaf da bulunmamaktadır. İlk kural, ikinci kurala bağlı olarak değerlendirilmelidir. Uygulamada ise sorunun çıktığı nokta, bu iki kural arasında var olduğu iddia edilen ihtilaf değildir. Sorun, mahkemenin, ikinci kurala başvurulmasını –yargı yetkisinin aşılması verilen kararın geçersiz olacağı kuralı- doğrulayacak bir yargılama yapıp yapmadığını, objektif olarak belirleme olanağının bulunmamasından kaynaklanmaktadır⁷²¹.

Hakem mahkemesinin, kuruluşunun doğrudan kaynağı olan anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkları, bu uyuşmazlıklar anlaşmanın başlangıçtaki ya da devamındaki geçerliliğine bağlı olsa bile, çözme yetkisinin bulunması gerekmektedir. Bu görüş, “tahkim kaydının ayrılabilirliği” olarak açıklanmaktadır⁷²². Ayrılabilirlik doktrinine göre, tahkim kaydının, hakemlerin, kararın, uyuşmazlık konusu anlaşmanın geçerliliğine değinip değinmeme ihtimaline bakmaksızın, muhakemeye devam etmelerine izin veren, anlaşmaya dayalı bir özerkliği bulunmaktadır (*contractual autonomy*)⁷²³. Bu nedenle

⁷²¹ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 252. Bu görüş, doktrinde kimi zaman *competence-competence* ilkesi olarak da anılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. John J. BARCELO III, “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, **Vand. J. Transnat’l L.**, Vol. 36, 2003, s. 1115-1136; Mustafa ERKAN, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Doktrininin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVII, 2013, Sayı 1-2, s. 535-562.

⁷²² Alan Scott RAU, “Everything You Really Need to Know About “Separability” in Seventeen Simple Propositions”, **American Review of International Arbitration**, Vol. 14, 2003, s. 121; Alan REDFERN / Martin HUNTER, **Law & Practice of International Commercial Arbitration**, 4th Edition, Sweet&Maxwell, London, 2004, s. 254; Mark S. MCNEILL/ Ben JURATOWITCH, “Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate”, **Arbitration International**, Vol. 24, Issue 3, 2008, s. 475-488. Ayrılabilirlik doktrininin yanısıra, Fransızcada “compétence-compétence” ve Almandaca “kompetenz-kompetenz” olarak benzer amaca hizmet eden terimler kullanılmakta olup, bunlar da neticede her mahkemenin kendi yargıcı olduğu ilkesini ifade etmektedirler. Tahkim kaydının özerkliği, aksi halde ana sözleşmedeki hakemin yargı yetkisini sona erdirebilecek türden sakatlıklarda işletilmekte; kompetenz-kompetenz doktrini ise hakeme, tahkim kaydının kendisi hakkında karar verme hakkı vermektedir. Bu konuda bkz. Pierre MAYER, “L’Autonomie de l’arbitre dans l’appréciation de sa propre compétence”, **Recueil Des Cours**, Vol. 217, 1989, s. 320.

⁷²³ Tahkim kaydının ayrılabilirliği, Alman ve Fransız hukukunda tahkim kaydının özerkliği, Amerikan Hukuku’nda ise tahkim kaydının asıl sözleşmeden bağımsızlığı olarak adlandırılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İkinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002. Türk Milletlerarası Tahkim Kanununda da, tahkim şartının (sözleşmesinin), asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi benimsenmiştir. Kanunun 7/H maddesine göre, “Hakem veya

hakemler, yetkilerinin geçmişe dönük olarak ortadan kalkacağı riski olmaksızın, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin konularda karar verebilmelidir. Bu noktada doktrinin temel amacı, tahkim sürecini başlamadan bitirmeye çalışan tarafın kötü niyetli çabalarının engellenmesidir.

Ayrılabilirlik doktrinin dört dayanak noktası bulunmaktadır. İlk olarak, taraflar, kabul ettikleri bir anlaşma çerçevesinde, söz konusu anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime havale edileceğine ilişkin bir hüküm kabul etmişlerse, böyle bir kayıt, tarafların çözüme varamadıkları her türlü uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini gerekli kılmak niyetinde olduklarını ve bu “her türlü uyuşmazlık” ifadesinin de anlaşmanın geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkları da içerdiği anlamına geldiğini göstermektedir⁷²⁴. Zira “Bu sözleşmeye ilişkin veya bu Sözleşmeden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık ...” ifadesinin, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkları dışarıda bırakacak şekilde yorumlanması, taraflar açıkça aksini belirtmedikçe makul görünmemektedir⁷²⁵. Nitekim anlaşmanın etkinliği ilkesi gereği, tarafların niyetlerinin etkin hale getirilmesi gerekmektedir. İkinci olarak, taraflardan birinin, diğerine karşı, anlaşmanın başlangıçtaki veya devam eden geçerliliğinin bulunmadığı iddiasıyla, tahkime itiraz etme imkanı olursa ve hakem mahkemesi, kuruluşuna, yargı yetkisine ve hatta uyuşmazlığın esasına ilişkin bu iddia hakkında karar verme yetkisinden mahrum bırakılırsa, bu durum, tahkim kaydı içeren anlaşmaya taraf olan devlet için anlaşmayı geçersiz ilan ederek, tahkim yükümlülüğünü kolayca bertaraf

hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz”. Kanun No: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG Tarih: 05.07.2001, Sayı: 24453.

Konuyu dolaylı olarak Fransız tahkim hukuku bakımından değerlendiren Uluocak’a göre, “... Bazen iki ayrı konuyu içerebilen (satım ve müteahhitlik gibi) ve şekli birliğine rağmen fikri ayrımın reddedilemeyeceği bir sözleşmede, serbest irade ile saptanan bir milletlerarası mahkeme yetkisine ya da uygulanacak yasaya ait diğer şartlar gibi tahkim şartı da bu sözleşmede yer almaktadır. Nasıl ki seçilen hukuk, sözleşme olmadan bir şey ifade etmez ise, tahkim şartı da sözleşmenin kalan kısmının bir tamamlayıcısı, fer’i bir kuralıdır. İşte bu fer’i olma kavramıdır ki, tahkim şartının ayrılabilirliğinin ve sınırlarının temelinde yatar. Tahkim şartı, fer’i olması nedeniyle, sözleşmenin kalbini oluşturmaz, dolayısıyla sözleşmenin batıl olmasına rağmen geçerli kalır.” Nihal ULUOCAK, “*Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağı Temlik ile İntikali-Fransız İctihadi*”, **MHB**, Yıl:19-20, 1999-2000, s. 997.

⁷²⁴ Pieter SANDERS, “*L'autonomie de la Clause Compromissoire*” in **Hommage à Frédéric Eisemann: Liber Amicorum**, Paris, 1978, s. 31;

⁷²⁵ SCHWEBEL, 1987, s. 3; SANDERS, 1978, s. 33.

etmenin bir yolu olarak görülebilecektir. Dolayısıyla hem tarafların niyeti, hem de etkili bir tahkim süreci, ayrılabilirlik doktrinini gerekli kılmaktadır. Üçüncü bir argüman, Schwebel'in, hukukun gerçekleştirilmesi düşüncesiyle yola çıkıldığında –her ne kadar teorik de olsa- tahkim kaydı içeren bir anlaşmanın taraflarının, aslında iki nokta üzerine kesin olarak anlaştığı görüşüdür. Bunlardan ilki belirli bir edimin ifa edilmesine ilişkin müstakil ve temel bir anlaşmanın varlığı; ikincisi ise bu temel anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime havale edileceği hususudur. Temel anlaşmanın geçersizliği iddia edilmiş olsa veya geçersizliğine, yokluğuna, sona erdiğine veya ertelendiğine karar verilmiş olsa bile, tahkim anlaşması –yani söz konusu anlaşma içerisindeki tahkim kaydı- ayrılabilmelidir⁷²⁶. Günümüz gelişmeleri ışığında uygulama, ayrılabilirlik kuralının lehine gelişme göstermektedir.

Bu konu ile ilgili olarak, Divan'ın karara bağladığı ve anlaşmadaki tahkim kaydının, anlaşmanın geçersizliği halindeki akibetine ilişkin bir davaya değinmek gerekmektedir⁷²⁷. Dava konusu olayda, İran hükümeti 1951'de İran'daki petrol endüstrisini kamulaştırmış bu çerçevede Anglo-Iranian Petrol Şirketini de, Hükümet ile Şirket arasındaki imtiyaz sözleşmesi hükümlerine rağmen kamulaştırmıştır. Bu hükümlerden biri de, devlet ya da özel kişilerden oluşan taraflar arasındaki anlaşmanın yorumundan ve tarafların yükümlülüklerinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın tahkime havale edileceği hükmüdür. Anlaşma, hakem mahkemesinin kuruluşu ve yetkisi ile ilgili detaylı hükümler de içermektedir. Kamulaştırma işleminden sonra Şirket, Anlaşma'nın gereği olarak tahkim sürecini başlattığında; İran, petrol sanayinin devletleştirilmiş olması nedeniyle uyuşmazlığın tahkime havale edilemeyeceğini savunmuştur⁷²⁸. İngiliz hükümeti uyuşmazlığı UAD önüne getirmiş ve İran'ın kamulaştırma işlemi ve tahkimi reddetmesine rağmen, anlaşmadaki tahkim kaydı gereği tahkim yükümlülüğünün devam edeceğini iddia etmiştir. Divan'a göre, İran'ın kamulaştırma nedeniyle Anlaşma'yı tek taraflı olarak feshetmesi, devletin hayati çıkarlarına ilişkin bir husus olarak kabul edilebilecektir. Ancak bu halde bile, söz konusu hayati çıkarlar, Anlaşma'nın ihlali durumunda başvurulacak hukuki yola

⁷²⁶ SCHWEBEL, 1987, s. 5.

⁷²⁷ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952, s. 93.

⁷²⁸ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Pleadings, s. 40.

ilişkin kaydı geçersiz kılmayacaktır. Divan’a göre, tek taraflı feshin (*unlateral termination*) kabul edilebilir olduğu var sayılsa bile, İran hükümetinin Anglo-Iranian Şirketine, Anlaşma’yı kaçınılmaz nedenlerle sona erdirmek zorunda olduğunu belirtme imkanı bulunmakta idi. Bu nedenle, 21. maddenin lafzı ve “karşılıklı iyi niyet” ve “andlaşmanın olağan yorumu” ilkeleri gereği Divan, İran hükümeti tahkimi reddetse ve ancak İran parlamentosunun tazminata karar vereceğini bildirmiş olsa bile, İran’ın Anlaşma’yı ihlali nedeniyle hakem ya da hakemlerin hükmedeceği tazminat kararını kabul etmeye hazır olması gerektiğini bildirmiştir⁷²⁹.

İran buna cevaben, imtiyaz anlaşmasının geçersiz ve hükümsüz olduğunu yinelemiştir. Duruşmalarda İran’ın avukatı, Anlaşma’nın 22. maddesindeki tahkim kaydının, kamulaştırma nedeniyle hükümsüz hale gelen Anlaşma’nın kaderini takip ederek onunla birlikte hükümsüz hale geleceğini savunmuştur⁷³⁰.

Bu davada Divan daha sonra kendisinin esasa ilişkin yargı yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Karara katılmayan Yargıç Levi Carneiro’ya göre: *“Anlaşmanın 22. maddesi, açıkça ve emredici bir ifade ile taraflar arasındaki, niteliği ne olursa olsun her türlü uyuşmazlığın ve özellikle de Andlaşma’nın yorumundan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğini hükme bağlamaktadır. Aynı hüküm hakem mahkemesinin kuruluşunda da ayrıntılı olarak tekrar edilmektedir. İran hükümeti, hakem atamama ve tahkim usulünü uygulamamasının gerekçesi olarak Anglo-Iranian Şirketine verilen imtiyazın geçersizliğini gerekçe göstermektedir. Böyle bir gerekçe, İran’ın bu fiilini meşru kılmayacaktır. Çünkü, o tarihteki İran hukuku, Şirketin dağılmasını veya Andlaşma’nın hükümsüzlüğünü gerektirmemektedir. Petrol endüstrisinin devletleştirilmesi amacıyla, taraflardan birinin -İran hükümeti- tek taraflı fiili ile Andlaşma’nın hükümsüzlüğüne karar verilmiş olsa bile, bu durum, hakem mahkemesinin yargı yetkisinin de ortadan kalkması anlamına gelmeyecektir. Bu nedenle Divan’ın, bu fiilden kaynaklanan sorunlar ve bu fiilin etkiler hakkında*

⁷²⁹ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Pleadings, s. 118-119.

⁷³⁰ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Pleadings, s. 305.

*karar vermek ve ödenecek tazminatı ya da böyle bir tazminatın hukukiliğini takdir etmek üzere yargı yetkisini muhafaza etmesi gerekirdi”*⁷³¹.

Doğrudan UAD yargı yetkisine atıfta bulunan kaydın, bu kaydı içeren andlaşmanın geçersizliği karşısındaki akıbeti konusunda da Divan benzer tavrını sergilemiştir⁷³². Divan’ın Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) Konseyi Yetkisine İlişkin İtiraz Kararına konu olan uyuşmazlıkta Pakistan, Pakistan sivil hava araçlarının Hindistan hava sahasında uçuş yapmasını yasaklayan Hindistan aleyhine Örgüte şikayette bulunmuş, ancak Hindistan bu konuda Örgütün yetkisini kabul etmemiştir. Bu şikayetler, 1944 tarihli Chicago Sivil Havacılık Sözleşmesi’ne ve Hindistan’ın sona erdiğini ya da iki ülke arasında askıya alındığını iddia ettiği Transit Andlaşması’na dayanmakta; bu nedenle de Hindistan, bu uluslararası andlaşmaların, ihlale ilişkin şikayetler hakkında Örgütü yetkilendirmediğini ileri sürmektedir. Örgütün şikayeti inceleme yetkisine itiraz eden Hindistan, UAD’ye başvurmuştur. Hindistan’ın bu uyuşmazlıkta Divan’ı yetkili görmesinin nedeni ise Chicago Sözleşmesi ve Transit Andlaşması’nın, Örgüt Konseyi kararlarına Divan’da itiraz edilebilmesi imkanını vermesidir. Pakistan da, Hindistan aleyhine şikayetleri konusunda Örgütü yetkili bulurken, Örgüt Konsey’inin yetkisi hakkındaki bulgularının itiraz mercii olarak Divan’ın yargı yetkisine itiraz etmiştir. Pakistan’a göre, Hindistan, Divan’ın yetkisini teyit etme yeteneğinden yoksundur. Zira Hindistan’ın bizzat kendisi bu andlaşmaların yürürlükte olmadığını iddia etmektedir. Bu nedenle Pakistan’a göre, andlaşmalardaki yargı kayıtlarının da geçersiz hale gelmesi gerekmektedir⁷³³.

Divan, bu noktada, Pakistan’ın Divan’ın yargı yetkisine itirazını, şu gerekçe ile reddetmiştir: *“Hindistan’ın bizzat kendisinin, bu andlaşmaların yürürlükte olmadığını iddia etmiş olması nedeniyle Divan’ın yargı yetkisini teyit etmesinin engellenmesi ve bu durumun yargı kayıtlarını başvurulamaz hale getirmesi haklı bir iddia değildir. Öncelikle, Hindistan’ın teyit ettiği olay, iki ülke arasındaki çok*

⁷³¹ ICJ, Pleadings, Anglo-Iranian Oil Company Case, Dissenting Opinion of Judge Levi Carneiro, s. 161.

⁷³² ICJ, Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment of 18 August 1972, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=78&case=54&code=ip&p3=4> (son erişim: 12.09.2013).

⁷³³ ICJ, Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment of 18 August 1972, s. 52.

tarafli andlaşmaların ya da uygulanmalarının askıya alınmış olduğudur ki bu, söz konusu andlaşmaların yürürlükte olmadığı ya da ilgili taraflar arasında tamamen durdurulduğu iddiası ile aynı şey değildir. Ayrıca, bunlardan birinin amacı, askıya alınmanın geçerliliğini test etmeye imkan tanımak olduğundan, hiçbir şekilde, sırf tek taraflı bir askıya alma işlemi, müstakil olarak yargı yetkisi kaydını işleyemez hale getiremeyecektir. Bir andlaşmanın yürürlüğünün ortadan kalktığına ilişkin bir itham, tek başına yargı yetkisine ilişkin kayıtları bertaraf etmeye yeterli olsa idi, esasa ilişkin dava konusunu oluşturan ve henüz karara bağlanmamış olan andlaşmanın yürürlükte olup olmadığı sorunu dururken, bu dava da dahil olmak üzere böyle kayıtlar hükümsüz olurdu. Bu nedenle yargı kayıtlarının bertaraf edilmiş olması, arzu edilmeyen bir sonuçtur⁷³⁴”.

Divan, Hindistan’ın, Örgütün yetkisine ilişkin itirazını ise şu gerekçe ile reddetmiştir: “... Somut olay zamanında andlaşmaların askıda olduğu, işlerliğinin olmadığı ya da değiştirilmiş olduğu, bu nedenle de ihlal edilemeyecekleri savunulmaktadır. Hindistan bunu doğrudan iddia etmemekle birlikte, böyle bir sorun, hiçbir yargısal işlemle de doğrulanamayacaktır. Bu iddianın ileri sürülmesi, verili bir andlaşmanın prima facie sakat olabileceğini söylemek ile aynı şeydir. ... Bu durum yargı yetkisi kapsamı içerisinde olsa idi, böyle bir yetki kaydının, andlaşmanın yürürlükte olmadığına dair tek taraflı bir bildiri ile aniden ortadan kaldırılabilmesi, ... bir tarafın bir andlaşmanın sona ermesi ya da işlerliğinin askıya alındığını iddia etmesine izin vererek, yargısal kayıtların pratik değerini tamamen hükümsüz hale getirmesine neden olacaktır... Böylece aynı tarafın, andlaşmanın sona ermiş veya askıya alınmış olmasının sonucunda, yargısal kayıtların da hükümsüz hale geldiğini ve sona ermenin ya da askıya alınmanın geçerliliğine itiraz etme amacıyla da bu kayıtlara başvurulamayacağını ilan etmesine imkan verilecektir. Oysa böyle bir kaydın amaçlarından biri, bu sorunun yargılanabilirliğini temin etmektedir. Böyle bir sonuç, yargılanabilirlik amacını tamamen ortadan kaldırmaya yönelik olup kabul edilemez⁷³⁵”. Böylece Divan, bir andlaşmanın taraflarından birinin, andlaşma içerisindeki yargı kaydını,

⁷³⁴ ICJ, Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment of 18 August 1972, s. 53-54.

⁷³⁵ ICJ, Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment of 18 August 1972, s. 65.

andlaşmanın sona erdiğini iddia etmek suretiyle bertaraf edemeyeceğine karar vermiştir.

Yargıç Fitzmaurice aynı davaya ve ayrılabilirlik doktrinine, *Fisheries Jurisdiction* kararındaki muhalefet şerhinde değinmiştir. Fitzmaurice'e göre, "Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) Konseyi Yetkisi Kararına İtiraz davasında taraflardan biri Örgüt Konseyi'nin belirli bir sorunla ilgilenme yetkisine itiraz ederken, diğer taraf da Konsey'in bu konuda yetkisi olup olmadığını Divan'ın belirleme yetkisine itiraz etmiştir. En basit haline indirgenğinde dava, bir yargı kaydının, ipso facto hükümsüz hale gelebilmesi; kaydı içeren enstrümanın sona erdiğini veya askıya alındığını iddia ederek, tek taraflı olarak başvurulamaz olarak addedilebilmesi veyahut (bu davada olduğu gibi) kendisinin ve yargı kaydının işlevsiz (tüketilmiş) olduğunun beyan edilebilmesine ilişkindir. Doğru ya da yanlış, bir yargı kaydının, uyuşmazlığa uygulanamayacağını veya sona erdiğini ispata çalışmak, anlaşılabilir bir durumdur. Bu durumda ilgili mahkemenin de ayrılabilirlik doktrinini kabul etmek suretiyle sorun hakkında karar vermek istemesi olağan karşılanmalıdır... Ancak Divan'ın o davadaki değerlendirmelerinde de söylediği gibi, bir andlaşmanın daha fazla işlerliğinin bulunmadığına ilişkin doğruluğu henüz ispatlanmamış bir iddia, tek başına, yargısal kaydının bertaraf edilmesi için kullanılabiliriyorsa, o halde tüm andlaşmalardaki yargı kayıtları, potansiyel olarak ölü doğmuştur"⁷³⁶.

D. Ayrılabilirlik Doktrinine Eleştiriler

Ayrılabilirlik doktrini, tarafların, tahkim kaydı içeren herhangi bir andlaşma ilişkisi içine her girdiklerinde, aslında iki andlaşma kabul etmiş oldukları etkisi yarattığı varsayımına dayanmaktadır. Ancak bu varsayım, andlaşma taraflarının – aynı zamanda tarafların yasal temsilcilerinin- her zaman niyetlerini yansıtmamaktadır. Ayrılabilirlik doktrini, eski çağlardan kalma, sınırlayıcı bir sistem niteliğinde olmayan, modern tahkim hukukunun ana unsurlarından birini oluşturmaktadır⁷³⁷. Ancak Wetter, bu doktrinin, büyük bir hukuki kurgu içermekte olduğunu; hakem mahkemesinin, nasıl olup da yargı yetkisinin kaynağı olan belgenin geçersizliğinin iddia edilmesine rağmen, kendi yargı yetkisinin tek

⁷³⁶ ICJ, *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Zeeland), Judgment of 2 February 1973, s. 31.

⁷³⁷ SCHWEBEL, 1987, s. 11.

yargıcı olabildiğinin açıklanamayacağını ifade etmektedir. En gelişmiş yargı sistemlerinin böyle bir tezi aksiyom olarak kabul etmelerinin nedeni, aksi bir kabul ile bütün tahkim sürecinin etkinliğini kaybedecek olmasıdır. Bu doktrin, alternatif bir hukuki çarenin varlığı ihtimalini de bertaraf etmektedir⁷³⁸.

Yetkisizliği iddia edilen bir mahkemenin, yargı yetkisi olup olmadığı hususunda karar verebilmesi, tahkim kaydını, temel andlaşmadan ayırabilecek bir mahkemenin faaliyetidir. Ancak hakem mahkemesinin, tahkim kaydının kendisi hakkında karar verme yetkisi, uluslararası hukukta tartışmalı, iç hukukta ise baskın olarak kabul edilmektedir. Diğer yandan bir sözleşmenin tarafları, iki ayrı andlaşmaya taraf olmak niyetinde olmayabilirler. Ancak buradan, tahkim kaydının, asıl andlaşmanın geçerliliğine ilişkin uyumsuzlukları kapsayıp kapsamayacağına sorusuna, tarafların olumsuz yanıt verecek olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira ayrılabilirlik doktrini, büyük ölçüde pozitif hukuktan destek almakta ve bu anlamda da var olan pozitif hukuk –özellikle uluslararası ticari tahkim alanındaki düzenlemeler- usul kurallarında ve davalarda kodifiye edilmektedir⁷³⁹.

Tartışma konusu, mahkemenin üzerinde karar verebileceği bir husus olan tahkim anlaşmasının geçerliliği ya da geçersizliği değil, mahkemenin bu konuda karar verip veremeyeceği olmalıdır. Hakem mahkemesinin bu sorunu belirleme yetkisine itiraz edilebilecek bir boşluk söz konusudur. Bir andlaşmanın *ab initio* ya da *ex post facto* hükümsüzlüğü ile yok hükmünde olması arasında fark bulunmaktadır. Aynı zamanda andlaşmanın yürürlüğe girmiş olduğunu gösteren *prima facie* deliller sunulduğunda, taraflar da böyle bir andlaşma varmışçasına hareket ediyorlarsa, andlaşmanın hiç kurulmamış olduğunun ispatı kolay olmayacaktır⁷⁴⁰.

Tartışma konusu temel andlaşmanın geçerli olup olmadığı bir yana, buradaki asıl mesele, -söz konusu andlaşmanın tabi olduğu hukuk çerçevesinde geçerli bir tahkim anlaşmasına varabilmek için gerekli koşulları taşıyıp taşıyamaması gibi- tahkim kaydının geçerli olup olmamasıdır. Ancak tahkim kaydının geçerli olması

⁷³⁸ J. Gillis WETTER, **The International Arbitral Process: Public and Private**, Vol III, Oceana, New York, 1979, s. 320.

⁷³⁹ SCHWEBEL, 1987, s. 11.

⁷⁴⁰ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 252.

halinde, mahkeme kendi yargı yetkisi üzerinde karar verebilecektir. Bu yetki, kural olarak, usul kuralları aksini belirtmiyorsa, kesin etkiyi haiz bir karar verme yetkisi değildir⁷⁴¹.

Uluslararası kamu hukuku çerçevesinde yargılama yapan bir hakem mahkemesinin yargı yetkisinin, kendi yetkisi hakkında karar verebilmesini içermesi gerektiği düşünülmektedir. Oysa bir devlet veya devlet teşebbüsü ile yabancı arasındaki tahkim kaydına göre kurulan bir hakem mahkemesi söz konusu olduğunda, kural olarak uluslararası kamu hukuku kurallarına başvurulmayacaktır. Aynı zamanda, taraflar arasındaki andlaşmanın hükümlerine, andlaşmada kullanılan ifadelerle bakılarak, taraf devletin ulusal hukukundan –hatta tahkimin gerçekleştiği yerin hukukundan- tahkim usulü çıkarılabilecektir⁷⁴². Oysa devletlerarası tahkimde bu ihtimal daha azdır.

Tahkim uygulamalarında önemli olan hususun, pratik ihtiyaçlara cevap verilebilmesi, bir başka deyişle uyuşmazlığın tahkim yolu ile hızlı, ekonomik ve adilane şekilde çözülebilmesi olduğu noktasından hareket edildiği takdirde, her ne kadar hukuksal açıklaması tam olarak tatmin edici olmasa da, hakem mahkemelerinin, tahkim kaydının bir parçası olduğu anlaşmanın geçersizliğini belirlemiş olmalarının, kendi yargı yetkilerine halel getirmeyeceği sonucu çıkarılabilecektir⁷⁴³.

⁷⁴¹ Özellikle ticari tahkimde tarafların tahkim yükümlülüğünden bu şekilde kurtulmak amacıyla tahkim anlaşmasının geçersizliğini iddia etme eğilimleri, böyle bir geçersizliği karara bağlamak üzere ulusal mahkemelerin yetkisine başvurulmasına ve ulusal mahkemenin kararına göre tahkim sürecine devam edilip edilmemesine neden olduğundan, uluslararası ticari tahkimde başvuru model kuralların pek çoğunda bu yolun önü kapatılmıştır. Zira tahkimden beklenen, uyuşmazlığın ulusal mahkemelerin yetkisinin dışında, ekonomik ve hızlı şekilde çözülmesidir. Örneğin UNCITRAL Tahkim Kurallarının 23. maddesine göre, “Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve varlığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere Hakem Mahkemesi, kendi yargı yetkisi hakkında karar verebilir” (1976UNCITRAL Arbitration Rules). Aynı hüküm, Uluslararası Tahkim Hakemleri Kurumu (Chartered Institute of Arbitrators-CI Arb) Tahkim Kuralları 1.3.1 maddesinde de benimsenmiştir (CI Arb Practice Guideline 6: Guidelines for arbitrators dealing with jurisdictional problems, article 1.3.1), <http://www.ciarb.org/information-and-resources/practice-guidelines-and-protocols/list-of-guidelines-and-protocols/> (son erişim: 01.09.2012)

⁷⁴² SCHWEBEL, 1987, s. 12; Jan PAULSSON, “*Arbitration Unbound: Award Detached from the Law its Country of Origin*”, *Int'l & Comp. L.Q.*, Vol. 20, 1981, s. 358.

⁷⁴³ MCNEILL/ JURATOWITCH, 2008, s. 477.

E. Mahkemenin Yargı Yetkisine İlişkin Kararının Hukuki Niteliği

Hakem mahkemesi, yargı yetkisine ilişkin kararını, ayrı bir karar olarak verebileceği gibi, esasa ilişkin nihai kararlarla birlikte de verebilecektir. Yargı yetkisi meselesini davanın en başında karara bağlamak ve daha sonra esasa geçmek daha mantıklı görünmekle beraber, yargı yetkisi sorununun davanın esasına ilişkin hukuki ve maddi vakıalarda yakından ilişkili olduğu davalarda, aynı anda karara bağlamak daha uygun olabilecektir. Eğer hakem mahkemesi, yargı yetkisini ayrı bir karar olarak belirlerse, davanın esasına ilişkin yargılamaya devam edecektir. Zira yargı yetkisine itiraz edilmesi, yargılamayı kesintiye uğratmamaktadır. Eğer mahkeme, söz konusu uyuşmazlıkta yargı yetkisinin bulunmadığına ilişkin bir karar verirse, masrafların nasıl karşılanacağını belirleyecek ve tahkim sürecini sona erdirecektir. Bu durumda kararın hukuki niteliği ve diğer yargı organları önünde *res judicata* etkisini haiz olup olmadığı meselesi, mahkemenin yargı yetkisini reddetme gerekçesine göre değişiklik göstermektedir⁷⁴⁴. Hakem kararlarının tanınmasına ilişkin farklı ulusal hukuk kuralları olmakla beraber, tahkim anlaşmasının geçersizliği nedeniyle yargı yetkisinin bulunmadığı kararının verilmiş olması halinde, aynı anlaşma çerçevesinde, konu ve tarafları aynı dava, başka bir hakem mahkemesi önünde ileri sürülemez. Hakem mahkemesinin yargı yetkisi bulunduğu dair kararı karşısında, diğer hakem mahkemelerinin de aynı davaya ilişkin yargı yetkisini reddetmesi gerekmektedir⁷⁴⁵.

IV. Geçici Koruma Tedbirleri

A. Devletlerarası Tahkimde Ön Sorunlar (*Preliminary Questions*)

Uluslararası mahkemelerin, yargı yetkisinin saptanması gibi bazı hususları değerlendirmesi, belirli bir süre almaktadır. Diğer yandan bazı meselelerin davanın başlangıcında değerlendirilip karara bağlanması, mahkemenin esasa ilişkin yargılama yapmasını engelleyebilmektedir. Ancak yargılamanın başında ileri sürülen ve ilk itirazlara yönelik iddialar ile esasa ilişkin olarak ileri sürülen iddiaları ayırt etmek her zaman kolay olmamaktadır. İlk itirazlar hakkında yargılamanın başında verilecek ayrı bir karar, esasa ilişkin olarak erken yargılama

⁷⁴⁴ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 399-401.

⁷⁴⁵ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 402.

sonucunu doğuracak nitelikteyse, genellikle bu karar, esasa ilişkin değerlendirmeye ertelenmektedir⁷⁴⁶.

Davanın esasına geçilmeden önce, ön sorunların ileri sürülebilmesi için uluslararası mahkemeler, yeknesak olmamakla birlikte muhtelif yöntemler öngörmektedirler. Örneğin, 1929 tarihli İngiliz-Meksika Karma Komisyonu'nun ayrıntılı usul kuralları, bu konuda üç yönteme başvurulmasına izin vermektedir. İtirazda bulunan taraf, en başta davacının dava dilekçesindeki şekli hataları ileri sürebilecek; davacının unvanı ya da vatandaşlığına ilişkin nedenler ya da Calvo kaydının kullanılmış olması sebebiyle dava konusunun reddedilmesi gerekçelerine dayanarak, Komisyonun yargı yetkisine itiraz edebilecek; veyahut dilekçedeki bir hata nedeniyle dilekçenin reddedilmesini talep edebilecektir ki bu sonuncu halde dilekçenin sonradan düzeltilmesi için süre verilmesi ihtimali de bulunmaktadır⁷⁴⁷. İspanyol-Meksika Karma Komisyonu, yargılamanın başında davanın reddedilmesine karar verilebilmesi için tek bir gerekçeyi kabul etmiştir. Bu gerekçe Komisyonun, usule aykırılık ya da başka bir nedenle yargı yetkisine itiraz edilebilmesidir⁷⁴⁸. Diğer yandan, Alman Malları, Hakları ve Menfaatleri Tahkim Komisyonu Usul Kurallarına göre, davanın esasına ilişkin değerlendirmelerde ileri sürülen her türlü itirazın cevap dilekçesi içinde ileri sürülmesi gerekmektedir. Böylece Komisyon, sırasıyla önce itirazın esas aşamasında veya ayrı bir karar ile değerlendirilmesinin gerekip gerekmediğine, buna bağlı olarak daha sonraki işlemlerin yerine getirilmesi için öngörülen süre sınırlamalarını genişletmeye karar verecektir. Eğer Komisyon, söz konusu itirazı esastan ayrı bir karar olarak değerlendirmeye karar verirse de böyle bir karar, daha sonraki usul işlemlerine ve bunların süre sınırlamalarına ilişkin hükümler de içerecektir. Elbette Komisyonun tarafların talep etmeleri halinde aksi yönde karar verme imkanı bulunmaktadır⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 155.

⁷⁴⁷ UN Reports of International Arbitral Awards, British-Mexican Claims Commission (Great Britain, United Mexican States) (8 November 1929 - February 1930), Vol. V, s. 47, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/17-129_British-Mexican.pdf (son erişim: 12.06.2013).

⁷⁴⁸ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 159.

⁷⁴⁹ UN Reports of International Arbitral Awards, Arbitral Commission on Property, Rights and Interests in Germany established by the Convention on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation, signed at Bonn on 26 May 1952, UN Reports of International Arbitral Awards, Case of Heirs of Reuter v. Federal Republic of Germany, decision of the Second Chamber of 16 January 1961, Vol. XIX, s. 509. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/445-484.pdf (son erişim: 12.12.2013).

Günümüzde, mahkemenin yargılama yapmasına, davanın başında engel olunması ihtimali nedeniyle, devletlerarası tahkim yargılamalarında, “ilk itirazlar aşamasına” yer verilmektedir. Ancak UAD muhakemesinde, Divan’ın yargı yetkisine veya başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin herhangi bir itirazın veyahut esasa geçmeden önce verilmesi istenen herhangi bir karara ilişkin itirazın, ne şekilde ileri sürüleceği, Divan’ın bu itirazı ne şekilde karara bağlayacağına ilişkin hususlar, Mahkeme Kuralları’nda açıklanmaktadır⁷⁵⁰.

B. Geçici Koruma Tedbirlerinin Hukuki Niteliği

Hakem mahkemesinin önemli bir faaliyet konusu da geçici koruma tedbirleridir. Uluslararası mahkemelerin uygulamalarında, görülmekte olan bir dava sırasında, nihai karar verilmeden önce, geçici tedbir talebinde bulunan tarafın haklarının telafi edilemeyecek şekilde zarar görebilecek olması nedeniyle, bu haklar bakımından hukuki bir koruma temin etmek üzere, geçici tedbir kararı alınmaktadır⁷⁵¹.

Geçici tedbirler genelde bir uluslararası mahkemenin, üçüncü tarafın müdahil olmasına izin verme, nihai kararının yorumlanması ya da karar düzeltme gibi yargı yetkisinin bir uzantısı olarak görülmektedir⁷⁵². Bir başka deyişle davayı ele alan mahkemenin, muhakemeyi yürütmek ve uyuşmazlığı nihai olarak çözmek için gerekli olan bütün kararları alabilmesi gerekmektedir⁷⁵³.

Yargı organlarının geniş takdir yetkileri bulunmaktadır. Bu çerçevede geçici tedbire hükmetme yetkisi de, mahkemenin nihai kararının etkinliğini garanti altına almak için tarafların haklarını korumayı amaçlayan, bu niteliği bizzat kendisinden kaynaklanan (*inherent power*) bir yetkidir⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ UAD Muhakeme Kuralları, madde 79.

⁷⁵¹ Jeroma B. ELKIND, **Interim Protection: A Functional Approach**, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1985, s. 18; E. DUMBAULD, **Interim Measures of Protection in International Controversies**, Martinus Nijhoff Publisher, Hague, 1932, s. 143-147.

⁷⁵² Karin OELLERS-FRAHM, “*Expanding the Competence to Issue Provisional Measures—Strengthening the International Judicial Function, in Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*”, **German Law Journal**, Vol. 12, No. 5, 2011, s. 1280.

⁷⁵³ Gerçekten de -geçici tedbirlere başvurulması konusunda çok açık hükümler içermemekle birlikte- UAD Statüsü’ne göre, Divan’ın geçici tedbire başvurma yetkisi takdiri ve istisnaidir. Geçici tedbire ancak belirli durumlarda hükmedilebilecektir. UAD Statüsü madde 41.

⁷⁵⁴ OELLERS-FRAHM, 2011, s. 1280.

C. Geçici Koruma Tedbirlerinin Amacı

Uluslararası hukukta yargılama, öncelikle uyuşmazlıkların çözümüne ve bu yolla uluslararası barış ve güvenliğin teminine hizmet etmektedir. Ancak tıpkı ulusal hukukta olduğu gibi yargılamalar, kimi zaman taraflardan birinin potansiyel olarak nihai kararı etkisizleştirmeye yönelik fiilleri nedeniyle uzun zaman almaktadır. Böyle bir ihtimale karşı mahkemenin tarafları, duruma müdahale etmemeye ya da olumlu bir edimde bulunmaya yönlendirmek suretiyle, tehlike altındaki hakların korunmasını sağlaması mümkündür. Bu yol, mahkemenin etkili bir şekilde işlevini yerine getirebilmesi için olmazsa olmaz nitelik taşımaktadır⁷⁵⁵. Ulusal alanda geçici tedbirler, mahkemelerin geniş kapsamlı ve üzerinde kanunlar nedeniyle uzlaşılmış yetkileri nedeniyle uyuşmazlığa neden olmamaktadır. Ancak uluslararası hukukta yargı organlarının yetkileri, taraf devletlerin rızasından kaynaklandığı için en çok tartışma konusu olan meselelerden biridir⁷⁵⁶. Tarafların açık rızası olmaksızın mahkemenin yetkisindeki herhangi bir genişleme, uluslararası mahkemelerin rolü ve kabulünü yeniden gündeme getirmekte ve uluslararası toplumun örgütsel kapasitesini tartışma konusu yapmaktadır⁷⁵⁷. Ancak uluslararası mahkemelerin uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne etkili şekilde hizmet edebilmeleri için uluslararası yargı organlarınca hukuk yaratılmasının meşruluğu bakımından, geçici koruma tedbirlerine ilişkin yetkinin genişlemesi ve gelişmesi, devletlerin egemenliğini aşındıran olumsuz gidişatın bir parçası olarak görülmemelidir. Zira geçici tedbirler, ancak nihai karar tefhim edilinceye kadar etkinliğini koruyacak ve kararlar birlikte sona ereceklerdir⁷⁵⁸.

Genel olarak uluslararası yargılamalarda geçici tedbirlerin amacı, söz konusu hukuki yolun nihai amacını korumak ve böylece esasa ilişkin kararın etkinliğini temin etmektir⁷⁵⁹. Taraflardan hiçbiri, mevcut durumu, işlemlerin başlamasını engelleyen ve yargılamanın muhtemel sonucuna halel getirerek hiçbir sonuca varmamasına neden olacak şekilde değiştirmemelidir. Aynı amaç Divan

⁷⁵⁵ Shabtai ROSENNE, **Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea**, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 9.

⁷⁵⁶ Christian TOMUSCHAT, “*International Courts and Tribunals*”, **MPEPIL**, 2010, parag. 46.

⁷⁵⁷ OELLERS-FRAHM, 2011, s. 1279.

⁷⁵⁸ OELLERS-FRAHM, 2011, s. 1282.

⁷⁵⁹ Rudiger WOLFRUM, “*Interim (Provisional) Measures of Protection*”, **MPEPIL**, 2012, parag. 7.

Statüsü'nün 41. maddesinde de, geçici tedbirleri her iki tarafın da çıkarlarını koruyarak nihai karara varma amacını taşıdığını belirtmek suretiyle ima edilmektedir. Yine BMDHS'nin 290. maddesine göre, ihtiyati tedbirlerin amacı, deniz çevresine ciddi zarar verilmesini engellemek olup, Sözleşme'nin deniz çevresine verdiği önemi yansıtmaktadır.

Geçici tedbirler, sırf tarafların çıkarlarına değil, devletler topluluğunun menfaatlerini ve değerlerini koruyan bir amaca da hizmet etmektedirler. Zira bu şekilde uluslararası hukukun gerçekleşmesine ve gelişimine katkıda bulunarak, uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarının nihai amacı da yerine getirilmektedir⁷⁶⁰.

Özetle geçici tedbirlerin ilk amacı, tarafların her birinin haklarını korumaktır. İkinci olarak, geçici tedbirlerin, tarafları, uyuşmazlık konusu haklarını etkileyerek onarılmaz zararlardan koruması ve mahkemenin vereceği nihai kararı etkinleştirmesi gerekmektedir⁷⁶¹.

D. Geçici Koruma Tedbirlerinin Koşulları

Uluslararası yargı organları, geçici koruma tedbirlerine, ancak belirli koşulların varlığını kabul etmeleri halinde başvurumaktadırlar. Bu koşullar, çok temel hatlarıyla Divan Statüsü'nün 41. maddesinde belirtilmekle birlikte, geçici tedbirlere belirli “durumlarda” başvurulabileceği eklenmekte ve kasıtlı olarak “durumlar” ifadesinin kesin içeriği hakkında hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle “belirli durumlar” ve tedbirlerin ne olacağı konusundaki takdir mahkemeye kalmaktadır. Divan’a, bu konudaki takdir yetkisini kullanırken rehberlik edecek en önemli amaç ise onarılamaz zararın muhtemel olması halinde, tarafların haklarının korunmasıdır⁷⁶². Ancak burada da yargı organının takdir yetkisini yansıtan muğlak ve geniş yorumlanabilecek, böylece geçici tedbirlere hükmedilebilmesi için açık kapı bırakılmasını sağlayacak ifadeler bulunmaktadır.

⁷⁶⁰ WOLFRUM, “*Interim (Provisional) Measures of Protection*”, 2012, parag. 9.

⁷⁶¹ WOLFRUM, “*Interim (Provisional) Measures of Protection*”, 2012, parag. 11.

⁷⁶² R. WOLFRUM, “*Interim (Provisional) Measures of Protection*”, 2012, parag. 32; Alison WIEBALCK, “*Genocide in Bosnia and Herzegovina - Exploring the Parameters of Interim Measures of Protection at the ICJ*”, *International Law Journal of South Africa*, Vol. 28, 1995, s. 83-106.

Geçici tedbir kurumunun altında yatan, zararın telafi edilemezliği ve aciliyeti konusunda yapılacak değerlendirmenin ve bu çerçevede öngörülecek hukuki korumanın geçici niteliğidir. Bu değerlendirme, maddi vakıanın ve hukukun ayrıntılı olarak değerlendirildiği esasa ilişkin muhakeme aşamasında mahkeme tarafından tekrar gözden geçirilecektir. Geçici tedbirlerin içeriği, mahkemenin nihai kararında tekrarlanacak olsa bile, uyuşmazlık ve dolayısıyla hukuki sorun hakkında kesin kararı verecek olan sadece nihai karardır.

Ancak zararın telafi edilemezliği ve aciliyeti dışında asıl sorun, söz konusu yargı organının, geçici tedbire hükmedebilme yetkisinde düğümlenmektedir.

1. Mahkemenin *Prima Facie* Yargı Yetkisi

Daha önce de belirttiğimiz üzere uluslararası yargı organlarının yargı yetkisi, tarafların ilgili mahkemeyi kuran rızalarına dayanmaktadır. Üçüncü tarafın çözüm sürecine dahil olduğu yöntemlerden biri olarak yargısal çözüm, devletin egemenliğini ister istemez kayıtlamaktadır. Bir uluslararası yargı organının yetkisi, genellikle kendisine bu yetkiyi bahşeden irade ile sınırlıdır⁷⁶³. Geçici tedbirler bakımından bu ilke, geçici tedbire hükmetme yetkisinin uluslararası mahkemeleri kuran anlaşma ve statüler ile hakem mahkemelerini kuran taraflar arasındaki anlaşmalar ve tahkim kayıtlarında yer almasıyla kendisini göstermektedir. Yargı organlarının geçici tedbir konusundaki yetkisi, iki şekilde yorumlanmaktadır. Bunlardan ilki, mahkemenin, esasa ilişkin olarak karar verme yetkisinin olması gerekliliği ve ikincisi, geçici koruma tedbirlerine hükmetme konusunda yargı yetkisinin bulunması gerekliliğidir. Örneğin UAD Statüsü'nün ilgili hükmü çerçevesinde, geçici tedbirlere karar verirken, esasa ilişkin yargı yetkisinin sınırları konusunda uzlaşılmış değildir. Bu konudaki görüşlerden ilkinde göre, Divan, geçici tedbir kararı vermeden önce esasa ilişkin yargı yetkisinin bulunduğunu tespit etmelidir⁷⁶⁴. İkinci bir görüşe göre, bu yetki, Divan'ın esasa ilişkin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, mahkemenin

⁷⁶³ TOMUSCHAT, 2010, parag. 46.

⁷⁶⁴ ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Order of 5 July 1951, Request for the indication of interim measures of protection, s. 93.

yargısal yetkisinin kendisinden kaynaklanmaktadır⁷⁶⁵. Aynı husus, hakem mahkemeleri bakımından da tartışmalıdır.

BMDHS'nin 290. maddesine göre, davaya bakan mahkemenin, geçici tedbir kararı vermeden önce, Sözleşme çerçevesinde, davanın esası hakkında yargı yetkisinin bulunması zorunlu değildir. Aynı zamanda uyuşmazlığın taraflarından birinin geçici tedbir talebinde bulunması, mahkemenin o uyuşmazlığın esası hakkında yargı yetkisi bulunduğunu *prima facie* göstermek için yeterli ve gereklidir⁷⁶⁶. Geçici tedbirlere ilişkin kararlar, davanın esasına ilişkin hüküm içeremezler. Bu nedenle mahkemenin geçici tedbir kararı verebilmesi için davanın esasına ilişkin yargı yetkisi konusunda karar vermesi zorunlu olmamalıdır. Ancak bu durum, uluslararası yargı organlarının, geçici tedbirleri, yargı yetkilerinin sınırlarını genişletmek için kullanabileceği sonucunu doğuracak şekilde yorumlanmamalıdır. Bu aynı zamanda, geçici tedbir talebinde bulunan tarafın, mahkemenin davanın esası hakkında *prima facie* yargı yetkisinin bulunduğunu kabul edeceği anlamına da gelmemektedir⁷⁶⁷.

USAD'a göre, bir uyuşmazlığın yargısal çözüm yolu ile çözülmesi konusunda anlaşmış olan taraflar, uyuşmazlığı derinleştirecek ya da sürüncemede bırakacak her türlü davranıştan ve mahkemece verilebilecek her türlü kararın icrasını engelleyebilecek türden fiillerden kaçınmakla yükümlüdürler. Divan'a göre, bu ilke, uluslararası mahkemeler tarafından evrensel olarak kabul edilmekte ve bu ilkeye, söz konusu mahkemenin geçici tedbirlere hükmetme yetkisi olup olmadığına bakılmaksızın başvurulmaktadır⁷⁶⁸. O halde uluslararası mahkemelerin de, davanın esasına ilişkin yetkisine bakılmaksızın geçici tedbire hükmetme yetkisi olmalıdır.

⁷⁶⁵ ICJ, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Order of 17 August 1972, Provisional Measures, s. 17, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=9d&case=55&code=gi&p3=3> (son erişim: 10.08.2013).

⁷⁶⁶ WOLFRUM, "Interim (Provisional) Measures of Protection", 2012, parag. 21; ROSENNE, 2005, s. 9.

⁷⁶⁷ OELLERS-FRAHM, 2011, s. 1283; ROSENNE, 2005, s. 9.

⁷⁶⁸ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 162.

2. Davanın Esasına İlişkin Yetki ve *Prima Facie* Yetki

Bir uluslararası yargı organının, davanın esası hakkında karar verme yetkisinin olup olmadığı hususunun, geçici tedbirlerin kabul edilmesinden önce kesin olarak karara bağlanmamış olması halinde, böyle bir yetkinin, *prima facie* yetki olduğunu söylenebilecektir⁷⁶⁹. Uluslararası mahkemelerin, ancak yargı yetkilerinin bulunması halinde hareket edebilecekleri gerekliliğinin bir istisnası olan bu *prima facie* yetki, uyuşmazlık konusu hakların tehlikede olduğu bir aşamada, hareketin aciliyeti ile rızası olmaksızın mahkemenin hiçbir fiilini kabul etmek zorunda olmayan devletlerin egemenliği arasında bir uzlaşma oluşturmaktadır. Geçici koruma tedbirlerine, nihai karara hâlel getirmeksizin hükmedilmesi ve geçici tedbir kararlarının yargı yetkisine ya da davanın kabul edilebilirliğine ilişkin herhangi bir karar içermemesi nedeniyle bu uzlaşmanın hukuka uygun olduğunu söyleyebiliriz. Daha da önemlisi, geçici tedbirlerin çoğu, bağlayıcı niteliği olduğu kabul edilmesine rağmen, – taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa- icra kabiliyetinden yoksundurlar. Bu nedenle yargı yetkisinin sonradan reddedilmesi konusunda egemen devletlerin haklarına herhangi bir müdahale söz konusu değildir⁷⁷⁰.

Geçici koruma tedbiri talebi alan bir uluslararası mahkemenin, esasa ilişkin yetkisinin olup olmadığı hususu ve geçici tedbire hükmetmek konusundaki *prima facie* yetkisi arasındaki ilişki sıkça karşılaşılan bir sorundur. Zira devletlerarası tahkimde hakem mahkemesinin yargı yetkisi tamamen tarafların rızasına dayanmış olduğu için mahkemenin, dava konusu uyuşmazlık hakkında yargı yetkisinin bulunduğunu saptamasına kadar geçici tedbirlere de hükmedemeyeceğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁷⁷¹.

Yargı organları, daha sonradan, dava konusu uyuşmazlık hakkında yargı yetkisinin bulunmadığına karar verebileceklerdir. Örneğin *Anglo-Iranian Oil Company* davasında UAD, geçici koruma tedbirlerine hükmettikten sonra, o

⁷⁶⁹ WOLFRUM, “*Interim (Provisional) Measures of Protection*”, 2012, parag. 25.

⁷⁷⁰ WOLFRUM, “*Interim (Provisional) Measures of Protection*”, 2012, parag. 32-37.

⁷⁷¹ David D. CARON, “*Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran United States Claims Tribunal*”, **Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Vol. 46, 1986, s. 487.

uyuşmazlık için yargı yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir⁷⁷². Buna karşılık Divan, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* davasındaki 10 Mayıs 1984 tarihli geçici tedbir kararında, geçici tedbire hükmedebilmek için *prima facie* yargı yetkisinin saptanmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir⁷⁷³. Yargıç Schwebel'e göre, davanın esasına ilişkin yargı yetkisi olmayan bir mahkeme, geçici tedbirlere de hükmetmemelidir. Ancak durumun aciliyetine ilişkin değerlendirmeler Divan'ın, geçici tedbir kararını vermeden önce, yargı yetkisini kesin olarak saptamasını mümkün kılmayabilir.⁷⁷⁴ Kısaca Divan'a göre, geçici tedbir kararı vermeden önce *prima facie* yargı yetkisi saptamasında bulunmak, bu yetkinin saptanamaması halinde de geçici tedbir talebini reddetmek gerekmektedir.

Bu konuda yetkileri daha net çizilmiş olan İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi önünde görülen, ABD'li şirket ve İran hükümeti arasındaki bir davada hükümet, Mahkeme tarafından dava konusu uyuşmazlık hakkında yargı yetkisinin bulunduğu dair tam ve nihai bir saptama yapılmadan geçici tedbirlere hükmedilemeyeceğini ileri sürmüştür⁷⁷⁵. Ancak Mahkeme'ye göre, İran ve ABD hükümetlerinin Çözüm Bildirisi'ni kabul etmek suretiyle, Hakem Mahkemesi'nin yargı yetkisini bütün iddialar için kabul etmeleri nedeniyle, Hakem Mahkemesi'nin vereceği her türlü karar, ara karar ve geçici tedbir kararlarının yerine getirilmesi için gerekli bütün tedbirleri almak hususunda uluslararası yükümlülük üstlenmişlerdir.

Hakem mahkemelerinin geçici tedbir kararı verme yetkisine halel getirebilecek bir başka sınırlama, görülmekte olan davadaki uyuşmazlığın

⁷⁷² ICJ, *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, Order of 5 July 1951, Request for the indication of interim measures of protection, s. 93-94, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ba&case=16&code=uki&p3=3> (son erişim: 12.09.2013); Judgment of 22 July 1952 (<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ba&case=16&code=uki&p3=4> (son erişim: 12.09.2013)).

⁷⁷³ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Order of 10 May 1984, Request for the indication of Provisional Measures, parag. 24, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=70&code=nus&p3=7> (son erişim: 12.09.2013).

⁷⁷⁴ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Order of 10 May 1984, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, s. 206.

⁷⁷⁵ *Aeronutronics Overseas Services Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, The Air Force of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi Iran*, Case No, 158, Chamber One, Award No. ITM 47-158-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed March 14, 1985, parag. 75-76.

konusudur. Yine ABD’li bir şirket ile İran hükümeti arasındaki başka bir davada, davacı şirket, elindeki uyuşmazlık konusu üretim mallarının depolanmasına devam edilmesine izin verilmesini talep etmiştir. Hakem Mahkemesi koruma talebini değerlendirirken, böyle bir talebin, dava konusu uyuşmazlığın bir unsuru olduğunu ve verilecek olan ara kararın da sadece “davanın esasına ilişkin uyuşmazlığın konusu olan hakların ve malların korunması ile sınırlı olabileceğini” hatırlatmıştır. Mahkeme’ye göre malların depolanması, depolama masraflarını da içermektedir. Oysa talep edildiği şekilde 19 Ocak 1981’den sonra oluşan depolama masraflarını karşı tarafa yükleyerek davacının korunması, Hakem Mahkemesi’nin zaman bakımından yargı yetkisi dışında kalmaktadır. Bu nedenle geçici tedbir talebi, Mahkeme’ce reddedilmiştir⁷⁷⁶.

Hakem mahkemeleri bakımından geçici koruma tedbiri kararı verme yetkisi sınırsız bir yetki değildir. Talepte bulunan taraf, dava konusu zararın telafi edilemez niteliğini ve aciliyetini kanıtlasa bile, geçici tedbir konusunun, Mahkeme’nin zaman, konu ve kişi bakımından yargı yetkisi içinde kalması gerekmektedir ki bu durumda Mahkeme’nin talep edilen korumayı verip vermeyeceği hususundaki yargı yetkisini araştırması gerekecektir⁷⁷⁷.

3. Özel Anlaşmalardaki Hükümler

Mahkemelere, özellikle de *ad-hoc* mahkemelere gönderme yapan özel anlaşmalarda, çoğu zaman taraflar, muhtelif koruma tedbirleri öngörmektedirler. Örneğin *Buraimi* davasında, Tahkim Anlaşması’nın kabul edilmesinin ve Hakem Mahkemesi’nin kurulmasının koşulu, Buraimi Çölü’nde ve bir tarafta Suudi Arabistan, diğer tarafta Abu Dhabi, Muscat ve Oman arasındaki uyuşmazlık konusu büyük çöl alanında geçici rejim kurulmasıdır⁷⁷⁸. Mahkeme, Anlaşma konusu geçici rejimin icrasını denetlemek, bundan kaynaklanan sorunları çözmek ve gerekli tedbirleri almak üzere yetkilendirilmiştir. Geçici rejimin asli hükümleri, bütün askeri ve sivil yetkililerin, Ağustos 1952’den sonra uyuşmazlık konusu

⁷⁷⁶ United Technologies International, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, et al, Case No. 114, Chamber Three, Decision No. DEC 53-114-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 10, 1986.

⁷⁷⁷ C. N. BROWER/ J. D. BRUESCHKE, **The Iran- United States Claims Tribunal**, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1998, s. 221.

⁷⁷⁸ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 162.

bölgelerden çekilmesini, uyuşmazlığın taraflarının her birinin katkıda bulunacağı polis güçlerinin Buraimi Çölünde konuşlanarak, bölgedeki kavimler arasında barışı ve düzeni sağlamasını gerektirmektedir. Ancak Anlaşma'ya göre polis güçleri, hiçbir kavimin içişlerine ya da yönetimine müdahale etmeyecek ve uyuşmazlığın tarafları da, tahkim sürecinin tarafsız ve adil bir yargılama olmasını engelleyecek hareketlerden sakınacaklardır. Yine Anlaşma'ya göre bu hükümler, tarafların, uyuşmazlık konusu bölgelerin bir bölümünde, petrol faaliyetlerini yürütme haklarına hanel getirmeyecektir. Ancak Anlaşma'da, tarafların, izin verilen bölgelerdeki petrol çalışmaları dışında, örneğin görevli polis güçlerine yardım ya da kurtarma amacıyla uyuşmazlık konusu bölgelere girip giremeyeceği konusunda hüküm bulunmamaktadır. 23 Ocak 1955'teki ilk duruşmasında Hakem Mahkemesi, Suudi Arabistan'ın talebi üzerine, tarafların alacakları tedbirler ile, Buraimi'ye kara ya da hava yoluyla, her ay sayısı beşi geçmeyecek şekilde ziyaretler düzenleyebileceklerine karar vermiştir. Eylül'deki duruşmasında ise Mahkeme, Birleşik Krallık'tan Suudi Arabistan'ın bu geçici rejime uymadığını şikayet eden bir dilekçe almıştır. Bu şikayet, Suudi Arabistan polis güçlerinin, siyasi yetkililerin de desteğiyle anlaşmadan kaynaklanan yetkilerini kötüye kullandıkları ve aştıkları, rüşvet ve tehdit nedeniyle, geçici rejim gereği bölgede konuşlananların durumundan haberdar olmanın mümkün olmadığı iddialarına dayanmaktadır. Ancak Hakem Mahkemesi bu şikayetler konusunda herhangi bir karar almamış ve yargılama kesintiye uğramıştır⁷⁷⁹.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi yargılamalarında, her ne kadar taraflar, Mahkeme'yi kuran Çözüm Bildirisi'nde usul kuralları olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları'nı kabul etmiş olsalar⁷⁸⁰ ve bu Kurallar da Hakem Mahkemesine, geçici koruma tedbirlerine başvurma yetkisini açıkça vermiş olsa da; Mahkeme, devletlerarasındaki davalardaki, geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin, uluslararası kamu hukuku kurallarından kaynaklandığını bildirmiştir⁷⁸¹. Mahkeme'ye göre, geçici tedbirlere başvurma yetkisinin sınırı uluslararası andlaşmalar ve teamül hukuku kuralları ile çizilmiştir. İlk olarak Mahkeme, geçici tedbirin konusu üzerinde yargı yetkisinin bulunduğu kanısına

⁷⁷⁹ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 163.

⁷⁸⁰ Claims Settlement Declaration, 19 January 1981, article III/2.

⁷⁸¹ Order of 18 January 1984 in the Government of the Islamic Republic of Iran and the Government of United States of America, Cases Nos: A-4, A15, Chamber Two.

prima facie varmış olmalıdır. Ayrıca Mahkeme, geçici tedbir talep eden taraftan, ya Mahkeme’ce koruma altına alınacak mal ya da hakkın telafi edilemez zarar görme tehlikesi altında olduğunu ya da Mahkemenin yargı yetkisi ya da otoritesi bakımından bir tehdit bulunduğunu ispat etmesini; Mahkeme’nin esasa ilişkin nihai kararı vermesinden önce, geçici tedbire hükmedilmesini haklı gösterecek acil bir durumun varlığını göstermesini isteyebilecektir.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi’ne göre, her ne kadar Çözüm Bildirisi, Mahkeme’yi geçici tedbirlere hükmetmek konusunda yetkilendirmiş olsa da, özünde bu yetki, daha geniştir. Mahkemenin yetkisi tarafların haklarını korumak ve Mahkemenin yargı yetkisi ve otoritesinin etkinliğini sağlamak olduğuna göre, bu amaçla geçici tedbirlere hükmetmek de bir hakem mahkemesinin varlığından kaynaklanan doğal bir yetkidir⁷⁸².

Aynı eğilime, tahkim kurallarında da rastlanmaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu Tahkim Model Kuralları’na göre hakem mahkemesi veya acil durumda mahkeme başkanı -mahkemenin onayına bağlı olarak- tarafların haklarını korumak amacıyla ve taraflardan birinin isteği üzerine her türlü geçici tedbire hükmetme yetkisine sahip olmalıdır⁷⁸³. Bu madde Divan Statüsü’nün 41. maddesine karşılık gelmektedir. 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları geçici tedbirleri çok daha ayrıntılı düzenlemektedir. Buna göre, “*Hakem mahkemesi, taraflardan birinin talebi üzerine geçici tedbirlere hükmedebilir. Geçici tedbire, uyuşmazlığın nihai olarak karara bağlanacağı hükmün tefhiminden önceki herhangi bir zamanda karar verilebilir. Hakem mahkemesi, taraflardan birinin (tahdidi olmamakla beraber): (a) Uyuşmazlığın derdest olduğu süre boyunca status quo’yu sürdürmesini veya yeniden kurmasını; (b) Tahkim sürecinin pek yakın zarar görmesi veya etki altında bırakılmasına neden olabilecek herhangi bir fiilden kaçınması veya kaçınmak için olumlu bir edimde bulunmasını; (c) Verilecek nihai kararın yerine getirilebilmesi için dava konusu değerlerin muhafaza edilmesini sağlamasını; (d) Uyuşmazlığın çözümünde geçerli ve zaruri*

⁷⁸² E-Systems, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Bank Melli Iran, Case No. 388, Award No. ITM 13-388-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed February 4, 1983; RCA Global Communication Disc, Inc. v. the Islamic Republic of Iran, Case No. 160, Chamber One, Award No. ITM 29-160-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed October 31, 1983.

⁷⁸³ 1958 ILC Model Rules, article 20.

olabilecek delilleri muhafaza etmesini isteyebilir. Bu koşullara uygun olarak geçici tedbir talep eden taraf, hakem mahkemesini şu hususlarda tatmin etmelidir: (a) Eğer tedbire hükmedilmezse, zararın hükümle tazmin edilmeyecek nitelikte olduğuna ve böyle bir zararın, eğer geçici tedbire hükmedilirse tedbirin yöneldiği tarafa gelecek zarara ağır basacağına; (b) Talepte bulunan tarafın, davanın esasına ilişkin işlemleri sürdürme ihtimalinin yüksek olduğuna ikna etmelidir. Bu ihtimalin belirlenmesi, hakem mahkemesinin herhangi bir husustaki tespitini yaparken sahip olduğu takdir hakkını etkilememelidir”⁷⁸⁴.

UNCITRAL Kuralları’na göre, yukarıda belirtilen hususları hakem mahkemesi takdir etmelidir⁷⁸⁵. Aynı zamanda hakem mahkemesi, aldığı geçici tedbir kararlarının süresini herhangi bir tarafın başvurusu üzerine veya istisnai durumlarda taraflardan birinin başvurusundan önce kendi inisiyatifiyle değiştirme, uzatma ya da kararı sonlandırma konusunda da takdir hakkına sahiptir⁷⁸⁶.

UNCITRAL Kuralları’na göre taraflardan her ikisi de geçici tedbir talebinde bulunmak hakkına sahip olmakla birlikte, hakem mahkemesi, ilgili tedbirle bağlantılı olarak, geçici tedbir talebinde bulunan tarafın, uygun bir teminat göstermesini gerekli kılacaktır⁷⁸⁷. Ayrıca mahkeme, geçici tedbir talebinde bulunan ya da lehine geçici tedbir kararı verilen tarafın, söz konusu tedbirin dayandığı durumdaki her türlü değişikliği mahkemeye bildirmesini gerekli kılacaktır⁷⁸⁸. Mahkeme, geçici tedbir kararından sonra, bu tedbire hükmedilmemesini gerektiren durumları tespit etmesi halinde, geçici tedbir talep etmiş olan tarafı, tedbirin diğer taraf bakımından neden olduğu zarar ve masraflardan sorumlu tutabilir. Hakem mahkemesi, bu türden masraf ve zararlara, muhakeme süreci devam ederken de karar verebilecektir⁷⁸⁹. UNCITRAL Kuralları, usulüne uygun olarak yöneltilen geçici tedbir taleplerini, herhangi bir yetki itirazı ya da reddi ihtimaline karşı da korumaktadır. Zira Kurallar’a göre,

⁷⁸⁴ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 26/1-3.

⁷⁸⁵ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 26/4.

⁷⁸⁶ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 26/5.

⁷⁸⁷ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 26/6.

⁷⁸⁸ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 26/7.

⁷⁸⁹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 26/8.

herhangi bir tarafça yargılama makamına yöneltilen bir geçici tedbir talebi, tahkim anlaşmasına aykırılık veya bu anlaşmadan feragat olarak addedilmemelidir⁷⁹⁰.

4. Acil durumlar

Geçici koruma tedbirleri, yargı organının, esasa ilişkin saptamalarının *status quo*'sunun devamı için başvurulduğu hukuki bir yoldur. Bu nedenle, mahkemenin nihai kararını vermeden önce harekete geçmemesi halinde, talepte bulunan tarafın haklarının ciddi zarar göreceği olmasına neden olan ve bu yüzden Mahkeme'yi harekete geçirmeye zorlayan bir aciliyetin bulunması gerekmektedir⁷⁹¹.

UAD Statüsü'nde veya Mahkeme Kuralları'nda geçici tedbirlere ancak acil durumlarda hükmedilebileceğine ilişkin herhangi açık bir kural olmamakla beraber bu hükümler, acil durum varsayımı üzerine kuruludur. Divan da bu gerekliliği muhtelif kararlarında açıkça ifade etmiştir⁷⁹².

Tahkim kurallarında ise geçici tedbirlere ilişkin hükümlerde, durumun aciliyeti koşulu, açıkça ifade edilmektedir. Örneğin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Model Kuralları'na göre, acil bir durumda, mahkeme veya mahkeme başkanı, mahkemenin onayına bağlı olarak, tarafların haklarını korumak amacıyla taraflardan birinin isteği üzerine her türlü geçici tedbire hükmetme yetkisine sahip olmalıdır⁷⁹³. UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre, geçici tedbir talebinde bulunan tarafın hakem mahkemesini, eğer tedbire hükmedilmezse ortaya çıkacak olan zararın, nihai kararla giderilemeyeceği ve böyle bir zararın, aleyhinde geçici tedbire hükmedilen tarafın göreceği zarara ağır basacağı konusunda ikna etmesi gerekmektedir⁷⁹⁴.

“Durumun aciliyeti” ya da “acil durumlar”, tanımlaması zor olan kavramlar olmakla birlikte, somut olaydaki değerlendirmelere göre şekilleneceklerdir. Bu

⁷⁹⁰ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 26/9.

⁷⁹¹ BROWER/ BRUESCHKE, 1998, s. 222.

⁷⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Jochen Abr. FROWEIN, “Provisional Measures by the International Court of Justice - The LaGrand Case”, **Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Vol. 61, 2002, s. 55-60; J. G. MERRILLS, “Interim Measures of Protection and The Substantive Jurisdiction of the International Court”, **Cambridge L. J.**, Vol. 36 (1), April 1977, s. 86-109; Bernhard KEMPEN/ Zan HE, “The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures: The Recent Development”, **Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Vol. 69, 2009, s. 919-929.

⁷⁹³ 1958 Model Rules of ILC, article 20.

⁷⁹⁴ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 26/3(a).

nedenle geçici tedbir talebi alan Mahkeme, en azından mevcut gidişat içinde, esasa ilişkin kararını tefhim etmeyi planladığı tarih bekleyecek olursa, risk altındaki hak ya da mallar zarar görmüş olacağından, nihai karar ile koruyacağı bir menfaat kalmayacağı konusunda ikna edilmiş olmalıdır. Örneğin İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, talepte bulunanın iddia ettiği zararın, yeterince “gerçekleşmesi muhtemel” olmaması halinde, geçici tedbir taleplerini reddetmiştir⁷⁹⁵. Zararın gerçekleşme riskinin ağır olması, ancak durumun aciliyet arz etmemesi halinde Mahkeme, karşı tarafa, geçici tedbir talebine karşı argüman ileri sürebilmesi için süre verebilecektir. Örneğin Mahkeme, İran’ın, ABD’deki paralel yargı sürecinin askıya alınması talebine karşılık ABD’ye toplam üç yıldan fazla cevap süresi vermiştir. Ancak Mahkeme’ye göre, talepte bulunan tarafın haklarını veya Mahkeme’nin yetkilerini çok yakın zamanda etkileyeceği belirlenen bir durum söz konusu olur ve bu durum talepte bulunan tarafça dile getirilirse geçici tedbir kararı vermelidir. ABD’li şirket ile İran hükümeti arasındaki başka bir davada, Hakem Mahkemesi, geçici tedbir kararı vermeden önce, karşı tarafa cevap verme fırsatı tanınmasının gerekliliğini vurgulamış; ancak bununla beraber, bu davanın konusunun, Tahran’daki yerel mahkeme önünde görülmekte olan bir davanın konusu ile aynı olması, yerel mahkemenin aynı sözleşmeden kaynaklanan ihlaller hakkında karar verecek olması nedeniyle gecikmeksizin bu yerel mahkeme önündeki işlemlerin askıya alınması için, karşı tarafın cevabını beklemeden geçici tedbir kararı vermiştir. Yine de, davacı 22 Aralık 1982 tarihinde Tahran mahkemeleri önündeki davanın askıya alınmasını içeren bir geçici tedbir talebinde bulunduğunda, Hakem Mahkemesi davalının cevabı gelmeden 9 Eylül 1983’te geçici tedbir kararı vermekle beraber; 11 Ekim 1983’te davalı cevap hakkını kullanmış, Mahkeme bu cevaba dayanarak 28 Nisan 1986 ve 5 Eylül 1986 tarihli ara kararlarında geçici tedbir kararını yinelemiştir. Yani bu cevapları değerlendirme dışında bırakmamıştır⁷⁹⁶.

Kural olarak, hakem mahkemesinin kendisine yöneltilen geçici tedbir talebini değerlendirirken, karşı tarafa bu talebe ilişkin görüşlerini bildirmek üzere

⁷⁹⁵ The Islamic Republic of Iran, v. The United States of America, Cases Nos. A15(IV) and A24, Full Tribunal, Decision No. DEC 116-A15(IV) & A24-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed May 18, 1993.

⁷⁹⁶ Teledyne Industries, Incorporated v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 10812, Chamber Three, Award No. 432-10812-3, Iran-United States Claims Tribunal, Filed August 29, 1989.

cevap süresi tanımaktadır. Ancak karşı taraf, meşru bir neden olmaksızın bu cevabını geciktirirse, bu durumda mahkeme bu cevap olmaksızın geçici tedbir kararını vermektedir. Örneğin ABD’li şirket ve İran hükümeti arasındaki bir başka davada, davacı 26 Temmuz 1984’te Hakem Mahkemesi’ne, İran yerel mahkemeleri önündeki paralel davaların askıya alınması için geçici tedbir talebini sunmuştur. Zira Tahran mahkemesi önündeki dava gereği şirketin, 20 Ekim 1984’te yerel mahkeme önündeki duruşmada bulunması gerekmektedir. Mahkeme bu talebe karşılık, davalı tarafa 30 Temmuz 1984’e kadar cevap vermesi için süre vermiştir. 20 Ağustos 1980’de İran hükümeti, geçici tedbir talebine karşı cevabı için iki aylık ek süre istemiş ve 27 Ağustos 1984 tarihli kararı ile Hakem Mahkemesi İran hükümetine 8 Ekim 1984’e kadar ek süre tanımıştır. Mahkeme’ye göre, zaten İran yerel mahkemesi kararına göre davacı şirketin 20 Ekim’deki duruşmada bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla bu tarih gelmeden, İran hükümetinin, durumun aciliyeti nedeniyle, yerel mahkemeler önündeki işlemlerin askıya alınması için gerekli bütün tedbirleri alması gerekmektedir⁷⁹⁷. Görülüyor ki Hakem Mahkemesi, geçici tedbir talebi üzerine, diğer tarafa da bu konudaki görüşlerini bildirmesi için süre tanımakta, ancak karşı tarafın meşru bir gerekçesi olmaksızın cevap vermekte gecikmesi halinde, davaya devam etmekten çekinmemekte ve gerekirse geçici tedbire hükmetmektedir.

Geçici tedbir talebinin aciliyetinin kanıtlanması meselesine gelince, İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, Tahran yerel mahkemeleri önündeki paralel işlemlerin askıya alınması talebi karşısında, talepte bulunan tarafın, söz konusu paralel işlemlerin, Hakem Mahkemesi önündeki davanın konu ya da iddialarına benzer bir esas içerdiğini veyahut bu paralel işlemlerin aynı maddi olay ve hukuki konuları içerdiğini ileri sürmesi yeterli olmuştur⁷⁹⁸. Malların satışının durdurulması gibi geçici “sınırlayıcı” tedbir talepleri karşısında ise Hakem Mahkemesi, aleyhinde geçici tedbir kararı verilecek tarafın gerçekten de söz konusu malları satmayı kastettiğinin, geçici tedbir talebinde bulunan taraf bakımından malların

⁷⁹⁷ Aeronutronics Overseas Services, Inc v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi Iran, Respondents. Case No. 158, Chamber One, Award No. ITM 47-158-1, Iran-U.S. Cl. Trib. Filed March 14, 1985.

⁷⁹⁸ Ford Aerospace&Communications Corporation and Aeronutronic Overseas Inc., v. The Air Force of the Islamic Republic of Iran, Case No. 159, Chamber Three, Award No. ITM 28-159-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed October 20, 1983.

ikame edilemez niteliğinin ve yine talepte bulunan bakımından bu satışın sonuçlarının telafi edilemeyeceğinin “açık olarak gösterilmesi gerektiğini” bildirmiştir⁷⁹⁹.

5. Telafi Edilemez Zarar

Geçici tedbirlere hükmedilebilmesi için telafi edilemez zararın gösterilmesi, uluslararası mahkemeler tarafından bir gereklilik olarak tanınmaktadır. Öncelikle telafi edilemez zarar, tarafların hak ve menfaatlerine ilişkin zarar olmalıdır. Örneğin ticari nitelikte bir dava söz konusu olduğunda mahkemeye, telafi edilemez zarara karşı malların korunması için elden çıkarılması⁸⁰⁰, üçüncü tarafa tevdi⁸⁰¹, malların satışının durdurulması⁸⁰² gibi talepler yöneltilebilecektir.

UAD’nin yerleşmiş içtihatlarına göre, bir mahkemenin, yargı yetkisine ve esasa ilişkin nihai kararını vermeden önce geçici koruma tedbirine hükmedebilmesini meşru kılan asıl unsur, taraflardan birinin, sürmekte olan bir dava sırasında diğer tarafın haklarını tehdit eden ya da zarar verecek türden hareketidir ki bu zararın, geçici tedbire hükmedilmemesi halinde ihlal edilecek haklara ilişkin ve telafi edilemez bir zarar olması gerekmektedir⁸⁰³.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi’ne göre, eğer geçici tedbir talebinde bulunan tarafın iddia ettiği hak ihlali, makul yollarla telafi edilebilecek türden bir zarara neden olmuşsa geçici tedbir yetkisinin kullanılmaması gerekecektir⁸⁰⁴. Ayrıca İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, maddi tazminatla tamamen giderilebilecek bir zararın telafi edilemez zarar olmadığını belirtmiştir. İki

⁷⁹⁹ Aeronutronics Overseas Services, Inc v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi Iran, Respondents. Case No. 158, Chamber One, Award No. ITM 47-158-1, Iran-U.S. Cl. Trib. Filed March 14, 1985.

⁸⁰⁰ United Technologies International Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 114, Chamber Three, Decision No. DEC 53-114-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 10, 1986.

⁸⁰¹ Behring International Inc. v. the Government of Islamic Republic of Iranian Air Force, Case No. 382, Chamber Three, Award No. ITM/ITL 52-382-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed June 21, 1985.

⁸⁰² Government of Islamic Republic of Iran v. The Government of United States of America, Cases Nos. A15(IV) and A24, Full Tribunal, Decision No. DEC 116-A15(IV) & A24-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed May 18, 1993.

⁸⁰³ Eva RIETER, **Preventing Irreparable Harm**, School of Human Rights Research Series, 2010, s. 13.

⁸⁰⁴ Government of Islamic Republic of Iran v. The Government of United States of America, Cases Nos. A15(IV) and A24, Full Tribunal, Decision No. DEC 116-A15(IV) & A24-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed May 18, 1993..

hükümet arasındaki bir davada Mahkeme, İran'ın geçici tedbir talebini kabul etmiş ve daha önce ABD ülkesinde bulunan İran Büyükelçilik binasındaki tarihi ve kültürel varlıkların satışının, İran hükümeti bakımından, maddi tazminatla telafi edilemeyecek türden zarara neden olacağı için durdurulmasına karar vermiştir⁸⁰⁵. Bununla beraber Mahkeme'nin, taraflardan birinin geçici koruma tedbiri talebini, telafi edilemez zarar tehlikesinin bulunmaması nedeniyle reddetmesi halinde, “değişen durumlar ve yeni olaylar” gerekçesine dayanarak daha sonradan bu talebi tekrar değerlendirmesi mümkündür. Mahkeme'nin başvurduğu UNCITRAL Tahkim Kuralları da buna izin vermektedir⁸⁰⁶. Nitekim bu davada, İran, ABD ülkesinde bulunan Elçilik mallarının satışının ertelenmesini ilk talep ettiğinde Mahkeme, telafi edilemez zarar tehlikesinin gösterilememiş olması nedeniyle talebi reddetmiş olmakla beraber, ileride değişen durumlar ve yeni olayların varlığına dayanarak tekrar talepte bulunulabileceği ihtimalini de eklemiştir⁸⁰⁷. Buna dayanarak İran daha sonraki bir tarihte, malların ABD hükümeti tarafından müzayede ile satışa çıkarılacağı tarihin kesinleşmesi üzerine tekrar Mahkeme'ye başvurmuş ve bu defa Mahkeme talebi kabul etmiştir. Ancak burada geçici tedbir konusu malların, eşi bulunmaz nitelikte olması özellikle dikkat edilmesi gereken bir husustur. Zira ABD'li şirket ve İran Hava Kuvvetleri arasındaki davada Mahkeme, davalı İran'ın, dava konusu askeri malların, havalandırma koşulları daha iyi olan başka bir depoya nakledilmesine ilişkin geçici tedbir talebi karşısında; Hava Kuvvetlerine ait hava araçlarının maddi değeri açıkça belirlenebilecek olmakla beraber, bunların askeri uygulamalarda kullanılması ve mevcut depoda yeterince korunaklı olmadıklarını göz önüne alarak, “İran tarafından kolayca elde edilemeyecek olması nedeniyle” geçici tedbir talebini kabul etmiştir⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ Interlocutory Award No. ITL 33-A-4/A-15(III)-2 (1 Feb. 1984) reprinted in 5 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 131,133.

⁸⁰⁶ 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, article 29/2.

⁸⁰⁷ Government of Islamic Republic of Iran v. The Government of United States of America, Cases Nos. A15(IV) and A24, Full Tribunal, Decision No. DEC 116-A15(IV) & A24-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed May 18, 1993.

⁸⁰⁸ Behring International, Inc., Claimant, v. Islamic Republic of Iranian Air Force, İran Aircraft Industries and the Government of Iran, Respondents. Case No. 382, Chamber Three, Award No. 52-382-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed June 21, 1985.

E. Diğer Yargı Yerleri Önündeki Paralel İşlemlerin Askıya Alınması Kararı

Tahkim yargılamalarında mahkemelerin başvurduğu tedbirlerden biri, diğer yargı yerleri önündeki paralel işlemlerin askıya alınması olmuştur. Paralel yargılamaların askıya alınması, genel olarak hakem mahkemeleri tarafından, mahkemenin yargı yetkisinin korunması ve otoritesinin tam ve etkin hale getirilmesi için başvurulmuş bir tedbirdir. İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, görülmekte olan davada ve paralel yargılamada tarafların aynı veya aynı değilse bile birbiri ile yakından ilişkili olması ve her iki yargılamanın maddi ya da hukuki konusunun aynılığına ilişkin tespit yaptıktan sonra, tedbir kararı vermiştir. Zira Mahkeme'ye göre böyle paralel yargılamaların askıya alınması, mahkemenin yargı yetkisini ve otoritesini etkinliğini sağlamak için gerekli bir tedbirdir⁸⁰⁹. Davanın maddi ya da hukuki konusunun aynılığı konusunda ise Hakem Mahkemesi, hem hali hazırda kendisi önünde açılmış davalar hem de açılması muhtemel davalar için de değerlendirme yapmıştır. Bu kapsamda Mahkeme, ileride karşı dava kapsamında ileri sürülebilecek hususlara ilişkin olarak da –böyle bir karşı dava hiç ileri sürülmeyecek olsa bile- İran yerel mahkemeleri önündeki paralel yargılamalarının askıya alınmasına karar vermiştir⁸¹⁰.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nin, İran yerel mahkemeleri önündeki paralel işlemlerin askıya alınması kararı verirken dayandığı gerekçe çoğu zaman, nihai karara varabilmek için mahkemenin yargı yetkisinin, otoritesinin ve etkinliğinin korunması olmuştur. Ancak Mahkeme'nin verdiği bu türden geçici tedbir kararları meşrulaştıran asıl unsur, iki devlet arasındaki Çözüm Bildirisi hükümleridir. Çözüm Bildirisi'nin VII. maddesine göre, Hakem Mahkemesi önüne gelen davalar, davanın açılma tarihi itibarıyla, İran ve ABD yerel mahkemelerinin ve diğer her türlü mahkemenin yargı yetkisinin dışında olacaktır⁸¹¹. Bu Bildiri nedeniyle İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nin

⁸⁰⁹ Rockwell International Systems, Inc. v. The Government of Islamic Republic of Iran, Cse No. 430; Chamber One, Award No. ITM 17-430-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 5, 1983.

⁸¹⁰ Component Builders, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 395, Chamber Three, Award No. ITM/ITL 51-395-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 27, 1985.

⁸¹¹ Claims Settlement Declaration, 19 January 1981, article VII. Aynı Bildiri'nin IV/1. maddesine göre, Hakem Mahkemesi'nin her türlü kararı (decisions and awards) kesin hüküm etkisinde ve bağlayıcı niteliktedir.

diğer mahkemeler önündeki paralel yargılamaların dondurulmasına ilişkin geçici tedbir kararı vermesi, herhangi bir uyuşmazlığa neden olmamıştır⁸¹². Ancak ABD’li bir şirket ile İran hükümeti arasındaki bir davada Mahkeme, İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi’nde henüz ileri sürülmemiş olmakla beraber, daha sonra “karşı dava” olarak ileri sürülebilecek nitelikte olan ve hali hazırda İran yargı yerleri önünde açılmış olan davaları da kapsayacak şekilde, paralel yargılamaların askıya alınması kararı vermiştir⁸¹³. Böyle bir yetki genişlemesi, söz konusu davaların henüz Hakem Mahkemesi önünde açılmamış olması ve “karşı dava” olarak açılabileceği varsayımına dayanılması nedeniyle, Çözüm Bildirisi’nin yukarıda bahsi geçen hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Hakem Mahkemesi’ne göre ise, tarafların haklarının, Mahkeme’nin yargı yetkisinin ve otoritesinin korunabilmesi ve tam etkinliğinin sağlanabilmesi için bu türden kararları verme yetkisi, Mahkeme’nin (*inherent power*) kendisinden gelmektedir⁸¹⁴. Bu yetki, Hakem Mahkemesi’nin yetkisinin, diğer mahkemelerin üzerinde olduğu varsayımına dayanmamaktadır. Zira Mahkeme, başka bir geçici tedbir kararında, her ne kadar taraflar arasındaki Çözüm Bildirisi, Hakem Mahkemesi önüne gelen davaların, davanın açılma tarihi itibarıyla, İran ve ABD yerel mahkemelerinin ve diğer her türlü mahkemenin yargı yetkisinin dışında olacağını bildirirse de, sırf bu nedenle diğer mahkeme önündeki davanın açılmasının engellenmesini kabul etmemiştir. Mahkeme’ye göre, özellikle başka yargı yeri önünde açılan dava, zaman aşımına uğrama tehlikesi altındaki bazı hakların korunması için gerekli ise, taraflardan birinin böyle bir yargı organı önünde iddialarını dile getirmesini engelleyecek türden geçici tedbir kararı vermek, Mahkeme’nin yargı yetkisi dışındadır⁸¹⁵.

Hakem Mahkemesi’nin geçici tedbir kararının sonucunda, diğer yargı yerleri önündeki paralel işlemler, Hakem Mahkemesi nihai kararını verinceye kadar askıya alınmaktadır. Mahkeme bu yaklaşımıyla, kendi haklarını korumak amacıyla başka yargı yeri önündeki paralel yargılamayı başlatan tarafın hakları ile

⁸¹² BROWER/ BRUESCHKE, 1998, s. 230.

⁸¹³ E-Systems, Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Melli Iran, Case No. 388, Award No.: ITM 13-388-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed February 4, 1983.

⁸¹⁴ E-Systems, Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Melli Iran, Case No. 388, Award No.: ITM 13-388-FT, Iran - United States Claims Tribunal.

⁸¹⁵ Fluor Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 333, Chamber One, Award No. ITM 62-333-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed August 7, 1986.

Mahkeme'nin yargı yetkisinin etkinliğini kaybetmemesine yönelik çıkarlarını uzlaştırmaya çalışmaktadır⁸¹⁶.

F. Geçici Koruma Tedbirlerinin Etkinliği

Bir mahkemeyi kuran uluslararası andlaşmalar ya da statüler, o mahkemenin yetkisine ilişkin ayrıntılı kurallar içermektedirler. Genellikle bu belgeler, tarafların, mahkeme kararlarının yerine getirilmesine ilişkin yükümlülüklerini de belirlediği için bu kararların etkisine ilişkin hükümler de içermekte ve hepsi de açıkça nihai kararın taraflar bakımından bağlayıcı olacağına hükmetmekle birlikte; geçici tedbirlerin etkisine ilişkin hükümler içermemektedirler⁸¹⁷.

Anglo-Iranian Oil Company davasında Divan, İran aleyhinde geçici tedbire hükmetmiş; İngiltere, geçici tedbirin gereğini yerine getirmemesi nedeniyle İran'ı Güvenlik Konseyi'ne şikayet etmiştir⁸¹⁸. Bu şikayet, Şart'ın, bir uyuşmazlıkta taraf olan devletlerden birinin, Divan'ın verdiği karara göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde, diğer tarafın Güvenlik Konseyi'ne başvurabileceği, Konsey'in gerekli görmesi halinde hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabileceği ve alınacak tedbirleri kararlaştırabileceğine ilişkin hükmü çerçevesinde yapılmamış olmakla birlikte; bu davada Güvenlik Konseyi, nihai karar dışındaki kararlar için aynı yetkisinin geçerli olup olmayacağını tartışmıştır. Herhangi bir karara varılamayınca sorunun çözümü, Divan'ın bu

⁸¹⁶ BROWER/ BRUESCHKE, 1998, s. 234.

⁸¹⁷ Divan Statüsü'nün 41. maddesi de bu bakımdan açık olmayıp, sadece "... Divan'ın hangi tedbirlerin alınması lazım geldiğini tayin etme yetkisini haizdir" ifadesini içermektedir. Divan'ın geçici tedbirlere hükmedebileceği, emredebileceği ya da karar verebileceğini söylemek yerine bu ifadenin kullanılması, Oellers-Frahm'a göre bilinçli bir tercihtir ve altında, egemen güçlerin yetkilerini sınırlayacak her türlü işlemde azami ihtimam gösterilmesi gerekliliği yatmaktadır. K. OELLERS-FRAHM, 2011, s. 1285. Mesela 1982 BMDHS'nin geçici tedbirlere ilişkin 290. maddesi, hem mahkemenin "*prima facie*" yetkisinden hem de geçici tedbire "emretme" yetkisinden açıkça söz etmektedir. Madde 290/1'e göre, "Eğer bir uyuşmazlık, usulüne uygun şekilde bir mahkemeye ya da yargı yerine havale edilmiş olup da, bu mahkeme veya yargı yeri, bu Kısım veya Kısım IX, bölüm 5'e göre kendisini *prima facie* yetkili görüyorsa, nihai kararı beklemeden, mevcut şartlarda uyuşmazlığa taraf olan devletlerin haklarını korumak veya deniz çevresine ciddi bir zarar verilmesini önlemek için uygun gördüğü her türlü tedbiri emredebilir". Yine Oellers-Frahm'a göre, böyle açık ifadeler yerine sessiz kalan bir kurucu belge, uluslararası yargı organlarına geçici tedbirlere hükmetme yetkisi vermemelidir; aksi yorum, yargı organının yetkisini, egemen devletlerin rızası hilafına genişletmek olacaktır. OELLERS-FRAHM, 2011, s. 1294.

⁸¹⁸ Brendan F. BROWN, "*The Juridical Implications of the Anglo-Iranian Oil Company Case*", *Wash. U. L. Rev.*, 1952, Issue 3, s. 384-397.

uyuşmazlık hakkında nihai yargı yetkisinin bulunduğuna ilişkin karar verinceye kadar ertelenmiş, neticede Divan, yargı yetkisini haiz olmadığına karar vermiştir⁸¹⁹. Dolayısıyla Güvenlik Konseyi'nin bu konuda halde yetkisi kullanma imkanı da kalmamıştır.

Örneğin *La Grand* davasında, Divan, şimdiye kadar ne selefinden ne de kendisinden, Statü'nün 41. maddesi çerçevesinde verilen ara kararların hukuki etkilerini belirlemesinin talep edilmediğini vurgulamıştır⁸²⁰. Divan, 41. maddeyi Fransızca metinden değerlendirmiş ve bu madde kapsamındaki tedbirlerin “alınması gereken” (*doivent être prises*) tedbirler olduğunu hatırlatarak, buradaki “tayin etme” (*l'indication*) fiilinin, “alınması gereken” ifadesine atfedilmesi gereken emrediciliği değil; söz konusu tedbirin emrediciliğini ifade ettiğini tespit etmiştir⁸²¹.

Bu hususta doktrin ikiye ayrılmaktadır. Bir kısım yazarlar, tarihi gerekçelere dayanarak devletlerin ortak ve ilgili konuya ilişkin spesifik rızaları olmaksızın egemenliklerine getirilecek sınırlamaları reddetmektedirler⁸²². Oysa yargı kararları, etkili olabilmeleri için verilen kararlardır ve devletler Divan'ı yetkilendirirken, aralarındaki uyuşmazlığı nihai olarak çözüme ulaştıracak bağlayıcı bir karar alması için bu yetkiyi vermektedirler. Nihai karar verildiğinde, ortada korunacak bir çıkar kalmamışsa, mahkeme de uyuşmazlığı çözememiş demektir. Bu nedenle Divan'a verilen yetkinin, Divan'ın gerekli gördüğünde vereceği geçici tedbir kararlarının bağlayıcı gücünü rıza göstermeyi de içerdiğini kabul etmek gerekmektedir⁸²³. Bağlayıcı geçici tedbirlere hükmedemeyecek olan yargı organı, ya tarafların kurucu belgede geçici tedbire hükmetmesini açıkça engelledikleri yargı organıdır ya da herhangi bir nedenle hiçbir bağlayıcı karara hükmetme yetkisi olmayan yargı organıdır. Kurucu belgesinde yargı organının geçici tedbire hükmetme yetkisi ya da geçici tedbirin bağlayıcılığı sorunu ile ilgili

⁸¹⁹ ICJ, *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, Order of 5 July 1951, Request for the indication of interim measures of protection, s. 115.

⁸²⁰ ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, s. 501, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=04&case=104&code=gus&p3=4> (son erişim: 10.08.2013).

⁸²¹ ICJ, *La Grand (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, s. 502.

⁸²² OELLERS-FRAHM, 2011, s. 1285.

⁸²³ Aynı yönde bkz. ROSENNE, 1961, s. 125.

herhangi hüküm olmayan uluslararası yargı organları ise geçici tedbire hükmetme yetkisini haizdir ve vereceği geçici tedbir kararları taraflar bakımından bağlayıcı niteliktedir.

Ancak hakem mahkemesi uygulamalarında, özellikle de *ad-hoc* mahkeme yargılamalarında, geçici tedbirlere riayet edilip edilmediğinin denetlenmesi ve bu konuda yaptırım uygulanması ihtimali –taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa- bulunmamaktadır. Örneğin İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi tarafından, başka yargı yeri önündeki paralel işlemlerin askıya alınması kararlarının uygulanması, söz konusu yargı yeri hakkında bilgiye ulaşmanın mümkün olmaması nedeniyle kolay olmamıştır. Bazı İran yerel mahkemeleri, Hakem Mahkemesi'nin geçici tedbir kararına rağmen usul işlemlerine devam etmişler ve hatta hüküm vermişlerdir. ABD'li bir şirket ile İran hükümeti arasındaki bir davada, Hakem Mahkemesi verdiği geçici tedbir kararında, İran hükümetinin, davacı ABD şirketine karşı İran yerel mahkemeleri önünde açılmış davaları askıya almasına hükmetmiş⁸²⁴; daha sonradan bu kararı hatırlatan bir ara karar daha almıştır⁸²⁵. Bu ikincisinde Mahkeme, İran yerel mahkemesinin çağırdığı tanıkların, bu Mahkeme tarafından da dinleneceği için işlemlerin askıya alınmasını ve İran hükümetinin bu konuda Mahkeme'ye düzenli olarak bilgi vermesini istemiştir⁸²⁶. Hakem Mahkemesi başka bir kararında, her ne kadar bir başka yargı yeri önündeki işlemlerin dondurulması için herhangi bir icrai yetki kullanamamakla beraber, bu yargı yerlerinin, geçici tedbir kararına rağmen vereceği kararların hukuki etkiden yoksun olacağını bildirmiştir⁸²⁷.

Hakem mahkemelerinin yapısı gereği, geçici tedbir kararlarının icrasını sağlayacak bir mekanizma bulunmamaktadır. Yargı kararlarını yerine getirecek hukuk sistemlerinin desteği olmadığında, kararların icrası konusunda inisiyatif devletlerin kendisine kalmakta, devletlerden, ahde vefa kuralı gereği, uluslararası

⁸²⁴ The Government of the United States of America (on behalf and for the benefit of Tadjer-Cohen Associates Incorporated, Claimant, v. The Islamic Republic of Iran, Respondent, Case No. 12118, Chamber Three, Award No. ITM 56-12118-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed November 11, 1985.

⁸²⁵ Order of 24 May 1988, Tadjer-Cohen Associates Inc. and The Islamic Republic of Iran, Case No. 12118, Chamber Three.

⁸²⁶ Order of 24 May 1988, Tadjer-Cohen Associates Inc. and The Islamic Republic of Iran, Case No. 12118, Chamber Three.

⁸²⁷ Watkins Johnson Company v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 370, Chamber One, Award No. 429-370-1, Iran-United States Claims Tribunal, Filed July 28, 1989.

andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeleri beklenmektedir ki bunun da tarafların, mevcut hakem mahkemesini ne derece destekledikleri ile ilgili bir husus olduğu düşünülmektedir.

Hiç şüphesiz geçici tedbir kararlarının yerine getirilmemesi, devletin sorumluluğuna neden olacak şekilde uluslararası hukukun ihlali anlamına gelecektir. Ancak uygulamada bir devletin geçici tedbirlere riayet etmekteki isteksizliğinin kesin hukuki sonuçlara bağlanabildiğini söyleyemeyiz. Elbette davaya bakan mahkeme, geçici tedbir kararına uymayan tarafın bu davranışını, nihai kararını verirken göz önünde tutarak tazminata hükmedebilecektir⁸²⁸. Ancak geçici tedbirlerin zorla uygulanma kabiliyeti, nihai kararların icra kabiliyetinden daha sınırlıdır. Zira geçici tedbirlerin etkisi, nihai kararın tefhimi ile birlikte sona ermektedir⁸²⁹. Ayrıca bilindiği üzere, uluslararası kamu hukuku sistemi içerisinde, icrai nitelikte tedbirler büyük ölçüde, uluslararası hukukun ihlalinin, uluslararası barış ve güvenliği bozduğu ya da tehdit ettiği hallerde söz konusu olabilmektedir.

Uluslararası hukukta, geçici tedbirlerin icra kabiliyetinin güvence altına alınamaması, büyük ölçüde uluslararası hukukun henüz olgunlaşmamış olan icra yeteneği kusurundan kaynaklanmaktadır. Uluslararası yargı geliştikçe, uluslararası yargı organlarına başvurmak tıpkı ulusal hukukta olduğu gibi olağan bir yöntem halinde geldikçe, geçici tedbir kararlarının icra edilebilirliğinin güvence altına alınacağı düşünülmektedir. Neticede bugünkü uluslararası hukukta yargısal yöntemler halen istisnai yöntemlerdir ve çoğu zaman dostane ilişkileri zayıflamış olan devletler tarafından tercih edilmektedir.

Son olarak, uluslararası toplum, geçici tedbirlerin bağlayıcı gücü de dahil olmak üzere, prensipte barışçıl çözüm yollarının etkin olabilmesinin gereklerini kabul etmeye hazır görünmekle birlikte, her devlet aynı yönde hareket etmemektedir. Yine de devletler, diğer devletlerin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda hak iddia edebilmek için bu tedbirlere uymak eğilimindedirler. Diğer yandan bu durum elbette uluslararası yargı organlarının, uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde, bağlayıcı bir yöntem olarak geçici tedbirlere başvurma sıklığı ve usulü ile de yakından ilgilidir. Geçici tedbir

⁸²⁸ CARON, 1986, s. 513.

⁸²⁹ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 540.

kararlarının bağlayıcılığı ve bu bağlayıcılığın meşruluğu, başvuruldukça kabul görecektir.

V. Karşı Dava

A. “Karşı Dava” (*Counterclaim*) Kavramı

“Karşı dava” kavramının kabul gören evrensel bir tanımı bulunmamakla beraber, genellikle “Davalı tarafından, davacının davasına karşı veya ondan mahsup edilmek üzere sunulan dava”⁸³⁰ ya da “Diğer tarafça ileri sürülen bir eylemi, bertaraf etmeye elverişli bir karşı dava” olarak açıklanmaktadır. Bu ikinci tanıma göre, karşı davanın bir savunma olması gerekmemekle, ancak davacıya karşı, bağımsız bir eylemle temellendirilebilecek esasa ilişkin bir dava olmalıdır. Eğer karşı dava, sürmekte olan eylemi bertaraf etmeye uygunsa, davaya bakan yargıç, hem asıl dava hem de karşı dava hakkında karar verecektir. Aksi halde karşı dava bertaraf edilecektir⁸³¹.

Uluslararası hukuk alanında üzerinde kesin olarak fikir birliğine varılan belirli bir tanım bulunmamakla beraber, uluslararası mahkemelerin karşı dava konusundaki uygulamaları, büyük ölçüde tutarlılık göstermektedir⁸³². Karşı dava, esasında bir usul hukuku kurumu olmakla birlikte, uluslararası yargı organları tarafından da kabul edilmekte ve bu kurum, iki ayrı hukuk alanı arasındaki teorideki ve uygulamadaki bağlantıyı oluşturmaktadır⁸³³. Ancak Lauterpacht’e

⁸³⁰ **Black’s Law Dictionary**, 5th Edition, 1979, s. 315.

⁸³¹ **The Oxford Companion to Law**, Edited by D.M. Walker, 1980, s. 298.

⁸³² USAD ve UAD’nin karşı davaya ilişkin uygulamaları konusunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Shabtai ROSENNE, “*Counter-Claims in the International Court of Justice Revisited*” in **Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José Maria Ruda**, C.A. Armas Barea et al. (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 2000, s. 457-477.

⁸³³ Yargıç Arnold McNair’ın Güney Afrika’nın Uluslararası Statüsü davasındaki görüşü şöyledir: “Bir uluslararası mahkemenin, amacı ve terminolojisi bakımından özel hukuk kurumlarını anımsatan yeni bir hukuk kurumu ile karşılaştığında görevi ne olmalıdır? Hangi ölçüde özel hukuk sistemlerine ait kurumlardan yararlanılmalıdır? Uluslararası hukuk gelişmeye, kendi kurallarını düzenlemeye ve bunu yaparken de özel hukuk kurumlarından alıntı yapmaya devam etmektedir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38/1(c) maddesi, bu gelişim sürecinin devam ettiğine tanıklık etmektedir. Uluslararası hukukun, özel hukuk kurumlarından alıntı yapma yöntemi, zaten hazırlanmış ve tam donanımlı kuralların başından sonuna alınması şeklinde gerçekleşmemektedir. Zira böyle bir süreci, “hukukun genel ilkelerine” başvuru ile bağdaştırmak çok kolay değildir. Benim görüşüme göre, uluslararası mahkemelerin bu bakımdan görevi, özel hukuk kuralları ve kurumlarını anımsatan her türlü kural ve terminolojiyi doğrudan benimsemekten ziyade, politika ve ilkelerin göstergesi olarak dikkate almaktır...”. *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion of June 11, 1950, ICJ Reports 1950, s. 128-148, <http://www.icj->

göre, uluslararası kamu hukuku ile özel hukuk arasında kurulacak benzerlik ve bağlantının bazı sınırları olmalıdır. Öncelikle bu bağlantı, belirli bir iç hukuk sistemine özgü kavramlarla ilişki içerisinde kurulamayabilir; aynı zamanda, her devletlerarası ilişkinin özel hukukta karşılığı olmayabilir. Diğer yandan, uluslararası hukukun yeterli bir temel temin edebildiği durumlarda özel hukuk düzenlemelerinden yardım almaya gerek bulunmamaktadır. Ancak evrensel zorunlu yargı yetkisini haiz bir uluslararası yargı organının ve uluslararası toplumda hukuku icra edecek merkezi bir gücün bulunmaması, uluslararası hukukun mevcut kurallarını gerçek anlamından saptırmaksızın belirli analogiler yapmayı mümkün kılmamaktadır⁸³⁴. Bu anlamda karşı dava, Lauterpacht tarafından, “özel hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki bağlantı noktalarından biri” olarak tanımlanmakta ve geleneksel uluslararası hukuk ilişkilerinin, analogi yoluyla özel hukuk kavramına (*conception*) dönüştüğü durumlar da bu tanımın içine alınmaktadır. Özellikle karşı dava, uluslararası yargı organlarının özel hukuk kişileri arasındaki tahkimde, usul kurallarının bir parçasını oluşturmaktadır⁸³⁵. Bu anlamda karşı dava hakkı, kural olarak kesin hüküm, tarafların eşitliği ya da delillerin ispat gücü gibi yokluğunda bir uluslararası mahkemenin çalışmasını imkansız hale getirecek türden vazgeçilmez usul gerekliliği değildir. Ancak karşı davanın, uluslararası alanda usul kuralları metinlerine dahil olmaya başlaması, uluslararası hukuk-iç hukuk bağlantılarına izin verildiğini göstermektedir.

Karşı davanın, savunmadan ayrıldığı nokta, karşı dava açan davalının, davacının dava ve tazminat hakkını reddetmemesidir. Onun yerine karşı dava, bütün olarak ya da takas (*offset*) amacıyla, davacının asıl davasına karşı olarak bir dava açılmasıdır⁸³⁶. Karşı dava, bir kerede ileri sürülen birden fazla iddiayı koordineli bir biçimde ele alırken, yargısal etkinliğin sağlanmasını da temin eden hukuki bir araçtır. Davanın ve karşı davanın aynı anda görülmesi, birbirine uyumlu sonuçların doğmasına neden olacaktır. Oysa davaların ayrı ayrı görülmesi halinde, iki taraf açısından doğacak sonuçların, birbiri ile uyumlu olup olmayacağı

cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=30&case=10&code=sswa&p3=4 (son erişim: 15.08.2013).

⁸³⁴ Sir Herch LAUTERPACHT, **Private Law Sources and Analogies of International Law**, The Law Book Exchange Union, London, 1927, s. 84-87.

⁸³⁵ LAUTERPACHT, 1975, s. 173, 174.

⁸³⁶ Alison Dundes RENTELN, “*Encountering Counterclaims*”, **Denv. J. Int'l L. & Pol'y**, 1986-87, Vol. 15, s. 380.

önceden tahmin edilemeyecektir. Ayrıca karşı dava, ikinci bir bağımsız dava olarak açılması halinde ortaya çıkacak olan ekonomik yükten de tarafları ve mahkemeyi kurtarmaktadır. Karşı davanın açılması, ek olayların ve hukuki yükümlülüklerin mahkemeye taşınmasını temin ettiğinden, adalete de hizmet etmektedir⁸³⁷.

Kısaca karşı davalar, iç hukuk sistemlerinin pek çoğunda kabul edilen, muhakeme süreci içerisinde davalıya sunulan bir haktır. Böylece davalı, aynı davanın muhakemesi sürecinde davacıya karşı iddiada bulunabilme ve kendi iddialarını ileri sürebilme fırsatına sahip olmaktadır. Karşı iddialar ulusal hukuk sistemlerinde genellikle iki koşulun yerine getirilmiş olmasına bağlı olarak kabul edilmektedir. Bunlar, karşı iddianın, asıl davaya bakan mahkemenin yargı yetkisi içinde kalması ve ikinci olarak, karşı iddianın asıl dava konusuna ilişkin (bağılantılı) olmasıdır⁸³⁸.

B. Takas (*settoff*) ve Karşı Dava (*counterclaim*)

Davalının, kendisine açılan dava karşısında üç şekilde hareket etme imkanı bulunmaktadır. Davalı, kendisine yöneltilen iddiaları reddeden bir savunma verebilecek; karşı dava açabilecek veyahut savunmasında takas (*setoff*) talebinde bulunabilecektir⁸³⁹.

İç hukuk yollarında davalı, ancak karşı dava konusu, asıl dava konusuna ilişkin olduğu takdirde, karşı dava açabilmektedir. Ayrıca her iki davanın da birbirini karşısında tazmin edilebilir nitelikte olması gerekmekte; veyahut asıl davanın sonucu için hayati olan bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olmadığını belirlemek amacıyla sunulması gerekmektedir. Bu yüzden üç tür karşı dava bulunmaktadır: Davacının asıl davası ile bağılantılı karşı davalar; karşılıklı yükümlülüklerin tazmin edilmesini amaçlayan karşı davalar ve mahkemeden belirli bir arızı husus konusunda hüküm vermesini talep eden arızı karşı davalar⁸⁴⁰. Takas amaçlı karşı davalar da aynı amacı gütmektedir. Çoğu davada davalı, davacının, iddiasının

⁸³⁷ RENTELN, 1986-87, s. 391.

⁸³⁸ Constantine ANTONOPOULOS, *Counterclaims Before the International Court of Justice*, Springer, Netherlands, 2011, s. 1.

⁸³⁹ Vladimir PAVIC, “*Counterclaim and Set-off in International Commercial Arbitration*”, *Annals International Edition*, 2006, s. 102.

⁸⁴⁰ PAVIC, 2006, s. 103.

varlığına itiraz etmemekle birlikte, kendisinin davacıya karşı ileri sürdüğü tazminat nedeniyle, davacının tazminatının ödenmiş olduğunu iddia etmektedir. Böylece davalar, borçlunun tek taraflı irade beyanının bir sonucu olarak en başından (*ex tunc*) sona ermekte ve bu beyana ilişkin herhangi bir şekil şartı da bulunmamaktadır⁸⁴¹. Diğer yandan takas savunması, elbette bir hukuk yolu içerisinde hareket edildiğinden, asıl davanın nihai talebinin, takas ile karşılanmış sayılabilmesi için mahkemenin bu yönde bir kararı gerekmemekte, sırf takas savunması, asıl davayı sona erdirmemektedir.

Altında yatan niyet aynı da olsa, takas talebinde bulunabilmenin koşulları ile karşı dava açabilmenin koşulları farklıdır. Karşı dava açan taraf, davacıya karşı, asıl davadan bağımsız bir giderim elde etmek amacıyla harekete geçmeye karar vermişken; takas savunmasında asıl dava miktarından mahsup edilecek bir alacakla tam ya da kısmi takas amaçlanmaktadır. Bu durum elbette asıl davanın tamamen sona ermesi sonucunu da doğurabilecektir⁸⁴². Her ne kadar 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları, takas ve karşı dava arasındaki ayrıma vurgu yapılmaksızın kaleme alınmış olsa da⁸⁴³, hazırlık çalışmalarına bakıldığında, iki kavram arasındaki farka değinildiği görülmektedir⁸⁴⁴. Geçerli bir karşı dava, asıl dava geri alınsa veya karara bağlansa bile varlığını sürdürmeye devam edebilecektir. Oysa takas, bir savunma argümanıdır ve asıl davadan mahsup

⁸⁴¹ Klaus Peter BERGER, “Set-off in International Economic Arbitration”, **Arbitration International**, Vol. 15, 1999, s. 55-56.

⁸⁴² POUDRET/ BESSON, 2007, s. 275.

⁸⁴³ 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın 21/3. maddesine göre, “Savunma dilekçesinde veya tahkim yargılamasının daha sonraki bir aşamasında hakem mahkemesinin, gecikmenin haklı nedenlere dayandığını kabul etmesi halinde, davalı, hakem mahkemesinin yargı yetkisi kapsamındaki karşı dava veya takas amacıyla karşı iddia ileri sürebilecektir”.

⁸⁴⁴ UNCITRAL Kuralları’nın hazırlık çalışmalarında, bir hakem mahkemesinin, ancak yargı yetkisi kapsamında bulunan karşı dava veya takas taleplerini değerlendirebileceğine ilişkin açık bir hüküm eklenmesi teklif edilmiştir. Ancak bu hususun, bu Kurallar ile yargı yetkisi, karşı dava ve takasa ilişkin hukuk kuralları arasındaki uyumluluk sorununu daha da karmaşık hale getireceği kanısına varılmıştır. Dolayısıyla, Kurallar içerisinde, karşı dava ve takas konusunda yargı yetkisine ilişkin olarak herhangi bir hüküm bulunmaksızın, bu konuyu hakem mahkemesinin kararına bırakmak uygun görülmüştür. Karşı davalar meselesine ilişkin daha açık hükümler yer alması hususunda öneriler dile getirilmiş; ancak Çalışma Grubu, bir ödeme şekli olarak takasın işlevinin karşı davadan farklı olduğu ve bu bakımdan bu ikisine uygulanacak hukuk kurallarının da farklı olduğunu belirtmiştir. United Nations Commission on International Trade Law (A/CN.9/614), Fortieth session, Vienna, 25 June-12 July 2007, Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-fifth session (Vienna, 11-15 September 2006), parag. 95.

edilmektedir. Bu anlamda karşı davanın miktarı, asıl dava miktarını geçebilecekken, takas miktarı asıl dava miktarını geçemeyecektir⁸⁴⁵.

Davalının, karşı dava ya da takas arasında yapacağı seçim, mahkemenin değerlendirmesi açısından tamamen farklı sonuçlara neden olacaktır. Takas bir savunma aracı olarak, her zaman davacının nihai talebinin içinde kalacaktır. Bu yüzden de mahkeme, ancak davasının nihai talebinin kısmen ya da tamamen gerçekleşmesi halinde takas talebini inceleyecektir. Her türlü takas talebinin miktarı, azami, davacının talep miktarına kadar varabilecek, bu miktarı geçen kısmı, ancak karşı dava olarak incelenebilecek ya da davalı bu konuda başka hukuk yollarına başvurmak durumunda kalacaktır⁸⁴⁶.

Mahkeme, davacının nihai talebini reddetse de, karşı davayı karara bağlayabilecektir. Ancak aynı durumda takas taleplerini incelemeyecektir. Aynı şekilde, davalının nihai talebi, davacınınkini aşarsa, karşı dava olarak ileri sürülmesi halinde mahkemece kendi bütünlüğü içerisinde incelenecektir. Oysa davalının takas talebinin miktarı, davacının nihai talep miktarını aşıyorsa, mahkeme davacının nihai talebinin gerçekleştiğine karar vermiş olsa bile, aşan miktarı değerlendirme dışı bırakacaktır⁸⁴⁷.

C. Karşı Davanın Koşulları

Karşı davaların, kabul edilebilmeleri için asıl davaya ilişkin olmaları gerekmektedir. Bu nedenle asıl dava olmaksızın karşı dava da olamayacaktır⁸⁴⁸. UAD'nin 1978 tarihli Mahkeme Kuralları da tıpkı selefi gibi karşı davaları, cevap dilekçesi (*counter memorial*) içinde sunulması, asıl dava konusu ile ilişkili olması ve Divan'ın yargı yetkisi içinde kalması koşullarına bağlı olarak kabul etmektedir⁸⁴⁹. Burada Divan, asıl dava ile ilgisi olmadığı kanısına vardığı bir karşı

⁸⁴⁵ BERGER, 1999, s. 60. Aynı yönde bkz. Alberto FORTUN, “Set-offs are not Counterclaims in International Arbitration” in **Bernardo Cremades, Liber Amicorum**, Wolters Kluwer Espana, 2010, Madrid, s. 453-454.

⁸⁴⁶ BERGER, 1999, s. 60; PAVIC, 2006, s. 104.

⁸⁴⁷ PAVIC, 2006, s. 104.

⁸⁴⁸ Bradley LARSCHAN/ Guive MIRFENDERESKI, “The Status of Counterclaims in International Law, With Particular Reference to International Arbitration Involving a Private Party and a Foreign State”, **Denv. J. Int'l L. & Pol'y**, Vol. 15, 1986-1987, s. 13.

⁸⁴⁹ UAD Muhakeme Kuralları'nın 80. maddesine göre, “1. Karşı dava, doğrudan karşı tarafın dava konusu ile bağlantılı olması ve Divan'ın yargı yetkisi içinde kalması koşuluyla sunulabilir; 2. Karşı dava, bunu sunan tarafın cevap dilekçesi (counter-memorial) içinde sunulmalı ve aynı tarafın

davayı, mevcut dava ile birleştirip birleştirmeme konusunda takdir yetkisini kullanacaktır. Eğer Divan, bu anlamda devletin karşı davasını redederse, davalı devlet bağımsız bir dava açabilecektir. Elbette bu durumda, açılan bağımsız dava için de tarafların Divan'ın yargı yetkisini tanıması gerekecektir⁸⁵⁰.

sunumlarının (*submissions*) bir parçası olarak ileri sürülmelidir; 3. Karşı dava ile asıl dava konusu arasındaki bağlantının tespiti konusunda şüpheye düşülmesi halinde Divan, tarafları dinledikten sonra, karşı davanın asıl muhakemeye dahil edilip edilmemesi konusunda karar verecektir". Karşı davanın Divan'ın yargı yetkisi içinde kalması ve asıl dava konusu ile doğrudan bağlantılı olması konusunda, İran ve ABD arasındaki 1992 tarihli Oil Platforms davasına da değinilebilir. Bu davada ilk itirazlar aşamasında ABD, Divan'ın yargı yetkisine itiraz etmiş ve Divan bu davada yargı yetkisi bulunduğu karar vermiştir. Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 12 December 1996, Preliminary Objection, s. 21, parag. 53, <http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=3&k=0a&case=90&code=op&p3=4> (son erişim: 12.06.2013). Zira dava iki devlet arasındaki Dostluk Andlaşması'nın uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmü çerçevesinde açılmıştır (Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the United States and Iran, signed in Tehran on August 15, 1955, U.N.T.S., Vol. 284, s. 93, article XXI/2). Esasa geçildiğinde ise ABD cevap dilekçesinde iki talepte bulunmuştur. İlkinde Divan'dan İran'ın iddialarının reddini istemiş ve ikincisinde, karşı dava olarak –tıpkı İran'ın dava dilekçesinde sunduğu argümanlara benzer şekilde- İran'ın 1955 Andlaşması'nı ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İran bu karşı davanın kabul edilebilirliğine itiraz etmiştir. Divan'a göre, karşı dava içerisinde İran'ın gerçekleştirdiği ileri sürülen ihlal fiilleri, Divan'ın yargı yetkisi içinde kalmaktadır ve Divan'ın, söz konusu faaliyetler, 1955 Andlaşması'nın güvence altına aldığı özgürlüklere hâlel getirecek nitelikte olması nedeniyle, bu karşı davayı değerlendirmeye almak konusunda yargı yetkisi bulunmaktadır. Divan kararında, "doğrudan bağlantılı" unsuruna ilişkin açıklamalarda bulunmuştur.

⁸⁵⁰ ICJ, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Order of 24 December 1979, Fixing of time-limits: Memorial and Counter-Memorial Reports, 1979, s. 24, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c9&case=64&code=usir&p3=3> (son erişim: 12.06.2013). Divan, karşı davanın cevap argümanları içinde sunulması gerekliliğini sıkı bir şekilde uygulamaktadır. 1979 tarihli United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran davasının geçici tedbire hükmedilmesi aşamasında, İran, ABD tarafından yürütülen bazı hukuka aykırı faaliyetlerin, Tahran Elçilik personelinin tutuklanması ile yakın bir bağlantısı olduğunu iddia ettiğinde Divan, Muhakeme Kuralları ve Divan Statüsü çerçevesinde İran'a, bu faaliyetler hakkında cevap dilekçesi içinde veya karşı-dava olarak argümanlarını sunmak için fırsat verildiğini hatırlatmıştır. Divan'a göre İran, bu sürece katılmayarak, kendi isteğiyle argümanlarını sunmaktan kendisini mahrum bırakmıştır. İran hükümetinin, daha sonradan, mutad yazılı aşamanın dışında, Divan'a bir bildirim göndererek bu argümanları sunması karşı dava olarak değerlendirilemeyecektir. Bu nedenle Divan bu bildirimi Muhakeme Kuralları'nın 74/3. maddesinin ikinci cümlesi çerçevesinde değerlendirebilecektir. ICJ, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Order of 15 December 1979, Request for the indication of Provisional Measures, s. 12, parag. 24. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Nasih Sarp ERGÜVEN, "Uluslararası Hukukta Diplomatik Ayrıcalıklar ve ABD'nin Tahran'daki Diploması Temsilcileri ile Konsolosluk Görevlileri Davası", **Prof. Erdal Onar'a Armağan**, I. Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s. 703 vd. Muhakeme Kuralları'nın 74/3. maddesine göre, "Divan veya Mahkeme henüz oluşmamışsa Başkan, duruşma tarihlerini taraflara, iddia ve savunmalarını sunmak imkanı verecek belirleyecektir". Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Order of 10 March 1998, Counter-claim, s. 14-19, parag. 23-39. Divan'a göre, her iki tarafın argümanları ve iddiaları, aynı dönemde Körfez'de yaşanan olaylara ilişkin olduğundan, aynı fiili durumun bir parçasını oluşturan ve aynı nitelikteki olaylara dayanmaktadır. Ayrıca her iki taraf da aynı hukuki amaca yönelmiş, 1955 Andlaşması'nın ihlalden kaynaklanan sorumluluğa hükmedilmesini talep etmişlerdir. Bu nedenle Divan'a göre ABD'nin karşı davası, asıl dava konusu ile tam ve doğrudan

Devletlerarası tahkim kurallarında ise doğrudan karşı davaya uygulanacak usul hükümleri bulunmamaktadır. Örneğin Uluslararası Hukuk Komisyonu Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları, karşı dava ile ilgili doğrudan bir hüküm içermemektedir. UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda ise, çeşitli hükümlerde karşı davalardan bahsedilmekte ve karşı davalar, yargı yetkisi, süre sınırlaması ya da iddia ve savunmanın değiştirilmesi ile ilgili asıl davanın tabi olduğu hükümlere tabi kılınmakta; karşı dava açılabilmesi için herhangi bir koşuldan bahsedilmemektedir⁸⁵¹. Daimi Tahkim Divanı'nın Seçimlik Kuralları'na göre ise, savunma dilekçesi içinde veya hakem mahkemesinin gecikmenin haklı sebeplere dayandığını saptaması halinde tahkim sürecinin daha sonraki bir aşamasında, davalı, takas (*setoff*) amacıyla, aynı anlaşmadan ya da belgeden kaynaklanan karşı dava açabilecektir⁸⁵².

Uygulamaya bakıldığında ise, devletler ya da özel hukuk kişileri arasındaki tahkim yargılamalarında ve diğer uluslararası mahkemelerde karşı davaya, taraflar arasındaki anlaşma ya da söz konusu yargı organının kurucu belgesi aksini öngörmedikçe, asıl davaya ilişkin olduğu ve mahkemenin yargı yetkisi içinde kaldığı sürece izin verilmektedir⁸⁵³. Ancak hakem mahkemeleri, karşı davanın, asıl dava ile bağlantılı olma kriteri hakkındaki değerlendirmelerini, aşağıda örneklerini inceleyeceğimiz üzere, taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasına dayandırarak saptamaktadırlar⁸⁵⁴.

Bu konudaki ilk tahkim uygulaması olan İtalya ve Fransa arasındaki 1912 tarihli *Manouba* davasında, taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasında karşı davaların kabul edilebilirliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İtalyan deniz donanmasının, Fransa'ya ait bir gemiye el koyarak konvoyu Cagliari'e yönlendirmek suretiyle uluslararası hukuku ihlal ettiği ve Fransız

bir bağlantı içindedir ve yargı yetkisi kapsamında kalarak Muhakeme Kuralları'nın 80/1. maddesinin gerekliliklerini verine getirmektedir. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Order of 10 March 1998, Counter-claim, s. 17, parag. 32.

⁸⁵¹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 21/3, article 22.

⁸⁵² 1992 PCA Arbitration Rules, article 19/3, 21/3.

⁸⁵³ LARSHAN/ MIRFENDERESK, 1986-1987, s. 33. Aynı yönde bkz. Andrea Marco STEINGRUBER, **Consent in International Arbitration**, 2012, Oxford University Press, Oxford, parag. 7/24-7.26; ALDRICH, 1996, s. 113; Ali Z. MAROSSİ, "Iran- United States Claims Tribunal, Claims, Counterclaims, Dual Nationality and Enforcement", **J. Int'l. Arb.**, Vol. 23(6), 2006, s. 503-504.

⁸⁵⁴ LARSHAN/ MIRFENDERESKİ, 1986-1987, s s. 34.

vatandaşların zararına neden olduğu iddiasıyla açılan davada Hakem Mahkemesi, bu olaylar sırasında İtalya'nın Cagliari'de 29 Türk yolcuğu tutuklaması ve Manouba'nın yoluna güvenli şekilde devam edebilmesini sağlarken yapmak zorunda kaldığı harcamalar için karşı dava açmasına izin vermiş ve karşı dava miktarını, İtalya aleyhine hükmedilecek tazminat miktarından mahsup etmiştir⁸⁵⁵.

BMDHS'nin 15. bölümü ve Ek VII çerçevesinde yürütülen, tarafların Münhasır Ekonomik Bölgelerinin ve Kıta Sahanlıklarının belirlenmesine ilişkin Barbados ve Trinidad Tobago davasında⁸⁵⁶, Trinidad Tobago, cevap dilekçesinde Hakem Mahkemesi'nden, tarafların kıta sahanlarının, kıta sahanlığının ölçülmeye başlandığı ana hattan, 200 mili geçen kısmının, dış sınıra olan mesafesini tespit etmesini istemiştir⁸⁵⁷. Barbados hükümeti, bu talebin, Hakem Mahkemesi'nin yargı yetkisi dışında kaldığı gerekçesiyle itirazda bulunmuştur. 11 Nisan 2006 tarihli hükmünde Mahkeme, Trinidad Tobago'nun talebini değerlendirerek, 200 mili geçen kıta sahanlığının belirlenmesi hususunun yargı yetkisi içinde olduğuna karar vermiştir. Zira Mahkeme'ye göre, her halükarda hukuken tek bir kıta sahanlığı bulunmaktadır⁸⁵⁸. Kısaca hakem mahkemesi, karşı davanın asıl davaya ilişkin olup olmadığının tespitinde, "asıl dava konusunu" belirleyerek aradaki bağlantıyı değerlendirmektedir. Zaten bir iddianın asıl dava konusu ile bağlantılı olması, esas bakımından davayı mahkemenin yargı yetkisi kapsamına sokmaktadır.

Başka bir örnek, 2007 tarihli *Guyana-Suriname* davasıdır⁸⁵⁹. Bu davada devletler, aralarındaki deniz sınırlarının belirlenmesi için BMDHS'nin 287. maddesi ve Ek VII çerçevesinde Hakem Mahkemesi oluşturulmuştur. Guyana hükümetine göre, Suriname hükümeti, ülke bağımsızlığına ve toprak bütünlüğüne, vatandaşlarına, yetkililerine ve uyumsuzluk konusu deniz alanı üzerindeki tasarruf haklarına karşı kuvvet kullanmak, kuvvet tehdidinde bulunmak suretiyle BMDHS'den, BM Şartı'ndan ve genel uluslararası hukuktan kaynaklanan

⁸⁵⁵ PCA, Manouba Case (France v. İtaly) Award of 6 May 1912, s. 7, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029 (son erişim: 10.07.2013).

⁸⁵⁶ PCA, Barnados v. Republic of Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1152 (son erişim: 10.07.2013).

⁸⁵⁷ PCA, Barnados v. Republic of Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, s. 58, parag. 187.

⁸⁵⁸ PCA, Barnados v. Republic of Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, s. 65-66, parag. 213.

⁸⁵⁹ PCA, Guyana and Suriname, Award of 17 September 2007, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1147 (son erişim: 12.07.2013).

yükümlülüklerini ihlal etmiştir. Suriname hükümeti, bu iddialara karşı, iddiaların Mahkeme'nin yargı yetkisi dışında kaldığı gerekçesiyle itiraz etmiş ancak Mahkeme, aynı Sözleşme'nin 293/1. maddesi gereği yargı yetkisi bulunduğu karar vermiştir⁸⁶⁰. Bunun üzerine Suriname, bu uyuşmazlığın tahkime götürülemeyeceğini, zira BMDHS'nin 283. maddesi gereği Guyana'nın kendisini, iddia ettiği ihlal nedeniyle sorumluluğunu iddia edebilmesi için bildirimde bulunması gerektiğini iddia etmiş ve bu iddia da Mahkeme'ce reddedilmiştir⁸⁶¹. Bu davada aslında ileri sürülen iddia, gerçekten de yargılama konusu olan, “iki devlet arasındaki deniz sınırlarının belirlenmesi” çerçevesi dışında kalmaktadır. Mahkeme'nin Usul Kuralları, karşı iddiaya ilişkin bir hüküm içermemektedir. Guyana'nın kuvvet kullanmaya ilişkin iddiaları da, uyuşmazlık konusunu dışında, ek iddia olarak Mahkeme'ye sunulmuştur. Bu noktada Mahkeme, uyuşmazlık konusuna ve yargı yetkisinin kapsamına ilişkin gerekliliklerini göstermektedir. Zira Mahkeme'ye göre, kuvvet kullanımına ilişkin iddialar BMDHS değil, Şart'ın 2/4. maddesi kapsamına girmektedir. Ancak BMDHS'nin hiçbir hükmü, uyuşmazlık konusu deniz alanında, kuvvet kullanımı ya da kuvvet tehdidine ilişkin iddiaların, yargı yetkisi dışında kalacağını belirtmemektedir⁸⁶². Neticede bu iddiaların ileri sürüldüğü uyuşmazlık konusu alan deniz alanıdır ve BMDHS ve dolayısıyla Mahkeme'nin yetkisi kapsamındadır.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesini kuran Çözüm Bildirisi'nin II/1. maddesine göre, “*İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, ABD vatandaşlarının İran'a yöneltilmiş davaları ve İran vatandaşlarının ABD'ye yöneltilmiş karşı davaları ve bir vatandaşın iddiasının konusunu oluşturan aynı sözleşme, hukuki işlem veya vakıadan kaynaklanan her türlü karşı dava, herhangi bir yargı organı önünde dava açılmış olsa dahi, bu anlaşma zamanında çözülmemiş dava ya da karşı davalar ve (banka kredileri ya da teminat mektuplarına konu olan hukuki işlemler de dahil olmak üzere) sözleşmelerden kaynaklanan borçlar, kamulaştırmalar ve mülkiyet haklarını etkileyen diğer tedbirlerden kaynaklanan*

⁸⁶⁰ 1982 BMDHS'nin 293/1 maddesine göre, “Bu bölüme göre yetkili olan bir mahkeme veya yargı yeri, bu Sözleşme'yi ve milletlerarası hukukun bu Sözleşme ile bağdaşmazlık etmeyen diğer kurallarını uygulayacaktır”. Guyana and Suriname, Award of 17 September 2007, s. 131-132, parag. 403-406.

⁸⁶¹ Guyana and Suriname, Award of 17 September 2007, s. 133-139.

⁸⁶² Guyana and Suriname, Award of 17 September 2007, s. 139, parag. 423.

her türlü dava ve karşı davalar hakkında karar vermek amacıyla kurulmuştur. 19 Ocak 1981 tarihli Cezayir Bildirisi'nin⁸⁶³ 11. paragrafında tanımlanan iddialar, bu paragrafta tanımlanan fiile cevaben gerçekleştirilen ABD faaliyetlerinden kaynaklanan davalar ve İran Parlamentosu'nun konumuna cevaben, taraflar arasındaki, her türlü uyuşmazlığın yetkili İran Mahkemelerinin münhasır yargı yetkisi altında olacağını öngören bağlayıcı bir sözleşmeden kaynaklanan davalar Hakem Mahkemesi yetkisi dışındadır⁸⁶⁴.

Aynı Bildiri'nin 3/2. maddesi de, Hakem Mahkemesi'nin yapacağı yargılamalarda, tarafların ya da Mahkeme'nin yapacağı değişiklikler dışında usul kuralları olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları'na başvuracağını belirtmektedir. Bu çerçevede 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 19/3. maddesi, “Çözüm Bildirisi kapsamında izin verilen karşı dava veya takas talepleri” olarak değiştirilerek yorumlanmıştır. Böylece UNCITRAL Kuralları'nın orijinal halindeki “aynı sözleşmeden kaynaklanan karşı davalar” ifadesi, “aynı sözleşme, hukuki işlem ya da vakiadan kaynaklanan karşı davalar” şeklinde değiştirilmiştir⁸⁶⁵.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi önünde, İran'ın sunduğu karşı davaların pek çoğu Mahkemece yargı yetkisi içinde kabul edilmiştir. Çünkü yukarıda değindiğimizi Çözüm Bildirisi'nin 2/1. maddesi, İran ya da ABD hükümetlerinin birbirlerinin vatandaşlarına karşı olan iddialarını, Hakem Mahkemesi'nin yargı yetkisi dışında bırakmaktadır⁸⁶⁶. Bu yüzden, karşı dava açmak, Çözüm Bildirisi'ne taraf olan her iki taraf için de –özellikle de İran hükümeti için- diğer tarafın vatandaşlarına yönelik dava açabilmek için tek yoldur. Öteki türlü tarafların takip edebileceği tek usul, bu iddiaları İran ya da ABD ulusal yargı makamları önünde ileri sürmek olacaktır⁸⁶⁷. İran-ABD Hakem Mahkemesi eski başkanlarından Aldrich, Mahkeme'nin karşı davalar hakkındaki

⁸⁶³ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria, General Declaration, 19 January 1981.

⁸⁶⁴ Claims Settlement Declaration, 19 January 1981, article II/1.

⁸⁶⁵ Iran-US Claims Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, www.iusct.org/tribunal-rules.pdf, (son erişim: 10.05.2013).

⁸⁶⁶ Request for interpretation: Jurisdiction of the Tribunal with respect to claims by the Islamic Republic of Iran against nationals of the United States of America, Case No. A/2, Full Tribunal, Decision No. DEC 1-A2-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed January 26, 1982.

⁸⁶⁷ ANTONOPOULOS, 2011, s. 23.

yargı yetkisine ilişkin bazı sonuçlar çıkarmaktadır⁸⁶⁸. Aldrich'e göre, Mahkeme'nin karşı davalar üzerindeki yargı yetkisi, asıl dava üzerindeki yargı yetkisine bağlıdır⁸⁶⁹. Bir davanın geri çekilmesi (*withdrawal*), o davaya bağlı karşı dava üzerindeki yargı yetkisini etkilemeyecektir⁸⁷⁰. Mahkeme'nin karşı davalar üzerindeki yargı yetkisi münhasır değildir. Başka bir deyişle davalı, eğer hakkını başka merciler önünde arama imkanına sahipse, karşı dava açmak zorunda değildir⁸⁷¹. Karşı davanın miktarı, asıl dava miktarını geçebilecektir⁸⁷². Hakem Mahkemesi, karşı dava koşullarını taşıyan takas taleplerini değerlendirmeye yetkili olmakla birlikte⁸⁷³, asıl dava ile aynı sözleşme, hukuki işlem veya vakıadan

⁸⁶⁸ ALDRICH, 1996, s. 111-120.

⁸⁶⁹ İki şirket arasındaki bir davada, Mahkeme, davacının davasını, bir ABD vatandaşı olarak açmamış olması nedeniyle reddetmiş; buna bağlı olarak davalının aynı davadaki karşı iddiasını, davacı ile aynı Sözleşmeden kaynaklanmış olması ve asıl dava üzerinde yargı yetkisi bulunmaması nedeniyle reddetmiştir. *Reliance Group Inc. v. National Iranian Oil Company: The Government of Iran*, Case No. 90, Chamber Two, Award No. 15-90-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 8, 1982. ALDRICH, 1996, s. 111, dn. 225.

⁸⁷⁰ ABD'li bir şirket ve İran Hava Kuvvetleri arasındaki bir davada Mahkeme, davacının davasını ve bütün tazminat taleplerini her zaman geri çekmekte özgür olduğunu ve bu durumun, Mahkeme, asıl dava konusunda yargı yetkisi olmadığını tespit etmediği sürece, karşı dava üzerindeki yargı yetkisini etkilemeyeceğini bildirmiştir. *Behring International, Inc. v. Islamic Republic of Iranian Air Force*, Case No. 382, Chamber Three, Award No. ITM/ITL 52-382-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed June 21, 1985. ALDRICH, 1996, s. 111, dn. 226.

⁸⁷¹ ABD'li bir şirket ve İran hükümeti arasındaki bir davada Mahkeme, davalıların Mahkeme'ye karşı dava açmak zorunda olmadıklarını ve eğer bu Mahkeme önünde karşı dava açmamışlarsa, diğer hukuk yolları vasıtasıyla haklarını aramakta özgür olduklarını belirtmiştir. *E-Systems, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Melli Iran*, Case No. 388, Award No. ITM 13-388-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed February 4, 1983. ALDRICH, 1996, s. 111, dn. 227.

⁸⁷² ABD'li bir şirket ile İran Savunma Bakanlığı arasındaki bir davada, Mahkeme, davacının karşı dava miktarının, asıl dava miktarını geçmesine ilişkin olarak, Çözüm Bildirisi'ne aykırı olduğu gerekçesiyle Şirket tarafından yöneltilen itirazı reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, Çözüm Bildirisi'nin 2/1 maddesinde “doğrudan taleplere ilişkin yargısal engellerin, karşı davaları da kapsayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır”. Mahkeme, daha sonradan bu karşı davayı esastan reddetmiştir. *Gould Marketing Inc. v. Ministry of National Defence of Iran*, Case No. 49, Chamber Two, Award No. ITL 24-49-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983. ALDRICH, 1996, s. 112, dn. 229.

⁸⁷³ ABD'li bir şirket ile İran Hükümeti arasındaki, taraflar arasındaki sözleşmenin ihlaline ilişkin bir davada, davalı hükümet, davacı şirketin ödenmemiş vergi borçlarına ilişkin takas talebinde bulunmuş; buna karşılık Mahkeme, takas taleplerinin değerlendirilmesi konusundaki yargı yetkisinin, karşı davalara ilişkin yargı yetkisi ile aynı hükümlere tabi olduğunu, bununla beraber takasın, kesinlikle asıl davaya bağımlı tali bir talep olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre davalı, Çözüm Bildirisi çerçevesinde Mahkeme'nin yargı yetkisi içindeki hususlara ilişkin olarak (ilgili sözleşmeler, hukuki işlemler ya da olaylar) takas talebinde bulunabilecektir. Bununla birlikte Çözüm Bildirisi Mahkeme'ye, taraf devletlerin, birbirlerinin vatandaşlarına karşı açacakları asıl davaları yargılama yetkisi vermemektedir. Bu nedenle de söz konusu vergilere yönelik herhangi bir talep, ancak ve ancak takas yoluyla ileri sürülebilecektir. *Computer Sciences Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran*, Case No. 65, Chamber One, Award No. 221-65-1 Iran-United States Claims Tribunal, Filed April 16, 1986.

doğmayan karşı davalar üzerinde yetkili değildir⁸⁷⁴. Mahkemenin, davaya taraf olmayanlara karşı açılacak davalar ve dolayısıyla bunlar tarafından açılacak karşı davalar hakkında yetkisi bulunmamaktadır⁸⁷⁵. Son olarak Mahkeme'nin yargı yetkisine ilişkin olanlar dışında, herhangi bir sözleşmede karşı davaların yasaklanmış olması, Mahkeme'nin bu konudaki yargı yetkisini etkilemeyecektir⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ ABD'li bir şirket ile İran hükümeti arasındaki bir davada Mahkeme, cezai fiillerden kaynaklanan ihlal fiillerine ilişkin karşı davaları, yargı yetkisi olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Karşı davanın dayandığı sözleşme, asıl davanın dayandığı iki ayrı "senelik sözleşmeden" önceki tarihli bir kısa süreli sözleşmedir. Bu sözleşmelerin hepsi de aynı şirkete götürülecek olan, aynı projeyi içermektedirler. Mahkeme, bu durumda, bu üç sözleşme arasında kurulacak bağlantının, bunları, Çözüm Bildirisi'nin 2/1. maddesi çerçevesinde "tek bir hukuki işlem" olarak değerlendirmeyi sağlayacak kadar güçlü olması gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, bu üç sözleşmeden herhangi birinden değil de İran yasalarından kaynaklanan ceza hukuku ihlallerinin, Çözüm Bildirisi'nin 2/1. maddesi çerçevesinde, yargı yetkisi dışında olduğuna karar vermiştir. Bunun dışındaki sosyal güvenlik primlerinin ve vergilerin ödenmemesine ilişkin karşı davalar konusunda ise Mahkeme, tarafların her birinin, bireysel olarak, kendisini içinde bulduğu duruma uygulanan kurallardan kaynaklanan hukuki ilişki ile taraflar arasındaki bir sözleşmeden kaynaklanan hukuki ilişki arasındaki, ayrıma vurgu yapmıştır. Bu çerçevede Mahkeme, stopaj vergisinin sadece %5,5'inin tarafların karşılıklı sözleşme ilişkisinden kaynaklandığını; karşı davada bunun dışında kalan kısmının ve sosyal sigorta katkı paylarının, taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklandığına ilişkin yeterli delil gösterilmediğinden, bu hususlardaki karşı davaların Mahkeme'nin yargı yetkisi dışında olduğunu belirtmiştir. Bu bulguların ışığında Mahkeme, Sözleşme'den kaynaklanan karşı davalar hakkında yargı yetkisi bulunduğuna; İran ceza yasalarının ihlallerinden kaynaklanan karşı davalar hakkında yargı yetkisinin bulunmadığına; sosyal sigorta primleri ve vergilere ilişkin karşı davaların ise davanın esası ile birlikte görülmesine ve son duruşmaya kadar taraflara, bu konuda daha fazla argüman sunabilmeleri için fırsat verilmesine karar vermiştir. American Bell International Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 48, Chamber Three, Award No. ITL 41-48-3, Iran - United States Claims Tribunal Filed June 11, 1984. Bu konuda başka örnekler için bkz. ALDRICH, 1996, s. 113-116.

⁸⁷⁵ ABD'li bir şirket ile İran Merkez Bankası arasındaki bir davada Mahkeme, davaya taraf olmayan bir ABD'li bir şirketten gelen karşı davayı reddetmiş; bunun üzerine davacı şirket, Mahkeme'nin izniyle dava dilekçesini düzeltmiş ve şirketi, davalılara eklemiştir. Kimberly-Clark Corporation v. Bank Merkezi Iran, Case No. 57, Chamber Two, Award No. 46-57-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 25, 1983.

Diğer davalarda Mahkeme, taraf olmayanlarca açılan bütün karşı davaları reddetmiştir. ALDRICH, 1996, s. 118-119.

⁸⁷⁶ ABD'li şirket ile İran hükümeti arasındaki bir davada, asıl davanın dayandığı sözleşme, sözleşmeden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın ICC (International Chamber of Commerce) tahkimi ile çözülmesini öngörüyordu. Bu durumda davanın bu Mahkeme önüne görülmesi ve bu çerçevede açılacak her türlü dava, karşı dava ve varılacak hüküm, Sözleşme'nin ihlallerini teşkil edecekti. Ancak Mahkeme, böyle bir kaydın, karşı davalar hakkındaki yargı yetkisini etkilemeyeceğine karar vermiştir. Zira İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nin yargı yetkisi, tahkimin tarafları arasındaki bir sözleşme ile değil, İran ve ABD hükümetleri arasındaki bir uluslararası andlaşma ile temin edilmiştir. Yargıç Brower bu karara muhalif görüşünde, Mahkeme'nin, Cezayir Bildirileri'nin emredici ve takdiri hükümleri arasında bir ayırım yapması gerektiğini ve ancak emredici hükümlerin böyle bir yargı yetkisi kararını haklı çıkarabileceğini belirtmiştir. Anaconda-Iran, Inc. v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No.167, Chamber Three, Award No. ITL 65-167-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 10, 1986. ALDRICH, 1996, s. 119, dn. 250).

D. Karşı Davada Usul

Uluslararası yargı organlarının ve devletlerarası hakem mahkemelerinin uygulamalarına bakılarak, davalı tarafın karşı davaya ilişkin taleplerinin, taraflar aksini kararlaştırmamışlar veya hakem mahkemesi aksi yönde karar almamışsa, davalının cevap dilekçesi ile birlikte ve bu dilekçe içerisinde sunulması gerektiği söylenebilecektir. Karşı dava talebinin, zamanından önce veya sonra sunulması halinde, mahkemenin usul kurallarının yasaklamaması, tarafların bu duruma rıza göstermesi veya mahkemenin bu duruma izin vermesi halinde, değerlendirmeye alınarak asıl dava ile birleştirebilecektir⁸⁷⁷.

Karşı davalar, taraflar aksini kararlaştırmamışlar veya hakem mahkemesi aksi yönde bir karar almamışsa, her zaman asıl dava ile birlikte karara bağlanmakta ve nihai karar içerisinde tefhim edilmektedir. Hakem mahkemelerinin usul kurallarında ya da muhtelif tahkim kurallarında, karşı davaların asıl dava ile birlikte esasa ilişkin olarak karara bağlanacağına ilişkin bir kural bulunmamakla beraber, iki davanın birlikte yürütülmesi en makul yol olarak görünmektedir.

Bu hususta çok sayıda örnek verilebilir. Zira bütün uluslararası yargı organları ve taraflarının özel kişiler olduğu yargılamaları yürüten hakem mahkemeleri aynı usulü uygulanmaktadır. Hakem mahkemesinin çok sayıda karşı dava ve bu karşı davalara karşı açılan davaları değerlendirdiği münferit bir örnek olması açısından İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi önünde görülen ABD'li şirket ile İran Hava Kuvvetleri arasındaki davada⁸⁷⁸, yargı yetkisinin incelendiği aşamada, dava ve karşı dava için ayrı ayrı ve birbirinin peşi sıra yargı yetkisine ilişkin karar verilmiş; esasa geçildiğinde ise dava konusu sözleşmelerin her birine ilişkin davalar ve eğer açılmışsa karşı davalar, bunların her biri çerçevesinde olaylar ve tarafların argümanları değerlendirilmiştir. Her bir sözleşme

⁸⁷⁷ ANTONOPOULOS, 2011, s. 135-142; SIMPSON / FOX, 1959, s. 172-183; ALDRICH, 1996, s. 438; İran-ABD İddiaları davasında, Mahkeme Usul Kuralları'nın 19/3. maddesine göre, "Karşı davalar, cevap dilekçesi içinde veya mahkemenin gecikmenin haklı bir nedene dayandığına karar vermesi halinde daha sonraki bir aşamada açılmalıdır". Iran-United States Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, article 19/3; UAD Kuralları'nın 80/2. maddesine göre, "Bir karşı dava, cevap dilekçesi içinde açılmalı ve bu dilekçenin içeriği olarak sunulmalıdır..."

⁸⁷⁸ Westinghouse Electric Corporation v. Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 389, Chamber Two, Award No. 579-389-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed March 26, 1997.

çerçevesinde Mahkeme önce asıl davaya, ardından, karşı davaya ilişkin kararını vermiştir. Mahkeme, nihai kararını verirken, her sözleşme için ayrı ayrı verdiği kararları bir araya getirmiş ve tarafların tazminat taleplerine ilişkin dava ve karşı davaları mahsup ederek nihai kararını vermiştir⁸⁷⁹.

Genel olarak karşı davalar, asıl dava ile birlikte değerlendirilip karara bağlanmaktadır. Bununla birlikte, karşı dava açılması süreci, bazı usul sorunlarını beraberinde getirmektedir. Usul sorunlarından ilki, cevap dilekçesinin sunulmasından sonra açılan karşı davaların akıbetidir. İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nde açılan karşı davaların pek çoğu, cevap dilekçesi ileri sürülmüştür. Sonradan açılan karşı davaların çoğu da, gecikmenin haklı bir nedene dayanmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir⁸⁸⁰. ABD'li şirket ile İran hükümeti arasındaki bir davada ise Mahkeme, savunma dilekçesinin içeriğinde olmayan ve savunma dilekçesinin verilmesi gereken tarihten altı hafta sonra verilen dört karşı davayı, gecikme nedeni açıklanmaksızın kabul etmiştir⁸⁸¹.

Usule ilişkin olarak ortaya çıkabilecek bir başka sorun, davalının karşı davasına, davacının cevap vermesine imkan tanınıp tanınmayacağıdır. UAD uygulamalarında davacıya, karşı davaya karşı yazılı olarak görüşlerini bildirme imkanı tanınmaktadır⁸⁸². İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi yargılamalarında da karşı davaya karşı, davacı tarafın görüşlerini bildirmesi için fırsat verildiği, davacının yazılı görüşleri alındıktan sonra değerlendirmeye geçildiği görülmektedir.

Bir başka usul konusu, mahkemenin, karşı dava hakkında yargı yetkisinin olup olmadığı hususunu değerlendirmek üzere duruşma yapıp yapmayacağıdır. Zira mahkemenin, karşı dava konusu ile asıl dava konusu arasında bağlantı olup olmadığı konusunda değerlendirme yapması gerekmektedir. İran-ABD Hakem

⁸⁷⁹ Westinghouse Electric Corporation v. Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 389, Chamber Two, Award No. 579-389-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed March 26, 1997, parag. 438.

⁸⁸⁰ Richard D. Harza et al. v. The Islamic Republic of Iran et al., Case No. 97, Chamber Two, Award No. ITL 14-97-2, Iran - United States Claims Tribunal, February 23, 1983.

⁸⁸¹ Starrett Housing International, Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 24, Chamber One, Interlocutory Award No. ITL 32-24-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 19, 1983.

⁸⁸² ANTONOPOULOS, 2011, s. 42-145; Westinghouse Electric Corporation v. Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 389, Chamber Two, Award No. 579-389-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed March 26, 1997, parag 83-84, parag. 123-130, parag. 212-215, parag. 352-357.

Mahkemesi, bu hususu, tarafların yazılı görüşlerini incelemek suretiyle duruşma yapmaksızın karara bağlamıştır⁸⁸³. Ancak UAD Muhakeme Kuralları'na göre, Divan, karşı dava konusu ile asıl dava konusu arasında bir bağlantı olup olmadığı hususunda şüpheye düşerse, tarafları dinledikten sonra bu konu hakkında karar verecektir⁸⁸⁴. Antonopoulos'un yaptığı değerlendirme çerçevesinde, Divan'ın tarafları dinledikten sonra karar verecek olması, Divan'ın gerekli görmesi halinde hem sözlü duruşma yapabilmesi, hem de tarafların yazılı beyanları da dahil olmak üzere bu konuda herhangi bir şekilde bilgi edinmesi anlamına gelmektedir⁸⁸⁵.

Bir başka husus, görülmekte olan dava sırasında açılan karşı davanın, ister istemez olağan yargılama süresini uzatmasıdır. Elbette karşı davaların asıl dava ile birlikte görülmesi, karşı davanın davacısı bakımından, bağımsız bir dava açılmasından çok daha hızlı ve daha az maliyetle karar alınmasını sağlayacaktır. Ancak asıl davanın davacısı bakımından karşı dava açılması, mahkemenin karşı davaya ilişkin yargı yetkisi hakkında karar alması, karşı davanın sunulması ve mahkemenin asıl dava ile birlikte karşı davanın esasa ilişkin incelemesini yaparak ve karar vermesi, davacının haklarına hanel gelmeden yürütülmesi gereken süreçlerdir. Bu anlamda önemli olan mahkemenin, bu süreci, tarafların çıkarlarına en az zarar gelecek şekilde, makul sürede bitirebilmesidir⁸⁸⁶.

Usule ilişkin ortaya çıkabilecek bir başka sorun, davacının, karşı davaya karşı dava açmasıdır ki bu durum İran-ABD Hakem Mahkemesi'nde görülen bir davada, davacı şirket tarafından "karşı-karşı dava" (*counter-counterclaim*) olarak adlandırılmıştır⁸⁸⁷. Ancak Mahkeme'nin tespitine göre, şirketin karşı-karşı davası, asıl davanın dayandığı ve davalının karşı dava açtığı sözleşmelerden farklı bir sözleşmeye dayanmaktadır⁸⁸⁸. Mahkeme ilk önce, şirkete, sunmuş olduğu karşı-karşı davalar için, bu davalarda asıl davanın dayandığı sözleşmelerden farklı bir sözleşmeye dayanmış olması nedeniyle, asıl davasını düzeltme imkanı

⁸⁸³ Bu konudaki örnekler için bkz. MAROSSİ, 2006, s. 503-505.

⁸⁸⁴ UAD Muhakeme Kuralları, madde 80/3.

⁸⁸⁵ ANTONOPOULOS, 2011, s. 145

⁸⁸⁶ ANTONOPOULOS, 2011, s. 150-151.

⁸⁸⁷ Westinghouse Electric Corporation v. Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 389, Chamber Two, Award No. 579-389-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed March 26, 1997, parag. 16.

⁸⁸⁸ Westinghouse Electric Corporation v. Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 389, Chamber Two, Award No. 579-389-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed March 26, 1997, parag. 15-16.

(*amendment*) tanımak eğiliminde olmuştur. Zira Mahkeme Kuralları, karşı taraf itiraz etmedikçe böyle bir düzeltmeye izin vermektedir⁸⁸⁹. Ancak daha sonra Mahkeme, böyle bir imkan verilmesinin, Çözüm Bildirisi'nin 3/4. maddesindeki dava açma sürelerinin geçmiş olması nedeniyle uygun olmayacağına karar vermiştir⁸⁹⁰. Mahkeme'nin bu konudaki gerekçesi, şirketin, 19 Ocak 1982'den önceki süreçte, elinde imkan olduğu halde, karşı davalarının dayandığı sözleşmelere ilişkin olarak Mahkeme önünde hiçbir iddia ileri sürmemeyi tercih etmesi, ancak davanın seyri değişip de İran Hava Kuvvetleri'nin Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamında olduğuna karar verilen karşı davalarının, kendisine yöneltilmesi üzerine böyle bir girişimde bulunması olmuştur⁸⁹¹. Bu durumda Mahkeme'ye göre en adil olanı, bu durumdan kaynaklanan zararların taraflar arasında paylaştırılması, bunu yaparken de şirketin sözleşmeler kapsamında yerine getirdiği yükümlülüklerin değerlendirilerek bir sonuca varılmasıdır. Bu çerçevede Mahkeme, şirketin karşı-karşı davalarının değerlendirmeye alınacağına, fakat bu değerlendirmenin sınırlı biçimde, sadece Hava Kuvvetleri'nin aynı sözleşmelere dayanan tazminat taleplerinden düşülmek suretiyle yapılacağına, bunun dışında da şirketin, Hava Kuvvetleri'nin tazminat miktarını aşan herhangi bir tazminat almasına izin verilmeyeceğine karar vermiştir⁸⁹². Sonuçta bu davada

⁸⁸⁹ İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi Mahkeme Usul Kuralları'nın 20. maddesine göre, "Tahkim yargılaması süresince, her iki taraf da, hakem mahkemesi böyle bir düzeltmenin gecikmeye neden olacağı ya da diğer tarafın haklarına hanel getireceği nedeniyle uygunsuz olacağı yönünde karar vermedikçe dava ya da savunma dilekçelerini değiştirebileceklerdir. Ancak davanın değiştirilmesi halinde Mahkemenin yargı yetkisi dışına çıkacak şekilde değişiklik yapılamaz".

⁸⁹⁰ Westinghouse Electric Corporation v. Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 389, Chamber Two, Award No. 579-389-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed March 26, 1997, parag. 320.

Çözüm Bildirisi'nin 3/4. maddesine göre, "Bu Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden bir yıldan daha fazla bir süre sonra veya Mahkeme Başkanının atanmasından altı ay sonra hiçbir dava açılmaz. Bu hak düşürücü süreler, Cezayir Bildirileri'nin 16 ve 17. paragraflarındaki usullere uygulanmaz. Claims Settlement Declaration, article 3/4.

⁸⁹¹ Bu davada Mahkeme, İran Hava Kuvvetleri'nin karşı davalarının gerekçesini oluşturan sözleşmelerin, asıl davanın kaynağının oluşturan sözleşmelerle aynı olması nedeniyle yargı yetkisi kapsamında olduğunu saptayan bir ara karar vermiştir. bkz. Westinghouse Electric Corporation v. Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 389, Chamber Two, Award No. ITL 67-389-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed February 15, 1987.

⁸⁹² Westinghouse Electric Corporation v. Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 389, Chamber Two, Award No. ITL 67-389-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed February 15, 1987, parag. 322.

Mahkeme, esasa ilişkin nedenlerle her iki tarafın da tazminat almamasına hükmetmiştir⁸⁹³.

Bir başka usul sorunu olan karşı davanın geri çekilmesi veya karşı dava sürecinin takibinin davalı tarafından bırakılması halinde ise asıl davacı, karşı dava sürecini takip edip etmeyeceği konusunda mahkemeyi bilgilendirebilecektir. Örneğin UAD uygulamasında, ilk olarak karşı davayı açmış olan davalı, bundan sonraki süreci takip etmeyeceğini ya da davasını geri çekeceğini Divan'a bildirmekte ve asıl davanın davacısının, bu duruma belirli bir süre içerisinde itiraz etme hakkı verilmektedir. Eğer davacı bu duruma itiraz etmezse, dava geri çekilmiş varsayılmakta ve asıl dava süreci, karşı davasız olarak devam etmektedir⁸⁹⁴.

⁸⁹³ Westinghouse Electric Corporation v. Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 389, Chamber Two, Award No. ITL 67-389-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed February 15, 1987, parag. 326.

⁸⁹⁴ ANTONOPOULOS, 2011, s. 155.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM YARGILAMASINDA UYGULANACAK HUKUKA VE DELİLLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

I. Uygulanacak Hukuk

A. Devletlerarası Tahkimde Uygulanacak Hukuk Sorunu

Yargı organlarının uygulanacak hukuka ilişkin takdir yetkisi olduğu muhakemelerde, mahkemenin seçeceği hukuk, vereceği kararın niteliği ve kapsamı üzerinde olduğu kadar, tarafların hak ve yükümlülükleri üzerinde de kaçınılmaz olarak etkili olacaktır. Söz konusu uluslararası hukuk yolu devletlerarası tahkim olduğunda, hakem mahkemesinin takdir yetkisi, ulusal hukuk ile sınırlı olmadığından, uygulanacak hukuk meselesi özellikle zararın takdir edilmesinde ve giderim yolunun belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. Sırf bu nedenle de tarafların, hakem mahkemesinden beklentilerine uygun şekilde hukuk tercihinde bulunmaları yararlarına olacaktır.

Uluslararası yargının tarihine bakıldığında, bir uluslararası mahkemeye tanınan yetki, çoğu zaman “hukuka, adalete ve hakça ilkelere (*equitable principles*) uygun olarak” karar verme yetkisidir. Ünlü 1794 tarihli Jay Andlaşması, komisyon üyelerinin, “içtihat hukukuna, adalete, hakça ilkelere ve devletler hukukuna uygun olarak” karar vermesini gerektiğini belirtmektedir⁸⁹⁵. Daimi Tahkim Divanı önündeki *Norwegian Shipowners Claims* davasında Mahkeme, “hukuk ve hakça ilkeler” ifadelerinin, Anglo Sakson yargılama geleneğindeki anlamı ile anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme’ye göre, uluslararası hukukçuların pek çoğu, bu ifadelerin, belirli bir hukuk sistemi ya da bir devletin ulusal hukukundan ziyade, hukukun genel ilkelerine işaret ettiğini kabul etmektedir⁸⁹⁶. *Cayuga Indian Claims* davasında Hakem Mahkemesi, uygulanacak hukuk olarak işaret ettiği “uluslararası hukukun ilkelerine ve hakça ilkelere uygun olarak” ifadesinin, belirli davalardaki hakem mahkemelerinin kararına temel teşkil edecek şekilde başvurulması gereken sert hukuktan (*strict*

⁸⁹⁵ MOORE, 1929, s. 317.

⁸⁹⁶ UN, Report of International Arbitral Awards, *Norwegian Shipowners’ Claims* (Norway v. USA), 13 October 1922, Vol. I, s. 331.

law) ziyade, bu mahkemelerin, kararlarının temel gerekçesini, uluslararası hukukun ruhu ve genel ilkelerinin rehberlik ettiği adalet ve eşitliğe ilişkin değerlendirmeler anlamına geldiğini belirtmiştir⁸⁹⁷. Bu bağlamda Hakem Mahkemesi'nin amacı, taraflar arasında uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir şüphe olmadığı hallerde, uygulanacak hukuk kurallarını teyit etmek değildir. Hakem Mahkemesi, hakça ilkelere ve hukukun ruhuna uygun olarak kıyas yoluyla hukuktaki boşlukları doldurmalıdır⁸⁹⁸.

Hakem mahkemesinin, karar verirken başvuracağı kriterlerin belirlemesi için, uyuşmazlığın taraflarının meseleyi doğru tanımlamış olması her şeyden önemlidir. Tarafların mahkemeden istediği hususun (sınırların belirlenmesi, sorumluluğun belirlenmesi, tazminatın belirlenmesi gibi), dava dilekçesinde iyi tanımlanmamış ve yeterince açık olmadığı durumlarda, yetkilendirme anlaşmasında uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerin yol gösterici olması gerekmektedir⁸⁹⁹.

Tarafların, hakem mahkemesinin başvuracağı hukuk kurallarını seçebilecek olması, ulusal hukuk kurallarına da başvurulabileceği anlamına gelmektedir. Yetkilendirme anlaşmasında hem uluslararası hukuk kurallarına hem de bir devletin ulusal hukukuna başvurulması da kararlaştırılabilecektir. Örneğin *Trail Smelter* davasında taraflar, Hakem Mahkemesi'nin, hem ABD hukukuna hem de uluslararası hukuka başvurmasını istemişlerdir⁹⁰⁰. Uyuşmazlık konusunun, sınır aşan hava kirliliğinden dolayı devletin sorumluluğunun belirlenmesi olması, davanın görüldüğü tarih itibarıyla bu konudaki uluslararası hukuk kuralları yeni oluşması, hakem mahkemesinin kararında ulusal yasalardan yararlanmasına

⁸⁹⁷ UN, Report of International Arbitral Awards, *Cayuga Indians (Great Britain) v. United States*, 22 January 1926, Vol. VI, s. 180, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/173-190_Cayuga.pdf (son erişim: 12.06.2013).

⁸⁹⁸ UN, Report of International Arbitral Awards, *Cayuga Indians (Great Britain) v. United States*, 22 January 1926, Vol. VI, s. 183.

⁸⁹⁹ MERILLS, 1998, s. 99.

⁹⁰⁰ UN Report of International Arbitral Awards, *Trail Smelter Case (United States, Canada)*, 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. III, s. 1949, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf (son erişim: 12.12.2013).

dayanak oluşturmuş; aynı zamanda karar, uluslararası hukukun çevrenin korunmasına ilişkin kurallarının gelişimine de ön ayak olmuştur⁹⁰¹.

Ancak Mahkemenin başvuracağı hukuk konusunda herhangi bir hüküm içermeyen anlaşmalar söz konusu olduğunda, devletlerarasındaki ilişkilerin yapısı gereği uluslararası hukuka başvurulması uygun olacaktır. Anlaşmada aksi kararlaştırılmadıkça, çoğu zaman davaya bakan hakem mahkemesinin vereceği kararın dayanağının uluslararası hukuk kuralları olması gerektiği, açık ya da zımni olarak yetkilendirme anlaşmasından çıkarılacaktır. Buradaki “uluslararası hukuk”, dar anlamıyla değil, hakça ilkeler (*equitable principles*) ile desteklenecek olan, teamül kuralları, andlaşmalar hukuku ve hukukun genel ilkeleri olarak anlaşılmalıdır⁹⁰². Örneğin, Palmas Island davasında, Ada’nın ABD veya Hollanda devletlerinden hangisine ait olduğunun belirlenmesi amacıyla, uyuşmazlığın tarafları arasındaki 2 Mayıs 1908 tarihli Tahkim Anlaşması kabul edilmiş; ancak bu Anlaşma’da uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk belirlenmemiştir⁹⁰³. Bu belirlemeyi ise tek hakem yapmıştır. Palmas Island Tahkiminde Hakem Max Huber, uyuşmazlığın çözümü için ülkesel egemenliğe ilişkin bazı saptamalarda bulunmak gerektiğini belirtmiştir. Huber’e göre, ülkesel egemenlik, genel anlamda belirli bir alan üzerinde ve uluslararası hukukun veya üzerinde uyuşmazlık bulunmayan sınır işaretlerinin belirlediği şekilde tanınan veya ilgili komşu devletler arasındaki sözleşmeler, protokoller gibi hukuki tasarruflar veyahut ilgili devletlerin tanıdığı iç hukuk tasarrufları ile belirlenmiş olan sınırların içindedir. Eğer bir ülke parçası üzerinde uyuşmazlık çıkarsa, söz konusu ülke üzerinde egemenlik iddia eden devletlerin, bu iddialarının, diğer devletin de muhtemelen kendilerine karşı ileri süreceği egemenlik iddiasından, devir, işgal, fetih gibi nedenler ile daha üstün olması gerekliliği, teamül hukukunun bir gereğidir⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Russell MILLER/ Rebecca M. BRATSPIES, **Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration**, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁹⁰² CARLSTON, 1946, s. 140.

⁹⁰³ The Special Agreement of January 23rd, 1925 in PCA, The Island of Palmas Case (USA v. Netherlands), Award of the Tribunal, The Hague, 4 April 1928, s. 1, http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=168 (son erişim: 13.09.2013).

⁹⁰⁴ PCA, The Island of Palmas Case (USA v. Netherlands), Award of the Tribunal, The Hague, 4 April 1928, s. 8.

Günümüzde uluslararası tahkim kuralları, uygulanacak hukuk hakkında daha net hükümler içermektedirler. Tarafların bu kuralları kabul etmesi durumunda, hakem mahkemesi de bu hükümlere uygun davranacaktır. Örneğin Daimi Tahkim Divanı'nın 2012 tarihli Tahkim Kuralları'na göre, hakem mahkemesi, uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak tarafların belirlediği hukuk kurallarına uygun olarak karar vermelidir. Her iki tarafın devlet olduğu davalarda Divan Statüsü'nün 38. maddesine atıf yapılmaktadır⁹⁰⁵.

Yine bu Kurallar'a göre uyuşmazlığın taraflarının devlet ve hükümetlerarası örgütler olduğu davalarda, ilgili örgütün kuralları ve taraflar arasındaki herhangi bir sözleşme veya hukuki ilişki ile uygun olduğu hallerde, hükümetler arası örgütler hukukuna ilişkin genel ilkeler ve uluslararası hukukun genel kurallarına başvurulmalıdır⁹⁰⁶. Uyuşmazlığın taraflarının hükümetler arası örgütler ve özel kişiler olduğu davalarda ise örgüt kuralları ve uyuşmazlığın doğduğu ilişki ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili her türlü sözleşme ile uygun olduğu hallerde, hükümetler arası örgütler hukukuna ilişkin genel ilkeler ve uluslararası hukukun genel kurallarına başvurulmalıdır. Böyle davalarda hakem mahkemesi, sözleşme metnine uygun olarak karar vermeli ve mevcut ticari teamülleri de dikkate almalıdır⁹⁰⁷. Diğer tüm davalarda hakem mahkemesi, uygun gördüğü hukuka göre ve sözleşme metnine uygun olarak, mevcut ticari teamülleri de dikkate almak suretiyle karar vermelidir⁹⁰⁸. Hakem mahkemesi, ancak tarafların mahkemeyi açıkça bu konuda yetkilendirdiği hallerde, *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono*'ya göre karar verebilecektir⁹⁰⁹.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre hakem mahkemesi, tarafların, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere belirledikleri hukuk kurallarına

⁹⁰⁵ Daimi Tahkim Divanı nezdinde yürütülen kodifikasyon çalışmaları neticesinde, taraflardan birinin devlet, devlet otoritesi altındaki şirket ya da uluslararası örgüt olduğu uyuşmazlıkların tahkiminde uygulanmaya müsait olan tahkim kuralları, 17.12.2013 tarihinde, Daimi Tahkim Divanı İdari Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Bu kurallar, büyük ölçüde 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları ile aynı olmakla birlikte, hükümlerinin farklılık arz ettiği konularda, bu kurallara da değinilmiştir. http://www.pca-cpa.org/shownews.asp?nws_id=347&pag_id=1261&ac=view (son erişim: 14.06.2013). Buradan sonra "2012 PCA Arbitration Rules" olarak anılacaktır. 2012 PCA Arbitration Rules, article 35/1(a).

⁹⁰⁶ 2012 PCA Arbitration Rules, article 35/1(b)

⁹⁰⁷ 2012 PCA Arbitration Rules, article 35/1(c)

⁹⁰⁸ 2012 PCA Arbitration Rules, article 35/1(d)

⁹⁰⁹ 2012 PCA Arbitration Rules, article 35/2. *Amiable compositeur* ve *ex aequo et bono* kavramlarının uygulanacak hukuk kapsamında yerini ileride açıklayacağız.

başvurmalıdır. Tarafların uygulanacak hukuk kurallarını belirlememiş olması halinde hakem mahkemesi, uygun gördüğü hukuka başvurabilecektir⁹¹⁰. UNCITRAL Kuralları'na göre hakem mahkemesi, tarafların bu konuda kendisini açıkça yetkilendirmiş olması halinde *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono*'ya göre karar vermelidir⁹¹¹. Her halükarda hakem mahkemesi, sözleşme hükümlerine uygun olarak ve eğer varsa, taraflar arasındaki hukuki işleme uygulanacak ticari örf ve adeti dikkate alarak karar vermelidir⁹¹².

B. Uygulanacak Hukukun Tespiti

UAD Statüsü'nün 38. maddesi, Divan ve diğer uluslararası mahkemeler önündeki davalarda, uluslararası hukukun başvurulabilir kurallarının içeriğinin saptanmasına ilişkin olarak yol gösterici olabilecektir. Bu hükme göre:

“1. Ödevi kendisine havale edilen uyuşmazlıkları devletlerarası hukuka uygun olarak çözmek olan Divan:

a. Uyuşmazlık halindeki devletlerce tahsisen kabul edilmiş kaideler koyan gerek genel, gerek özel milletlerarası andlaşmaları;

b. Hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş olan umumi bir tatbikatın beyyinesi olarak milletlerarası teamülü;

c. Medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerini;

d. 59. madde hükmü saklı kalmak şartıyla hukuk kaidelerinin tayininde yardımcı vasıta olarak muhtelif milletlerin adli kararları ile en yetkili müelliflerin doktrinlerini tatbik eder.

2. Taraflar mutabık iseler işbu hükümler, Divan'ın hak ve nisfete uygun olarak karar vermek yetkisine halel getirmez”⁹¹³.

Bu hükmün abesle iştilal etmemesi için madde metnindeki “kural” ifadesinin, taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen herhangi bir hükmü içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir.

⁹¹⁰ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 35/1

⁹¹¹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 35/2

⁹¹² 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 35/3

⁹¹³ GÜNDÜZ, 2013, s. 171.

1. Teamül Hukuku Kuralları

a. Uluslararası Hukukta Teamül Hukuku Kuralları

UAD Statüsü'nün 38. maddesi, Divan'ı, hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş olan umumi bir tatbikatın beyyinesi olarak milletlerarası teamülü uygulamaya yönlendirmektedir. Teamül hukukunun maddi kaynakları, diplomatik yazışmalar, siyasi beyanatlar, basın açıklamaları, resmi yasal danışmanların görüşleri, hukuki sorunlara ilişkin resmi açıklamalar, idari kararlar ve uygulamalar, askeri kuvvetlere verilen emirler ve askeri hukukun gerekleri, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan taslaklara devletlerin yorum beyanları, ulusal mevzuatlar, uluslararası ve ulusal yargı kararları, andlaşmalardaki ve diğer uluslararası belgelerdeki açıklamalar, benzer andlaşma kalıpları, uluslararası organların uygulamaları, BM Genel Kurulu'nun hukuki sorunlara ilişkin kararları olabilmektedir⁹¹⁴.

Teamül hukuku kuralları söz konusu olduğunda, belirli bir uygulamanın bir süre devam etmesi, genelliğin ve tutarlılığın önemli bir parçasıdır. Uygulamanın yeknesaklığı ve tutarlılığı büyük oranda mahkemenin takdirine bağlı olarak belirlenecektir. Tam bir yeknesaklık gerekli olmamakla birlikte uygulama tutarlı olmalıdır⁹¹⁵. Zira Divan'a göre bir teamül kuralının varlığını iddia eden tarafın, söz konusu teamül kuralının diğer taraf için bağlayıcı olduğunu da kanıtlaması gerekmektedir⁹¹⁶. Divan'a göre, uygulamanın evrenselliği gibi bir kıstas da bulunmamaktadır. Ancak bu noktada önemli olan, bazı devletlere ait bir uygulama ile karşı karşıya gelen önemli sayıda devletin, söz konusu uygulamayı protesto etmekten kaçınmış olmasının değerinin belirlenmesidir. Sessiz kalmak, zımni kabul ya da söz konusu meselede herhangi bir menfaatinin olmadığı anlamına

⁹¹⁴ BROWNLIE, 2003, s. 6.

⁹¹⁵ ICJ, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, s. 25, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=90&case=12&code=ppcg&p3=4> (son erişim: 13.09.2013); ICJ, Fisheries (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951, s. 116.

⁹¹⁶ ICJ, Asylum (Colombia/Peru), Judgment of 20 November 1950, s. 276, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f8&case=7&code=cp&p3=4> (son erişim: 13.09.2013). Örneğin, Örneğin Fisheries Jurisdiction davasında Divan, balıkçılık bölgesinin 20 mile kadar uzatılması konusunda genellikle kabul edilen bir uygulamanın varlığını gösterir nitelikte, kıyı balıkçılığına özel olarak, kıyı devletlerinin öncelikli hakları kavramının geniş ve giderek artan şekilde kabul gördüğünü belirtmiştir. ICJ, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Judgment of 25 July 1974, s. 23.

gelebilecektir⁹¹⁷. Örneğin, *Lotus* davasında USAD, pek çok yazara göre, teamül kuralının protesto edilmemiş olmasını ve bayrak devleti dışındaki devletlerin yargılama yapmaktan kaçınmaları vakasını yanlış değerlendirmiştir⁹¹⁸. Bu davada Divan'a göre, Fransız hükümeti temsilcisinin iddialarının dayandığı vakianın ispat edilebilmesi için yeteri kadar –az sayıda yargı kararına rağmen- maddi delil sunulmuş olsa da bu deliller, devletlerin geçmişte, cezai işlemlerin tesis edilmesinden sıklıkla çekinmiş olduklarını göstermekle birlikte, bir zorunluluk olarak gördükleri için bu şekilde davrandıklarını ispatlamamaktadır. Böyle bir kaçınmanın, uluslararası teamül olduğunu kabul edebilmek için kaçınma yükümlülüğünün bir gereği olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. İddia edildiği gibi bu durumdan, devletlerin bilinçli olarak böyle bir yükümlülüğün gereğini yerine getirdikleri sonucu çıkarılmamaktadır⁹¹⁹.

Hukuki yükümlülük kavramı, nezaket, dürüstlük, ahlak gibi güdülerin aksine, daha maddi bir anlam ifade etmekte ve devletlerin uygulamaları, yükümlülük ile gelenek (*usage*) arasındaki ayrımı tanımaktadır⁹²⁰. Meselenin düğümlendiği nokta ise, bu yükümlülüğün kabul edildiği inancının, yani *opinio juris necessitatis*'in ispat edilmesidir. Divan, yargılamalarında bu sorunu iki yöntem ile aşmaya çalışmaktadır. Divan genel uygulamaya, literatürdeki mutabakata ve Divan'ın ya da başka uluslararası mahkemelerin önceki saptamalarına dayanarak *opinio juris*'in varlığını varsaymak eğilimindedir. Ancak nadiren de olsa, yukarıda değindiğimiz *Lotus* davası örneğinde olduğu gibi Divan, *opinio juris*'in varlığı için daha yüksek bir eşik kabul etmekte, söz konusu kuralın devletlerin uygulamasındaki geçerliliğinin tanınması için daha pozitif deliller aramaktadır⁹²¹.

⁹¹⁷ BROWNLIE, 2003, s. 8.

⁹¹⁸ BROWNLIE, 2003, s. 8; Hersch Lauterpacht, **The Development of International Law by the International Court**, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, s. 384.

⁹¹⁹ PCIJ, *Lotus*, Judgment of 7 September 1927, Series A/10, s. 28, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 13.09.2013).

⁹²⁰ BROWNLIE, 2003, s. 8.

⁹²¹ BROWNLIE, 2003, s. 8. Mesela North Sea Continental Shelf davasında Divan, kıta sahanlığının belirlenmesinde özel durumlar-eşit uzaklık kuralının, 1958 tarihli Cenevre Sözleşmesi tarihinde genel hukukun ya da teamül hukukunun bir parçası haline gelmiş olduğu veya devletlerin Sözleşme'ye dayalı uygulamalarının bir teamül kuralı yarattığı hususunda *opinio juris*'in varlığını kabul etmemiştir. Brownlie'e göre, *opinio juris* varsayımını doğrulayacak genel bir uygulamanın varlığı düşüncesine uymayan her durumda, *opinio juris*'in yokluğu konusunda kesin bulgulara varmak da doğru olmayacaktır. ICJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of

Rights of Nationals of the United States of America in Morocco davasında Divan, teamül kuralının varlığını iddia eden tarafın, bu kuralı ispat etmesi gerektiği konusundaki görüşüne ilaveten, bölgesel teamül kurallarına işaret ederek, somut olayda Fas'ta bağlayıcı hale gelmek suretiyle oluşmuş bir teamül kuralına dayalı olan konsolosluk yetkisini icra etme hakkının varlığının kabul edilemeyeceğine karar vermiştir⁹²². Divan, her somut olayda *opinio juris*'i, taraflar arasındaki ilişkilere uygun, bölgesel ya da evrensel olmasını gözeterek, farklı açılardan aramaktadır.

Uygulanan uluslararası hukukta evrensel bir teamül kuralının oluşabilmesi ve devletler için bağlayıcı olabilmesi için bütün devletlerin bu yönde rızalarını açıklamış olmaları gerekmemekle birlikte, böyle bir kuralın oluşumuna karşı çıkan devletler bakımından söz konusu teamül kuralının bağlayıcılığının ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir⁹²³. Bir teamül kuralının varlığına yönetilen itirazın açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde beyan edilmiş olması gerekmektedir. Aksi durumda kural, çürütülmesi gereken bir varsayım olarak değerlendirilecektir⁹²⁴.

Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969, s. 32, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cc&case=52&code=cs2&p3=4> (son erişim: 13.09.2013).

⁹²² ICJ, *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France v. United States of America), Judgment of 27 August 1952, s. 200, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=11&code=fus&p3=4> (son erişim: 13.09.2013). Örneğin iki devlet arası ilişkilere işaret eden *Right of Passage over Indian Territory* davasında, Portekiz lehine bölgesel teamülün varlığını kabul eden Divan, Hindistan ülkesi ile çevrili Portekiz sömürgesi bölgede, uzun bir süre boyunca geçiş yapılmasını, *opinio juris* bakımından kanıt olarak değerlendirmiştir. Burada Divan ülkesel egemenliğe ilişkin bir zorunluluk inancının saptamasını yaparken, tutarlı uygulamaya değil, etkin işgal ilkesine dayanmıştır. ICJ, *Right of Passage over Indian Territory* (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960, s. 39, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ce&case=32&code=poi&p3=4> (son erişim: 13.09.2013).

⁹²³ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 227.

⁹²⁴ I. Brownlie, 2003, s. 11. *Fisheries Jurisdiction* davasında Norveç, uluslararası hukukun bir parçası olsa bile, daha önce düzenli ve üstü kapalı olarak reddedilmiş olan kuralların Norveç için bağlayıcı olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme bu hususun üzerinde fazlaca durmamakla birlikte, Norveç'in dava konusu kurallardan sapmış olduğu ve eğer bu kuralların varlığı kabul edilirse, diğer devletlerin bu kuralları uygulamada kabul etmiş olduğunun da bir vakıa olduğunu belirtmiştir. Divan bu konuda, "Her ne kadar 10 mil kuralı, belirli devletlerce ulusal yasalarda ve taraf oldukları andlaşmalarda kabul edilmiş ve bazı hakem kararlarında da onaylanmış olsa da, diğer devletler başka sınırlama LSR kabul etmiştir. Bu nedenle 10 mil kuralı, uluslararası hukukun genel bir kuralı tarafından benimsenmiş değildir. Bu durumda 10 mil kuralı, Norveç kıyılarına uygulanması girişimlerine her zaman itiraz etmiş olan Norveç'e karşı ileri sürülemeyecektir". ICJ, *Fisheries* (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951, s. 131, <http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=3&k=a6&case=5&code=ukn&p3=4> (son erişim: 13.09.2013).

Teamülün değişmesi, önemli sayıda devletin, yeni bir kural benimsemesi, bu yeni kuralın kabul edilişyle birlikte, devletlerin eski kuraldan ayrılma davranışının da hızlanması ile mümkün olabilecektir. Elbette hukukun ihlali, hukuku değiştirme mazereti ile meşru gösterilemez. Ancak bu davranışla *opinio juris* kendisini bir başka şekilde göstermektedir⁹²⁵. Eğer bu değişim süreci yavaş gelişir ve ne yeni ne de eski kuralı kabul eden önemli sayıda devlet bulunmazsa, bu durumda hem kuralın kabulü hem de düzenli muhalefet için aranan koşullar, ilgili devletlerarasındaki ilişkilere indirgenecektir. Bu şekilde bölgesel teamül olarak uygulandığı kabul edilen bir kuralın ileri sürülmesi halinde, böyle bir kuralı iddia eden, kuralın varlığını da ispat etme yükümlülüğü altında olacaktır.

Tüm bunlar ışığında aşağıda, bazı önemli hakem kararları bakımından teamül kurallarına başvurulması açıklanmıştır.

b. İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi ve Teamül Hukuku Kuralları

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesini kuran Çözüm Bildirisi, Hakem Mahkemesi'ne başvurulacak geniş bir hukuk yelpazesi sunmuştur⁹²⁶. Hepsi de farklı hukuk sistemlerinden gelen hakemlerin, belirli davalarda karar verebilmek için geniş takdir yetkileri olmuştur. İddiaların pek çoğu tamamen ya da kısmen taraflar arasındaki sözleşmelere dayanmaktadır. Eğer taraflar arasında herhangi bir sözleşme yoksa veya mevcut sözleşme hükümleri yetersiz ise Mahkeme'nin, uluslararası hukuk ve ticaret hukuku ilkelerine başvurması kararlaştırılmıştır⁹²⁷. Mahkeme bu hukuk kurallarından birini seçmek konusunda özgürdür. Kısaca Mahkeme'nin temel yükümlülüğü, "hukuk temeline dayalı karar vermektir". Bu maddenin Mahkeme'ye yüklediği yükümlülük nedeniyle, ABD'ye göre Mahkeme'nin *ex aequo et bono*'ya göre karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Takdir yetkisi olmasına rağmen Mahkeme, belirli hususlarda tutarlı olmaya özen

⁹²⁵ BROWNLIE, 2003, s. 12.

⁹²⁶ Claims Settlement Declaration, 19 January 1981, article V. Çözüm Bildirisi'nin 5. maddesine göre, Hakem Mahkemesi bütün davalarda, uygulanacak hukuk olarak belirlediği hukuk kurallarına, ticaret hukuku ve uluslararası hukuk ilkeleri ile ticari örf adetlere, sözleşme hükümleri ve değişen durumlara başvurarak, hukuk temelinde karar verecektir, http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20_Declaration.pdf (son erişim: 10.02.2013)

⁹²⁷ Claims Settlement Declaration, 19 January 1981, article V. Ayrıca bkz. John R. CROOK, "Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience", *Am. J. Int'l L.*, Vol. 83, No. 2, 1989, s. 280.

göstermiştir. Örneğin Mahkeme, denetlemeye ilişkin yetkinin kaynağı olarak iç hukuk sistemlerine başvurmak yerine, taraflar arasındaki sözleşmeler, hukukun ve uluslararası hukukun genel ilkelerinden çıkan ve ulusal hukuk dışında kalan ilkelere başvurmuştur. Hatta kimi zaman iç hukuka başvurmamak için ICC ve UNCITRAL yaklaşımlarının temelinde yatan, uygulanacak hukukun taraflarca seçimi ilkesini görmezden gelmiştir⁹²⁸. Mahkeme'ye göre, görülmekte olan davalarda uygulanacak hukuku saptamaması, görevinin kapsamı ile çelişecektir. Bu çerçevede Mahkeme, Çözüm Bildirisi'nin öngördüğü şekilde, ticari örf ve adeti, sözleşme hükümlerini ve değişen durumları göz önünde tutarak, andlaşmaları, teamül hukuku kurallarını, hukukun genel ilkelerini ve iç hukuk kurallarını yorumlamayı ya da bunlara başvurmayı gerekli bulabilecektir⁹²⁹.

İran- ABD İddiaları Hakem Mahkemesi önündeki iki devlet arasındaki davalarda, Mahkeme'nin temel başvuru kaynağı uluslararası kamu hukuku ve uluslararası özel hukuk olmuştur; Mahkeme, bu süreci, kamu hukuku ilkelerine göre yönetmiştir. Uluslararası kamu hukuku Mahkeme'nin, hem devletlerarası uyuşmazlıklarda hem de devletlerin vatandaşlarının, karşı hükümetlerden taleplerine ilişkin olan, borçlardan, sözleşmelerden, millileştirmelerden veya mülkiyet haklarını etkileyen diğer tedbirlerden kaynaklanan davalarda yargı yetkisinin de kaynağını teşkil etmektedir⁹³⁰. Örneğin İranlı davalılar ve hakemler, çok defa ABD vatandaşlarının iddialarının ancak ABD hükümeti tarafından tanınacak diplomatik himaye yolu ile Mahkeme önüne gelebileceğini, Mahkeme'nin yargı yetkisinin uluslararası kamu hukukundan kaynaklanan iddialar ile sınırlı olduğunu ve bu konuda diplomatik himayeye ilişkin kuralların geçerli olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak Mahkeme, uluslararası kamu hukuku ve uluslararası özel hukuka aynı davada birlikte başvurulmasının hiçbir sakıncası bulunmadığını ifade etmiştir⁹³¹.

⁹²⁸ CROOK, 1989, s. 286; CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation and the Islamic Republic of Iran, Case No. 245, Chamber Two, Award No.99-245-2, Iran - United States Claims Tribunal, Signed December 27, 1983.

⁹²⁹ CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation and the Islamic Republic of Iran, Case No. 245, Chamber Two, Award No.99-245-2, Iran - United States Claims Tribunal, Signed December 27, 1983.

⁹³⁰ Claims Settlement Declaration, 18 January 1981, article 11(1).

⁹³¹ The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case No. A21, Full Tribunal, Decision No. DEC. 62-A21-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 4, 1987.

Mahkeme'nin kamulaştırmalar ve tazminata ilişkin kararları da, kamulaştırma uyuşmazlıkları ile karşılaşan ilk tahkim organı olması bakımından önem arz etmektedir. Kamulaştırmaya ilişkin davalarda Mahkeme, iki devlet arasındaki Dostluk Andlaşması'nın yatırımların korunmasına ilişkin hükümlerinin statüsünü ve niteliğini farklı şekilde değerlendirmiştir. Örneğin 1980 tarihli *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* davasında UAD, aynı andlaşmanın iki devlet arasında Kasım 1979 tarihi itibarıyla yürürlükten kalktığına karar vermişken⁹³²; Hakem Mahkemesi andlaşmanın, 1978-80 yılları arasındaki olaylar üzerindeki etkili olamayacağına karar vermiştir⁹³³. Hakem Mahkemesi pek çok kamulaştırma davasında Dostluk Andlaşması'nın statüsü hakkında karar vermek yerine, uluslararası teamül hukukuna atıf yaparak, teamül kurallarının, millileştirme durumunda tam tazmini gerektirdiğine karar vermiştir⁹³⁴. Mahkeme, sorumluluğa ve tazminata ilişkin kararlarının bir kısmında da hem teamül kurallarına hem de Dostluk Andlaşması'na başvurmuştur. Andlaşma'nın adil piyasa değerini gerektirdiğini, bunun da işletme değerine eşit olduğunu belirten Mahkeme, detaylı bir ekonomik analiz ile işletme değerinin belirlenmesi için bilirkişi atamıştır⁹³⁵.

c. Eritre-Yemen Davası ve Teamül Hukuku Kuralları

İki devlet arasındaki Tahkim Anlaşması ile Eritre ve Yemen arasındaki ülkesel egemenlik ve uyuşmazlığın kapsamını belirlemek ve daha sonra da deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin sorunları karara bağlamak üzere Hakem Mahkemesi kurulmuş; Mahkeme'nin uyuşmazlığın çözümünde başvuracağı

⁹³² ICJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (U.S. v. Iran), Judgement of 24 May 1980, s. 28, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c9&case=64&code=usir&p3=4> (son erişim: 12.09.2013); *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, Case No. B1, Full Tribunal, Award No. ITL 60-B1-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed April 4, 1986.

⁹³³ *Tippetts, Abbettt, McCarthy, Stratton, v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, The Government of Islamic Republic of Iran*, Case No. 7, Chamber Two, Award No. 141-7-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed June 29, 1984; *American International Group, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Case No. 2, Chamber Three, Award No. 93-2-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 19, 1983.

⁹³⁴ *Sola Tiles, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Case No. 317, Chamber One, Award No. 298-317-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed April 22, 1987; *Sedco, Inc. for itself and on behalf of Sedco International S.A. v. National Iranian Oil Company, The Islamic Republic of Iran*, Case No. 129, Chamber Three, Award No. ITL 55-129-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed October 28, 1985.

⁹³⁵ *Sola Tiles, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Case No. 317, Chamber One, Award No. 298-317-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed April 22, 1987.

hukuk ve usul kuralları Anlaşma'da kararlaştırılmıştır⁹³⁶. Bu çerçevede Mahkeme, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde temel olarak BMDHS'ye ve teamül hukukunun ilgili kurallarına dayanmıştır⁹³⁷.

Ülkesel egemenlik ve uyuşmazlığın kapsamına ilişkin olarak Eritre, uyuşmazlık konusu adaların Etiyopya deniz ülkesinde bulunması nedeniyle Etiyopya egemenliğinde olduklarını iddia etmiş, bu iddiasını da uluslararası teamül hukukunun ve BMDHS'nin⁹³⁸, her adanın, ana karaya uygulanan sınırlamaya uygun olarak kendine ait karasuları olabileceğine ilişkin kuralına dayanmıştır⁹³⁹. Eritre'ye göre, Yemen'in ileri sürdüğü egemenlik hakkı, Yemen'in deniz yatağı üzerinde, uluslararası teamül hukuku kurallarını ve BMDHS'yi ihlal etmek suretiyle kurduğu daimi haklar nedeniyle geçerli değildir⁹⁴⁰. Zira Etiyopya'nın adalardaki petrol arama faaliyetleri karşısında Yemen'in deniz yatağında, bilimsel araştırmalar niteliğinde tek taraflı imtiyazlar vermesi, adalarda etkin işgal kuralının gereğini karşılamamaktadır. Eritre'ye göre, iki devlet arasındaki anlaşma çerçevesinde Yemen, ancak geçici olarak imtiyaz tanımak hakkına sahiptir. İddia edilen imtiyazlar, dolaylı olarak adalar üzerindeki egemenlik sorununu çözemezler. Eritre'ye göre petrol imtiyazları, ancak *de facto* sınır hattının karşılıklı tanındığını gösterdiği zaman geçerli olabileceklerdir. Ancak iki devlet arasında böyle bir karşılıklı tanıma mutabakatı bulunmamaktadır⁹⁴¹.

Hakem Mahkemesi, tarihsel olaylara ilişkin değerlendirmesinde, tarafların her ikisinin de sunduğu delillerin kapsamlı incelemesinin, uyuşmazlıkların

⁹³⁶ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160 (son erişim: 13.12.2012). Tarafların iddiaları ve Mahkeme'nin esasa ilişkin değerlendirmeleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Serap AKİPEK, "Eritre-Yemen Hakem Kararı Işığında Kızıldeniz Adalarının Aidiyeti Sorunu", **AÜHF**, 2000, Cilt 49, Sayı 1-4, s. 1-30.

⁹³⁷ Arbitration Agreement, 3 October 1996 in Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, parag. 1-2.

⁹³⁸ 1982 BMDHS, madde 121/2.

⁹³⁹ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, parag. 25.

⁹⁴⁰ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, parag. 63.

⁹⁴¹ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, parag. 64.

bölgesel teamül hukukuna uygun olarak çözümünde başvuru, devamlılık gösteren ve köklü geçmişi olan davranış şeklini ortaya koyduğunu belirtmiştir⁹⁴².

Mahkeme'nin değerlendirmelerinde, bölgesel teamül kurallarına değinilen bir başka husus, adalar üzerinde yargı yetkisinin kullanılmasıdır. Yemen'e göre uzun yıllardır bölgedeki balıkçılar, yerel uyuşmazlıkların çözümünde, bölgedeki teamüller çerçevesinde karar veren çözüm sistemlerini kullanmışlardır. Buna göre Yemen hükümeti tarafından da resmi olarak tanınan yerel otorite, ilgili köydeki uyuşmazlığı bölgesel teamül kurallarına göre çözmek üzere hükümet tarafından yetkilendirilmiş olup, bu otoritenin kararları Hakem Mahkemesi ve diğer yargı organları önünde bağlayıcıdır⁹⁴³. Mahkeme'ye göre küçük uyuşmazlıklar için kurulan bölgesel tahkim sisteminin varlığı, Eritre'nin itirazını gerektirmemektedir. Teamül hukuku çerçevesinde yürütülen çözüm sistemi, Yemen ülkesi içinde, Yemenliler ile Yemenli olmayanlara uygulanabilecektir. Ancak Mahkeme'ye göre yerel otorite sisteminin, Yemen hukukunda bir temeli bulunmamakta, bu uygulama, ticaret ve balıkçılığa ilişkin davranışlardan kaynaklanmaktadır. Adalar bölgesindeki balıkçılık faaliyetleri uzun zamandır, ayırım gözetmeksizin Kızıl Deniz'in her iki yanındaki balıkçılar tarafından yürütülmekte; dolayısıyla bu sistemin Yemen hükümetince destekleniyor olması, tamamen özel nitelikte bir sistem olma niteliğini değiştirmemektedir⁹⁴⁴.

Davanın deniz sınırlarının belirlenmesine ilişkin kısmında Mahkeme, taraflar arasındaki Tahkim Anlaşması'nın 2. maddesi gereği, BMDHS'nin ilgili hükümlerini, ülkesel egemenlik sorunlarını ve diğer ilgili hususları dikkate almıştır⁹⁴⁵. Eritre BMDHS'nin tarafı olmamakla birlikte Tahkim anlaşması'na taraf olmak suretiyle, BMDHS'ye başvurulmasının ilişkin hükümleri kabul etmiş olduğundan, Mahkeme'ye göre BMDHS bu davada uygulanabilir bir kaynaktır. Tahkim Anlaşması'nda deniz hukuku konusundaki teamül kurallarının

⁹⁴² Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, parag. 129.

⁹⁴³ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, parag. 333-338.

⁹⁴⁴ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, parag. 339-340.

⁹⁴⁵ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage - Maritime Delimitation, December 17, 1999, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160 (son erişim: 13.12.2012).

uygulanacağına ilişkin hüküm bulunmamakla birlikte, BMDHS'nin neredeyse tüm hükümleri teamül kurallarından kaynaklanmaktadır⁹⁴⁶.

2. Hukukun Genel İlkeleri

a. Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri

UAD Statüsü'nün 38/1(c). maddesi, hukukun genel ilkelerini, “medeni milletlerce kabul edilmiş ilkeler” olarak tanımlamaktadır. Hukukun genel ilkelerine ilişkin düzenlemeler 19. Yüzyılın hakem mahkemelerini kuran tahkim andlaşmalarında göze çarpmaya başlamış; Divan ve daha sonraki başka uluslararası mahkemelerin işlev görmesine ilişkin temel belgelerde de kabul edilmiştir⁹⁴⁷. Bu ifade, hem uluslararası hukukun genel ilkelerini hem de medeni milletlerin ulusal sistemlerinde başvurdukları genel ilkeleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanabilmektedir⁹⁴⁸. Ancak Brownlie'ye göre, mahkemelerin uygulamada, ulusal hukuktan alıntı yapan bir sistemi benimseyeceğini varsaymak doğru olmayacaktır. Önemli olan, uluslararası mahkemelerin, muhakeme sürecinde uluslararası hukuku, bağımsız olarak başvurulabilir bir sistem haline

⁹⁴⁶ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage - Maritime Delimitation, December 17, 1999, parag 130; Mahkeme bu davada, 1982 BMDHS'nin düz hatlara ilişkin 5. maddesinin, Sözleşme hükmü olması dışında, teamül kuralı olarak, Sözleşme'ye taraf olmayan devletler için de bağlayıcı olduğunu belirtmektedir (parag. 133).

⁹⁴⁷ BROWNLIE, 2003, s. 16. Örneğin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün “Cezaların Hafifletilmesi ve Affedilmesi” başlıklı 28. maddesine göre: “Mahkumiyet kararı verilen kişinin hapsedildiği devletin pozitif hukukuna göre, söz konusu kişinin cezasının hafifletilmesi veya affedilmesi gerekiyorsa ilgili devlet, bu durumdan Mahkeme'yi haberdar edecektir. Bu durumda Mahkeme Başkanı, diğer yargıçlara danışarak adaletin menfaati çerçevesinde ve hukukun genel ilkelerine göre karar vermelidir” (Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, U.N. Doc. S/25704 at 36, annex (1993) and S/25704/Add.1 (1993), adopted by Security Council on 25 May 1993, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), <http://www1.umn.edu/humanrts/icty/statute.html> (son erişim: 16.12.2012).

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün “Uygulanacak hukuk” başlıklı 21. maddesine göre: “Mahkeme, (a) İlk olarak Statü'ye, Suçların Unsurları ve Usul ve Delil Kurallarına; (b) İkinci olarak, uygun olduğu ölçüde, başvurulabilir andlaşmalar, uluslararası hukukun silahlı çatışmalara ilişkin ilkelerini de içeren, uluslararası hukuk ilkeleri ve kurallarına; (c) Divan tarafından bu Statü ile uluslararası hukuk ve uluslararası alanda tanınmış kural ve standartlara uygun olarak, suç hakkında normal olarak yargı yetkisini uygulayan devletin ulusal mevzuatı dahil, dünyadaki hukuk sistemlerinin ulusal hukuklarından alınan hukukun temel ilkelerine göre karar verecektir” (Roma Statute of International Criminal Court, Text of the Rome Statute circulated as document A/CONF.183/9 of 17 July 1998 and corrected by process-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002. The Statute entered into force on 1 July 2002, <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romefra.htm> (son erişim: 16.12.2012).

⁹⁴⁸ Robert JENNINGS, Arthur WATTS, **Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace**, Longman, Oxford, 1992, s. 29.

getirebilmek için gereken hukuk kurallarını ve özel hukuk analogilerinin unsurlarını benimseyebilmesidir⁹⁴⁹.

Bir uluslararası mahkeme, ulusal hukuk ilkelerini ancak iki durumda uygulayacak ya da kendisinden uygulaması talep edilecektir. Bunlardan ilki, özel kişilere ilişkin hakları ilgilendiren bir andlaşmanın yorumlanmasını gerektiren davalar; ikincisi, devletlerarasında bir ilişki ya da bir işlem kuran ya da bunları yürüten bir andlaşmanın yorumlanmasına ilişkin davalardır. Burada söz konusu ilişki ya da işlem, ulusal hukukta tanınan bir ilişki ya da işlem benzeri olup, detaylı olarak andlaşma hükümlerinin içeriğinde yer almamaktadır⁹⁵⁰. Bunlardan ilkinde, *Deutsche Amerikanische Petroleum Oil Tankers* davası örnek gösterilebilir⁹⁵¹. 1920’de kurulan Hakem Mahkemesi’nin, Alman şubesine ait tankerlerdeki, ulusal hukuk kurallarının kesin olarak tanıdığı ve koruduğu, Almanya tarafından devredilen mal varlığı haklarını değerlendirmesi gerekmiştir. Versay Andlaşması kapsamında bir Alman şirketine ait olan gemiler de bu davaya dahildir. Mahkeme, Amerikan, İngiliz ve Fransız yetkililerden yardım istemiş ve bunların katkıları ile davacı Petrol Şirketi’nin iddialarına, pek çok ülkedeki özel hukuk kurallarına atıf yaparak, şirket olarak bilinen teşebbüslerinin hukuki kişiliğinin, ortaklarından tamamen bağımsız olduğu gerekçesi ile reddetmiştir.

İkinci tip uyuşmazlıklara, yani devletlerarasında bir ilişki kuran ya da bir işlemi yürüten bir andlaşmanın yorumlanması sorunlarına ilişkin davalara örnek olarak *Diverted Cargoes* davası gösterilebilir⁹⁵². Uyuşmazlığın kaynağı, Birleşik Krallık’ın, Sterlinin 1949’daki devalüasyonundan önce Yunanistan’a, belirli malların Yunanistan hükümeti veya Yunan vatandaşları tarafından ABD’de satışı için “gemi bordasında teslim (f.o.b.) maliyet artı sigorta” için Sterlin kredisi verilmesine yönelik olarak, iki hükümetin yaptığı andlaşmaya dayanmaktadır. Hakem Mahkemesi’nin karar vermesi gereken husus, 1941’de Yunanistan’daki hükümetin düşmesi üzerine, Birleşik Krallık hükümetinin, devalüasyondan sonra yapılan ödemeler için, Dolar-Sterlin kur oranının, devalüasyon öncesi kur oranı ile

⁹⁴⁹ BROWNLIE, 2003, s. 16.

⁹⁵⁰ SIMPSON / FOX, 1959, s. 133.

⁹⁵¹ UN Reports of International Arbitral Awards, The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft oil tankers (USA, Reparation Commission), 5 August 1926, Vol. II, s. 777-795.

⁹⁵² UN Reports of International Arbitral Awards, The Diverted Cargoes Case (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 10 June 1955, Vol. XII, s. 53-81.

aynı olmasını isteme hakkının olup olmadığı veya ödemenin devalüasyon sonrası kur oranı üzerinden yapılmasının gerekip gerekmediği meselesidir. Her iki taraf da davanın gidişatının iki ülke arasındaki ilişkilere bağlı olduğunu iddia etmiş ve her iki taraf da argümanlarını kendi ulusal hukukuna dayandırmıştır. Yunanistan, ücretsiz malların satıcısı konumunda bırakıldığını; Birleşik Krallık ise kendisinin malları göndermek amacıyla Yunanistan'ın temsilcisi sıfatını üstlenmiş olması nedeniyle Yunanistan'a karşı, kendisinin temsilcilik işlevini yerine getirdiği tarihteki sterlin kuru üzerinden hesaplanmış toplam andlaşma bedelinden daha fazla bir sorumluluğunun bulunmadığını iddia etmiştir. Birleşik Krallık bu iddiasına gerekçe olarak, pek çok mali ve teknik hususla birlikte, iki ülkenin sterlin üzerinden karşılıklı kredi alacaklısı ve borçlusu olmaları durumunu, cari hesap ilkeleri ve Fransız hukukundaki çek hesabı kurallarını sunmuştur. Davaya bakan hakem ulusal hukuka dayalı argümanları reddetmiş ve daha basit bir yola başvurarak, standart para değerinin dolar olduğuna ve Yunanistan'a verilen kredinin Dolar hesabı üzerinden hesaplanması gerektiğine karar vermiştir. Hakeme göre başvurulması gereken Dolar-Sterlin kur oranı, Sterlin devalüasyonunu takiben mevcut olan kur olmalıdır. Böylece hakem, hesaptaki paranın, ödenmesi gereken paraya çevrilme kurunun, ödeme tarihi kuru olduğuna ilişkin iç hukuk kuralına, bir "hukuk genel ilkesi olarak" başvurmuştur⁹⁵³.

Bir uluslararası mahkemenin hukukun genel ilkelerine, iç hukuka dayanmaksızın veya genel ilkeyi hangi kaynaktan aldığını özel olarak belirtmeksizin, daha geniş kapsamlı olarak başvurusu da mümkündür⁹⁵⁴. Örneğin *Chorzow Factory* davasında USAD, her türlü sorumluluğun ihlalinin, tazmin yükümlülüğü doğuracak olmasının genel bir hukuk kuralı olduğu kadar, uluslararası hukukun bir ilkesi olduğunu da ifade etmiştir⁹⁵⁵. *Corfu Channel* davasında UAD, "hem savaş hem barış zamanında insanlığın temel mülahazaları, deniz ulaşımı serbestisi ilkesi ve her devletin kendi ülkesini, başka devletlerin

⁹⁵³ UN Reports of International Arbitral Awards, The Diverted Cargoes Case (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 10 June 1955, Vol. XII, s. 81.

⁹⁵⁴ Rudolf B. SCHLESINGER, "Research on the General Principles of Law Recognised by Civilised Nations", *Am. J. Int'l. L.*, Vol. 23, 1957, s. 734-753.

⁹⁵⁵ PCIJ, Factory at Chorzów (Merits), Judgment of 13 September 1928, Ser. A/9, s. 29, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 16.12.2012).

haklarına hanel getirmeyecek şekilde kullanmama yükümlülüğünü”, “genel ve iyi tanınan ilkeler” olarak tanımlamıştır⁹⁵⁶.

Aşağıda, önemli tahkim uygulamalarında başvuru hukuk genel ilkelerine değinilmiştir.

b. İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi ve Hukukun Genel İlkeleri

Özel hukuka ilişkin ilkelere başvuru davalara verilebilecek en iyi örnek İran-ABD İddiaları Mahkemesi kararlarıdır. Bu davalarda, hukukun genel ilkelerine, özel hukuk kişilerinin davalarında, taraflar arasındaki sözleşmelerden sonra gelen ikinci kaynak olarak başvurulmuştur⁹⁵⁷. Örneğin, ABD’li bir şirket ile İran hükümeti arasındaki bir davada Mahkeme, davacı şirketin, davalı hükümete ait petrol araştırma kuruluşuna sonradan yaptıkları masrafların, taraflar arasındaki sözleşmede öngörölmüş olmasının mümkün olmadığına ve davacının bu masrafları talep etme hakkının, sözleşmenin ihlaline ilişkin bulgulardan bağımsız olduğuna, davalı hükümete ait petrol araştırma kuruluşunun, bu masrafların karşılanmaması halinde sebepsiz zenginleşmiş olacağına hükmetmiştir⁹⁵⁸. İran Medeni Kanunu’na ve uluslararası kamu hukuku bilimsel eserlerine gönderme yaptıktan sonra Mahkeme, sebepsiz zenginleşmenin bir hukuk genel ilkesi olduğuna karar vermiş ve İran hukukuna başvurulmuş olsaydı dahi, farklı bir sonuca varılamayacağı da eklemiştir⁹⁵⁹. Benzer bir davada Mahkeme, mevcut bir sözleşme olmaksızın, gelecekteki sözleşme vaadine dayanarak yapılan çalışmanın karşılığının ödenmemiş olmasının, sebepsiz zenginleşme teşkil ettiğine karar vermiştir⁹⁶⁰. Yine Mahkeme, sebepsiz zenginleşmenin, dünyadaki pek çok ulusal

⁹⁵⁶ ICJ, Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 9 April 1949, s. 22, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1&code=cc&p3=4> (son erişim: 16.12.2012).

⁹⁵⁷ ALDRICH, 1996, s. 397-411; CROOK, 1989, s. 292.

⁹⁵⁸ Mobil Oil Iran, Inc., et al, v. The Government of Islamic Republic of Iran, et al., Case No. 74, 76, 81, 150, Chamber Three, Award No. 311-74/76/81/150-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 14, 1987.

⁹⁵⁹ Mobil Oil Iran, Inc., et al, v. The Government of Islamic Republic of Iran, et al., Case No. 74, 76, 81, 150, Chamber Three, Award No. 311-74/76/81/150-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 14, 1987, parag. 67-87.

⁹⁶⁰ W. Jack Buckamier v. The Islamic Republic of Iran, et al., Case No. 941, Chamber Three, Award No. 528-941-3, Iran-- United States Claims Tribunal, Filed March 6, 1992, parag. 99.

hukuk sisteminde büyük bir çoğunlukla kabul edildiğini, kodifiye edilmiş ve yargısal bakımdan tanınmış olduğunu vurgulamıştır⁹⁶¹.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi’nce değinilen bir başka hukuk genel ilkesi, mücbir sebeptir (*force majeure*). İran devriminin taraflar arasındaki sözleşmeleri sonlandıran bir mücbir sebep olup olamayacağı hususunda Mahkeme, bu konuda mücbir sebebin herhangi bir hüküm içermeyen bir sözleşmeyi bile kısmen ya da tamamen sona erdirmeye ya da askıya alma yetkisi veren bir genel hukuk ilkesi olduğunu kabul etmektedir⁹⁶². Ancak Mahkeme’nin, muhtelif kararlarında, İran’daki mücbir sebep koşullarının niteliği ve sonuçlarına ilişkin farklı yaklaşımları da bulunmuştur. Bazı davalarda, taraflar mücbir sebep ileri sürmemiş olduğu ve sözleşmede de bu şekilde sona ermeyle ilgili yetkilendirme olmadığı halde, mücbir sebebin taraflar arasındaki sözleşmeyi sonlandırdığı sonucuna varılmıştır⁹⁶³. Mahkeme, İran Savunma Bakanlığı ile ABD’li şirket arasındaki davada, tarafların, sözleşmenin ihlaline ilişkin karşılıklı iddialarını reddetmiş ABD, Birleşik Krallık ve Fransa hukukunda saptadığı genel bir ilkeye başvurarak, mücbir sebebin, 1979 yılı ortalarında İran’daki geniş ve uzun süreli etkisinin, sözleşmenin yürütülmesinin imkansızlaşmasının “önlenemezliği” nedeniyle sözleşmenin uygulanmasını imkansız hale getirdiğine karar vermiştir⁹⁶⁴.

Bazı kararlarda ise Mahkeme, daha temkinli bir değerlendirme ile mücbir sebebin ispatının gerekliliğine vurgu yapmıştır⁹⁶⁵. ABD’li şirket ile İran hükümeti arasındaki davada, 15 Şubat 1979 tarihli Sözleşme’yi uygulamayı tamamen bırakan tarafların her ikisi de bu fiillerini mücbir sebebe dayandırmışlardır. Davalı

⁹⁶¹ . Jack Buckamier v. The Islamic Republic of Iran, et al., Case No. 941, Chamber Three, Award No. 528-941-3, Iran-- United States Claims Tribunal, Filed March 6, 1992, parag. 140.

⁹⁶² Gould Marketing, Inc., v. Ministry of National Defence of Iran, Case No. 49, Chamber Two, Award No.ITL 24-49-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983; Starrett Housing Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 24, Chamber One, Interlocutory Award No. ITL 32-24-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 19, 1983. Başka örnekler ve değerlendirmeleri için bkz. Aldrich, 1996, s. 307-320.

⁹⁶³ Gould Marketing, Inc., v. Ministry of National Defence of Iran, Case No. 49, Chamber Two, Award No.ITL 24-49-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983..

⁹⁶⁴ Gould Marketing, Inc., v. Ministry of National Defence of Iran, Case No. 49, Chamber Two, Award No.ITL 24-49-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983, parag. 149-153.

⁹⁶⁵ Sylvania Technical Systems, Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 64, Chamber One, Award No. 180-64-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed June 27, 1985. Bu dava ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. “*Technical Systems Inc. v Islamic Republic of Iran*”, **Am. J. Int.’l. L.**, Vol. 80, 1986, s. 365.

hükümet, 15 Şubat 1979 tarihinden sonra da mücbir sebep koşullarının devam ettiğini ve hatta 16 Temmuz 1979’da halen devam ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme’ye göre, bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin istisnası olarak mücbir sebebe dayanan taraf, ilgili sözleşme hükümleri bakımından mücbir sebep koşullarının varlığını ispat yükümlülüğü altındadır. İran hükümeti, 15 Şubat 1979’dan sonraki tarihte mücbir sebep koşullarının devam ettiğini gösterecek şekilde yeterince delil sunmamış olduğundan, bu konudaki yükümlülükleri devam etmektedir⁹⁶⁶.

Hakem Mahkemesi, bazı kararlarında daha dar bir bakış açısı ile mücbir sebep saptaması yapmıştır. ABD’li şirket ile İran Savunma Bakanlığı arasındaki bir davada Mahkeme, mücbir sebep savunmalarının, her zaman mücbir sebebe neden olan durumlar bağlamında değerlendirilmesi ve bu durumları ve yükümlülüklerini uygulaması engellenen tarafın dikkate alınması zorunluluğuna vurgu yapmıştır⁹⁶⁷. Mahkeme’ye göre, İran hükümeti, Şubat 1979’da başlayan olayların, Haziran ayına kadar sürdüğü dönemde, devrimin yönlendirilmesi bakımından, belirli ölçüde kontrol sahibi olmuştur. Bu bakımdan İran, olayların devamında hükümetin sorumluluklarını yerine getirdiğine dair delil sunamadığından, mücbir sebep söz konusu değildir. Bu bakış açısı, mahkemenin mücbir sebep değerlendirmelerinde temel aldığı anlayışı yansıtmaktadır.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi yargılamalarında hukukun genel ilkelerine, sözleşmelerin düzenlenmesi, uygulanması, yorumlanması ve ispatına ilişkin değerlendirmelerde de değinilmiştir. Hukukun genel ilkelerinin, taraflarca, taraf oldukları sözleşmelere, *pacta sunt servanda* ve özen yükümlülüğü ilkelerine uygun şekilde uygulanması gerektiğini hükme bağlamıştır⁹⁶⁸. Mahkemeye göre uyuşmazlık konusu sözleşmeler, temel yorum kuralları gereği, bir bütün olarak,

⁹⁶⁶ Sylvania Technical Systems, Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran (Award No. 180-64-1).

⁹⁶⁷ Gould Marketing, Inc., v. Ministry of National Defence of Iran, Case No. 49, Chamber Two, Award No. ITL 24-49-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983.

⁹⁶⁸ General Dynamics Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 283, Chamber Three, Award No. 123-283-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed April 16, 1984. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Yusuf ÇALIŞKAN, “*Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması*”, **MHB**, Yıl 24, 2004, Sayı 1-2, Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, s. 365-377.

anlamli ve etkin olacak şekilde yorumlanmalıdır⁹⁶⁹. Mahkeme, Sözleşmelerin varlığının teyit edilmesinde de genel ilkelere başvurulmuştur. Örneğin Mahkemeye göre, sözleşmenin, karşı tarafın varlığını bilerek taraflardan birince uygulanması, sözleşmenin varlığını teyit eder niteliktedir. İran Merkez Bankası ile ABD’li şirket arasındaki bir davada Mahkeme, davalı tarafından sözleşmenin iki yıl boyunca uygulanmasının, her ne kadar başlangıçta yetkisiz bir temsilci tarafından imzalandığı iddia edilmiş olsa bile, geçerliliğini ispat ettiğini ifade etmiştir⁹⁷⁰.

3. Andlaşmalar (*Treaties*)

a. Uluslararası Hukukta Andlaşmalar

UAD Statüsü’nün 38. maddesi, uluslararası hukukun başvurulabilir kaynaklarını sayarken, uyuşmazlığın tarafı olan devletlerce açıkça kabul edilmiş kurallar koyan, genel ve özel nitelikteki andlaşmalara da işaret etmektedir. Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, andlaşmaların şekli, sonucu etkilememektedir. Buradaki “kural” ifadesi ise taraflar arasındaki ilişkileri düzenleyen herhangi bir hüküm anlamına gelmektedir. Devletler, aralarındaki ilişkileri düzenleyen, uyuşmazlıkları çözen ve Divan’ın kararında başvurmasını istedikleri özel kurallar koyan özel bir anlaşma kabul edebileceklerdir. Devletlerarası tahkim söz konusu olduğunda, devletlerin aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde, hakem mahkemesinin davanın esasına uygulamasını tercih ettikleri özel bir andlaşmanın varlığı, oldukça sık rastlanan ve yargılamanın daha hızlı sonuçlanmasını sağlayan, arzu edilen bir durumdur.

Aşağıda, devletlerarasındaki andlaşmalara başvurulması bakımından bazı önemli tahkim uygulamalarına değinilmiştir.

⁹⁶⁹ CBA International Development Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 928, Chamber Three, Award No. 115-928-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed March 16, 1984.

⁹⁷⁰ Kimberly-Clark Corp., v. Bank Markazi Iran, Novzohour Paper Industries, Government of The Islamic Republic of Iran, Case No. 57, Chamber Two, Award No. 46-57-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 25, 1983.

b. İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi ve Andlaşmalar

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nin, başvurduğu hukuk kaynaklarından birinin, modern devletlerarası tahkim yargılamalarında az rastlanır olmasına ve karşılaştırmalı devlet uygulamalarının ispatı konusundaki zorluklara rağmen uluslararası kamu hukuku olduğu daha önce belirtilmiştir.

İran-ABD Hakem Mahkemesi, yargı yetkisinin tespiti, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümü, taraflar arasındaki andlaşmaların yorumlanması, iki devletin vatandaşlarının karşı hükümete yönelttikleri, kamulaştırmalar ve mal varlığı haklarını etkileyen diğer tedbirlerden kaynaklanan iddialar hakkında uluslararası kamu hukuku kaynaklarına başvurmuştur⁹⁷¹. Ancak andlaşmaların değerlendirmesinde, Daireler arasında yaklaşım farklı bulunmaktadır. Örneğin sorumluluk hukukuna ilişkin kararlarda, her Daire, taraflar arasındaki 1955 tarihli Dostluk Andlaşması'na başvururken farklı yaklaşım sergilemiştir⁹⁷². Birinci Daire, Andlaşma'nın IV. maddesine iktisat metodolojisi kullanarak başvurmuştur⁹⁷³. Daire'ye göre Andlaşma, adil piyasa değerine uygun ödeme gerektirmekte, bu durumda piyasa değerinin belirlenmesinde ekonomik değerlendirmelerde bulunması için atanan bilirkişiden yardım alınması söz konusu olmaktadır. İkinci Daire kamulaştırmalara ilişkin olarak 1955 Andlaşması'na daha az başvurmuştur. Bir kararında, İkinci Daire, Andlaşma'nın IV. maddesinin "alelade anlamından" yola çıkmış, metni açıklığa kavuşturmak için başka bir uzmanlık alanına gönderme yapmamıştır. Davacının yatırım değerine ilişkin olarak Daire, kamulaştırılmış teşebbüsün, kar eden bir teşebbüs olmadığına karar vermiştir⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ Richard B. LILLICH/ Daniel Bargstow MAGRAW, **The Iran- United States Claims Tribunal: It's Contribution to the Law of State Responsibility**, Transnational Publishers, Inc. Irvington-on-Hudson, New York, 1996, s. 111-118; ALDRICH, 1996, s. 156-170; CROOK, 1989, s. 280.

⁹⁷² Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the United States and Iran, signed in Tehran on August 15, 1955, U.N.T.S., Vol. 284, s. 93, article XXI/2. Andlaşma'nın IV. maddesine göre, kamulaştırmaya ilişkin davalarda "tam tazmin" ilkesine başvurulmalı ve tazminat, el konulan mülkiyet haklarına eşit ve etkili olmalıdır.

⁹⁷³ Starrett Housing Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 24, Chamber One, Award No. 314-24-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed August 14, 1987, parag. 18-24.

⁹⁷⁴ Phelps Dodge Corp. And Overseas Private Investment Corp. V. The Islamic Republic of Iran, Case No. 99, Chamber Two, Award No. 217-99-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed March 19, 1986.

Üçüncü Daire, kamulaştırmadan kaynaklanan zararların tazmini konusunda, UAD'nin *Charzow Factory* kararına atıf yaparak, bu davada kamulaştırılmış taşınmazın sahibinin ileri sürdüğü zararların, “hukuka aykırı kamulaştırmadan” kaynaklandığını ve hukuka aykırı kamulaştırmanın “adil tazminat” veya “kamulaştırılan teşebbüsün tam değeri olan meblağın” ödenmesini gerektirdiğini hatırlatmıştır. Hakem Mahkemesi'ne göre bu yükümlülük, uluslararası hukukun kamulaştırmaya ilişkin kurallarının gereğidir⁹⁷⁵. Diğer yandan kamulaştırılmış teşebbüsün değeri, sırf hukuki bir değerlendirmeden ziyade, tarafların ekonomik yükümlülüklerinin oluşumu dikkate alarak belirlenmelidir. Zira geleneksel uluslararası hukuk bakımından tazminatın kaynağı, başkasının hukuka aykırı fiili nedeniyle uğranılan zararın giderilmesidir. Eğer kamulaştırma hukuka uygunsa, taşınmazın sahibinden alındığı tarih itibariyle değeri, tazminatın da sınırını oluşturacaktır. Oysa hukuka aykırı kamulaştırmadan kaynaklanan zararın da giderilmesi gerekmektedir⁹⁷⁶. Daire, taraflar arasındaki 1955 tarihli Andlaşma hükümleri gereği, hukuka uygun bir kamulaştırmanın “tam tazmin” standardının, “etkili olarak gerçekleşebilecek ve kamulaştırılan taşınmazın değerini tam olarak karşılayacak” nitelikte olması gerektiğini bildirmek suretiyle, kamu hukuku ilkeleri çerçevesinde Andlaşma'da bahsi geçen standardın, USAD'ın *Chorzow Factory* davasında belirlediği standarttan farklı olduğu çıkarımını yapmıştır⁹⁷⁷. Bu ilkeler temeline dayanarak Daire, Andlaşma'nın ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin, hukuka uygun bir kamulaştırmadan kaynaklanan zararların belirlenmesinde, indirgenmiş nakit akışı (discounted cash flow) yöntemine başvurulmasına izin vermediğine karar vermiştir⁹⁷⁸. Oysa Üçüncü Daire, bir

⁹⁷⁵ Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 56, Chamber Three, Award No. 310-56-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 14, 1987, parag. 193.

⁹⁷⁶ Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 56, Chamber Three, Award No. 310-56-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 14, 1987, parag. 197.

⁹⁷⁷ Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 56, Chamber Three, Award No. 310-56-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 14, 1987, parag. 207.

⁹⁷⁸ Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 56, Chamber Three, Award No. 310-56-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 14, 1987, parag. 25.

önceki Başkanı ile karara bağladığı bir başka davada kar eden teşebbüs üzerinden değerlendirme yapmamıştır⁹⁷⁹.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi önünde görülen davalarda, uluslararası kamu hukuku çerçevesinde “andlaşma” olarak başvuru belgelerden biri de taraflar arasındaki Cezayir Bildirileri’dir. Hakem Mahkemesi’ni kuran Bildiriler, Mahkeme’ye göre, uluslararası kamu hukuku kaynağı olarak “andlaşma” niteliğindedir ve bu davalarda başvurulacak kaynaklardan biridir⁹⁸⁰. Andlaşma yorumlarına en çok başvuran, taraflar arasındaki Genel Bildiri’nin⁹⁸¹ ve Çözüm Bildirisi’nin⁹⁸² ilgili maddeleri çerçevesinde, iki devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakan Büyük Mahkeme (*Full Tribunal*) olmuştur⁹⁸³. Bu hükümlere göre Genel Bildiri’nin ve Çözüm Bildirisi’nin uygulanmasından ve yorumlanmasından doğan her türlü uyuşmazlık, bağlayıcı kararı verecek olan Hakem Mahkemesi’ne sunulacaktır. Bu maddeler kapsamındaki davalar “A tipi davalar” olarak adlandırılmakta ve her iki hükümetin temsilcileri tarafından, çoğu zaman Büyük Mahkeme önünde savunulmaktadır. Bu davalara ilişkin saptamalar, Cezayir Bildirileri’nin belirli hükümlerine ilişkin oldukları için sınırlı sayıda olmakla birlikte, Mahkeme’nin, VAHS kapsamında andlaşmaları değerlendirme süreci önem arz etmektedir. VAHS’ye ne İran’ın ne de ABD’nin taraf olmaması, teamül kuralı olması nedeniyle bu Sözleşme ile bağlı olmaları sonucunu değiştirmemektedir. Mahkeme de düzenli olarak, özellikle de andlaşma terimlerinin olağan anlamlarının aranması meselesi ile bağlantılı olarak VAHS’nin 31. maddesine başvurmuştur⁹⁸⁴. Zira Mahkeme’ye göre bu andlaşmaların

⁹⁷⁹ Phelps Dodge Corp. And Overseas Private Investment Corp. V. The Islamic Republic of Iran, Case No. 99, Chamber Two, Award No. 217-99-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed March 19, 1986, parag. 99.

⁹⁸⁰ “Iran-United States Claims Tribunal Reports”, *Am. J. Int.’l. L.*, Vol. 75, 1981, s. 418.

⁹⁸¹ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria, General Declaration, 19 January 1981, <http://www.iusct.net/General%20Documents/1-General%20Declaration%E2%80%8E.pdf>, (son erişim: 12.09.2013).

⁹⁸² Claims Settlement Declaration, 19 January 1981, <http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf>, (son erişim: 12.09.2013).

⁹⁸³ “Iran-United States Claims Tribunal Reports”, 1981, s. 418.

⁹⁸⁴ 1969 VAHS, madde 31/1: “Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünlüğü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır”.

yorumuna ilişkin 31. madde, uluslararası hukukun temel ilkelerini kodifiye etmiştir ve andlaşmaların yorumunda temel hareket noktası olmalıdır⁹⁸⁵.

Karara bağlanan uyuşmazlıklardan anlaşıldığı üzere, İran-ABD Hakem Mahkemesi'nin, genel bir siyasi kasıt olmaksızın, hakim ticari tahkim uygulamalarını bir tarafa bırakarak, uygulanacak hukuku, teamül kuralları, hukukun genel ilkeleri ve ağırlıklı olarak “andlaşmaların konu ve amacı” olarak belirlediği görülmektedir.

c. Eritre-Yemen Davası ve Andlaşmalar

Eritre-Yemen davasında taraflar arasındaki Tahkim Anlaşması'na göre Hakem Mahkemesi, iki devlet arasındaki uyuşmazlığı uluslararası hukuka göre çözmek üzere kurulmuştur⁹⁸⁶. Aynı Andlaşma'ya göre, yargılamanın deniz sınırlarının belirlenmesine ilişkin ikinci aşamasında, Mahkeme'nin ülkesel egemenliğe ilişkin sorunları değerlendirirken, BMDHS'yi ve diğer ilgili unsurları dikkate alması gerekmektedir. Uyuşmazlık konusu Kızıldeniz'de bulunan adalar üzerindeki egemenlik sorunu, Osmanlı İmparatorluğu'nun savaştan yenik çıkmasının ardından ve 1923'te Lozan Barış Andlaşması'nın imzalanması ile daha da karmaşık hale gelmiştir. Andlaşma'nın 16. maddesine göre, Türkiye, Osmanlı toprak ve adaları üzerindeki tüm hak ve yetkilerinden vazgeçmekte ve bu toprakların üzerindeki egemenlik haklarının belirlenmesini ilgili taraflara bırakılmaktadır⁹⁸⁷. Kızıldeniz'de bulunan adaların hakimiyetinin belirlenmesine ilişkin davada, uyuşmazlığın kapsamının belirlendiği ilk aşamada, uyuşmazlık konusu adalar üzerindeki egemenlik haklarını etkin işgal argümanına dayandıran Yemen, Lozan Barış Andlaşması'na taraf olmaması nedeniyle bu Andlaşmanın,

⁹⁸⁵ The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case No. B1 (Claim 4), Full Tribunal, Award No. 382-B1-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed August 31, 1988, parag. 35, 47; The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case No. A21, Full Tribunal, Decision No. DEC. 62-A21-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 4, 1987, parag. 8; The United States of America v. The Islamic Republic of Iran Bank Mellat, Claimant, v. The Government The United States of America, Manufacturers Hanover Trust Co. GTE International Inc., Respondents. Bank Mellat, Claimant, v. The Government of United States of America, Crocker National Bank, Respondents, Case No. A-16, 582 and 591, Award No. 108-A-16/582/591-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed January 25, 1984.

⁹⁸⁶ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings (Maritime Delimitation, December 17, 1999, s. 2, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?page_id=1160, (son erişim: 13.12.2012).

⁹⁸⁷ Ömer İlhan AKİPEK, **Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1966, s. 656.

Yemen'in adalar üzerinde mülkiyet haklarını etkilemeyeceğini iddia etmiştir. Yemen'e göre, Türkiye'nin haklarından feragat etmesi, üçüncü devletlerin menfaatlerini etkilemeyecektir. Lozan Andlaşması'nın 16. maddesi, adaları *terra nullius* değil, egemenliği belirlenmemiş ülke haline getirmiştir⁹⁸⁸. Yemen'e göre, her halükarda, 16. madde, ilgili taraflar arasında hükmünü kaybetmiştir; zira taraflar ve üçüncü devletler, Yemen'in egemenliğini tanıyan davranışlarda bulunmuş ve bu konuda herhangi bir çekince ileri sürmemişlerdir⁹⁸⁹.

Hakem Mahkemesi'ne göre, Modern Yemen'in kurucusu olan İmam, Lozan Andlaşması'nın tarafı değildir ve bu Andlaşma teknik anlamda Yemen bakımından *res inter alios acta*'a tabidir. Eğer mülkiyet, o dönem için Yemen'in egemenliğine girmiş olsa idi, Lozan Andlaşması'nın tarafları, bu mülkiyet hakkını Yemen'in rızası olmadan başka bir devlete aktaramazlardı. Oysa egemenlik hala Türkiye'de kalmıştır. İki taraflı andlaşmalar, üçüncü devletler bakımından *res inter alios acta* niteliği gösterirler. Ancak bu andlaşmalardan belirli bir kısmı, üçüncü devletleri de bağlayan bir objektif durum ortaya koymakta olup, *erga omnes* nitelik göstermektedir. A devleti mülkiyet hakkına sahipse ve bu hakkı B devletine geçirirse, bu durumun C devleti için *res inter alios acta* niteliği göstermesi hukuken mümkün değildir⁹⁹⁰. Hakem Mahkemesi'ne göre 16. maddenin en doğru analizi, 1923'de Türkiye'nin, bu adaların hakimiyetini, o tarihe kadar kim bu hakimiyeti haizse ona bıraktığı şeklinde olacaktır. Dolayısıyla bu durum adaları *terra nullius* yapmaz; Lozan Andlaşması'nın tarafları bakımından da olmak üzere, uluslararası hukuka uygun şekilde mülkiyetinin kazanılmasına açık hale getirir⁹⁹¹.

⁹⁸⁸ Lozan Barış Andlaşması'nın 16. maddesi: "Türkiye işbu Andlaşmada belirlenen sınırları dışındaki tüm topraklar ile bu topraklardan olup gene bu Andlaşma ile üzerinde kendi egemenlik hakkı tanınmış bulunanlar dışındaki Adalarda - ki bu toprak ve Adaların geleceği ilgililerce saptanmış ya da saptanacaktır- her ne nitelikte olursa olsun, sahip olduğu tüm hak ve senetlerden vazgeçtiğini açıklar". Günümüz Türkçesi ile karşılığı için bkz. http://sam.baskent.edu.tr/belge/Lozan_TR.pdf (son erişim: 20.01.2013).

⁹⁸⁹ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, parag. 34.

⁹⁹⁰ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, parag. 153.

⁹⁹¹ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, parag. 165.

Mahkeme'nin, "ilgili devletler" ifadesinin kapsamına dahil olacak unsurları gösteren bir delil olarak, andlaşmalar dışında, "görüşme metinleri"ne de atıf yaptığı görülmektedir⁹⁹². 1927'de İtalya ve İngiliz hükümetleri arasında Roma'da geçen, Güney Arabistan ve Kızıldeniz'deki İtalyan ve İngiliz menfaatlerine ilişkin görüşmelerde İmam Yahya da dahil bazı liderlerin uzlaştırılması konusunda anlaşılmış ve Britanya, Kızıldeniz'deki ve özellikle uyuşmazlık konusu adalardaki Avrupa devletlerinin hayati çıkarlarını, bu bölgelerin düşman bir Arap liderin eline geçmesi endişelerinin altını çizmiş, bu şekilde görüşme metni kayıt altına alınarak imzalanmıştır⁹⁹³. Bu metne göre, Arap kıyısındaki ve Kızıldeniz'deki adalarda, iki ülkenin de vatandaşları ve malları bakımından ekonomik ve ticari özgürlüğün temin edilmesi ve buradaki vatandaşların ve malların korunması görevinin, siyasi bir faaliyet olarak değil, hükümetlerin tasarrufu olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁹⁹⁴. Mahkeme'ye göre, bu metin çerçevesinde, kural olarak egemenliğin kazanılmasını anlamına gelebilecek faaliyetler, tarafların anlaşması ile böyle bir sonuç doğurmayacaktır. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, bu hareketlerin "egemen nitelikte" hareketler olarak tanımlamak hukuki dayanaktan yoksun olacaktır⁹⁹⁵.

Eritre, Mahkeme'nin bu görüşme metnine başvurmasına karşı çıkmış ve bu metnin, Milletler Cemiyeti Misakı gereği kaydedilmemiş olması nedeniyle herhangi bir hukuki değerinin olmayacağını⁹⁹⁶, öyle olsa bile *res inter alios acta* niteliği gereği Yemen tarafından da bunlara dayanılamayacağını ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre, bu metnin Milletler Cemiyeti'ne kaydedilmemiş olması devletlerarası andlaşma olmamasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu belge, tarafların bu şekilde imzaladığı ve kabul ettiği beyanın kesin bir delili

⁹⁹² Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, parag. 175, 189, 218 ve 488.

⁹⁹³ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, parag. 169.

⁹⁹⁴ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, 170.

⁹⁹⁵ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, 171.

⁹⁹⁶ Milletler Cemiyeti Misakı'nın 18. maddesine göre: "Cemiyet Üyelerinden birinin ileride yapacağı her andlaşma ya da uluslararası bağitlanma, Sekreterlikçe kütüğe yazılacak [tescil edilecek] ve olabilen en kısa süre içinde yayınlanacaktır. Bu andlaşma ya da uluslararası bağitlanmalardan hiçbirisi, kütüğe yazılmadan önce bağlayıcı güçte olmayacaktır", Covenant of the League of Nations, 28 April 1919, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8b9854.html> (son erişim: 28.01.2013).

niteliğindedir ve andlaşma türünden olmayan bir delil olarak Mahkeme'ye sunulması uygundur. Yemen'in bu belgeyi Mahkeme'ye sunmak istemesi, *res inter alios acta* niteliğinde bir andlaşmaya dayandığı anlamına da gelmemektedir. Mahkeme'ye göre bu bir diplomatik delildir ve hiç şüphesiz tarafların üzerinde mutabık oldukları hususları açıkça göstermektedir⁹⁹⁷. Böylece Mahkeme, andlaşma niteliği taşımamakla birlikte, tarafların niyetlerini yansıtan bir belgeyi de başvurulabilir kaynaklar arasında göstermiştir.

Eritre-Yemen davasında Roma görüşmeleri ile bağlantılı olarak Mahkeme'nin değindiği bir başka anlaşma, Yemen ve Suudi Arabistan diğer devletlerle ve birbirleri ile ilişkilerinin düzenlenmesi amacıyla imzalanan, 1938 tarihli Anlaşma ve Protokollerdir. Bu belgeler, Kızıldeniz'deki adalar üzerindeki tasarrufları da düzenlemektedir⁹⁹⁸. 1938 Anlaşması, 1927 tarihli görüşmelerdeki taahhütleri kaynak almakta ve bunları genişletmektedir. Mahkeme burada görüşme kayıtlarını "Roma Anlaşması" olarak anmaktadır. Mahkeme'ye göre Roma görüşmelerinin Milletler Cemiyeti'ne kayıt edilmemiş olması, tarafların birbirine karşı ileri sürebileceği bir husus değildir. Yemen ise bu Anlaşma bakımından üçüncü devlet konumundadır. İtalya ya da Birleşik Krallık'ın anlaşmayı kaydetmemiş olmasının çeşitli nedenleri olabilir. Ancak anlaşma metni, tarafların 1938'de bu adaların durumu karşısında alacağı tavrı göstermesi bakımından Mahkeme'nin göz önüne alacağı önemli bir husustur.⁹⁹⁹

Eritre-Yemen davasında Hakem Mahkemesi, Kızıldeniz'deki ada, adacık ve kayalıklar üzerindeki egemenlik haklarının belirlenmesinde, tarafların ileri sürdüğü argümanlar yanında adaların yakınlığı ve coğrafi bütünlük unsurlarını temel almakla birlikte, Lozan Andlaşması'nın ilgili hükümlerine de çok defa değinmiş ve bunlarla ilgili yorumlarını, başvurulabilir kaynak olarak kullanmıştır.

⁹⁹⁷ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, parag. 172.

⁹⁹⁸ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, parag. 181.

⁹⁹⁹ Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, parag. 183.

4. İctihat ve Doktrin

Divan Statüsü'nün, başvurulacak kaynaklar arasında gösterdiği bir başka husus, hukuk kurallarının saptanmasında yardımcı kaynak olarak, yargı kararları ve çeşitli devletlerin en yetkin yazarlarının öğretileridir. Yargı kararlarını işaret ederken, uluslararası mahkemelerin kararları kadar, ulusal mahkemelerin kararları da tali başvuru kaynağı olarak gösterilmektedir. Geçmişte Amerikan Yüksek Mahkemesi içtihatlarına başvuru örneklerine de rastlanmaktadır. Örneğin 1938 tarihli *Trail Smelter* davasında, Hakem Mahkemesi tarafından, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin hava ve su kirliliğine ilişkin kararlarına atıf yapılmış ve bu mahkemeler önünde hava ve su kirliliğine ilişkin sorumluluğun kabul edilmiş olmasının, aynı sorumluluğun uluslararası hukuk çerçevesinde de kabul edileceğini gösterdiği ifade edilmiştir¹⁰⁰⁰.

Çeşitli devletlerin en yetkin yazarlarının öğretileri, uyuşmazlıkların yargısal çözümünde tarafların argümanları ve yargı kararlarının içinde çok defa atıf yapılmış kaynaklardan biridir. Bu görüşlerin kabul edilebilirliğinden ziyade, yazarlarının itibarı, kararlara esas alınıp alınmamaları konusunda belirleyici olmaktadır¹⁰⁰¹.

Son olarak, tarafların, mahkemenin belirli kurallara başvurması konusunda anlaşma imkanlarının bulunduğu davalarda bile mahkeme, kararına temel alacağı hukuk kuralları konusunda halen geniş bir takdir yetkisini haizdir. Mahkemenin, “adalet ve hakkaniyet” veya “hukukun genel ilkelerine” başvurmayı tercih edip etmeyeceği, kararına ve karara yazacağı gerekçeye bağlı olarak değişebilecek olan subjektif bir değerlendirmedir. Bir uluslararası mahkeme, tarafların sunmuş olduğu argümanlarla da bağlı değildir. Örneğin çok tartışılan *Lotus* davasında USAD, Fransa'nın bayrak devletinin yetkisine ilişkin olarak sunmuş olduğu argümanları yetersiz bularak, kendisinin, başvuru kaynağı olarak “uluslararası hukuka” gönderme yaparken, bu ifadenin içini ne şekilde dolduracağı konusunda tarafların değerlendirmeleri ya da argümanları ile hiçbir şekilde bağlı olmadığını; taraflar arasındaki andlaşmada işaret edilen uluslararası hukuk ilkelerinden birinin

¹⁰⁰⁰ Reports of International Arbitral Awards, Trail Smelter Case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. III, s. 1920.

¹⁰⁰¹ LAUTERPACHT, 1982, s. 23-25.

varlığını ortaya çıkarmaya uygun nitelikteki emsal kararlara, öğretilere ve dava konusu olaylara ilişkin kendi araştırmalarına dayanabileceğini ifade etmiştir¹⁰⁰².

C. *Ex Aequo et Bono* Karar Verme Yetkisi

1. *Ex Aequo et Bono* Kavramı ve Hukuki Temeli

UAD Statüsü'nün 38. maddesi, tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın, *ex aequo et bono* çerçevesinde çözülmesine cevaz vermektedir. Ancak bu hükme, ne USAD döneminde ne de halefinin döneminde başvurulmamıştır. *Ex aequo et bono*'ya göre karar verme yetkisi, Milletler Cemiyeti döneminde Genel Kurul'da tartışılmış ve alt komite tarafından, Divan'ın "yüksek adalet ve hukuk ilkelerine" başvurmasına izin verilmesi teklif edilmiştir. Alt komite "adaleti" "medeni milletlerce tanınan genel hukuk ilkeleri" şeklinde başvurulması gereken hukuk kuralları olarak saymıştır. Ancak madde metnine eklenen ikinci fıkra Divan'a, tarafların anlaşması halinde, bir uyuşmazlığın, mevcut hukuk kurallarının sınırları dışında da çözme imkanı veren geniş bir takdir hakkı tanımıştır¹⁰⁰³.

Yalnızca iki davada, Divan'dan uyuşmazlığın *ex aequo et bono*'ya göre çözülmesi istenmiş, ancak her ikisinde de talep reddedilmiştir¹⁰⁰⁴. Hükümetlerin, *ex aequo et bono* çözümüne sıcak bakmamalarının nedenlerinden birinin, Divan'dan beklenilenin yargısal çözüm olduğu savunulmaktadır. Çünkü kimi yazarlara göre, *ex aequo et bono*'ya dayalı bir kararın, devletlerin hukuki yükümlülüklerinden tamamen ayrılması anlamına gelmesi, Divan'ın tamamen

¹⁰⁰² PCIJ, Lotus, Judgment of 7 September 1927, Series A/10, s. 31.

¹⁰⁰³ Ulrich SCHEUNER, "Decisions *ex aequo et bono* by International Courts and Arbitral Tribunals", in **International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke**, Edited by Pieter Sanders, Hague, 1967, s. 275.

¹⁰⁰⁴ 1947'de Guatemala hükümeti, Belize ülkesine ilişkin uyuşmazlığı, Büyük Britanya'nın uyuşmazlığın *ex aequo et bono*'ya göre çözülmesini kabul etmesi halinde Divan'a sunacağını duyurmuştur. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı için bu teklif reddedilmiştir. Haya de la Torre davasında Kolombiya hükümeti, Kolombiya'nın Bay Haya de la Torre'e sığınma hakkı tanınmasının hukuka uygunluğuna karar verecek olan Divan'dan *ex aequo et bono*'ya göre karar vermesini istemiş ve Peru hükümeti bu teklifi reddetmiştir (ICJ, Haya de la Torre (Colombia v. Peru), Judgment of 13 June 1951, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=d4&case=14&code=haya&p3=4> (son erişim: 12.09.2013), C. Wilfred JENKS, **The prospects of International Adjudications**, Oceana Publications, New York, 1964, s. 158.

tarafların beklentilerine göre hareket eden, istisnai bir yargı yeri olarak görev yapması sonucunu doğuracaktır¹⁰⁰⁵.

Ex aequo et bono kavramı, tahkim de dahil olmak üzere diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hakim prensibi olan “temel adalet” düşüncesine dayanmaktadır. Tarafların açıkça rıza göstermiş olduğu durumlarda, hakemlerin ve yargıçların, Latin dilindeki tam karşılığı ile hakkaniyete ve nısfete göre, hukuk dışında veya başka bir deyişle hukuku dikkate almaksızın karar verebilmeleri anlamında gelmektedir¹⁰⁰⁶. Brownlie’e göre, *ex aequo et bono*’ya göre karar verme yetkisi, uzlaş ve uzlaştırma unsurlarını da içermektedir¹⁰⁰⁷. Franck ve Sughrue’e göre, *ex aequo et bono* yargılama, açıkça, taraflar arasında yeni bir hukuki ilişki yaratmaktır ve bu yönüyle uluslararası hukukun ve bütün hukuk sistemlerinin bir parçası olan hakça ilkelerden ayrılmaktadır¹⁰⁰⁸.

Daha önce de belirtildiği üzere, UAD ya da selefi, uyuşmazlıkların çözümünde *ex aequo et bono*’ya başvurmamışlardır. Ancak Divan Statüsü¹⁰⁰⁹, muhtelif tahkim kuralları¹⁰¹⁰, çok taraflı andlaşmalar¹⁰¹¹ veya ulusal hukuk sistemleri¹⁰¹², tarafların bu konuda yargı organına açıkça yetki vermiş olması halinde *ex aequo et bono* çözüme başvurulmasına cevaz vermektedirler. İki taraflı andlaşmalar ile bir uluslararası yargı organına *ex aequo et bono* karar yetkisi vermek, uluslararası kamu hukukunda çok alışıl gelmiş bir durum değildir. Ancak aşağıda birkaç istisnai duruma değinilecektir.

¹⁰⁰⁵ JENKS, 1964, s. 276.

¹⁰⁰⁶ **Black’s Law Dictionary**, Edited by Bryan A. Garner, 9.th Edition, West, 2009; Leon TRAKMAN, “*Ex Aequo Et Bono: De-Mystifying an Ancient Concept*”, **Chinese J. Int’l. L.**, Winter 2008.

¹⁰⁰⁷ BROWNLIE, 2008, s. 26.

¹⁰⁰⁸ Thomas M. FRANCK/ Dennis M. SUGHRUE, “*The International Role of Equity-as-Fairness*”, **Geo. L.J.**, 1993, Vol. 81, s. 569.

¹⁰⁰⁹ UAD Statüsü, madde 38/2.

¹⁰¹⁰ 1958 ILC Model Rules, article 10/2; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 35/2; 1992 PCA Arbitration Rules, article 33/2; 2012 PCA Arbitration Rules, article 35/2.

¹⁰¹¹ 1982 BMDHS, madde 293/2.

¹⁰¹² 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun, 12/C(3). maddesine göre, “Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir”.

2. *Ex Aequo et Bono* Çözüm ve *Non-liquet* Uyuşmazlıklar

I. Dünya Savaşı'ndan bu yana muhtelif devletlerarasındaki andlaşmalar ile hakem mahkemelerine ya da uluslararası mahkemelere yargı yetkisi verilmekle birlikte, pozitivist doktrinin etkisiyle çoğu uluslararası hukukçu, uluslararası hukukun teamüle dayandığını, merkezi bir yasama organının bulunmadığını, henüz gelişimini tamamlamamış bir hukuk düzeni olduğunu ve yargıçların her uyuşmazlık için hukuka dayalı bir çözüm bulamayabileceğini vurgulamıştır¹⁰¹³. Ancak bu bakış açısı günümüzde tartışılmaktadır. Her hukuk sistemi, detaylı hukuk kurallarının hakim olmadığı alanlarda bile bir yargı kararına rehberlik edebilecek genel ilkelere dayanmaktadır. Hukuk sùjelerinin, bütün hukuk kurallarının sınırlamalarının dışında, tamamen kendi isteğı doğrultusunda hareket edebileceğı, hukuk kurallarından bağımsız ve boş bir alan bulunmamaktadır. Her hukuk düzeni, hukukun dışarıda bırakılması ihtimalini bertaraf edecek muhtelif ilkeleri haizdir. Devletlerin egemenliğı ilkesinin de, devletlere, hukuktan bağımsız bir alan yaratmak amacıyla kabul edildiğı düşünölmemelidir. Bu ilke, uluslararası düzenin, devletlerin iç işlerini sınırlayan kesin kurallar koymaması ve devletlerin ulusal alanlarında serbest iradelerini saklı tutmaları amacını taşımaktadır. Hakkın kötüye kullanılmaması, iç işlere müdahale etmeme gibi ilkeler de aynı şekilde yol gösterici ilkelere¹⁰¹⁴. Uluslararası hukukun gelişimini tamamlamamış olması gerekçesiyle, yargıçların, hukuki uyuşmazlıklar dışında yargılama yapma yetkisinin olmayacağını söylemek ve “*non-liquet* uyuşmazlıklar” gibi bir kapı açmak, uluslararası hukukun gelişimini sekteye uğratacaktır. Yargıç, önündeki somut uyuşmazlıkta uygulanacak kesin kuralların bulunmaması halinde, hukuk düzeninin bu yol gösterici ilkelerinden yola çıkarak, uyuşmazlığın çözümü için bazı hukuki çıkarımlarda bulunacaktır. Jenks'e göre, uluslararası toplumda hukuk, devletlerin sadece teamül kuralları ya da iki ya da çok taraflı andlaşmalar aracılığı ile ortaya koydukları açık ya da zımni iradelerinden değil, insanlığın genel iradesinden, devletlerin çoğunluğu arasındaki hukuk bilincinden de

¹⁰¹³ Louis B. SOHN, **Recent cases on United Nations Law**, 1963, Foundation Press, Brooklyn, s. 54; Julius STONE, **Legal System and Lawyers' Reasonings**, Stevens&Sons, London, 1964, s. 187. Bu konudaki karşılaştırmalı görüşler için bkz. Georg SCHWARZENBERGER, **International Law and Order**, Stevens&Sons, London, 1971, s. 16-18; Conway W. HENDERSON, **Understanding International Law**, Wiley-Blackwell, 2010, s. 5.

¹⁰¹⁴ Daniel BODANSKY, “*Non-Liquet*”, **MPEPIL**, 2012, parag. 12-16.

çıkarılmalıdır¹⁰¹⁵. Böyle bir uluslararası hukuk sistemi de uluslararası yargıçların ve hakemlerin, var olan uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde önlerindeki uyuşmazlığı çözmelerini sağlamakta ve *non-liquet* durumuna izin vermemektedir¹⁰¹⁶. Günümüzde pek çok yazar, uluslararası hukukun, uluslararası mahkemeler önündeki siyasi ya da hukuki olmasına bakılmaksızın her türlü uyuşmazlıkta, hukuka dayalı bir yargı kararına varacak her türlü unsuru temin ettiğini kabul etmektedir¹⁰¹⁷.

3. *Ex Aequo et Bono* ve Hakça İlkeler (*equitable principles*)

Hakça ilkeler, hukuki sistemin içine bina edilmiş, hukuktan çıkarılamayan, onun doğası gereği parçası olan bir kavramdır. Bunlar, mahkemenin karşı karşıya kalabileceği durumlardan çıkarılan soyut ilkelerin yansıması niteliğinde olup, belirli bir davada başvurulmaya uygun hukuk kuralları ortaya koyma amacı gütmektedirler. Hakça ilkelerin işlevi, somut olay bağlamında hukuk kuralını yorumlamayı sağlamak ve ilgili taraflar arasındaki ilişkinin bütün unsurlarını dengelemektir. Bu nedenle hakça ilkeler, hukuka hayat vermekte ve her davanın somut gerekliliklerini karşılamasını sağlamaktadır¹⁰¹⁸.

Örneğin BMDHS'nin 83/1. maddesine göre, kıyıları karşı karşıya veya yana olan devletlerarasında kıta sahanlığının sınırlandırılması, “hakça bir çözüm” bulmak üzere, UAD Statüsü'nün 38. maddesinde zikredilen milletlerarası hukuka göre, andlaşma ile gerçekleştirilecektir. Divan Statüsü'ne yaptığı atıfla açıkça hukukun kaynaklarına işaret eden bu hüküm, aynı anda “hakça çözüm”e de değinmektedir. Lachs'a göre, kıta sahanlığı ya da başka bir konuyu içeren her uyuşmazlığın, kendi somut koşulları çerçevesinde, özel durumları dikkate alarak ve adalete uygun bir çözüme ulaşmak üzere yargılanması mümkün değildir. Hakça ilkeler, hukuka başvururken farklı işlevleri yerine getirmektedir. Her davada, her olay için hukuka ne şekilde başvurulacağına ilişkin genel ilkeler oluşturmak

¹⁰¹⁵ Wilfred C. JENKS, **The Common Law of Mankind**, Stevens & Sons, London, 1958, s. 58.

¹⁰¹⁶ SCHEUNER, 1967, s. 277.

¹⁰¹⁷ SCHEUNER, 1967, s. 178; Hersch LAUTERPACHT, “*La Théorie des Différends Non-justiciables en Droit International*” **Hague Recueil**, Vol. 34, 1930, s. 499-653; Hersch LAUTERPACHT, “*The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law*”, **Economica**, Vol. 8, 1928, s. 277-317; Hersch LAUTERPACHT, “*Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Legal Order*”, in **Symbolae Verzijl**, s. 196-221.

¹⁰¹⁸ Manfred LACHS, “*Equity in Arbitration and in Judicial Settlements of Disputes*”, **Leiden J Int'l L.**, Vol. 6, Issue 2, 1993, s. 325.

mümkün olmayacağından, bu görevi yerine getirecek olan hakça ilkelerdir. Bu anlamda hakça ilkeler, kesinlikle “*infra legem*” bir unsurdur ve belirli bir hukuk kuralı ile gerçeklik arasındaki bağlantıyı kurmaktadır¹⁰¹⁹.

Hukukun kendi içinde bulunan hakça ilkeler, bir anlamda yargıcın yorum faaliyeti içerisindedir. Örneğin taraflar arasındaki anlaşma hükümlerinin çok detaylı olmadığı durumlarda, içinde farklı unsurlar içeren uyuşmazlıklar bu anlaşma ile tam olarak örtüşmeyebilecektir. Hakça ilkeler, her davanın kendi özel durumlarının dikkate alınmasını sağlayarak, kaynağı ne olursa olsun hukuk kuralını zenginleştirecektir¹⁰²⁰.

UAD’nin 1969 tarihli *North Sea Continental Shelf* ve 1985 tarihli *Continental Shelf* davalarında ifade ettiği üzere, hakça ilkelere başvurulması, *ex aequo et bono* karardan farklıdır¹⁰²¹. Hakça ilkelerin kaynağı olan “adalet”, soyut adalet değil, hukuk kurallarına uygun adalettir. Bu şekilde adalete başvurmak, her ne kadar her davanın kendi koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi nedeniyle, genel adalet ilkelerinin ötesine geçilse de, tutarlılık ve öngörülebilirlik arz etmelidir.¹⁰²²

Devletlerarasındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere kurulmuş neredeyse bütün hakem mahkemeleri, taraflar *ex aequo et bono* karar vermek üzere yetkilendirmedikçe, kararlarını pozitif hukuka göre vermektedirler. *Ex aequo et bono* karar, adalete ilişkin değerlendirmeleri ve sübjektif adaleti dikkate alarak verilen karar anlamına gelmektedir. Mason’a göre, hakça ilkeler de hukuk kurallarına yorumlamada, adalet duygusuna ve yargıcın takdir yetkisine ağırlık verdiği için, bu iki kavram sürekli olarak yer değiştirmektedir¹⁰²³. Ancak bu ikisi arasındaki en önemli ayrım, hakça ilkelere dayalı bir kararın, hukuk ilkelerine dayanması ve başvuru adalet ilkelerinin, yalnızca belirli amaçlarla ve hukuk

¹⁰¹⁹ LACHS, 1993, s. 326.

¹⁰²⁰ LACHS, 1993, s. 326.

¹⁰²¹ ICJ, *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969, s. 48, parag. 88.

¹⁰²² ICJ, *Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment of 3 June 1985, s. 29, parag. 45, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=lm&case=68&k=a8&p3=0> (son erişim: 30.07.2013).

¹⁰²³ Josephine K. MASON, “*The Role of Ex Aequo Et Bono in International Border Settlement: A Critique of the Sudanese Abyei Arbitration*”, **American Review of International Arbitration**, Vol. 20, No. 4, 2009, 528.

çerçevesinde, bir bakıma yorum faaliyetinin bir parçası olarak kullanılmasıdır¹⁰²⁴. *Ex aequo et bono* karar ise, hukuku dikkate almaksızın adalet, hakkaniyet, vicdan çerçevesinde verilen kararlardır¹⁰²⁵.

Ex aequo et bono kararların, mutlaka hukuk kurallarına aykırı olması da gerekmemektedir. Bunlar hukuk dışı verilere dayanan kararlar olmakla beraber, hukuka dayalı olarak verilen kararlara nazaran, siyasi ya da toplumsal gerçekleri dikkate alarak verilen kararlardır. Bu anlamda hakça ilkelere dayanan kararlar, hukuk temeline oturmaktadırlar; oysa *ex aequo et bono*'ya dayanarak verilen kararlar, hukuk dışı değerlendirmeler üzerinde durmakta ve uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın verilmektedirler¹⁰²⁶.

20. yüzyılda kabul edilen tahkim anlaşmalarında hakça ilkelere başvurulması ile *ex aequo et bono* çözüme gidilmesi arasındaki ayrım, tıpkı UAD Statüsü'nün 38. maddesinde olduğu gibi açıkça görülmektedir. Oysa USAD Statüsü'nün şekillendirildiği dönemlerde hakça ilkelere başvurulması hususu, kimi zaman *ex aequo et bono*'ya dayalı karar alınması meselesi ile karıştırılmıştır. Günümüzde bu ikisi arasındaki fark Divan kararlarında açıkça anlaşılmaktadır¹⁰²⁷.

¹⁰²⁴ Louis B. SOHN, "Arbitration of International Disputes Ex Aequo Et Bono", in **International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke**, Martinus Nijhoff, Hague, 1967 s. 331.

¹⁰²⁵ SCHEUNER, 1967, s. 282.

¹⁰²⁶ MASON, 2009, 530.

¹⁰²⁷ USAD, *Diversion of Water from the Meuse* davasında, Divan Statüsü'nün 38/1. maddesi çerçevesinde Divan'ın, başvurulacak uluslararası hukukun bir parçası olarak hakça ilkeleri dikkate alma serbestisinin bulunduğunu belirtmiştir. *Diversion of Water from the Meuse* (Netherlands v. Belgium), Series A/B/70, 28 June 1937, parag. 322, http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1937.06.28_meuse.htm (son erişim: 01.08.2013). *Golf of Maine* davasında UAD'ye göre, uyuşmazlık konusu deniz alanının sınırlarının belirlenmesinde, bölgenin mevcut koşullarını da dikkate alarak hakça ilkelere başvurulması gerekmektedir. Bu çerçevede başvurulması gereken hakça ilkeler ise, tarafların mevcut kıyıları arasındaki bağlantıya, bu kıyılar arasındaki deniz alanlarına, orantılılığa ve uygun olduğu yerde doğal uzantıya göre tespit etme ilkesi; tarafların bölgedeki doğal kaynakları kullanımı ve tasarrufuna olan katkısına göre belirleme ilkesi; taraflar arasındaki muhtemel uyuşmazlıkları en aza indirgeyecek şekilde belirleme ilkesi ve somut olayın koşullarını dikkate alacak şekilde belirleme ilkesidir. Divan, meselenin değerlendirilebilmesi için, devletlerin balıkçılık, petrol araştırması, bilimsel araştırma gibi faaliyetlere ilişkin potansiyellerinin, dikkate alınması gereken politik ve ekonomik unsurlar bulunduğunu; bununla birlikte Divan'ın halen Statüsü ve hukuk kuralları ile bağlı olduğunu ve *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir (parag 59). Divan davanın esasını bu bağlamda değerlendirmeye başlamadan önce uyuşmazlık konusuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları ve ilkeleri ile belirli bir durumda uygulanabilecek hakça ilkeler arasındaki farka değinmiştir. Divan'a göre uluslararası hukuk, uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak teamül hukukunun genel kurallarına işaret etmektedir. Hakça ilkelerin, uygulamaya yönelik teknik bir metod olarak belirlenmesi ve her dava için aynı spesifik hakça ilkelere başvurulması beklenmemelidir. Her dava kendi somut koşulları bakımından farklı hakça ilkelere

19. yüzyılda ve 20. yüzyıl başlarındaki hakça ilkeler ve *ex aequo et bono* arasındaki karmaşanın nedeni, büyük ölçüde bu dönemde sıkça başvurulanan arabuluculuk yöntemi ile tamamen yargısal bir yöntem olarak algılanması gereken tahkim arasında paralellik kurulmasından kaynaklanmaktadır. Daha önce de değindiğimiz üzere arabuluculuk diplomatik bir çözüm yöntemidir ve bu nedenle siyasi yönünün ağır basması ve hukuk dışına çıkarak karar alınması olağandır. Zira öncelikli amaç, hukukun temini değil, tarafların uzlaşmasıdır. Oysa tahkim, yargısal bir yöntemdir ve hakem mahkemesinin tarafların çıkarlarını uzlaştırmaktan daha öncelikli olarak, “hukuka uygun” karar vermek yükümlülüğü bulunmaktadır. Diğer yandan, uluslararası mahkemelerin, ağırlıklı olarak hukuki ya da siyasi bir görev üstlendiği varsayımlarından yola çıkarak, kendi gerçek niteliğini ve işlevini belirlemesinin yerindeliği, bu çalışmanın sınırları dışında kalan teorik bir tartışmadır.

Geçmişte, hakem mahkemelerinin başvuru kaynağı olan kurallara bakıldığında, uluslararası hukuk terminolojisi bakımından bir karmaşa olduğu açıktır. Tahkim, tartışmasız yargısal bir çözüm yoludur ve özünde hakemlerin “hukuka” veya “uluslararası hukukun temel ilkelerine uygun” karar verme yükümlülüğü yatmaktadır. Ancak geçtiğimiz yüzyıldaki devletlerarası tahkim anlaşmaları, uyuşmazlıkların “uluslararası hukuk ilkelerine ve hakça ilkelere” veya “adalet, hakkaniyet ve devletler hukukuna” uygun olarak çözülmesini öngörmüş¹⁰²⁸, bazıları ise uluslararası hukuktan hiç bahsetmeyerek sadece “adalete” ya da “adalete ve hakkaniyete” uygun olarak çözümünü benimsemişlerdir¹⁰²⁹. Taraflar, yargı organını, *ex aequo et bono* çözüm, bir başka

konu olabilecektir. Oysa teamül hukuku kuralları, hukukun genel ilkeleri, her davanın somut koşullarına göre değişiklik gösteren kurallar değildirler. ICJ, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment of 12 October 1984 given by the Chamber constituted by the order made by the Court on 20 January 1982, parag. 80-81, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=6f&case=67&code=cigm&p3=4> (son erişim: 26.07.2013).

¹⁰²⁸ Treaty of Amity, Commerce and Navigation, United States - Great Britain, November 19, 1794, United States Statutes at Large, 1795, Vol. 8, s. 116; Charter of the Arbitral Commission on Property, Rights and Interests in Germany, annexed to the Convention between France, Federal Republic of Germany, United Kingdom and United States on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation, 23 October 1954, U.N.T.S., Vol. 332, 1959, s. 219.

¹⁰²⁹ The Convention between Finland and Iceland regarding the Pacific Settlement of Disputes, 27 June 1930, L.N.T.S., Vol. 167, 1936, s. 271; The Treaty of Peace with Italy, 10 February 1947, U.N.T.S., Vol. 49, 1950, s. 3; The Protocols for Arbitration of Claims between Venezuela, Great

deyişle hakkaniyete dayalı karara varmak konusunda özel olarak yetkilendirmedikçe, böyle ifadelerin, hakça ilkelere işaret ettiği kabul edilmelidir. Böylece hakça ilkeler, uluslararası hukukun bir parçası olarak, belirli davalarda adaletsizliği önlemek amacıyla, hukukun çizdiği sert sınırların, tecrübeler vasıtasıyla esnetilebilmesi için temel oluşturacaktır¹⁰³⁰. Bir bakıma mahkemenin, uyuşmazlığın çözümünde, adalet, makul olma, politika gibi unsurların değerlendirmeye almasını içeren yorum faaliyetidir. Bu yönüyle hakça ilkeler bir hukuk kaynağı olmayıp, karar alma sürecindeki önemli bir faktördür¹⁰³¹. Zira bir uyuşmazlığın tarafları, mahkemeyi *ex aequo et bono* çözüm için yetkilendirdiğinde mahkeme, “hukuk aleminin dışına çıkan” bir yargılama yapmaktadır. Böyle bir yetkilendirme, mahkemenin, dürüstlük (*fair dealing*) ve iyi niyet (*good faith*) değerlendirmeleri temeline dayalı olarak, kimi zaman hukuktan bağımsız, hatta kimi zaman hukuka aykırı karar verebilmesi anlamına gelmektedir¹⁰³².

Diğer yandan, tarafların hakemleri, *ex aequo et bono* karar almak üzere yetkilendirdiği davalarda da hakem kararı, hakça ilkelere dayalı yorumlar içerebilecek, aynı zamanda hukukun dışında adalet duygusuna dayanacaktır. Zira her ikisinde de, davadaki bireysel ve somut koşullara özel adilane bir karar vermek amacı güdülmemektedir. Bu nedenle tahkimin etkinliği, hakemlerin yetkilerini hakça ilkelere ya da *ex aequo et bono*’ya göre kullanıp kullanmadıklarına bakılarak değil; kendilerine tanınan takdir yetkisinin sınırlarına uygun olarak karar verip vermediklerine bakılarak anlaşılabilir¹⁰³³.

Britain, Germany, Italy, United States, Belgium, France, Mexico, The Netherlands, Spain, Sweden and Norway, 1903, UN, Reports of Arbitral Awards, Vol. IX, 1959, s. 115 ve s. 321.

¹⁰³⁰ HUDSON, 1944, s. 103.

¹⁰³¹ BROWNLIE, 2003, s. 25.

¹⁰³² BROWNLIE, 2003, s. 25-26.

¹⁰³³ Alexander J. BELOHLAVEK, “*Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur*”, **Czech (&Central European) Yearbook of Arbitration**, JurisNet, LLC, New York, 2013, s. 42. Belohlavek’e göre, hukuk boşluğu ile karşı karşıya olan yargıçların söz konusu boşluğu doldurması, hukuka göre ve hukuk temelinde gerçekleştirilen bir fiildir. Oysa *ex aequo et bono*’ya göre karar veren yargıçlar hukuk boşluklarını doldurmazlar, zira kullandıkları yetki, yazılı hukukla ilgili değildir. Hakça ilkelere göre karar veren hakemlerin ise hiçbir kural tanımaksızın kişisel istekleri doğrultusunda karar vermeye yetkili değildirler. En dar anlamda, yetkilerinin dış sınırı, tarafların yerleşmiş uygulamalarına saygı gösterme gerekliliğidir. En geniş anlamda ise, bu sınırlar, belirli bir alanda genel kabul görmüş uygulamaları dikkate alma yükümlülüğüdür. BELOHLAVEK, 2013, s. 43.

4. Abyei Davası ve *Ex Aequo Et Bono* Karar

Sudan'ın güneyi ve kuzeyi arasında, uzun yıllardan beri iç savaşa neden olan ve zengin petrol yatakları olan Abyei bölgesinde, Sudan hükümeti ve Sudan Halkı Özgürlük Hareketi (Sudan People Liberation Movement- SPLM) arasındaki sınırların belirlenmesine ilişkin uyuşmazlık, taraflar arasında kabul edilen barış anlaşması ile çözülmeye çalışılmıştır. Kuzey ve güneydeki güçler arasındaki 2005 tarihli Kapsayıcı Barış Anlaşması'na (Comprehensive Peace Agreement-CPA) göre¹⁰³⁴, kuzeydeki hükümet, federal devlet gibi hareket edecek, ancak güneydeki hükümet de vatandaşları üzerinde ve diğer ulusal yetkiye giren işler konusunda yarı otonom yetki sahibi olacaktır. Ancak girişilecek barış sürecinin öncelikli sorunu, Abyei bölgesindeki sınır uyuşmazlığının çözümüdür. Bu nedenle yine aynı Anlaşma'ya göre, bölgedeki sınırların çizilmesi için uzman bir heyet kararlaştırılacak, bu heyetin belirlediği sınırların taraflarca kabul edilmesi halinde, Anlaşma bu haliyle yürürlüğe girecek; taraflardan biri uzmanların çizdiği sınırlara itiraz ederse, Daimi Tahkim Divanı nezdinde *ad-hoc* hakem mahkemesine başvurulacak; mahkemenin uzmanların raporuna ilişkin kararı nihai ve her iki taraf için de bağlayıcı olacaktır. Taraflar bu çerçevede bir de tahkim anlaşması kabul etmişlerdir¹⁰³⁵.

CPA'da uzmanlardan, Abyei bölgesindeki sınırları, sınırların 1905'teki halini dikkate alan “tarihi bilgiye dayanarak” belirlemeleri istenmiştir. Ancak uzmanlar bu tarihteki bilgiye tam olarak ulaşamadıklarından, “tarihi bilgiye dayanan” bir karara varamamışlar; bunun yerine, bölgenin 1950'li yıllardaki durumuna ilişkin olarak, bölgede yaşayanların anlattıklarına dayanan, sistematik olmayan çeşitli kaynaklara başvurmak suretiyle karara varmışlardır¹⁰³⁶. Bu noktada, uzmanların, tarihi delillere ulaşmanın mümkün olmaması halinde, sistematik olmayan başka verilere dayanarak karar alma yetkileri tartışma konusu

¹⁰³⁴ The Comprehensive Peace Agreement between the Government of the Republic of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army, 2005, <http://www.sd.undp.org/doc/CPA.pdf> (son erişim: 29.07.2013).

¹⁰³⁵ Arbitration Agreement between Government of the Republic of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army on Delimiting Abyei Area, article I/1, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Abyei%20Arbitration%20Agreement.pdf> (son erişim: 29.07.2013).

¹⁰³⁶ PCA, The Government of Sudan / The Sudan People's Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration), Final Award of the Tribunal, July 22, 2009, s. 41, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306 (son erişim: 29.07.2013).

olmuştur. Karara karşı Sudan hükümeti, tahkim sürecini başlatmıştır. Uzmanlar, Abyei bölgesinde her iki tarafın da eşit haklarının bulunduğu gerekçesiyle, petrol yataklarını eşit olarak paylaştırarak bölgeyi ayırmışlardır. Oysa hükümete göre, petrol yataklarının yerini hesaba katan bu yaklaşım *ex aequo et bono* karardır ve uzmanlar böyle bir karar vermek üzere yetkilendirilmemiş olduklarından karar geçersizdir¹⁰³⁷. Güneydeki yönetime göre, her ne kadar uzmanlar, kararlarında, bölgeyi taraflar arasında iki eşit parçaya bölerek karar vermiş olsalar da, bu bir *ex aequo et bono* karar değildir; Zira bu da, bölgenin taraflarca eşit olarak kullanıldığı tarihi dönemlere karşılık gelmektedir. Güney yönetimine göre hükümet, *ex aequo et bono* karar ile hakça ilkelere dayalı kararı birbirine karıştırmaktadır. *Ex aequo et bono* 'nun aksine hakça ilkeler, uluslararası tahkimde gözetilmesi gereken hukuk kaynaklarından biridir¹⁰³⁸.

Hakem Mahkemesi'ne göre, uzman heyetinin bulguları, yeterli gerekçeler ile desteklendiği ölçüde kabul edilebilir ve makul niteliktedir; ancak kararlarını yeterince gerekçelendiremediklerinde kendilerine verilen yetkiyi aşmış olmaktadır ki bu noktada hakem mahkemesi kararı verecektir¹⁰³⁹. Mahkeme'ye göre, her ne kadar taraflar arasındaki anlaşma gereği uzmanların, “tarihi bilgilere dayanarak” karar vermesi gerekiyor olsa da, uzmanların rolü, sadece tarihi bir soruşturmadan ibaret değildir. Bu kişilere karar verme yetkisi verilmiştir ve *non liquet* bir uyuşmazlık yaratmaktan sakınmak için bir karar organı olarak hareket etmeleri gerekir. Bu anlamda uzmanların bazı sınırlara ilişkin kararı, mahkemece uygun bulunmuştur¹⁰⁴⁰.

Ex aequo et bono karar, hukuku dikkate almaksızın adalet, hakkaniyet, vicdan çerçevesinde verilen kararlardır¹⁰⁴¹. Bu anlamda her iki taraf da kendi argümanları bakımından *ex aequo et bono* kavramını farklı yorumlamışlardır. Hükümetin, *ex aequo et bono* yargılamaların tek tip olacağı iddiası; buna karşılık

¹⁰³⁷ PCA, The Government of Sudan / The Sudan People's Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration), Final Award of the Tribunal, July 22, 2009, s. 71.

¹⁰³⁸ PCA, The Government of Sudan / The Sudan People's Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration), Final Award of the Tribunal, July 22, 2009, s. 72.

¹⁰³⁹ PCA, The Government of Sudan / The Sudan People's Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration), Final Award of the Tribunal, July 22, 2009, s. 172.

¹⁰⁴⁰ PCA, The Government of Sudan / The Sudan People's Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration), Final Award of the Tribunal, July 22, 2009, s. 169.

¹⁰⁴¹ Scheuner, 1967, s. 282.

SPLM'nin, *ex aequo et bono* kararların hukuk dışında olması gerektiği ve *ex aequo et bono* karar verebilmek için tarafların açık rızalarına ihtiyaç bulunmadığına ilişkin savunması, bu farklı yorumu yansıtmaktadır¹⁰⁴².

SPLM'nin, bölgenin hakça ilkelere göre sınırlandırıldığına ilişkin argümanı da hukuki temelden yoksundur. Uzmanlar, “hakça ilkeler” olarak nitelenebilecek şekilde *infra legem* hakça ilkelere başvurmamışlar, başvurulabilir hukuktaki boşlukları tamamlamamışlar ve doldurulması gerektiği kanısına vardıkları boşluklar için bir pozitif hukuk çerçevesi tanımlamamışlardır. SPLM'ye göre bu bir *ex aequo et bono* karar değil, ancak adalete dayalı çözümdür¹⁰⁴³. Oysa *ex aequo et bono* kararlar da adalete dayalı kararlardır.

Tarafların argümanlarını değerlendiren Hakem Mahkemesi, *ex aequo et bono* konusundaki iddialar üzerinde durmamış, bunun yerine uzmanların gerekçeli bir karar verip vermediğini incelemiş; ancak bu gerekçelerin doğruluğunu sorgulamamıştır. Uzmanlar, her iki tarafın da bölgede eşit haklara sahip olduğunu ve bölgeyi ikiye ayırmanın makul ve hakkaniyete uygun bir çözüm olacağı gerekçesine dayanarak, kuzey ve güney arasındaki sınırı çizmişlerdir. Mason'a göre bu bir *ex aequo et bono* karardır, zira pozitif hukuka değil, genel adalet duygusuna ve farkı paylaşırma (*split the difference*) anlayışına dayanmaktadır¹⁰⁴⁴. Farkı paylaşırma kavramı, Yargıç Oda tarafından, UAD'nin karara bağladığı Tunus ve Libya arasındaki *Continental Shelf* kararına yazdığı muhalefet şerhinde kullanılan bir kavramdır. Yargıç Oda'ya göre, her ne kadar Divan “hakça ilkelere uygun bir çözüme hizmet edecekse eşit uzaklık ilkesine başvurulabileceği, aksi halde diğer yöntemlerin kullanılması gerektiği” sonucuna varmış olsa da, uyuşmazlığın her iki tarafı da, eşit uzaklık ilkesinin uygun bir çözüm olmayacağını, dava ve savunma argümanlarında belirtmişlerdir. Yargıç Oda'ya göre bu durum Divan'ı eşit uzaklık ilkesine göre karar vermekten alıkoymaktadır. Sınırları, koordinatlara göre bölgeyi ikiye ayırarak belirlemek ve bu şekilde zararı paylaşmak, “farkı paylaşırma” anlayışına dayanmaktadır. Bu anlamda Divan'ın

¹⁰⁴² MASON, 2009, s. 530.

¹⁰⁴³ PCA, The Government of Sudan / The Sudan People's Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration), Final Award of the Tribunal, July 22, 2009, s. 72.

¹⁰⁴⁴ MASON, 2009, s. 531.

başka bir yönteme başvurmamasının gerekçesini açıklamamış olması da bunu göstermektedir¹⁰⁴⁵.

Bu davada Hakem Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirmede, ikiye ayrılan karşılıklı bölgelerdeki çakışan geleneksel haklar, hukuki haklar seviyesine gelmemiş olmakla beraber, bölgedeki barış ve istikrar için önemli menfaatlerdir. Uzmanların bu menfaatler konusundaki hassasiyeti, *ex aequo et bono* karara vardıklarını göstermektedir¹⁰⁴⁶. Benzer şekilde uzmanların, uyuşmazlık konusu bölgenin sınırlarını, geniş petrol yataklarını iki devlet arasında eşit olarak dağıtacak şekilde belirlerken, pragmatik ve politik değeri olan unsurları dikkate almış olmaları, *ex aequo et bono* çözüme işaret etmektedir. Zira taraflardan hiç biri, doğal kaynak niteliğindeki petroller üzerinde hak iddia edememiştir. Tarafların gelecekte petrolden alacakları paya ilişkin herhangi bir hukuki argümanları da bulunmamaktadır. Doğal kaynağın paylaşılmasını sağlamak ve gelecekte bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkları engellemek amacıyla uzmanlar, her iki taraf için de adil olduğunu düşündükleri bir sınır saptaması yapmışlar ve bunu yaparken başvurulabilir hukuku dikkate almamışlardır¹⁰⁴⁷.

Abyei davası, olumlu bir gelişmeye ön ayak olmakla beraber, kalıcı barış ortamını temin edememiştir¹⁰⁴⁸. Hakem mahkemesi, uzun yıllardır savaşın hüküm sürdüğü ve uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülemediği bölgeye barış ve istikrar getirmeyi amaçlamıştır. Abyei bölgesindeki sınırların belirlenmesi de, kuzey ve güney arasındaki barışın kurulabilmesinin vazgeçilmez unsuru olmuştur. Ancak barışın sürdürülebilmesi, soyut kuralların uygulanması ile değil, bölgedeki çok yönlü çıkarların dengelenmesi ile mümkün olacaktır. Bu anlamda gelecekte gerçekleşebilecek sınır uyuşmazlıklarının tahkiminde taraflar, *ex aequo et bono*

¹⁰⁴⁵ ICJ, Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment of 24 February 1982, Dissenting Opinion of Judge Oda, parag. 182, <http://www.icj-cij.org/doCKET/index.php?p1=3&p2=3&k=c4&case=63&code=tl&p3=4> (son erişim: 30.07.2013).

¹⁰⁴⁶ MASON, 2009, s. 531.

¹⁰⁴⁷ MASON, 2009, s. 531.

¹⁰⁴⁸ Bölgedeki petrol yatakları konusunda kuzey ve güney arasındaki çatışmalar devam etmektedir. "Sudan accuses South and Darfur rebels over Abyei oil blast", <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-22902164> (son erişim: 01.08.2013).

yargılamayı tercih ederek daha pragmatik bir karara varılmasını sağlayabileceklerdir¹⁰⁴⁹.

D. Amiable Composition Karar Verme Yetkisi

1. Amiable Composition ve Ex Aequo et Bono Karar

Amiable composition, tarihi anlamıyla, uyuşmazlığın taraflarının, üçüncü bir taraftan, çözüm için öneride bulunmasını istemeleridir. Ancak 19. yüzyıldan itibaren bu kavram, hakemlere bazı yetkilerin verilmesi olarak tanımlanmaya başlamıştır¹⁰⁵⁰. Kendisine bu konuda yetki verilen hakem mahkemesinin *amiable compositeur* olarak karar verebilmesi, tarafların hakemlere verebileceği münferit bir yetki ile mümkün olabilmektedir. Bu yetki, hukukun reddedilmesi anlamına gelmediği gibi, hakemleri hukuka başvurmadan da alıkoymayacaktır¹⁰⁵¹. Ancak *amiable compositeur* olarak hareket etme yetkisi verilen hakemlerin, sırf hukuka başvurarak vardıkları çözüm, adalet duygusu ile uyumlu olmayacaksa, bu çözümü değiştirmelerine, tadil etmelerine izin verilmektedir¹⁰⁵². Uluslararası ticari tahkimde başvurulmuş bu kuruma, devletlerarası tahkimde sık rastlanmamaktadır.

Ex aequo et bono çözümü anımsatan ve UNCITRAL Tahkim Kuralları başta olmak üzere¹⁰⁵³, başka ticari tahkim kurallarında da kabul edilen *amiable composition*'un benzer kavramlardan farkı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir¹⁰⁵⁴. Farklı terminoloji kullanılmakla beraber, bu terimlerin hepsi, uyuşmazlığın, hakça ilkeler ve adalet ilkelerine göre çözülmesini ifade

¹⁰⁴⁹ Abyei davasında karara muhalif kalan Yargıç Al-Khasawneh, ex aequo et bono çözümün, bu uyuşmazlık için en doğru yol olacağını belirtmişti. PCA, The Government of Sudan / The Sudan People's Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration), Final Award of the Tribunal, July 22, 2009, Dissenting Opinion of H.E. Judge Awn Al-Khasawneh, Appendix 3, s. 273, , http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306 (son erişim: 16.08.2013).

¹⁰⁵⁰ W. Laurence CRAIG/ W. William PARK/ Jan PAULSSON, **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3th Edition, Dobbs Ferry, New York, 2000, s. 110.

¹⁰⁵¹ Compositeur kavramı, *composition*'dan gelmekte ve “decide”dan ziyade, “agree” ya da “settle” anlamına gelmektedir. Renzo MORERO, “New Trends of Arbitration in Italy”, **Crotian Arbitration Yearbook**, Vol. 2, 1995, s. 47.

¹⁰⁵² Charles JARROSSON, “L'amiable compositeur est il astreint à vérifier la conformité de sa solution à l'équité ?” in SARL société grenobloise d'investissement v. Société Eurovia et autres, Cour de cassation, 18 October 2001, **Revue de l'Arbitrage**, 2002, Issue 2, s. 359-361.

¹⁰⁵³ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 35.

¹⁰⁵⁴ Bu konudaki ICC kararları hakkında değerlendirme için bkz. Laurence KIFFER, “Nature et Contenu de L'amiable Composition”, **Int'l Bus LJ**, 2008, s. 625-626.

etmektedir¹⁰⁵⁵. Bir başka deyişle adalet ve hakça ilkeler ile varılmak istenen çözüm, *amiable composition*'un amacına denk düşmektedir¹⁰⁵⁶.

Tahkim anlaşmalarında *amiable composition* kaydının olması halinde taraflar, hukuka sıkı sıkıya başvurulmasını gerekli kılamamakta; buna karşılık hakemler de, taraflarının ortak çıkarlarının ya da hakça ilkelerin gerektirdiği hallerde, sözleşmeye başvurmanın sonuçlarını değiştirebilmekte veya düzeltebilmektedir¹⁰⁵⁷. Böylece mahkeme bir yandan, hukuku tamamen saf dışı bırakmak değilse de, hukuka sert olarak başvurulması gerekliliğinden kaçınabilmekte, diğer yandan tam olarak uygulanması halinde adaletsiz sonuçlar doğurması muhtemel görünen sözleşme hükümlerini yumuşatma yetkisini haiz olmaktadır. Poudret ve Besson'a göre, *ex aequo et bono*'ya göre verilen karar, hukuka tamamen sırtını dönmek anlamına gelmektedir. Oysa *amiable compositeur* kararlarda, mevcut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk ve sözleşme analiz edilmekte ve bunlara sıkı sıkıya başvurulmasının sert sonuçlarını yumuşatmak amacıyla, bu kaynaklar mümkün olduğu kadar değiştirilmektedirler¹⁰⁵⁸. Ancak bu, tarafların daha sonradan kararlaştırarak hukuku tamamen saf dışı bırakamayacakları anlamına gelmemektedir. Bu durumda *ex aequo et bono*'ya göre karar vermek ile *amiable compositeur* olarak karar vermek ifadelerinin UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda birlikte yer alması ve aralarında sadece “veya” bağlacının olması, bu iki kavramın aynı anlama geldiğini göstermemekle birlikte, uygulamada ikisi de aynı sonuçları doğurmaktadır.

2. *Amiable Compositeur* Olarak Karar Veren Mahkemenin Yetkileri

Amiable compositeur olarak hareket eden hakemlere bahsedilen ılımlaştırma (*moderating*) yetkisi, zorunlu olmamakla birlikte, hukuk kurallarından ve hatta

¹⁰⁵⁵ JARROSSON, 2002, s. 359-361; KIFFER, 2008, s. 625-626; WAINCYMER, 2012, s. 1045-1053.

¹⁰⁵⁶ KIFFER, 2008, s. 626. Sammartano'a göre, taraflar belirli bir makamı *amiable compositeur* olarak yetkilendirdiği uyuşmazlığın çözümünde, sert ve tam anlamıyla karar verme süreci söz konusu olmayacak, bunun yerine kötü etkilerinden sıyrılarak “çözüm benzeri” bir süreç söz konusu olacaktır. Mauro Rubino SAMMARTANO, “*Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) and Ex Bono et Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law): Apparent Synonyms Revisited*”, *J. Int'l. Arb.*, Vol. 9, No: 1, March 1992, s. 5-16.

¹⁰⁵⁷ “*Société CN France v. société Minhal France*, Cour d'appel de Paris (1Ch. C), 28 November 1996” in *Revue de l'Arbitrage*, 1997, Issue 3, s. 380.

¹⁰⁵⁸ POUDRET / BESSON, 2007, s. 618.

başvurulması halinde adalete uygun olmayan sonuçlar doğuracak olan sözleşmelerden bile ayrılmasına izin vermektedir¹⁰⁵⁹.

Amiable compositeur olarak hareket eden bir mahkeme, hukuk kurallarının, tatmin edici ve adalete uygun sonuçların doğmasına engel olması halinde, uygulanmamasını gerektirmektedir. Bu nedenle Poudret ve Besson'a göre, *amiable compositeur* olarak hareket eden mahkeme, ilk olarak hukuk kurallarını araştırmalıdır¹⁰⁶⁰. *Amiable compositeur* olarak hareket eden yargıcın hukuka başvurmadan men edilmesi mümkün olmamalıdır. En basit haliyle *amiable composition*, gerekli olduğu kadar hukukun dışına çıkmak suretiyle adalete uygun bir çözüme ulaşma faaliyetidir. Bu durumda mahkeme, sadece hukuka başvurarak karar vermesi halinde, kararının gerekçesinde, bu şekilde karar vermeyi tercih etmesinin ve hukuk kurallarından ayrılmaya gerek duymamasının sebeplerini ve bu kararın adalete uygun olduğu noktasındaki hukuki ve fiili nedenleri açıklamalıdır¹⁰⁶¹.

Amiable compositeur olarak harekete eden mahkeme, her halükarda uluslararası kamu hukukunun *jus cogens* niteliğindeki kurallarına saygılı olmalıdır. Zira bunların ihlal edilmesi halinde kararın geçersizliği söz konusu olacaktır. *Jus cogens* kuralları değiştiremeyecek olan *amiable compositeur*, taraflar arasındaki sözleşmeleri de geleceğe dönük olarak değiştiremeyecektir. Diğer yandan, tarafların üzerinde anlaşmış olduğu bir sözleşmenin yargılama sırasında üçüncü bir kişi tarafından değiştirilebilmesinin, sözleşme hürriyeti ile bağdaşp bağdaşmayacağı sorunu da doğabilecektir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere hakemler, *amiable compositeur* olarak karar vermek üzere yetkilendirildiklerinde, taraflar arasındaki sözleşmenin adalete uygun olmayan sonuçlar doğuracak hükümlerini düzeltebilmektedir. Bu yüzden, tarafların, hem hukukun dışına hem de sözleşmenin kendisinin dışına çıkmak niyetinde olduklarını varsaymak, gerçek dışı olacaktır¹⁰⁶². Böyle bir yorumun kendisi, sözleşme hürriyetine ters düşebilecektir. Zira taraflar, hakeme, *amiable*

¹⁰⁵⁹ POUDRET / BESSON, 2007, s. 622.

¹⁰⁶⁰ POUDRET / BESSON, 2007, s. 623;

¹⁰⁶¹ POUDRET / BESSON, 2007, s. 625.

¹⁰⁶² **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, Edited by Emmanuel GAILLARD/ John SAVAGE, Kluwer Law International, Hague, 1999, parag. 1507; CRAIG/ PARK/ PAULSSON, 2000, s. 113; POUDRET / BESSON, 2007, s. 624.

compositeur olarak yargılama yapma yetkisini, uyuşmazlığa konu sözleşme ile değil de, yargılama sırasında hüküm verilene kadar da verebileceklerdir. Hakemi yetkilendiren anlaşma ile taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu sözleşmenin aynı olması durumunda dahi, nasıl ki her zaman yargılamanın taraflarının yargı organını *ex aequo et bono* karar verme konusunda yetkilendirmeleri mümkünse, geleceğe dönük olmamak üzere, sözleşmeyi, adalete uygun olmayan sonuçlar doğurması mümkün hükümleri bakımından değiştirme konusunda yetkilendirmiş oldukları varsayılabilir. Elbette bir sözleşmenin geleceğe dönük olarak değiştirilebilmesi için tarafların bu konuda mahkemeyi çok açık ve net şekilde yetkilendirmiş olmaları gerekmektedir.

Teorideki geniş kapsamlı karmaşayı engellemek adına, tekrar belirtmek gerekir ki, *amiable composition*, takip edilmesi gereken usule değil, davanın esasına ilişkin bir tercihtir. Bu nedenle de *amiable compositeur* olarak hareket eden mahkemeler, mahkeme önünde dinlenme hakkı, gerekçeli karar verme yükümlülüğü gibi temel usul kurallarına uymak zorundadır¹⁰⁶³.

II. Delillerin Değerlendirilmesi

A. Devletlerarası Tahkimde Deliller

Dava konusu iddianın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların, varlığının tespiti hakkında mahkemenin ikna edilmesine ispat; bir iddianın ispatı için başvuru araçlarına ise “delil” denilmektedir¹⁰⁶⁴. Pek çok devletlerarası hakem mahkemesinde, tıpkı ulusal mahkemeler önündeki muhakeme işlemlerinde olduğu gibi delillerin amacı, uyuşmazlık konusu olayların gerçekliğinin, mahkemece belirlenmesine yardımcı olmaktır. Uluslararası mahkemelerin delillerin sunulması ve mahkemece değerlendirilmesine ilişkin usul kuralları bulunmaktadır. Böyle kurallar, ulusal hukuk sistemlerindeki delillere ilişkin usul kurallarına göre, nispeten daha az sınırlayıcı nitelik arz etmektedirler¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶³ POUDRET / BESSON, 2007, s. 625.

¹⁰⁶⁴ Baki KURU, Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku**, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 375-76.

¹⁰⁶⁵ WAINCYMER, 2012, s. 743-824.

Tahkim, egemen devletlerarasında, bir devlet ile bir özel hukuk kişisi arasında ya da iki özel hukuk kişisi arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde başvurulmuş bir yol olduğundan, delillerin sunulması ve değerlendirilmesine uygulanacak hukuk da, uluslararası hukuk, ulusal hukuk ya da bunların karmasından oluşabilecektir¹⁰⁶⁶. Tarafların niteliğine ve usul kurallarına bakmaksızın, her türlü tahkime uygulanacak bazı temel kurallar ve ilkeler bulunmaktadır. Bu kurallar ve ilkeler, pek çok tahkim anlaşması, çok taraflı belgeler, model kurallar, tahkim kuralları, mahkeme statüleri, uluslararası örgütlerin ve kuruluşların mevzuatları aracılığı ile kodifiye edilmiş ve uluslararası tahkimin iki yüz yıllık gelişiminin sonucunda şekillenmiş olan, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, devletlerarası tahkim de dahil her türlü tahkime uygulanabilecek türden düzenlemelerdir¹⁰⁶⁷.

Uluslararası tahkimde delillere uygulanacak kurallar bakımından tam bir yeknesaklık olduğu söylenemese de, devletlerarası tahkimde, devletlerin egemenliğine verilen değer nedeniyle, bu husus fazlaca ayrıntılandırılmamakta; oysa ticari tahkimde çok daha fazla düzenleme getirilmektedir¹⁰⁶⁸. Benzer şekilde delillere ilişkin usullerde, Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile Anglo Sakson hukuk sistemleri arasında da fark bulunabilmekte, ancak halen pek çok kural ve ilke, her türden tahkime uygulanabilmektedir.

Devletlerarası tahkime olan talep, daha önce belirttiğimiz üzere, 1794 tarihli Jay Andlaşması çerçevesinde yürütülen tahkim yargılamaları ile dönüm noktası teşkil eden dönemde artmıştır. Bu andlaşma ile 70 farklı devlet arasında görülen yaklaşık 220 davada, delillerin sunulması da dahil diğer usul konularında muhtelif kurallara başvurulmuştur. Genelde mahkeme, başvurulabilir kurallar konusunda, açıkça tahkim anlaşması tarafından yönlendirilmiştir¹⁰⁶⁹. 19. yüzyıla gelindiğinde ise tüm bu davalardan yola çıkarak bazı usul kuralları ve ilkeleri kodifiye edildiğinde, delillerin sunulmasına ilişkin kurallar da düzenlenmiştir.

¹⁰⁶⁶ WAINCYMER, 2012, s. 743.

¹⁰⁶⁷ FUNG FEN CHUNG, Carolyn, Research on Evidence in Arbitral Proceedings, **Int'l L.F. D. Int'l**, Vol. 1, 1999, s. 238.

¹⁰⁶⁸ 2010 tarihli Uluslararası Tahkimde Delillerin Sunulmasına İlişkin IBA Kuralları gibi.

¹⁰⁶⁹ RALSTON, 1929, s. 190.

B. Delillerin Mahkemece Kabul Edilmesi

Delillerin değerlendirilmesi, tamamen hakem mahkemesinin takdirinde olan bir husustur. Tahkim süreci, genellikle yazılı ve onu takip eden sözlü aşamadan oluşmaktadır. Hakem mahkemesi bu süreçte, bazı işlemlerin yürütülmesine ilişkin olarak süre sınırlandırması getirebileceği gibi, usule ilişkin ara kararlar alma yetkisini de haizdir. Ancak her halükarda, her iki tarafın da kendi davasını oluşturan olayları ispat yükümlülüğü bulunmakta ve bu amaçla iddia ya da savunmasını dayandırdığı delilleri mahkemeye sunması gerekmektedir¹⁰⁷⁰.

Delillerin mahkemeye sunulması ve mahkemece değerlendirilmesi, mahkemenin hukuk sistemi tercihine, usul kurallarına, delillerin niteliğine ve nihayet mahkemenin takdirine göre şekillenmektedir. Örneğin Anglo Sakson hukuk sisteminde, jüri uygulaması nedeniyle delillerin sunulması daha teknik kurallara tabidir. Güvenilirlik, gereklilik veya geçerlilik konusunda yeterli olmadığı gerekçesiyle bazı belge ya da tanık delillerinin reddedilmesi söz konusu olabilecektir. Anglo Sakson hukuku usul kuralları çerçevesinde, belirli delillerin kabul edilmesi, daha fazla zaman ve çaba gerektirmektedir. Oysa uluslararası mahkemelerin, tarafların sundukları her belgeyi her açıdan incelemesi, uyumsuzluğa ilişkin her türlü tanık beyanını sabırla dinlemesi, belirli insan hakları ihlallerinin *ad-hoc* yargılaması için kurulmuş mahkemelerin uygulamaları dışında, fazlaca rastlanabilen bir durum değildir. Çoğu zaman mahkemeler, Kıta Avrupası hukuk sistemine daha yakın şekilde, delillerin gerekliliği, ispat değeri ve geçerliliğini saptayacak ve bu hususlara ilişkin olarak tarafların değerlendirmelerini dinlemeye gerek duymayacaktır¹⁰⁷¹. Bu nedenle tarafların görevi, delillerini mahkemeye sunmak ve bu konuda mahkemenin değerlendirmesini almaktır¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 550.

¹⁰⁷¹ Robert PETROWSKI, “Evidence in International Arbitration”, *Int'l. Arb.*, Vol. 22, No. 3, 2006, s. 378.

¹⁰⁷² Örneğin UAD’nın *South-West Africa* davasında Mahkeme Başkanı, Mahkemeye sunulan delillerin kayda geçirileceğini, Divan’ın bu delillerin değerlendirmesini yapacağını, bu değerlendirme sonunda ispat değeri taşımadıklarını tespit edebilecektir. Başkan’a göre Divan, iç hukuk sistemlerinin delillerin değerlendirilmesine ilişkin usul kuralları ile bağlı değildir. ICJ, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*, Judgment of 18 July 1966 (Second Phase), s. 460, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c1&case=46&code=esa&p3=4> (son

Uluslararası mahkemeler, taraflara, delillerini sunmaları konusunda herhangi bir sınırlama getirmemekte ve mahkemelerin usul kuralları, belirli delil kategorilerini bertaraf eden hükümler içermemektedir. Elbette tarafların aralarında anlaşarak belirli türden delilleri dava dışında bırakmaları mümkün olmakla beraber; mevcut eğilim, uluslararası mahkemelerin her türlü delili kabul etmeleri ve bu delillerin kabul edilebilirliği konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olmalarından yanadır¹⁰⁷³.

Her ne kadar uluslararası mahkemelerin, her türlü delili kabul etme imkanı bulursa da, belirli durumlarda bu delillerin kabul edilebilirliğini belirleme yetkisi de bulunmaktadır. Zira mahkemeye sunulan deliller, davanın ispatına hizmet edecek nitelikte olabileceği gibi fazlaca külfetli, birbirini tekrarlayan türden, karşı taraf bakımından onur kırıcı ya da açıkça geçersiz olabilecektir. Hakem mahkemelerinin kendisine sunulan delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin değerlendirme yapabilmeleri hususu, tahkim kurallarında da bulunmaktadır.

Örneğin, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları’na göre, “*Mahkeme, kendisine sunulan delillerin kabul edilebilirliğini ve değerini takdir edecek olan makamdır*”¹⁰⁷⁴. Daimi Tahkim Divanı’nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları’na göre, “*Hakem Mahkemesi, kendisine sunulan delillerin kabul edilebilirliği, geçerliliği, gerekliliği ve değerini belirlemelidir*”¹⁰⁷⁵.

Ayrıca bir uluslararası mahkeme, kararını yalnızca tarafların sundukları delillere dayandırmakla yükümlü de değildir. Mahkemenin yargısal anlamda dikkate alacağı ve kendisine sunulanlarla sınırlı olmayacağı vakıalar olabilecektir. Max Huber’e göre hakemin görevi, kendisine sunulan iddialar hakkında, daha önce bilgisi olup olmadığına, tarafların argümanlarını destekleyecek delile ihtiyaçları olup olmadığına veya kendisine sunulan delillerin ispat değeri olup

erişim: 12.09.2013). Benzer şekilde 1926 tarihli ABD ve Meksika arasındaki bir davada komisyon açıkça, tarafların iç hukuk sistemlerindeki usul kurallarına tahkimde başvurulamayacağını ve bu iç hukuk kurallarının, “evrensel hukuk ilkeleri” ya da “genel hukuk teorisi” gibi ifadelerle uluslararası alanda canlandırılmayacağını belirtmiştir. UN Reports of International Arbitral Awards, William A. PARKER, U.S.A. v. United Mexican States, 31 March 1926, Vol. IV, s. 35-41, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/35-41.pdf (son erişim: 20.07.2013).

¹⁰⁷³ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 192; MANI, 1980, s. 203-205.

¹⁰⁷⁴ 1958 ILC Model Rules, article 18/1.

¹⁰⁷⁵ 1992 PCA Optional Rules, article 25/6.

olmadığına bakmaksızın, dava hakkında karar vermektir¹⁰⁷⁶. Bu nedenle tarafların delillerin yeterliliğine ilişkin değerlendirmeleri, hakem mahkemesi için herhangi bir önem taşımamaktadır.

C. İspat Yükü

Hukuk genel ilkesi olarak da kabul edildiği üzere ispat yükü, iddiada bulunan devletindir. Davalı ya da davacı devletler, kendi argümanlarının reddedilmesi ihtimaline karşı, iddialarını ispatla yükümlüdürler¹⁰⁷⁷.

Devletlerarası tahkim anlaşmaları VE tahkim kurallarının büyük çoğunluğu, ispat standardı konusunda hüküm içermemektedirler. Bunun nedeni, uluslararası mahkemelerin, tarafların sundukları bütün delillerin değerini takdir etme yetkisinin bulunmasıdır. Bu takdir yetkisi, doğası gereği sübjektif niteliktedir. Mahkeme, bu konu üzerinde, daha öncede belirttiğimiz üzere tarafların değerlendirmelerinden bağımsız olarak karar verecektir. Hakemler, bünyesinde yargılama yaptıkları mahkemenin yapısı ve kendi hukuki alt yapıları çerçevesinde başvurmaya eğilimli oldukları genel standartlara göre hareket edeceklerdir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir devlete yöneltilen gözaltında işkence veya insanlık dışı muamele suçlamalarını değerlendirirken “makul şüphenin ötesinde” bir ispat standardını gerekli kılarken; Anglo Sakson hukuk sisteminde hukuk davasına bakan bir mahkeme, “kanıt üstünlüğü” ve “ihtimaller dengesi” ilkelerini kabul etmektedir. Devletlerarası tahkimde ise bu durum, hakemlerin geldikleri farklı hukuk sistemlerindeki delil toplama faaliyeti konusundaki değerlendirmelerine göre değişiklik gösterebilmektedir¹⁰⁷⁸. Örneğin İran- ABD İddiaları Hakem Mahkemesi, yüksek bir ispat standardı benimsemiş ve rüşvete ilişkin iddiaların ispatında, makul şüphenin gerçekleşmesinin, böyle bir iddianın varlığını ispat için yeterli olmadığına karar vermiştir¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁶ UN, Reports of International Arbitral Awards, Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Vol. II, s. 841.

¹⁰⁷⁷ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 194;

¹⁰⁷⁸ PETRIOWSKI, 2006, s. 379. Ayrıca bkz. Mojtaba KAZAZI, **Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals**, Kluwer Law International, Hague, 1996, s. 57-62; MANI, 1980, s. 203.

¹⁰⁷⁹ Oil Field of Texas, Inc. v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 43, Award No. 258-43-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed October 8, 1986, parag. 25.

Hukuk sistemi farklılıklarına rağmen bazı temel ilkelere, hemen bütün yargılamalarda başvurulmaktadır. Örneğin anlaşma çerçevesindeki bir yükümlülüğün yerine getirilmediği iddiasının söz konusu olması halinde, ispat yükü davacıda olacaktır ve davacının, bu yükümlülüğün varlığını ve kapsamını ispat etmesi gerekecektir. Nitekim *Diverted Cargoes* davasında Hakem, sözleşmeye dayalı para borcunun ödenmesi iddiasında bulunan davacı devletin, talep ettiği para borcunun kaynağını oluşturan ödeme yükümlülüğünün gerçekten var olduğu ve sözleşmede hüküm altına alınmış olduğu konusunda, kendisini tam anlamıyla ikna etmesi ve yine sözleşme çerçevesinde borç miktarını, başka türlü ödeme imkanı olup olmadığını, para cinsini ve bu para borcunun kaynağını ispat etmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁸⁰.

Uluslararası mahkemelerin karşılaşılabileceği ve ispat yükünün en belirsizleştiği hususlardan biri, devletin egemenliğine ve bağımsızlığına ilişkin uyuşmazlıklardır. Böyle uyuşmazlıklarda da ispat yükü, egemenlik hakkı iddiasında bulunan devletin olmalıdır. *Lotus* davasında USAD, uluslararası hukukun bağımsız devletlerarasındaki ilişkileri düzenlediğini vurgulamış ve devletleri bağlayan kuralların, devletlerin kendi rızalarını yansıtan andlaşmalardan, genel kabul görmüş yapılageliş kurallarından ve hukukun genel ilkelerinden kaynaklandığını belirtmiştir. Dolayısıyla devletlerin bağımsızlığı üzerinde sınırlamaların varlığı, varsayımsal olarak kabul edilemez¹⁰⁸¹. Böylece devletin egemenliği üzerinde herhangi bir sınırlama olduğunu iddiasındaki devlet, bu sınırlamayı ispat etme yükümlülüğü altında olacaktır. Benzer şekilde *Corfu Channel* davasında Divan'ın teyit ettiği üzere, bir devletin uluslararası hukuka uygun davrandığı durumlarda, bu devletin uluslararası hukuku ihlal ettiğini veya zarara neden olduğunu iddia eden devlet, iddiasını ispatla yükümlü olacaktır¹⁰⁸².

Devletin kendi ülkesi içindeki veya kendi vatandaşlarına yönelik fiilleri, ulusal yetkilerine giren işler olup, bu fiillerin belirli bir sınırlamaya tabi ya da

¹⁰⁸⁰ UN, Reports of International Arbitral Awards, The Diverted Cargoes Case (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 10 June 1955, Vol. XII, s. 73.

¹⁰⁸¹ PCIJ, Lotus, Judgment of 7 September 1927, Ser. A, No:10, s. 18, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 15.09.2013).

¹⁰⁸² ICJ, Corfu Channel Case, Judgment of 9 April 1949, Dissenting opinion by Judge ad hoc Eçer, s. 119, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1&code=cc&p3=4> (son erişim: 09.09.2013).

devletin bu fiilleri bakımından belirli bir yükümlülük altında olduğundan bahisle uyumsuzluk çıkaran devlet, böyle bir ulusal yetki sınırlaması ya da yükümlülüğü ispatla yükümlüdür. Devletin ülkesi dışında ve yabancılar bakımından fiilleri ise kural olarak uluslararası hukukun izin verdiği sınırlar içinde cereyan etmek zorunda olup, bu sınırların dışına çıkan bir fiile uluslararası hukukun izin verdiği iddiasında olan devlet de, bunu ispatlama yükümlülüğü altında olacaktır¹⁰⁸³.

Örneğin, Yunan vatandaşı Ambatielos adına diplomatik koruma yoluyla, Yunan hükümeti tarafından, Birleşik Krallık'a karşı açılan ve iki devlet arasındaki 1886 tarihli anlaşmaya dayanan davada, daha önce de değindiğimiz üzere devletlerin tahkime gitme yükümlülüğünün varlığı, UAD'nin 1953 tarihli kararı ile teyit edilmiştir¹⁰⁸⁴. Neticede iki devlet arasında, 24 Şubat 1955'te hakem komisyonu kurulmasına ilişkin anlaşma yapılmış, ancak Komisyon davanın esasına bakmayı reddetmiş olsa da, ispat yüküne ilişkin önemli saptamalarda bulunulmuştur. İngiliz hükümetinin, Bay Ambatielos'un İngiliz iç hukuk yollarını tüketmemiş olduğunu iddia etmesi üzerine Komisyon, bu iddiayı ispatla yükümlü tarafın, iddia eden davalı İngiliz hükümeti olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine Yunan hükümeti, bu dava bakımından İngiliz iç hukuk yollarının etkisiz olduğunu iddia etmiş ve bu defa Komisyon, iç hukuka ilişkin olan ve tüketilmemiş bir yolun, etkisizliğinin ne şekilde ispat edileceği hususunu değerlendirmiştir¹⁰⁸⁵. Ancak neticede, taraflardan hiçbiri, Komisyon'u kendi iddiası yönünde karar vermesi için ikna edememiştir. Komisyon bu durumun içinden, davacı devletin iddiasını dayandırdığı maddi olayların doğru olduğunun varsayılması ile çıkabilmiştir. Bir süre sonra aynı uyumsuzluk, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu önüne geldiğinde ise Komisyon, uluslararası hukuk ilkeleri çerçevesinde, davacı tarafın, iç hukuk yollarına başvurma etkisiz olduğunu ispatlamış olması halinde, iç hukuk yollarına başvurunun gerekli sayılamayacağına karar vermiş ve

¹⁰⁸³ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 195; KAZAZI, 1996, s. 87-89.

¹⁰⁸⁴ ICJ, Ambatielos (Greece v. United Kingdom), Judgment of 19 May 1953, Merits: Obligation to Arbitrate, s. 18.

¹⁰⁸⁵ UN, Reports of International Arbitral Awards, The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 6 March 1956, Vol. XII, s. 98-99, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf (son erişim: 19.07.2013).

böylece ispat yükünün, iç hukuk yollarının etkisizliğini iddia eden tarafa düştüğünü bir kere daha göstermiştir¹⁰⁸⁶.

Örneğin İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nce tadil edilerek benimsenmiş olan UNCITRAL Kuralları'nın delillere ilişkin 24. maddesi -2010 tarihli UNCITRAL Kuralları'nın 27/(1) maddesi- çerçevesinde her iki taraf, iddiasını veya savunmasını dayandığı olayları ispatla yükümlüdür. Mahkeme bu hükme, hem davaların esasına ilişkin değerlendirmelerinde, hem de yargı yetkisine ilişkin karar verirken başvurmuştur¹⁰⁸⁷. Örneğin ABD'li bir şirket ile İran Merkez Bankası arasındaki bir davada Mahkeme, davacı şirketin yargı yetkisini ispat edememesi nedeniyle davayı reddetmiştir. Davacı şirket, Merkez Bankası'nın Borsa Acentesi Sha-Peyk'in, İran'ın resmi temsilcisi olması bağlantısından faydalanarak, ödeme yapmasını engellediğini iddia etmiş, ancak ilgili borsa acentesi ile İran arasındaki resmi bağlantıyı ortaya koymamıştır. Mahkeme de, Merkez Bankası'nın Sha-Peyk işlemine dayanan bir faaliyetinin, yargı yetkisi dışında olduğuna karar vermiştir¹⁰⁸⁸. ABD'li bir şirket ile İran Ulaştırma Bakanlığı arasındaki davada Mahkeme, yine ispat yüküne ilişkin bu hükme atıf yaparak, yoksun kalınan kar talebinde olan davacı şirketin, bu kaybı ispatla yükümlü olduğunu hatırlatmıştır¹⁰⁸⁹. Her iki devlete kayıtlı Şirket ile İran hükümeti arasındaki bir davada davacı şirket, kar ve ücretlerin değişen durumlar nedeniyle yeniden gözden geçirilmesi talebine dayanan haklarını destekleyecek bir delil ortaya koymadığı için iddiası reddedilmiştir¹⁰⁹⁰. İki hükümet arasındaki bir davada İran, ABD'nin 26 Mart 1981'de, ihraç kontrollü, İran'ın kendi mülkiyetinde ve İran ülkesinde bulunduğunu iddia ettiği bazı malların ihracına izin vermemesinden kaynaklanan zararlarını talep etmiştir. Bu davada Mahkeme, İran'ın, ABD hükümetinin ihracatı engellemek amacıyla aldığı tedbirin zarara

¹⁰⁸⁶ KAZAZI, 1996, s. 101.

¹⁰⁸⁷ Iran-US Claims Tribunal, Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and The Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981, article III; Tribunal Rules and Procedure, 3 May 1983, article 24/1.

¹⁰⁸⁸ Kimberly-Clark Corp. v. Bank Markazi Iran, Case No. 57, Chamber Two, Award No. 46-57-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 25, 1983.

¹⁰⁸⁹ CMI International, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 245, Chamber Two, Award No. 99-245-2, Iran - United States Claims Tribunal, Signed December 27, 1983.

¹⁰⁹⁰ Mohsen Asgari Nazari v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 221, Chamber One, Award No. 559-221-1, Iran-United States Claims Tribunal, Filed August 24, 1994, parag. 50.

neden olduğunu ve bunun da taraflar arasındaki Cezayir Bildirileri hükümleri gereği tazminatı gerektirdiğini ispatlayamaması nedeniyle zarar bulunmadığına karar vermiştir¹⁰⁹¹. İki hükümet arasındaki bir başka davada İran hükümeti Mahkeme'den, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların hakem mahkemesinde görülmesi konusundaki taahhütleri gereği, ABD Mahkemesi önünde görülen *Foremost/OPIC* davasının askıya alınmasını istemiştir. İran'a göre, ortaya çıkan yeni olaylar ve değişen durumlar, ABD yerel yargı organının, bu Hakem Mahkemesi'nin yetkisinde olan bir davanın esasına ilişkin karar vermemesini gerektirmektedir. İran'a göre bu durum, Mahkeme'nin taraflara yüklediği, Cezayir Bildirileri'nin etkinliğine hanel getirecek herhangi bir hareketten kaçınma yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Hakem Mahkemesi, *Foremost/OPIC* davasının yürütülmesinin askıya alınmasına ilişkin talebinin kabul edilebilmesi için İran'ın, bu talebi haklı çıkaracak yeni olayları göstermesi veya değişen durumları ispat etmesi gerektiğine ve ispatın gerçekleşmemiş olması nedeniyle talebin reddine karar vermiştir¹⁰⁹².

D. Delil Türleri

1. Yazılı Belgeler

Devletlerarası tahkimin tarihi gelişimine bakıldığında, çoğu zaman tanık beyanlarından ziyade yazılı belgelere başvurulduğu görülmektedir. Günümüzde uluslararası mahkemeler, uyuşmazlığa neden olan olaylara ilişkin belgelerin varlığı halinde, yazılı belgelere, ispat gücü yüksek deliller olarak yaklaşmaktadır. Zira tanıkların gerçek dışı ifade vermeleri mümkün olduğu gibi gerçeğe uygun ifade veren tanıkların da olayları tekrar ederken yanılmaları ya da tam olarak hatırlayamamaları her zaman olasıdır¹⁰⁹³.

Hakem mahkemesinin delillere ilişkin değerlendirmeleri konusunda tahkim kurallarında muhtelif hükümler bulunmaktadır. Örneğin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1958 tarihli Tahkim Usulüne ilişkin Model Kuralları'na göre, hakem mahkemesi, tarafların bütün gerekli dokümanları sunmasını ve gerekli

¹⁰⁹¹ Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, Full Tribunal, Decision No. 135-A3/A8/A9/A14/B61-FT, The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Filed July 1, 2011, parag. 22.

¹⁰⁹² The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case No. A24, Full Tribunal, Dec 125-A15-A24-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed October 11, 1996, parag. 20.

¹⁰⁹³ PIETROWSKI, 2006, s. 391.

açıklamaları yapmasını emretmeye yetkili olmalıdır. Ayrıca mahkeme, avukatların ve temsilcilerin, dikkatine sunduğu her türlü yeni belgeyi kabul ettikten sonra, bu belgeler hakkında karşı tarafın bilgi sahibi olmasını emretme hakkına sahiptir¹⁰⁹⁴. Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları'na göre, hakem mahkemesinin, gerekli görmesi halinde, tarafların, iddia veya savunma dilekçesinde değindikleri vakıaların dayanağını oluşturan belge veya diğer delillerin özetini, belirli bir süre içerisinde mahkemeye ve karşı tarafa ulaştırmasını gerekli kılması mümkündür. Ayrıca mahkeme, tahkim süreci devam ederken herhangi bir zamanda, belirli bir süre içerisinde tarafları, her türlü belge ve delilleri sunmaya davet edebilecektir. Mahkeme, hangi gerekçe ile olursa olsun tarafların bu daveti reddetmeleri ayrıca dikkate alınmalıdır¹⁰⁹⁵. Benzer hükümler UNCITRAL Kuralları'nda da yer almaktadır¹⁰⁹⁶.

Tahkim kurallarında da belirtildiği ve genel olarak kabul edildiği üzere tahkimin taraflarının, davalarını dayandırdıkları belgeleri mahkemeye sunmaları gerekmektedir. Bu kurallar, taraflardan birinin, diğer tarafın adaletsiz biçimde sunduğu delillerden olumsuz etkilenmesini engellemeyi amaçlamaktadır¹⁰⁹⁷. Bu yüzden davacıdan, dava dilekçesini mahkemeye verdiğiğinde, bu dilekçe ile aynı anda, dilekçesindeki hususların ispatlanması için gerekli olabilecek bütün belgeleri de birlikte vermesi beklenmektedir. Aynı şekilde, davalı taraf da savunma dilekçesini verdiğiğinde, savunmasını dayandırdığı bütün hususları dilekçesine eklemiş olmalıdır. Nitekim, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne ilişkin Model Kuralları'na göre, taraflar, davada atıf yaptıkları her türlü belge ve dokümanı, beyanlarına (dosyalarına) eklemelilerdir¹⁰⁹⁸. Aynı düzenleme Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine Uygulanacak Seçimlik Kuralları'nda da bulunmaktadır¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁴ 1958 ILC Model Rules, article 17/2.

¹⁰⁹⁵ 1992 PCA Optional Rules, article 24/2,3.

¹⁰⁹⁶ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 27/3.

¹⁰⁹⁷ Örneğin UAD Statüsü'nün 43. maddesine göre, "... 2. Yargılama usulünün yazılı evresi muhtıraların, karşı-muhtıraların, gerekiyorsa, yanıtların ve ayrıca savları destekleyecek her türlü, evrak ve belgenin Divan'a ve taraflara iletilmesini kapsar. 3. Bu iletme işlemi, Divan'ca saptanan sıra ve süre içinde Yazman aracılığıyla yapılır. 4. Taraflardan birinin ileri sürdüğü her belgenin onaylanmış örneği tarafa iletilecektir".

¹⁰⁹⁸ 1958 Model Rules of ILC, article 15/2.

¹⁰⁹⁹ 1992 PCA Optional Rules, article 18/2 ve 19/2.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre de, dava dilekçesine, mümkün olduğu ölçüde, iddianın dayandığı bütün belgeler ve diğer deliller eklenmeli veya en azından bunlara yapılan atıflar dilekçede yer almalıdır. Aynı şekilde savunma dilekçesine de cevabın dayandığı bütün belgeler ve diğer deliller eklenmeli veya en azından bunlara yapılan atıflar dilekçede bulunmalıdır¹¹⁰⁰.

Aynı gereklilik, elbette cevap ve cevaba cevap dilekçeleri için de geçerli olacaktır. Taraflara mutlaka, karşı tarafın sunduğu delillere ilişkin değerlendirmelerini mahkemeye sunma imkanının tanınması gerekmektedir.

Tahkimin tarafları, mahkemece aksi yönde bir karar alınmadıkça, kendi davası aleyhinde herhangi bir belgeyi mahkeme önüne getirmek zorunda değildirler. Diğer yandan taraf devletler, kendilerinin ulaşamadığı ve belirli bir özelliği olan bazı belgeleri elinde bulunduran karşı taraftan, bu belgeleri talep edebilecektir. Eğer diğer taraf, talep edilen belgeleri vermekten imtina ederse, talepte bulunan taraf, mahkemeden, bu belgelerin sunulmasına ilişkin ara karar vermesini isteyebilecektir. Ancak mahkeme talebi kabul etse ve belgelerin kendisine teslimini içeren ara karar verse bile, bu kararın icra kabiliyeti olmayacaktır. Pietrowski'e göre, ara karar üzerine, diğer taraf, tatmin edici bir açıklama yapmaksızın delilleri sunmamakta ısrar ederse mahkeme, söz konusu delillerin, ara karara uymayan tarafın çıkarlarını olumsuz etkileyeceği sonucunu çıkarabilecektir¹¹⁰¹. Nitekim tahkim kuralları, mahkemenin taraflardan, gerekli gördüğü belgeleri isteyebileceğini açıkça belirtmekte ve Daimi Tahkim Divanı Kuralları buna ek olarak, hangi gerekçe ile olursa olsun tarafların bu daveti reddetmelerinin ayrıca dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir¹¹⁰². Aynı hususu şüpheyi yer vermeksizin ifade eden UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre, hakem mahkemesince, belge ya da diğer delillerin sunulması konusunda usulüne uygun olarak davet edilen taraf, geçerli bir neden göstermeksizin

¹¹⁰⁰ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 20/4 ve 21/2.

¹¹⁰¹ PIETROWSKI, 2006, s. 393.

¹¹⁰² PCA Optional Rules, article 24/3. Benzer şekilde UAD Statüsü'nün 49. maddesine göre, "Divan, duruşmaların başlamasından önce de temsilcilerden herhangi bir belgenin verilmesini ya da herhangi bir açıklama yapılmasını isteyebilir. Bu talebin reddedilmesi hususunu kayda geçirir".

belirlenen süre içerisinde bu delilleri sunmazsa, hakem mahkemesi, kendisine sunulmuş olan deliller ile hüküm verebilmektedir¹¹⁰³.

Uluslararası yargı yollarında mahkemeye sunulan belgelerin, asıl olması kaydıyla kabul edilmesi, artık başvurulmayan bir uygulamadır. Gelişen teknolojik imkanlar sayesinde bu belgelerin kopyaları da kabul edilebilmektedir. Modern kopyalama yöntemleri ile elde edildiği sürece, belge metninde tahrif ihtimali en aza inmektedir. Fotoğrafik yöntemlerle elde edilen kopyalar, mahkemeler tarafından asıl kabul edilmekte, böylece belgelerin doğruluğu kanıtlanmış olmaktadır. Ancak fotoğrafik yöntemlerle elde edilmiş de olsa bütün kopyaların gerçeğinin aslı oldukları tasdik edilmelidir¹¹⁰⁴. Örneğin Uluslararası Hukuk Komisyonu Model Kuralları, Daimi Tahkim Divanı ve UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre, tarafların sunduğu her dokümanın onaylı bir kopyası karşı tarafa iletilmelidir¹¹⁰⁵.

Devletlerarası tahkimde belgelerin orijinallerinin sunulması konusunda bir gereklilik olmamakla birlikte, mahkemeye sunulan belgelerin sahte olması durumu ile karşılaşılması ihtimali de bulunmaktadır. Eğer taraflardan biri, karşı tarafın mahkemeye sunmuş olduğu belgenin sahte olduğunu iddia ederse, bu durumda söz konusu belgeyi ibraz eden tarafın, belgenin doğruluğunu, ilgili dava konusuna uygun biçimde ispat etmesi gerekecektir. Ancak olağan koşullarda, orijinal belgenin usulüne uygun biçimde tasdik edilmiş kopyası, orijinalinin içeriğini ispatlamak için yeterli olacaktır¹¹⁰⁶.

2. Tanık Beyanları

Uluslararası mahkemelerde, öncelikle yazılı belgeler tercih edilmesine rağmen, belgelerin yeterli olmadığı ya da bu şekilde olayların ispatlanamadığı durumlarda mahkeme, kararına dayanak oluşturmak üzere tanık beyanlarına başvurabilecektir. Genelde uluslararası mahkemelerin tanık beyanları bakımından uygulaması, mahkemenin denetimine tabi olmak üzere, avukatların tanıkları sorgulamasına izin vermek şeklindedir. Bu çerçevede avukatların çapraz

¹¹⁰³ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 30/3.

¹¹⁰⁴ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 208.

¹¹⁰⁵ 1958 ILC Model Rules, article 15/5; 1992 PCA Optional Rules, article 15/3;

¹¹⁰⁶ SIMPSON/ FOX, s. 208.

sorgusuna da izin verilebilmekte ve mahkeme tanıklara soru yöneltebilmektedir¹¹⁰⁷.

a. Tanıkların Dinlenilmesi Usulü

Mahkemelerin amacı, değerlendirilmesi gereken dava konusu olaylara mümkün olduğunca ışık tutmak olduğuna göre, taraflara da kendilerini anlatma imkanının verilmesi gerekmektedir. Genellikle tarafların, davalarını açıklayabilmek için gerekli gördükleri tanık beyanlarını sunmalarına izin verilmekte ve tanıkların dinlenmesi, mahkemenin kontrolü ve takdiri altında yürüyen bir süreç olmaktadır. Çoğunlukla karşı taraf avukatı çapraz sorguya başvurabilmekte ve mahkemenin kendisi de tanıklara gerekli gördüğü soruları yöneltmektedir. Sıklıkla başvuru uygulama ise davacının tanıklarının önce dinlenmesi ve ardından davalının tanıklarına geçilmesidir¹¹⁰⁸.

Tanıklar, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa -mahkemenin ya da tarafların kabul ettikleri usul kurallarında veya yetkilendirme anlaşmasında aksine hüküm yoksa- taraflarca ya da mahkemece her zaman davet edilebileceklerdir. Herhangi bir kişinin ya da kişi kategorisinin tanık olması için taşıması ya da taşıması gereken herhangi bir özellik bulunmamaktadır¹¹⁰⁹. Örneğin UAD önünde başvuru usul, mahkemeye önüne gelen tanığın, ifadesini vermeden önce Divan Kuralları'nda öngörüldüğü üzere yemin etmesidir¹¹¹⁰. Ayrıca tanıkların imzalı ifadelerini mahkemeye ulaştırmaları imkanı da tanınabilmektedir.

Genel olarak uluslararası mahkemelerin, davet edilen tanıkları zorla mahkeme önüne çıkarma yetkileri bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemelerin yapabilecekleri, tarafların, kararların uygulanmasına ilişkin iç hukukta alacakları tedbirlerin etkinliğine ya da tarafların kararlaştırmış olması halinde tahkimin yürütüldüğü yer hukukunun böyle bir imkan tanıyıp tanımasına bağlı olarak değişecektir¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷ Peter WOLFGANG, "Witness Conferencing", *Arbitration International*, Vol. 18, 2002, Issue 1, s. 47-58

¹¹⁰⁸ WOLFGANG, 2002, s. 51.

¹¹⁰⁹ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 207.

¹¹¹⁰ UAD Muhakeme Kuralları, madde 64.

¹¹¹¹ WOLFRUM, "International Courts and Tribunals, Evidence", 2012, parag. 39; PIETROWSKI, 2006, s. 395.

Tanıkların, uyuşmazlık konusu olaylar ile ilgili olarak şahsi bilgilerini mahkemeye bildirmeleri gerekmektedir. Bunu da genellikle sözlü aşama sürerken mahkemeye ifade vermek suretiyle gerçekleştirmektedirler. Tanık beyanlarına başvurmak isteyen tarafların, sözlü aşamanın başlamasından belirli bir süre önce, tanık ve bilirkişi listelerini mahkemeye sunmaları gerekmektedir. Bu listelerin, tanıkların isimleri, adresleri ve uyuşmazlık konusu olaylar ile ilgili olarak tanıkların özellikle dinlenmesini istedikleri noktalar gibi başka bilgileri içermesi de mümkündür. Kural olarak taraflar, mahkemeye bu şekilde bilgileri iletilmiş olan herkesi davet edebileceklerdir. Ancak gerekçesi bildirilmek üzere istisnai hallerde, delil olarak nitelendirilebilecek bir tanığın davet edilmemesi söz konusu olabilmektedir¹¹¹². Bu konudaki ayrıntılar, mahkemelerin kurallarında ya da taraflar arasında kabul edilmiş başka usul kurallarında ve yetkilendirme anlaşmasında düzenlenebilmektedir¹¹¹³.

Örneğin, Uluslararası Hukuk Komisyonu Model Kuralları'na göre, mahkemenin, muhakemenin her aşamasında bilirkişi ya da tanık beyanlarına başvurma ya da keşif kararı alma yetkisi bulunmaktadır¹¹¹⁴. Tanıkların dinlenmesine ilişkin usulü daha ayrıntılı düzenleyen Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları'na göre ise mahkemeye tanık beyanı sunmak isteyen taraf, duruşmadan en az otuz gün önce hakem mahkemesine ve karşı tarafa, tanıkların isimlerini ve adreslerini, beyan konusunu ve tanıkların ifade vereceği dilleri bildirmelidir. Mahkeme sekreteryası, beyanların tercümesi ve duruşmanın kaydı için gerekli ayarlamaları yapmalıdır. Hakem mahkemesi hangi tanıkların sorgulanacağını belirlemekte serbest olduğundan, bazı tanık ya da tanıkların çekilmesini gerekli kılabilir. Tanık beyanları, beyan veren tarafından imzalanarak yazılı olarak da sunulabilir¹¹¹⁵. Benzer düzenlemeler içeren UNCITRAL

¹¹¹² WOLFRUM, “*International Courts and Tribunals, Evidence*”, 2012, parag. 34-43.

¹¹¹³ Uygulamada genellikle tanıklar, taraflarca davet edilmektedirler. Taraflardan birinin davet ettiği tanığın ifadesine karşı, diğer tarafın itirazı varsa, aynı tanığı çapraz sorguya davet etmektedir. Bu nedenle tarafların davet ettikleri tanıkların, çapraz sorguya hazır olmaları gerekmektedir. Hakem mahkemesi aksine karar vermezse çapraz sorgusu mümkün olmayan bir tanığın beyanının da dikkate alınmaması gerekir. Tanıkların dinlenme sırası, taraflar ve mahkeme üyelerinin duruşma öncesi toplanacağı bir ön görüşmede saptanabilecektir. Ancak böyle bir saptamanın olmadığı hallerde genellikle önce davacı tanıkları, daha sonra davalı tanıkları dinlenmektedir. Genelde hakem mahkemesi davacı ve davalının çapraz sorgusuna izin vermekte ve kimi zaman hakem mahkemesi de tanıklara sorular sorabilmektedir. HANOTIAU, 2004, s. 94-95.

¹¹¹⁴ 1958 ILC Model Rules, article 18/1.

¹¹¹⁵ UAD Muhakeme Kuralları, madde 25.

Kuralları'na göre, bilirkişiler de dahil, herhangi bir hususa ya da uzmanlık alanına ilişkin olarak dinlenmesi için taraflarca hakem mahkemesine sunulan tanıklar, bağımsız kişiler ya da taraflara yakınlığı olan kişiler de olabilecektir. Hakem mahkemesince aksi gösterilmedikçe, bilirkişiler de dahil olmak üzere tanıkların ifadeleri yazılı ve imzalı şekilde sunulmalıdır¹¹¹⁶.

Tanıkların ifadelerinin alınması konusunda uluslararası mahkemelerin takip ettiği usul, tanığı çağıran tarafın, karşı tarafın sorgusunun ardından, davet eden tarafın tekrar sorgulaması şeklinde ilerlemekte ve bu ikinci sorgudan sonra, yeni sorgu konusu sorunlar çıkmadıkça, ikinci çapraz sorguya izin verilmemektedir. Bu süreç mahkeme başkanının kontrolünde devam etmekte ve gerekli görürse başkan da tanıklara soru yöneltebilmektedir. Mahkeme başkanı, tanık ifadelerinin alınması ve davanın konusuna göre değişebilecek gereklilikler konusunda takdir hakkına sahiptir¹¹¹⁷.

Uluslararası mahkemelerin, tanığın kişisel gözlemlerine dayanmayan dolaylı delilleri reddetmek gibi bir uygulaması bulunmamaktadır. Diğer delillerde olduğu gibi önemli olan, delillerin dolaylı ya da doğrudan olması değil, mahkemenin bu delilleri değerlendirirken bunlara yükleyeceği anlamdır¹¹¹⁸.

Bazı devletlerin ulusal usul hukuku kurallarında, dava ile ilgili kişilerin mahkeme önünde tanık olarak dinlenmesine izin verilmese de, devletlerarası tahkimde, kamu ya da özel sektörden kişilerin dinlenmesini engelleyen herhangi bir kural bulunmamaktadır. Elçilik ya da konsolosluk görevlileri, askeri yetkililer, daha önce defalarca Daimi Tahkim Divanı nezdinde ya da *ad-hoc* mahkemeler önünde tanık olarak dinlenmiş; şirket yetkilileri ya da yönetim kurulu üyelerinin tanıklıklarına ticari tahkimde sıkça başvurulmuştur¹¹¹⁹. Böyle kişilerin ifadelerinin ispat gücü, ifadelerin doğrulanıp doğrulanmadığına, başka delillerle çelişip çelişmediğine, makul olup olmadığına, delili sunan kişinin güvenilirliğine ve çapraz sorgu imkanına bağlı olarak değişmektedir.

¹¹¹⁶ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 27.

¹¹¹⁷ WOLFRUM, "International Courts and Tribunals, Evidence", 2012, parag. 42.

¹¹¹⁸ PIETROWSKI, 2006, s. 395.

¹¹¹⁹ Örnek uyuşmazlıklar için bkz. Klaus Peter BERGER, **Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration**, 2th Revised Edition, Kluwer Law International, 2009.

b. Tanık Beyanlarının Değerlendirilmesi

Devletlerarası tahkimin tarafları, tanık beyanlarını, karşı tarafın katılımı olmaksızın hazırlanmış yazılı beyan veya yeminli ifade şeklinde sunmaktadırlar. Tanık beyanlarını yazılı olarak sunmak, Kıta Avrupası hukuk sisteminden gelen bir usul geleneğidir. Anglo Sakson hukuk sistemi geleneğinde ise mahkeme önünde dinlenmeyen tanıklar, genellikle karşı tarafın da bulunduğu ortamda yargıç ya da yetkili bir makam önünde dinlenmektedir¹¹²⁰. Yazılı olarak sunulan beyanlarda, ifade veren tanığın, sözlü aşama boyunca çapraz sorgu ya da mahkemenin yöneltebileceği sorular için hazır bulunacağı var sayılmaktadır. Tanığın davet üzerine çapraz sorgu ve mahkeme sorgusuna gelmemesi, mahkeme tarafından bu tanığın ifadesine verilecek değeri etkileyecek, belki de bu tanığın ifadesi, kararda değerlendirme dışı bırakılacaktır.

Uluslararası mahkemelerin kendisine sunulan her türlü delili serbestçe takdir etme yetkileri bulunmaktadır. Tanık beyanları, doğası itibariyle, belgelerin değerlendirilmesine nazaran farklı sorunlar içermektedir. Belgelerin değerlendirmesindeki zorluk, genellikle içeriğinin belirsizliğinden ya da güvenilir olmamasından kaynaklanmaktadır. Tanık beyanlarında ise bu zorluklar, doğrudan ya da çapraz sorgu ile aşılabilecektir. Ancak tanık beyanlarının güvenilirliğinin değerlendirilebilmesi için tanıkların doğruluğu ve objektifliğinin takdir edilmesi gerekmektedir. Böyle bir takdir de, özellikle de söz konusu beyan, yazılı belgeler ile uyummadığında ya da doğrulanmadığında, ister istemez sübjektiflik unsuru içerecektir. Böyle durumlarda mahkemenin, beyanda bulunan kişinin dürüstlüğü, tanıklığı sırasındaki hal ve tavırlarından çıkarması gerekmektedir. Bir tanığın objektifliği, çoğunlukla adına tanıklık yaptığı taraf ile olan ilişkisinden çıkarılmaktadır¹¹²¹.

3. Keşif

Mahkeme, uyuşmazlığın gerçekleştiği yeri inceleyebileceği gibi, uyuşmazlık konusu ülke parçası hakkında bizzat bilgi almak ya da uyuşmazlık

¹¹²⁰ PIETROWSKI, 2006, s. 395.

¹¹²¹ PIETROWSKI, 2006, s. 396.

hakkındaki bilgisini artırmak üzere keşif yapabilecektir¹¹²². Keşif ya da bir başka deyişle yer gösterme yöntemine, en fazla sınır uyuşmazlıklarında ve sınır aşan zarar içeren uyuşmazlıklarda başvurulmaktadır.

Devletlerarası tahkimde keşfe, genellikle karşı tarafın dilekçesinde dayandığı belgelerin ispatının gerektirdiği ölçüde başvurulmaktadır. Ancak nadiren de olsa, resmi yoldan delil elde etmek ya da mahkemenin genel anlamda dava konusunun fiili geçmişi hakkında bilgi edinmesini sağlamak ve böylece tarafların vakıalara ilişkin argümanlarını doğru değerlendirebilmek için mahkeme ya da bilirkişilerin, uyuşmazlığın gerçekleştiği yeri görmesi yararlı olabilmektedir¹¹²³.

Keşif yöntemine, tahkim kurallarında da değinilmektedir. Örneğin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Model Kuralları'na göre, mahkemenin, muhakemenin her aşamasında, bilirkişi ya da tanık beyanlarına başvurma ya da keşif kararı alma yetkisi bulunmaktadır¹¹²⁴. Buna karşılık Daimi Tahkim Divanı ve UNCITRAL Tahkim Kurallarında bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

4. Bilirkişi

Uluslararası mahkemelerin dava konusu olayları incelerken uzman görüşlerine gereksinim duymaları sıkça rastlanan bir durumdur. Özellikle, iddiaların değerlendirilmesi, yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin nedenlerinin incelenmesi, iç hukuka ilişkin hususların ispatlanması, ülkesel uyuşmazlıklarda coğrafi özellikler bakımından devletlerin uygulamalarının ispatlanması, yabancı yasaların mahkeme diline tercümesi ya da sınırların belirlenmesi gibi tamamen uzmanlık gerektiren teknik alanlarda mahkemeye yardım etmesi için bilirkişiye başvurulmaktadır. Devletlerarası tahkimde bilirkişi, ifade vermek, rapor sunmak ya da soruşturma yürütmek şeklinde görevini

¹¹²² SIMPSON/ FOX, 1959, s. 206.

¹¹²³ *Corfu Channel* davasında UAD, kendi inisiyatifi ile Arnavutluk ve Yugoslavya'da incelemelerde bulunmak üzere uzmanlardan oluşan bir komite kurmuş; uzmanların hazırladıkları rapor, doğrudan mahkeme kararına temel teşkil etmiştir. ICJ, *Corfu Channel Case*, Judgment of 9 April 1949, s. 142.

¹¹²⁴ 1958 Model Rules of ILC, article 18/1.

yapmaktadır¹¹²⁵. Herhangi bir tanık, belirli bir olaya ilişkin olarak kişisel görgüsünü aktarırken; bilirkişi, kendi görüşü ya da inancını bildirmektedir. Bu fark, özellikle UAD önünde tanıklar ve bilirkişilerce verilen resmi beyanlarda görülmektedir. Divan’a bilgisini aktaran her tanık, “Gerçeği ve yalnızca gerçeği söyleyeceğime onurum ve vicdanım üzerine yemin ederim” ifadesi ile sözlerine başlamakta iken; bilirkişiler bu yemine, “... ve bu ifadenin tamamen benim görüşüm olduğuna” ifadesini de eklemektedirler¹¹²⁶. Ancak aynı kişinin mahkeme önünde hem tanıklık hem de bilirkişilik yapmasına, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa bir engel bulunmamaktadır¹¹²⁷.

Bilirkişiler, sırf onları davet eden tarafın hükümet yetkilileri olmaları nedeniyle seçilmemelidirler. Gerçekten mahkemenin karar almasına yardım edebilecek yetkinlikte, dava konusu alandaki uzmanların seçilmesi gerekmektedir. Bilirkişilere itiraz edilmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda bilirkişinin yetkisine ilişkin ön değerlendirme yapılması gerekebilir. Bu değerlendirmeyi yapacak olan mahkemenin, bilirkişiye genel sorular yöneltmesi, ancak konuya ilişkin görüşlerini değiştirmek amacıyla hareket etmemesi ve yaptığı incelemeyi değerlendirmemesi gerekmektedir. Bu durumda en makulü, bilirkişiyi aday göstermemiş olan tarafın incelemeye ilişkin sorular yöneltmesi olacaktır¹¹²⁸.

Bilirkişiler, taraflarca davet edilebileceği gibi mahkeme tarafından da atanabilirler. Her şekilde kendilerinden beklenen, bağımsız ve objektif şekilde görevlerini ifa etmeleridir. Bir uluslararası mahkemenin delillerin değeri hakkında takdir hakkını kullanarak değerlendirme yapabilecek olması nedeniyle, bilirkişi raporları da bu takdir yetkisine dahil olacaktır¹¹²⁹. Dolayısıyla yargıçlar, kural olarak bilirkişi raporları ile bağlı olmadıkları gibi taraflar aksini kararlaştırmadıysa, mahkeme de bilirkişi atamak ya da taraflardan birinin talep ettiği için bilirkişi incelemesine karar vermek yükümlülüğü altında değildir. Genelde mahkeme, uyuşmazlık konusu olayların doğrulanması için gerekli ve

¹¹²⁵ Catharine A. HARTZENBUSCH, “*Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea- Bissau v. Senegal)*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 86, No. 3, July 1992, s. 553-558; UN, Reports of International Arbitral Awards, Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Vol. II, s. 27.

¹¹²⁶ 1978 UAD Muhakeme Kuralları, madde 64.

¹¹²⁷ PIETROWSKI, 2006, s. 396.

¹¹²⁸ WOLFRUM, International Courts and Tribunals, Evidence, 2012, parag. 45.

¹¹²⁹ WOLFRUM, International Courts and Tribunals, Evidence, 2012, parag. 45-46.

uygun gördüğü zaman bilirkişi atamaktadır. Ancak taraflardan biri, kendi bilirkişi raporlarını mahkemeye sunduğunda, çoğunlukla bu raporlar mahkemece kabul edilmektedir¹¹³⁰.

5. Haritalar

Haritalar, sınır uyuşmazlıkları ve ülkesel uyuşmazlıklara ilişkin davalarda, uluslararası mahkemelerin sıklıkla başvurduğu delillerdir. Bir sınırın varlığının iddia edilmesi, ülkesel egemenlik iddiası, egemenlik hakları iddiası veya uyuşmazlık konusu coğrafi unsurların isimlerinin veya bölgelerinin tayini için delil olarak haritalara başvurulmaktadır. Uluslararası mahkemeler, tarafların delil olarak kendilerine sunduğu haritaları kabul etmekte, ancak bunların “delil” olarak değerlendirilmesini, davanın somut özelliklerine bağlı olarak yapmaktadırlar. Kimi zaman bir anlaşmanın ayrılmaz parçasını oluşturan haritalar, doğrudan delil olarak değerlendirilip, mahkemenin karar almasında belirleyici rol oynayabilmektedir. Örneğin Eritre-Yemen davasında, Yemen kendi iddialarını, Mahkeme’ye delil olarak sunduğu ve 18-19. yüzyıllara ait olan haritalara dayandırmıştır¹¹³¹. Bu haritalarda Yemen, bağımsız bir birim (vilayet) olarak gösterilmektedir. Uyuşmazlık konusu adalar da, bu alanın bir parçası olarak Yemen’in sunduğu haritalarda yer almakta ve bölgedeki egemenliğinin delilleri arasında sayılmaktadır¹¹³².

Yargı organları, ülkesel bir uyuşmazlık ile ilgili değerlendirmelerini yaparken, kartografik bilgileri göz önüne almak zorundadır. Zira ülkesel uyuşmazlıklarda, taraflardan biri ya da her ikisi birden, haritaların ekini oluşturduğu anlaşmaya dayanabileceklerdir. Bu durumda haritalar, delil değeri bakımından, anlaşma metni ile aynı hukuki değeri haiz olacaklardır. Uygulamada, mahkemeye sunulan ve ülkesel uyuşmazlığa ilişkin olan haritalar hakkında, hazırlandığı zamana ilişkin olarak bilgi verilememekte, haritalar ile hali hazırdaki durum arasında çelişkiler bulunabilmekte ya da haritaların bir kısmı, topograflar

¹¹³⁰ PIETROWSKI, 2006, s. 397.

¹¹³¹ PCA, The Eritre-Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute), 9th October, 1998, parag. 363.

¹¹³² The Eritre-Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute), 9th October, 1998, parag. 363-368.

tarafından eksik ya da gizli bırakılabilmektedir. Böyle durumlarda mahkemeler, geniş takdir hakkı tanınmamış olması halinde, belirsiz bir davanın içine girmek zorunda kalmaktadırlar¹¹³³.

Tarafların, belirli bir ülke parçası üzerindeki egemenliğin kanıtı olarak sundukları haritaların, anlaşmaların eki olmaması halinde, mahkeme tarafından temkinli değerlendirilmeleri gerekmektedir. Örneğin *Palmas Island* davasında Hakem Huber'in vurguladığı gibi, delil olarak başvurulacak haritaların coğrafi kesinliğinin olması gerekmektedir. Huber'e göre ülke parçalarının siyasi dağılımını göstermeyen haritaların reddedilmesi gerekmektedir. Ancak haritayı yapanın özenle derlenmiş bilgilere dayanarak hazırladığı haritalar değerli olabilecektir. Eğer hakem, hangi kaynaklardan bilgi aldığı bilinmeyen topografların ifadeleri ile çelişen maddi vakıaların hukuki geçerliliğinin varlığı konusunda ikna olmuşsa, haritalar göz ardı edilebilecektir¹¹³⁴.

Ülkesel bir uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflardan birinin topografları tarafından hazırlanan haritalar, o tarafça ileri sürülen ülkesel iddiaları göstermesi bakımından daha sınırlı bir amaca hizmet edecektir. Bu bağlamda hükümet yetkisi altında veya resmi bilgilere erişebilen kişilerce hazırlanan haritalar, daha işlevseldir. Diğer belgelerle birlikte böyle haritalar, mahkemeye, uyuşmazlığın başladığı, tarafların söz konusu ülke parçası üzerinde karşı tarafın ülkesel egemenlik iddiasının bulunduğu bilincinde olduğu kritik tarihi bulma konusunda yardımcı olacaktır. Bu kritik tarihten sonra taraflardan birinin attığı, hukuki durumunu iyileştirecek her türlü adım ve bu adımın sonuçları, mahkemece reddedilmelidir¹¹³⁵.

Taraflardan birinin menfaati, belirli bir tarihte, dava konusu uyuşmazlığın var olmadığının ispatlamasını gerektirebilecektir. Bu durumda, o dönemde taraflardan birinin egemenliği altında olan uyuşmazlık konusu ülke parçasının hali hazırdaki durumu veya *territorium nullius* olup olmadığı hakkında çeşitli devletlerin topografları arasında genel bir mutabakat oluşturmak faydalı

¹¹³³ Charles C. HYDE, "Maps as Evidence in International Boundary Cases", **Am. J. Int'l L.**, 1933, s. 311.

¹¹³⁴ UN, Reports of International Arbitral Awards, Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Vol. II, s. 21.

¹¹³⁵ SIMPSON/ FOX, s. 211.

olabilecektir. Böyle delillerin ikna potansiyeli, muhtelif haritaların bağımsız derlenmiş olmasına ve genel bir kaynağa dayanmamasına bağlıdır¹¹³⁶.

E. Delillerin Geç Sunulması

Uluslararası mahkemeler önündeki yargılamalarda, ya mahkeme kuralları ya da taraflar arasındaki anlaşma gereği taraflara, delillerin sunulması için belirli bir süre tanınmaktadır¹¹³⁷. Devletlerarası tahkimde de bu süre, ya tarafların kabul ettiği usul kuralları ya da taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasında belirlenmektedir.

Örneğin, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları'na göre, mahkemenin, yazılı aşamayı kapattıktan sonra, karşı tarafın rızası olmadan sunulan yeni doküman ve belgeleri reddetme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca mahkeme, avukatların ve temsilcilerin, mahkemeye sunduğu her türlü yeni belge ve dokümanı kabul ettikten sonra, bu belge ve dokümanlar hakkında karşı tarafın bilgi sahibi olmasına karar verebilecektir. Bunun yanında mahkemenin, yazılı aşamanın kapsamının genişletilmesini karar verme yetkisi de olmalıdır¹¹³⁸. Model Kurallar, tarafların, delillerin temin edilmesinde mahkeme ile işbirliği içinde olması ve mahkemece bu amaçla alınan tedbirlere uyması gerektiğini belirttikten sonra; mahkemenin, aldığı tedbirlere tarafların uymaması durumunu ayrıca dikkate alacağını hükme bağlamaktadır. Diğer yandan, daha güncel olan Daimi Tahkim Divanı ve UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre ise hakem mahkemesi, uygun görürse, bir tarafın mahkemeye sunmak istediği delillerin bir özetini, hakem mahkemesinin karar vermesi için belirli bir süre içerisinde mahkemeye ve karşı tarafa ulaştırmasını gerekli kılabilmektedir. Ancak bu süreden sonra delil sunulması halinde, mahkemenin ne şekilde karar vereceği düzenlenmemiştir. Bununla birlikte her ikisinde de, tahkim süreci devam ederken herhangi bir zamanda, mahkemenin belirlemesi gereken süre içerisinde, her türlü belge ve delilleri sunmaya davet edebileceği de hükme

¹¹³⁶ SIMPSON/ FOX, s. 211.

¹¹³⁷ Örneğin UAD Statüsü'nün 52. maddesine göre, Divan, kendisinin saptadığı süreler içinde delilleri temin ettikten ve tanıkları dinledikten sonra, taraflardan birinin, karşı tarafın onayı olmaksızın sunmak istediği yeni sözlü veya yazılı delilleri reddedebilecektir.

¹¹³⁸ 1958, ILC Model Rules, article 17/1.

bağlanmıştır¹¹³⁹. Zamanından geç sunulan delillerin ne şekilde değerlendirileceği ise düzenlenmemiştir. Delillerin taraflarca vaktinden sonra sunulması halinde, mahkemenin alacağı tavrın kesin olarak düzenlenmemiş olmasının altında yatan neden, hakem mahkemesine, delil sunma sürelerini uzatmak da dahil olmak üzere bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanımak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Kural olarak belgelerin, ilgili olduğu dilekçeler ile birlikte sunulması gerekmektedir. Neticede tarafların mahkemeye sundukları dilekçelerinde dayandıkları her türlü yazılı belgenin, dilekçeye eklenerek, yazılı aşamanın kapanmasından önce mahkemeye ulaştırılması gerekmektedir. Ancak bazı belgelerin sözlü aşamada sunulması da sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Eğer mahkemenin davanın herhangi bir aşamasındaki talebine cevaben delil sunulmuşsa veya karşı taraf da delilin geç sunulmasına rıza göstermişse, bu delillerin her zaman kabul edilmesi gerekmektedir. UAD'ye göre, karara varırken başvurulması gerektiği takdir edilen delillerin, usul kurallarına sıkı sıkıya bağlı olmaksızın kabul edilmesi gerekmektedir. Neticede mahkemenin asli kaygısı, uyuşmazlığı hukuka uygun olarak karara bağlamak olduğundan, sağlıklı bir değerlendirme yapması için gerekli ve mevcut delillerin tamamını görmesi, usul kurallarından daha önceliklidir¹¹⁴⁰.

Mahkemenin gerekli görmesi halinde geç sunulan delilleri kabul etmesinin yanında, aynı takdir yetkisi çerçevesinde, makul bir gerekçe gösterilmeksizin geciken delilleri reddetmesi de mümkün olabilecektir¹¹⁴¹. Böyle bir durumda hakem mahkemesi için önemli olan husus, geç sunulan delilin, mahkemenin delillerin sunulması için öngörmüş olduğu süre içerisinde ilgili taraf bakımından ulaşılabilir olup olmadığıdır. Eğer delillerini geç sunan taraf, zamanında sunma imkanı bulunduğu halde delillerini sunmamışsa, mahkeme böyle bir davranışın

¹¹³⁹ 1992 PCA Optional Rules, article 24/2; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 27/3.

¹¹⁴⁰ PCIJ, Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Series A/B, No. 46, 1932, s. 155–156 <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 14.09.2013). Örneğin *Corfu Channel* davasında Divan, karşı tarafın itirazına rağmen geç sunulan delilleri kabul etmiştir. *Corfu Channel case*, Judgment of April 9th, 1949, I.C. J. Reports 1949, s. 7. Ayrıca Muhakeme Kurallarının 72. maddesine göre, sözlü aşama kapandıktan sonra taraflarca Divan'a sunulan herhangi bir delil, bu delil hakkında beyanda bulunabilmesi fırsatının tanınması amacıyla karşı tarafa iletilmelidir. Bu durumda gerekirse Divan, sözlü aşamanın yeniden açılması kararı verebilir

¹¹⁴¹ MOORE, 1898, Vol. 2, s. 1355.

dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı değerlendirmesinde bulunarak bu delilleri reddedebilecektir. Mahkemenin takdiri, zamanında sunulma imkanı olduğu halde sunulmamış olan delillerin, tahkim yargılaması sırasındaki gelişmelerin bir sonucu olup olmamasına bağlı olarak değişecektir. Tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan deliller elbette mahkemece kabul edilecektir. Ancak her zaman için mahkemenin dikkate alacağı en önemli husus, böyle bir gecikmenin, mahkemeyi oyalamak, yargılamayı engellemek amacı taşıyıp taşımadığı; geciktiren tarafın kendi hukuki durumunu iyileştirmek ve/veya karşı tarafın durumunu kötüleştirmek kastı ile böyle bir gecikmeye meydan vermiş olup olmadığıdır¹¹⁴². Kötü niyetli ve taktiksel olarak avantaj kazanmak maksadıyla elde tutulan delillerin, yazılı veya sözlü aşamadan sonra mahkemeye sunulması halinde, reddedilmeleri gerekmektedir. Her halükarda, zamanından sonra sunulan delillerin kabul edilmesi halinde, mahkemenin karşı tarafa, bu deliller hakkında beyanda bulunma veya bunları çürütme imkanını tanınması şüphe götürmez bir gerekliliktir.

F. Ayrıcalıklı Deliller

Uluslararası mahkemeler, tıpkı ulusal mahkemeler gibi bazı delillerin ayrıcalıklı olduklarını tanımaktadır. Örneğin ulusal güvenlik gereği veya avukat-müvekkil ilişkisi gibi toplumsal açıdan temel önemi haiz ilişkiler gereği olarak görülen bazı menfaatlerin korunması noktasında, uyuşmazlık konusu olaylar bakımından ayrıcalıklı deliller gündeme gelebilmektedir. Eğer bir delil ayrıcalıklı ise ilgili taraf bu delili sunma yükümlülüğü altında değildir. Hangi delillerin ayrıcalıklı delil sayılacağı ise genellikle başvuru hukuk kurallarına ve dava konusu olaylara göre değişiklik gösterecektir¹¹⁴³.

Ticari tahkimde taraflar kimi zaman ticari sırlara dayanan delillerin sunulmasını talep edebilmektedirler. Eğer taraflar, IBA Kuralları'nın uygulanması konusunda anlaşmışlarsa, ticari sırlarının korunmasını isteyen taraf, bu kurallara dayanarak böyle delilleri sunmaktan imtina edebilecektir¹¹⁴⁴. Eğer taraflar

¹¹⁴² Middle East Management and Construction Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 292, Chamber Two, Award No. 202-292-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed November 25, 1985.

¹¹⁴³ PIETROWSKI, 2006, s. 403.

¹¹⁴⁴ Uluslararası Tahkimde Delillerin Sunulmasına İlişkin IBA Kuralları'nın, 9/2. maddesine göre, Hakem Mahkemesi, bir tarafın talebi üzerine veya re'sen, aşağıdaki hallerden birinin varlığı halinde, bir beyan, belge ya da sözlü bir delilin sunulmasından muaf tutabilir. Bu haller: (a) Yeterli

arasında kararlaştırılmış böyle kurallar yoksa, ticari sırlar, ulusal hukuk çerçevesinde ayrıcalıklı delil sayılamayacaktır. Ticari sırları açığa çıkaracağı gerekçesi ile delil sunmayı reddeden taraf, bu durumun kendisi bakımından olumsuz etkisini de üstlenmiş olacaktır¹¹⁴⁵.

Ayrıcalık meselesi, uluslararası kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da ortaya çıkmakta, ancak bu konuda genel bir kural bulunmamaktadır. Örneğin *Corfu Channel* davasında Divan, Birleşik Krallık hükümetinden, mayınlar tarafından tahrip edilerek dava konusu uyuşmazlığın doğmasına neden olan Volage isimli geminin bölgeye sevk edilmesine ilişkin deniz kuvvetleri emrinin mahkemeye sunulmasını istemiş; ancak Birleşik Krallık hükümeti, deniz kuvvetleri sırrı olması nedeniyle bu talebi reddetmiştir. Bunun üzerine Divan, Birleşik Krallık'ın bu kararı yerine getirmemesini, olumsuz etki yaratacak şekilde yorumlamamış ve delillerin sunulmaması nedeniyle deniz kuvvetleri emirlerinin içeriğinin bilenemeyeceğine, bu nedenle dava konusu olayların farklı sonuçlara neden olduğu kararına varmanın da mümkün olmadığına karar vermiştir¹¹⁴⁶.

Uluslararası mahkemeler önünde devletlerin, ulusal güvenlik gibi konularda devlet sırlarını açık edecek delilleri mahkemeye sunmayı reddetmeleri mümkün olmakla beraber, uluslararası tahkim yargılamalarında bu durum çelişki yaratmaktadır. Bir uluslararası mahkemenin, uyuşmazlık hakkında en doğru karar verebilmesi için dava konusu olaylara ilişkin bütün delilleri incelemesi en sağlıklı yöntem olmakla beraber, kimi zaman ulusal güvenliğe ilişkin muhtelif dokümanların mahkemeye sunulması devletleri zor durumda bırakabilmektedir. Dokümanların açık edilmesi, bireyleri tehlikeye atacak, istihbarat sistemlerini zayıflatacak veya devletin uluslararası politikasını zedeleyecek sonuçlara neden

derecede geçerli veya gerekli olmaması; (b) Hakem Mahkemesi tarafından belirlenen hukuk ya da etik kuralları çerçevesinde hukuki engel ya da ayrıcalık olması; (c) Talep edilen delilin sunulmasının aşırı şekilde külfetli olması; (d) Söz konusu belgenin kaybolduğu ya da tahrif olduğunun makul şekilde gösterilmesi; (e) Hakem Mahkemesinin saptaması doğrultusunda ticari ya da teknik güvenlik sorununun varlığı; (f) Siyasi ya da kurumsal hassasiyete dayalı sebeplerin varlığı (hükümet ya da uluslararası kamu kurumlarınca sır olarak nitelenmiş deliller); (g) Hakem Mahkemesinin saptaması doğrultusunda tarafların dürüstlüğü ya da eşitliğine ilişkin değerlendirmelerdir. http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence (son erişim: 10.09.2013).

¹¹⁴⁵ PIETROWSKI, 2006, s. 405.

¹¹⁴⁶ ICJ, *Corfu Channel Case*, Judgment of 9 April 1949, Merits, s. 32.

olabilecektir. Kamu düzenince tanınan bu menfaatlerin korunmak istenmesi, delillerin ayrıcalığı için makul gerekçeler olarak kabul edilmelidir¹¹⁴⁷.

G. Yanıltıcı Delil Sunulması

Yanıltıcı delile dayanarak verilen mahkeme kararları, kural olarak geçersiz sayılmalıdır. Ancak bir kararın geçersiz kılınabilmesi için yalnızca hilenin (*fraud*) iddia edilmesi yeterli değildir. Temelinde hile olan karar, bu kararı vermeye yetkili mahkeme tarafından verilmiş olmalıdır. Eğer hile, hükmün tefhiminden önce ortaya çıkmışsa, mahkeme bu delili göz ardı edecek ve durumun getirdiği olumsuz etkileri bertaraf edebilecektir. Nihai kararın verilmesinden önce hileli delilin fark edilmesinin en önemli sonucu, hakemlerin delili sunan tarafın doğruluğuna ve dürüstlüğüne olan kişisel inancının bu durumdan etkilenmesidir. Hakemin ilgili tarafa olan inancı, mutlaka muhakemesine yansıyacaktır ki, muhakeme sonucunda vereceği kararın temyiz imkanının olmadığını da düşünmek gerekmektedir¹¹⁴⁸.

Eğer hile, kararın tefhimine kadar fark edilmemişse, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, mahkemenin nihai kararına karşı herhangi bir başvuru yolu bulunmamaktadır. Artık *functus officio* olmuş bir mahkemenin hileyi nihai kararın tefhiminden sonra fark etmesi durumunda, hileyi iddia eden tarafın, yargılamanın yenilenmesi (*revision*) veya kararın geçersizliğini (*nullity*) ileri sürülmesinden başka başvuracağı yol olmayacaktır¹¹⁴⁹.

H. Delillerin Değerlendirilmesi

Uluslararası mahkemelerin genel yaklaşımı, delillerin sunulması için bütün yolları açık tutarak, uyuşmazlık konusu olayları aydınlatılmasına yardımcı olmak yönündedir. Belgeler, tanık beyanları, yazılı ve sözlü bütün deliller kabul edilmekte, bunların geçerliliği ve gerekliliğine ise hakem mahkemesi karar vermektedir¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ PIETROWSKI, 2006, s. 406; William Michael REISMAN, **Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgements and Award**, Yale University Press, 1971, s. 601.

¹¹⁴⁸ PIETROWSKI, 2006, s. 406.

¹¹⁴⁹ MOORE, 1898, s. 815.

¹¹⁵⁰ WOLFRUM, “*International Courts and Tribunals, Evidence*”, 2012, parag. 2.

Devletlerarası tahkim yargılamalarında belgelere, tanık beyanlarından daha fazla ağırlık verilmektedir. Karşılaştırmalı dokümanlar, uyuşmazlığın daha güvenilir delillere dayanmasını sağlamak amacıyla taraflardan herhangi birinin durumunu iyileştirmeksizin değerlendirilmekte; tanık beyanlarının yanlış ya da gerçek dışı olaylara dayanarak temin edilmiş olma ihtimali daha yüksek olduğundan, belgelere önem verilmektedir¹¹⁵¹.

Devletlerarası tahkimde her iki tarafın, davasının temelini oluşturması için gerekli olan vakıalar bakımından ispat yükü bulunmakta ve bu amaçla dayandığı dokümanları mahkemeye sunması gerekmektedir. Kural olarak tahkimin taraflarının, mahkemenin bu yönde bir kararı olmadıkça, kendi menfaatlerini olumsuz etkileyecek delilleri mahkemeye sunma zorunluluğu bulunmamaktadır¹¹⁵². Uluslararası mahkemelerin de tarafları delil sunmaya zorlamak gibi bir yetkileri yoktur. Ancak bir tarafın elinde bulunan bir delili mahkemeye sunmaktan imtina etmesi, kaçınılmaz olarak o tarafın menfaatlerini olumsuz etkileyecektir¹¹⁵³. Usul kurallarına bağlı olarak hakem mahkemesi, delillerin mahkemeye sunulması zorunluluğu hakkında, tahkimin yürütüldüğü yerdeki yerel mahkemelerin yetkilerinden faydalanabilecektir¹¹⁵⁴.

Devletlerarası tahkimde, bir tarafın belirli bir husus bakımından ispat yükünü belirlemek için mahkemelerin başvurduğu kanıt standardı, genellikle “söz konusu delilin ispat gücüne” ve “ikna kapasitesine” dayanmaktadır. Ahlaka aykırı (*contra bonos mores*) ithamlar içeren davalarda, “makul şüphenin ötesinde”, daha yüksek bir kanıt standardına başvurulabilmektedir¹¹⁵⁵.

Devletlerarası tahkimde yazılı belgelerin daha fazla tercih edilmesine rağmen, tanık beyanları da olayların tahkik edilmesi için önemli deliller olarak kabul edilmektedir. Tanıklar, mahkemenin denetimi altında, avukatlar tarafından sorgulanmakta ve çapraz sorguya tabi tutulmaktadırlar. Tanık beyanları, genellikle yazılı ifadeler şeklinde mahkemeye sunulmakta, ancak sözlü aşamada, söz konusu

¹¹⁵¹ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 557.

¹¹⁵² WOLFRUM, “*International Courts and Tribunals, Evidence*”, 2012, parag. 63.

¹¹⁵³ BROWER/ BRUESCHKE, 1998, s. 194.

¹¹⁵⁴ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 551.

¹¹⁵⁵ WOLFRUM, “*International Courts and Tribunals, Evidence*”, 2012, parag. 77.

tanığın çapraz sorgu için hazır bulunmasının gerekmesi halinde tanık, mahkeme önünde dinlenmektedir¹¹⁵⁶.

Devletlerarası tahkimde, tıpkı ulusal tahkimde olduğu gibi, doğrudan deliller, dolaylı delillere tercih edilmektedirler. Ancak uluslararası mahkemeler, doğrudan delillerin, uyumsuzluğu karara bağlamak için yeterli olmaması halinde, genellikle dolaylı deliller temeline dayalı olarak varsayımlar ve çıkarımlar yapmakta ve hukuki ve fiili karinelere de başvurabilmektedirler¹¹⁵⁷.

Bilirkişi raporları, devletlerarası tahkim yargılamalarında genellikle, uzmanlık gerektiren teknik konularda ileri sürülen iddiaları değerlendirirken mahkemeye yardımcı olmak üzere başvuru delilleridir. Bu deliller, bilirkişi beyanı, raporu ya da soruşturması şeklinde mahkemeye sunulmaktadır. Bilirkişilerin mahkemece veya taraflardan biri tarafından atanması mümkün olup, her hâlükârda bağımsız ve tarafsız görüş bildirmeleri gerekmektedir. Hakem mahkemesi, bilirkişi görüşleri ile bağlı değildir. Mahkemenin, gerekçesini göstererek, bilirkişi görüşlerinin aksine değerlendirme yapması mümkündür¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁶ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 879.

¹¹⁵⁷ WOLFRUM, “*International Courts and Tribunals, Evidence*”, 2012, parag. 87.

¹¹⁵⁸ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 561.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HAKEM KARARININ İÇERİĞİ VE İCRASI

I. Karar Türleri

A. Hakem Kararlarının Nihai Özelliği

Kural olarak tahkim muhakemesi süresince hakem mahkemesi pek çok karar almaktadır ki bunların hepsi de taraflar arasındaki usule ya da esasa ilişkin bir meseleyi çözdüğü için -elbette karara itiraz imkanları çerçevesinde- nihai karar olarak adlandırılmaktadır¹¹⁵⁹. Tahkim kuralları da hakem mahkemesinin, tahkimi sona erdiren kararından başka kararlar verebileceğini tanımaktadır. Örneğin Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine İlişkin Seçimlik Kuralları'na göre, “*Nihai karar vermenin yanı sıra hakem mahkemesinin, geçici tedbir, ara karar (interlocutory) ve kısmi karar (partial) vermeye de yetkisi olmalıdır*”¹¹⁶⁰. UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre, “*Hakem mahkemesi, farklı zamanlarda, farklı konular üzerine, ayrı kararlar verebilecektir*”¹¹⁶¹. Bu kararların içeriği ise tanımlanmış değildir. Ancak usul kuralları bu konuda hüküm içermiyorsa ve taraflar da hakemlerin yetkisine sınırlama getirmemişse mahkeme, taleplerin tümünü kapsayan nihai bir karardan başka; ara karar (*interlocutory award*), geçici tedbir kararı (*interim protection award*) veya kısmi karar (*partial award*) verebilecektir¹¹⁶². Bunlar dışında mahkeme, davanın tümüne ilişkin kararını tefhim etmeden önceki bir tarihte yargı yetkisine ilişkin ayrıca bir karara da varabilecektir.

“Nihai” kavramı, temel olarak iki anlama işaret etmektedir. İlk olarak yargı kararının tek ve son olduğunu; hakem mahkemesine havale edilen bütün hususların –ya da o tarihe kadar karara bağlanmamış olanların- karara bağlandığını, böylece muhakeme sürecinin, usule ya da esasa ilişkin bir nedenden dolayı sona erdiğini göstermektedir¹¹⁶³. Zira nihai kararını veren hakem

¹¹⁵⁹ REDFERN/ HUNTER, 2004, s. 372.

¹¹⁶⁰ 1992 PCA Optional Rules, Article 32/1.

¹¹⁶¹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, Article 34/1.

¹¹⁶² POUDRET/ BESSON, 2007, s. 632.

¹¹⁶³ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 647.

mahkemesi artık *functus officio* mahkemedir¹¹⁶⁴. İkincisi ise nihai kararların, hem hakemler hem de taraflar bakımından bağlayıcı ve *res judicata* etkisini haiz olmasıdır. Kararların “nihai ve bağlayıcı” özelliği, bunları usule ilişkin değiştirilebilir nitelikte olan, geçici koruma tedbirleri gibi ara kararlardan ayırmaktadır¹¹⁶⁵. Aşağıda yapılan açıklamalarda, “nihai karar” ifadesi, belirli bir hususta ya da söz konusu davanın tümüne ilişkin olarak yargılamayı sona erdiren karar olarak kullanılmıştır.

B. Nihai Karar Türleri

1. Usule İlişkin Nihai Kararlar

a. Yargı Yetkisini Saptayan Karar

Yargı yetkisini saptayan kararlar, UAD uygulamasına benzer şekilde ayrı bir karar olarak verilebileceği gibi, davanın tümünü karara bağlayan nihai kararın içinde de verilebilecektir. Ancak yargı yetkisinin en başta karara bağlanması, esasa ilişkin yargılamanın süresini kısaltacak ve yargılamayı basitleştirecektir. Yargı yetkisi sorunu, davanın esası ile yakından ilişkili olmadığı halde, davanın esasına ilişkin değerlendirmesi uzun süren bir hakem mahkemesi, sonunda yargı yetkisi bulunmadığına karar verirse, taraflar bakımından saygınlığını ve güvenilirliğini yitirecektir.

Yargı yetkisini saptayan kararların nihai niteliği ve kararın verilmiş gerekçesine bağlı olarak *res judicata* etkisini haiz olduğu, yargı yetkisine ilişkin açıklamalarda belirtilmiştir¹¹⁶⁶.

b. Sulh Kararı (*Award on Agreed Terms*)

Sulhe dayalı karar, sürmekte olan bir tahkim yargılaması sırasında, uyuşmazlığın taraflarınca varılan çözümün, karar olarak şekillendirilmesi

¹¹⁶⁴ Bertrand MOREAU, “*Le Prononcé de la Sentence Entraîne-t-il le Dessaisissement des Arbitres?*”, in *Etudes de Procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Université de Lausanne, 1999, s. 453-476.

¹¹⁶⁵ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 647

¹¹⁶⁶ Bkz. Geride s. 213-238.

anlamına gelmektedir¹¹⁶⁷. Aynı davada hakem mahkemesine sunulan bütün hususların taraflarca çözülmesi halinde, sulhe dayalı karar, tahkim sürecini sona erdirecektir. Böyle bir karar tarafların rızasından kaynaklanmaktadır ve gerekçesinin bulunması zorunlu değildir. Yargılamada başvuru usul kuralları aksini gerektirmiyorsa, kural olarak hakem mahkemesinin, tarafların vardığı çözümü, nihai karar olarak düzenlemek zorunluluğu bulunmamaktadır. Hakem mahkemesinin, tarafların çözümünün hile içermediği ya da *jus cogens* kurallara aykırılık teşkil etmediği konusunda ikna edilmesi gerekmektedir¹¹⁶⁸. Nitekim *jus cogens* niteliğindeki uluslararası hukuk kurallarına aykırı bir kararın, geçersizliği söz konusu olacaktır.

2. Esasa İlişkin Nihai Kararlar

a. Taleplerin Tümünü Kapsayan Tek Karar

Taleplerin tümünü kapsayan kararlar, yargılama sürecini ve tahkim muhakemesi süresince taraflar ile hakem mahkemesi arasında kurulan özel ilişkiyi sona erdirmektedir. Dolayısıyla hakem mahkemesi, dava konusuna ilişkin olarak üzerine düşen görevi tamamladığına kanaat getirmeden, taleplerin tümünü kapsayan tek karar vermeyecektir¹¹⁶⁹.

Hakem mahkemesinin, yargılama sonunda taleplerin tümünü kapsayan tek karar vermek konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Mahkeme, yargı yetkisine ilişkin kararını verdikten sonra, varsa geçici tedbir taleplerini değerlendirecek ve uygun görürse bu konuda ayrı bir geçici tedbir kararı verecek; davaya ilişkin talepleri ise tek bir kararda toplayabileceği gibi durumun gereklerine göre kısım kısım kararlar tefhim edebilecektir. Mahkemenin taleplerin tümünü kapsayan tek karar vermesi halinde, elbette bu karar nihai nitelikte olup, *res judicata* etkisini haiz, -karara itiraz yolları saklı kalmak kaydıyla- değiştirilmesi mümkün olmayan bir karar olacaktır.

¹¹⁶⁷ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 648; United Nations Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 5.6 Making the Award and Termination of Proceedings, New York and Geneva, 2005, s. 10; REDFERN / HUNTER, 2004, s. 377.

¹¹⁶⁸ United Nations Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 5.6 Making the Award and Termination of Proceedings, New York and Geneva, 2005, s. 10.

¹¹⁶⁹ REDFERN/ HUNTER, 2004, s. 373.

b. Taleplerin Bir Kısımını/Birini İçeren Kısmi Karar (*Partial Award*)

Kısmi karar ile mahkeme, uyuşmazlık konusunun belirli bir kısmını nihai olarak karara bağlamaktadır¹¹⁷⁰. Kısmi kararlar, taleplerin tümünü kapsayan tek karar ile birlikte belirlenmesi halinde önemli miktarda harcama ve zaman gerektirebilecek türden, yargılama işlemleri sırasında belirlenmesi hassas olabilecek meselelerin tespit edilmesi için başvurulanan kararlardır¹¹⁷¹. Hakem mahkemesinin kısmi karar verme yetkisi, tahkim andlaşmasından ya da uygulanacak hukuktan kaynaklanmaktadır. Tahkim andlaşmasının, muhtelif tahkim kurallarına atıf yaptığı davalarda hakem mahkemeleri, kısmi karar verebilmektedir¹¹⁷².

Daha önce de belirttiğimiz üzere, tahkim sürecini sona erdirecek bir hususu tespit eden, usule ya da esasa ilişkin kararlar nihai kararlardır. Bu anlamda kısmi kararlar, uyuşmazlığın bir kısmına ilişkin olarak, taraflarca dilekçelerinde söz konusu kısımla ilgili tanımlanan zararın karşılanmasına yönelik bir giderimi karara bağlayan, nihai nitelikte ve *res judicata* etkisini haiz kararlardır¹¹⁷³. Kısmi kararlar genellikle, sorumluluğa ve maddi karşılığı bulunan zararlara ilişkin kararları veya masrafların paylaştırılmasına ilişkin kararlardan ayırmak için kullanılmaktadır¹¹⁷⁴. Kısmi kararların sakıncası, hakem mahkemesinin, kısmi olarak bir hususu karara bağlayıp, bu hususta kararını tefhim ettikten sonra, bunu değiştirme imkanının olmamasıdır. Dolayısıyla mahkeme, kısmi karar konusu saptamalarını, yargılama sonundaki nihai kararını verirken de gözetmek durumundadır.

C. Ara Karar (*Inter-locutory Award*)

Ara kararlar, tahkim sürecinin sona ermediğini gösteren, uyuşmazlığı nihai olarak çözmeyen ve yargılama usulüne ilişkin muhtelif saptamaları da içeren kararlardır. En tipik olanı ise geçici koruma önlemlerine ilişkin kararlardır. Bunlar da taraflar ve mahkeme bakımından bağlayıcı olmakla birlikte, daha sonradan

¹¹⁷⁰ Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 2th Revised Edition, Kluwer Law International, 2009, s. 589.

¹¹⁷¹ REDFERN/ HUNTER, 2004, S. 373.

¹¹⁷² Örneğin, Iran-USA Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, Article 33/1.

¹¹⁷³ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 46.

¹¹⁷⁴ REDFERN/ HUNTER, 2004, s. 374.

durumun gereklerine göre değiştirilmesi takdir edilebilecektir¹¹⁷⁵. Hakem mahkemelerinin geçici tedbir kararlarının hukuki niteliği, amacı, koşulları, mahkemenin geçici tedbir kararı verme yetkisi ve bu tür kararların etkinliği hakkında daha önce açıklama yapılmıştır.

II. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar Çoğunluğu

Hakem mahkemesinin karar aşaması, tarafların mahkemeye sunduğu vakıalar, deliller ve esasa ilişkin uygulanacak hukuk kurallarını değerlendirmek üzere hakemlerin birbirleri ile görüş alışverişinde bulunmaları ve kararı belirleyecek olan oylama aşamasından oluşmakla birlikte; tahkim kurallarında, değerlendirme aşaması ile ilgili olarak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak hakem mahkemesinin karar vermeye yönelik değerlendirmeleri, alacağı her türlü karar için önemli bir aşamadır. Bu, aynı zamanda tarafların mahkemeden talep edeceği bir hak, mahkemenin de taraflara karşı bir yükümlülüğüdür¹¹⁷⁶. Hakem mahkemesi üyeleri için de değerlendirmelere katılmak, hem bir hak hem de bir yükümlülüktür.

A. Süre Sınırlandırması

Tahkimin avantajlarından biri, uluslararası mahkemelerden daha kısa sürede yargılamayı sonlandırmasıdır. Bu nedenle basiretli bir hakem mahkemesinin, tarafların beklentilerini mümkün olduğunca dikkate alarak, yargılamaya vereceği zaman ve özeni belirlemiş olması gerekir. Unutmamak gerekir ki hakem mahkemesinin görevini yapmaması, mahkeme üyelerinin değiştirilmesine neden olacaktır¹¹⁷⁷.

Devletlerarası tahkimde başvuru usul kuralları, hakem mahkemesinin belirli bir süre içerisinde karar vermesine ilişkin hükümler içermemektedir. Mesela ICC Tahkim Kuralları'na göre, hakem mahkemesinin nihai kararını

¹¹⁷⁵ United Nations Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 5.6 Making the Award and Termination of Proceedings, New York and Geneva, 2005, s. 9, http://unctad.org/es/Docs/edmmisc232add41_en.pdf (son erişim: 10.08.2013).

¹¹⁷⁶ POUURET/ BESSON, 2007, s. 649.

¹¹⁷⁷ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 12/3; International Criminal Court, Code of Judicial Ethics, article 7.

vermesi gereken süre altı aydır¹¹⁷⁸. Bu süre hakem mahkemesinin gerekli görmesi halinde uzatılabilmekle birlikte, devletlerarası tahkimde bütün davalar için geçerli olabilecek süre sınırlaması tespit etmek zordur. Her somut davada koşullar değişebileceğinden böyle bir süre sınırlaması UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda da bulunmamaktadır. Ancak her bir davada uyuşmazlığın taraflarının, hangi usul kurallarını kabul ederlerse etsinler, tahkim anlaşması ya da yetkilendirme anlaşmasında yargılamanın sona erdirilmesi gereken bir süre sınırlaması belirlemeleri elbette mümkündür. Uluslararası Hukuk Komisyonu Tahkim Usulüne İlişkin Model Kurallar'a göre, taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasının içerebileceği hususlardan biri de, hakem mahkemesinin karar vermesi gereken süredir¹¹⁷⁹. Tarafların, yargılama için sınırlı bir süre belirlemeleri halinde, elbette yargılama sırasında bu süreyi uzatmaları mümkündür.

B. Karar Çoğunluğu

Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında aksine bir hüküm yoksa, diğer uluslararası mahkemeler gibi hakem mahkemesi de, basit çoğunlukla karar alacaktır. Oybirliği koşulunu aramak, mahkemenin hiçbir zaman karar alamama ihtimalini de göze almak ya da yargısal bir süreci, siyasi-diplomatik bir süreç haline getirmek sonucunu doğuracaktır¹¹⁸⁰. Bu genel kabul, kendisini La Haye Sözleşmesi'nde¹¹⁸¹ ve UAD Statüsü'nde göstermektedir¹¹⁸².

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları¹¹⁸³, Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları¹¹⁸⁴, UNCITRAL Tahkim Kuralları¹¹⁸⁵ ve Daimi Tahkim Divanı'nın 2012 tarihli Tahkim Kuralları'nda¹¹⁸⁶ hakem mahkemesinin, her türlü kararını çoğunluk oyu ile alacağı belirtilmektedir.

¹¹⁷⁸ International Chamber of Commerce (ICC), 2012, Rules of Arbitration, article 30/1, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> (son erişim: 10.08.2013).

¹¹⁷⁹ 1958 ILC Model Rules, article 2/2(vii)

¹¹⁸⁰ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 222.

¹¹⁸¹ 1907 La Haye Sözleşmesi.

¹¹⁸² UAD Statüsü, madde 55/1.

¹¹⁸³ 1958 Model Rules of ILC, article 24.

¹¹⁸⁴ 1992 PCA Optional Rules, article 31/1.

¹¹⁸⁵ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 33/1.

Uyuşmazlığın taraflarının, tahkim kaydı ya da yetkilendirme anlaşmasında oy birliği ya da mahkeme başkanının belirleyici oya sahip olması gibi gereklilikler belirlemeleri mümkündür. Ancak bu konuda başvurulacak hiçbir kural olmaması halinde, aksine de bir anlaşma yoksa, birden fazla hakemli bir mahkemenin çoğunluk oyuyla karar alması gerekir. Poudret ve Besson’a göre, böyle bir durumda, en makul olanı, hakemlerin, muhakeme süresince, her bir iddia ya da en azından karara konu her husus için, başkanın teklifi üzerine bağımsız bir oylama yapmaları ve çoğunluk oyuyla karar almalarıdır¹¹⁸⁷. Zira her bir hakemin, mahkeme değerlendirmeleri sırasında, farklı hususlarda farklı görüşleri olabilecek ve bunları, muhalif görüş olarak karara eklemeleri mümkün olacaktır.

C. Mahkeme Başkanının Belirleyici Oyu

UAD Statüsü ve bazı tahkim kuralları, mahkeme başkanına, belirli oylamalarda, belirleyici oy hakkı tanımaktadır. Pek çok hukuk kuralı, mahkeme başkanının belirleyici oyuna yer vermektedir. Bu kurallardan bazıları mahkeme başkanına bu yetkiyi kendiliğinden, bazıları daha sınırlı ya da tarafların anlaşmasına bağlı olarak vermektedirler. Örneğin 1996 tarihli Birleşik Krallık Tahkim Kanunu’na göre, aksine anlaşma yoksa, oy birliği ya da çoğunluğun olmadığı durumlarda, alınacak her türlü kararda, mahkeme başkanının görüşünün, diğer oylara üstünlüğü bulunmaktadır¹¹⁸⁸.

Sadece belirli durumlarda mahkeme başkanının oyuna üstünlük tanıyan kurallara ise en başta Divan Statüsü’nü örnek gösterebiliriz. Statü’ye göre, oyların eşit olması halinde mahkeme başkanın oyu, belirleyici oy olacaktır¹¹⁸⁹. Benzer şekilde Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları¹¹⁹⁰ ve UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre¹¹⁹¹, usule ilişkin konularda çoğunluk sağlanamazsa veya hakem mahkemesi bu konuda yetkilendirilmişse, mahkeme başkanı, daha sonra değiştirilebilecek olmakla beraber, tek başına karar alabilecektir. Görüldüğü gibi mahkeme başkanının tek başına karar alma yetkisi, yalnızca “usule ilişkin

¹¹⁸⁶ 2012 PCA Arbitration Rules, article 33/1.

¹¹⁸⁷ PUDRET/ BESSON, 2007, s. 660.

¹¹⁸⁸ Arbitration Act, 1996 c. 23, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23> (son erişim: 11.08.2013).

¹¹⁸⁹ UAD Statüsü, madde 55/2.

¹¹⁹⁰ 1992 PCA Optional Rules, article 31/2; 2012 PCA Arbitration Rules, article 33/2.

¹¹⁹¹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 33/2.

konular” ile sınırlı tutulmuş ve taraflarca ya da diğer hakemlerce yetkilendirilmiştir. Bu yetki, nihai karara ilişkin bir belirleyici oy yetkisi değildir; sürecin yürütülebilmesine ilişkin, süre sınırlamalarının belirlenmesi, dilekçelerin kaç defa değiş tokuş edileceği ya da mahkeme dilinin belirlenmesi gibi belirli kararların alınması hususunda yetkilendirmedir.

D. Ulusal Yargıçların Oyu

Uluslararası yargılamalarda her devletin mahkemede, kendi milliyetinden bir yargıç bulundurma hakkı olduğu bilinmektedir¹¹⁹². Uluslararası mahkemelerde ulusal yargıçların görev almasının kökeni, tahkimin tarihine dayanmaktadır¹¹⁹³. Ulusal yargıçların yargılamada görev almasına yapılan eleştiriler, bu uygulamanın, yargısal çözümün uluslararası karakterini zedelediğine, kimse kendi davasında yargıç olamaz ilkesi ile çeliştiğine dayanmaktadır. Ulusal yargıçların, milliyetinde bulundukları devlet lehine ya da çoğunluğun aksine oy kullanmalarının, her zaman yanlış bir tavır olup olmadığı hususu, somut olayın özelliklerine göre değişiklik göstermektedir. Ulusal yargıçların kullandıkları oylara dayanan bazı analizler geçmişte yapılmış olup, *ad-hoc* ulusal yargıçların hemen her davada kendi ülkelerini destekledikleri, buna karşılık daimi ulusal yargıçların ise daha az ulusal menfaatler yönünde hareket ettiği görülmektedir¹¹⁹⁴. Ro Suh’a göre bunun nedeni, daimi ulusal yargıçların, Daimi Tahkim Divanı’nın “ulusal gruplar” listesinden, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul tarafından seçilmesi, buna karşılık *ad-hoc* ulusal yargıçların, doğrudan devletler tarafından atanmasıdır¹¹⁹⁵.

Ancak uluslararası mahkemelerin rolünün giderek arttığı günümüzde, ulusal yargıç uygulaması, uluslararası yargı kurumlarının bir parçası haline gelmiştir. Ulusal yargıç atamasının karara etkisi, geçmişe oranla daha az sorgulanmakta ve uygulamadan ziyade teoriye yönelik eleştiriler yapılmaktadır. Zira bu sistemin

¹¹⁹² Shabtai ROSENNE, *The World Court: What It is and How It Works*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1989, s. 69; Stephen M. SCHWEBEL, “*National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice*”, *Int'l & Comp. L.Q.*, Vol. 48, No. 4, October 1999, s. 889-900; BOCZEK, 2005, parag. 298, 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 45; 1958 Model Rules of ILC, article 3.

¹¹⁹³ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 88.

¹¹⁹⁴ Il Ro SUH, “*Voting Behaviour of National Judges in International Courts*”, *Am. J. Int'l L.*, Vol. 63, No. 2, April 1969, s. 224-236.

¹¹⁹⁵ SUH, 1969, s. 231

işlevselliği kabul edilmektedir. Özellikle egemen devletlerin uyuşmazlıklarını bağımsız bir yargı organına sunmayı kabul ettikleri bir aşamada, ulusal yargıç atamaları, makul bir talep olarak karşılanmalıdır.

E. Muhalefet Şerhi

Mahkeme statülerinin ve tahkim kurallarının pek çoğu, karara katılmayan yargıçların, karara muhalefet şerhi ekleyebileceklerine dair doğrudan veya dolaylı hükümler içermektedirler. Örneğin UAD Statüsü'ne göre karar, tamamen ya da kısmen, yargıçların tümünün düşüncelerini ifade etmiyorsa, her yargıç karara, şahsi fikrini içeren bir beyan ekleyebilecektir¹¹⁹⁶. Örneğin UNCITRAL Kuralları, hakemlerin karara muhalefet şerhi ekleyebileceklerine dair bir hüküm içermemekle birlikte, uygulamasının en tipik örneği olan İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi yargılamalarında, özellikle taraflardan birinin ya da her ikisinin birden devlet olduğu davalarda muhalefet şerhi eklenmesine izin verilmiştir¹¹⁹⁷. Benzer şekilde Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları'nda da muhalefet şerhi ile ilgili bir hüküm bulunmamakta, oysa Daimi Tahkim Divanı nezdinde görülen ve bu usul kurallarına başvurulmuş iki devlet arasındaki davalarda, kararlar oy çokluğu ile alınmakla birlikte, isteyen yargıçların muhalefet şerhi içeren beyanları karara eklenmektedir¹¹⁹⁸.

Born'a göre, muhalefet şerhi ekleme hakkı, yargılama işlevinin ve karara gerekçe gösterme zorunluluğunun doğal bir parçasıdır¹¹⁹⁹. Diğer yandan Poudret ve Besson'a göre, çoğunluk oyuyla karar alınan bir davada, karara muhalefet şerhi eklenmesi, kararın saygınlığını zedeleyecektir. Ayrıca muhalefet şerhleri yargılama sürecini biraz daha uzatmakta ve masrafları artırmaktadır¹²⁰⁰. Diğer yandan, muhalefet şerhi eklenmesine izin verilmesi halinde, eklenen beyan, en

¹¹⁹⁶ UAD Statüsü, madde 57.

¹¹⁹⁷ UNCITRAL Tahkim Kurallarını temel alan İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi Usul Kuralları'na göre hakem mahkemesi, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hükmün dayandığı gerekçeleri bildirmelidir. Muhalefet şerhini ve muhalefet gerekçesini eklemek isteyen hakemlerin beyanı kayda alınmalıdır. Iran-United States Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, article 32/3.

¹¹⁹⁸ PCA, *Abyei Arbitration, The Government of Sudan v. The Sudan People's Liberation Movement/Army*, 22 July 2009, Dissenting Opinion of H.E. Judge Awn Al-Khasawneh, s. 273.

¹¹⁹⁹ Gary B. BORN, **International Commercial Arbitration**, Kluwer International Law, Hague, 2009, s. 246.

¹²⁰⁰ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 675.

azından belirli bir noktada, değerlendirme aşamasında hakemler arasındaki görüş ayrılığı yaşandığını açık etmekte ve bu da değerlendirmelerin gizliliği ilkesine uyulup uyulmadığının sorgulanmasına neden olmaktadır¹²⁰¹.

Muhalefet şerhlerinin olumsuz etkisi ya da gerekliliğine ilişkin teorik ve uygulamaya dönük tartışmalar yapılabilir. Ancak muhalefet şerhleri, yargılamanın gizliliğini ihlal edecek şekilde mahkemenin değerlendirme sürecini açık etmemektedir. Gizlilik, kararın gerekçesine değil, mahkemenin değerlendirmesine ilişkin bir koşuldur. Karar gerekçesinin şeffaflığı, kararın gerekçeli olmasına ilişkin bir gerekliliktir¹²⁰². Zira mahkemenin bütün üyeleri, kaçınılmaz olarak dava konusuna ilişkin hukuk kuralları ve tarafların argümanlarını değerlendirecek ve bir sonuca varacaktır. Hakem mahkemeleri üyelerinin tek sayılı olması gerekliliği de her hakemin farklı görüşte olma ihtimalinin göze alındığını göstermektedir.

Karara muhalefet şerhi eklenmesine izin verildiği durumlarda, hakemler bu hakkı, çoğunluğun fikrini gereğinden fazla eleştirecek ve kararı zedeleyecek şekilde kullanmamalıdır. Neticede uyuşmazlığın tarafları, çoğunluğun verdiği karar ile bağlı olduğundan, azınlıkta kalan hakem de, mevcut mahkeme ile çalışmayı ve karar alma sürecine saygı göstermeyi kabul etmiştir. Bu nedenle muhalefet şerhi ekleyen bir hakemin, kararın gerçekten de makul gerekçeler üzerine kurulmamış olduğu istisnai durumlar dışında, mevcut karara muhalif kalmanın tek makul yol olduğu konusunda tarafları ikna etmeye yönelik bir girişimde bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla hakem mahkemesi kararına muhalefet şerhi ekleme hakkı, mahkemenin bütünlüğüne saygı gösterecek şekilde kullanılmalıdır¹²⁰³.

Kısaca muhalefet şerhi ekleyen hakem, çoğunluğun tam aksi görüşü de dile getirebilecektir. Ancak bu halde hakem, farklı tarafta duruşunun nedenini, mahkemeye saygılı bir biçimde bağımsız ve tarafsız olarak açıklamalıdır. Muhalefet şerhi, çoğunluk içindeki hakem ya da hakemlere kişisel saldırı niteliğinde ifadeler içermemeli, mahkeme değerlendirmelerinin gizliliği ilkesini

¹²⁰¹ Peter J. REES/ Patrick ROHN, “*Dissenting Opinions: Can They Fulfill a Beneficial Role?*”, **Arbitration International**, Vol. 25, No. 3, 2009, s. 337.

¹²⁰² WAINCYMER, 2012, s. 1303.

¹²⁰³ WAINCYMER, 2012, s. 1311.

ihlal etmemeli ya da kararın iptali ya da temyizi gibi usulleri ihlal edecek bir girişim içermemelidir. Zira eğer hukuken böyle bir imkan varsa, taraf temsilcileri zaten bu yollara başvuracaklardır¹²⁰⁴.

F. Hakemin İmzadan İmtina Etmesi

Devletlerarası tahkimde, ulusal ya da bağımsız yargıçların, kararın değerlendirilmesi ya da imzalanması aşamasında çekilmesi halinde, muhakemenin ne şekilde devam edeceği ya da kararın ne şekilde verileceği sorunları ortaya çıkacaktır. Bu durum sadece çekilme ile sınırlı olmayıp, hakemlerden birinin herhangi bir nedenle görevini yapamayacak hale gelmesini de eklemek gerekmektedir. Elbette tahkim anlaşmasının ya da usul kurallarının bu konuda açık hükümler içermesi halinde nasıl bir yol izleneceği bellidir. Örneğin UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre, karar hakemlerce imzalanmalı; bir veya daha fazla mahkeme üyesinin imzadan imtina etmesi halinde, kararda imtina nedeni belirtilmelidir¹²⁰⁵. Ancak hakemlerin çekilmesinin, mahkemeyi çoğunlukla karar almaktan alıkoyması halinde, ne şekilde karar alınacağı, bu kurallarda belirtilmemektedir.

Örneğin UNCITRAL Kuralları'na göre bir hakemin görevini ifa etmemesi veya bir şekilde görevini yerine getiremeyecek hale gelmesi durumunda, atama makamı tarafından belirli bir süre içinde yeniden hakem atanmalıdır¹²⁰⁶. Tahkim anlaşmasında da, hakemlerden bir ya da daha fazlasının karar alamayacak şekilde çekilmesi halinde, yerine bağımsız üçüncü kişi tarafından atama yapılması kararlaştırılabilir. Ancak bu halde de tahkim sürecinin gereksiz şekilde uzaması sorunu ortaya çıkabilecektir. Ayrıca yeni atanan hakem, yargılama konusu maddi ve hukuki vakıalara aşina olmayacaktır.

Diğer yandan, uluslararası yargı organları, kendi yargı yetkilerinin yargıçlarıdır ve her türlü kararı çoğunlukla almaları gerekmektedir. Atanmış hakemin sonradan çekildiği bir mahkemenin, buna rağmen başta haiz olduğu yargı yetkisine dayanarak bağlayıcı karar alıp alamayacağı; ya da böyle bir mahkemenin, hangi oylama yöntemi ile bağlayıcı kararlar alabileceği sorularının

¹²⁰⁴ WAINCYMER, 2012, s. 1311.

¹²⁰⁵ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 34/4.

¹²⁰⁶ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 12/3.

cevaplanması gerekmektedir. Devletlerarası tahkimi, uzlaştırma benzeri yarı diplomatik bir yol olarak gören görüşe göre, her hakem atanması, yalnızca tarafların iradesini yansıtan işlemlerdir¹²⁰⁷. Ancak tahkim anlaşmaları açıkça andlaşmalar hukukuna tabi olup, temel yorum kurallarına göre, iyi niyet çerçevesinde, andlaşma terimlerinin olağan anlamlarının araştırılarak, andlaşmanın konu ve amacına uygun şekilde yorumlanmaları gerekmektedir¹²⁰⁸. Bu çerçevede devletlerin tahkime başvurma yükümlülüğü bağlayıcı bir yükümlülüktür¹²⁰⁹. Uyuşmazlığın tarafları, bir kere tahkim yükümlülüğünü kabul ettiklerinde, bunu, belirli bir uyuşmazlığı değerlendirmek ve çözmek üzere hakem mahkemesini kurmak suretiyle uygulamaktadırlar. Bu mahkeme, tarafların iddia ve savunmalarını kabul etmekte, bunları değerlendirmekte ve karşılığında ödenmesi gereken masrafları belirlemektedir. Taraflardan birinin atadığı hakem çekildiğinde, tüm bu çaba boşa gidecektir. Bütün bu süreç, sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün yorumlanmasına dayanmaktadır. Tahkimin tarafları, tahkim sürecini devam ettirmeye ilişkin bir yükümlülük altındadır ve Schwebel'e göre hakemin çekilmesi, bu yükümlülüğün taraflar bakımından ihlalidir. Zira tarafların yükümlülüklerinden biri de hakem atamaktır¹²¹⁰. Aynı yönde görüş bildiren UAD, *Peace Treaties* davasında, taraflarca veya mahkemece bu konuda yetkilendirilmediği halde, bir hakemin kendi inisiyatifi veya hükümetinin onayı ile çekilmesinin, uluslararası hukuka aykırı olduğunu bildirmiştir. Bu durumda çekilen hakemi atamış olan devletin, hakem mahkemesinin yargılamaya devam etmesi ve kararı tefhim etmesine itiraz hakkı olmamalıdır¹²¹¹.

Yargıç Hudson'a göre, hakemlerden biri ya da daha fazlasının çekilmesi halinde, tarafların, hakem mahkemesinin bağlayıcı bir karara varmasına itiraz imkanının olması, mahkemenin yargısal niteliğini sona erdirecek; tahkim sürecinin aleyhinde geliştiği kanısında olan tarafın, istediği zaman muhakemeyi

¹²⁰⁷ CARLSTON, 1953, s. 218.

¹²⁰⁸ 1969 VAHS, madde 31.

¹²⁰⁹ 1969 VAHS, madde 26.

¹²¹⁰ Stephen M. SCHWEBEL, **International Arbitration: Three Salient Problems**, Cambridge Publications, Cambridge, 1987, s. 152.

¹²¹¹ ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 18 July 1950 (second phase) (including the text of the declaration of Judge Krylov) s. 229.

sonlandırmasına ve sürecin, diplomatik çözüm yollarından birine dönüşmesine neden olacaktır. Bu nedenle üç üyeli bir hakem mahkemesinin iki üyesinin, diğer üyenin yokluğunda ve tarafların yargılamayı sonlandırma taleplerine bakmaksızın, oy birliği ile karar almasının hiçbir sakıncası yoktur¹²¹². Mangoldt’a göre, hakem mahkemesi, türü ne olursa olsun, taraflardan birinin atadığı hakemin çekilmesi veya istifası nedeniyle görevini yapamaz hale gelmeyecek; bu durumda mahkeme, davanın esasına ilişkin değerlendirmelerde bulunmaya devam etmeye ve bağlayıcı bir karar almaya yetkili olacaktır¹²¹³.

Uluslararası Hukuk Komisyonu’nda kabul edilen ve daha önce hakemlerin atanmasına ilişkin bölümde değinmiş olduğumuz Model Kurallar’a göre, mahkeme bir kez teşkil ettikten sonra hüküm verilene kadar bir değişiklik yapılmamalıdır. Hakem değiştirmek isteyen taraf, muhakeme başlamadan önce gerekli değişikliği yapmalı ve bundan sonraki süreçte ancak iki tarafın rızasına dayalı değişikliklere izin verilmelidir¹²¹⁴. Tahkim süreci başladıktan sonra ölüm, yetersizlik ya da çekilme nedeniyle üyeliklerde boşalma olması halinde, ilk atamaların yapılması usulüne göre bu boşluklar doldurulmalıdır¹²¹⁵. Ancak karar aşamasında üyeliklerde boşalma olması halinde başvurulacak usul, diğer tahkim kurallarından farklıdır. Bir kere muhakemeye dair işlemler başladıktan sonra bir hakem, ancak mahkemenin rızası ile çekilebilir. Ortaya çıkan boşluk, ilk atamalardaki usule uygun olarak doldurulur. Eğer bu çekilme, mahkemenin rızası dışında gerçekleşirse, mahkemenin isteği üzerine, iki tarafın rızası ile yeni atama yapılmalıdır. Yetkilendirme anlaşmasında başka türlü bir karar nisabı öngörülmemişse, mahkeme başkanın izni olmaksızın mahkeme üyelerinden birinin karar değerlendirmelerine katılmaması halinde, boşalan üyelik, UAD Başkanı’nın göstereceği bir adayla doldurulmalıdır¹²¹⁶. Nihai karar, kural olarak hakemlerin çoğunluk oyuyla alınmalıdır. Bu noktada hakemlerin kararı

¹²¹² Yearbook of International Law of Commission, 1952, Vol I, s. 35, <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1952.htm> (son erişim: 13.08.2013).

¹²¹³ Hans von MANGOLDT, “*Arbitration and Conciliation*” in **Judicial Settlement of International Disputes**, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg), Springer, Berlin, 1974, s. 533.

¹²¹⁴ 1958 ILC Model Rules, article 4.

¹²¹⁵ 1958 ILC Model Rules, article 5.

¹²¹⁶ 1958 ILC Model Rules, article 6.

oylamaktan imtina etme yetkileri yoktur. Bunun yerine, anlaşmada aksine hüküm yoksa, hakemlerin karara muhalefet şerhi eklemeleri mümkündür¹²¹⁷.

Sonuç olarak, tahkim sürecine hâlel getirme kastı olmaksızın bir hakemin çekilmesi halinde, tahkim kurallarının çoğuna göre, boş kalan makam için yeniden atama yapılmalı ya da süreç kalan hakemlerle devam etmelidir. Ancak yeniden atama yapılması halinde, hem bütün işlemlerin tekrarlanması hem de yeni atanan hakemin davaya aşına olabilmesi için zaman gerekecektir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmaması halinde, hem doktrin hem de uygulama, davanın, çekilen hakemin yokluğunda muhakemenin devam etmesi ve bağlayıcı bir kararın alınmasından yanadır.

Örneğin, Fransa ve Meksika, 1924'te, üç üyeli bir tahkim komisyonu kurulmasını, komisyona her iki hükümetin birer üye atamasını, daha sonra da hükümetlerin bir başkan atanması konusunda anlaşmasını, bu konuda anlaşamazlarsa bu başkanın, Daimi Tahkim Divanı İdari Konseyi Başkanı'nca atanmasını kararlaştıran bir anlaşma yapmışlardır¹²¹⁸. Anlaşmaya göre, Meksika devrimi nedeniyle Fransız vatandaşları ve şirketlerinin uğradıkları zararlardan doğan sorumluluk hususu karara bağlanacaktır. Anlaşmada, komisyonun başvuracağı usul kuralları da belirtilmiştir. Buna göre komisyon, 14 Mart 1925'te gerçekleşen ilk görüşmenin ardından, azami iki yıl içinde ve çoğunluk oyu ile karar alacaktır. 12 Mart 1927'de bu süreyi dokuz ay daha uzatan bir anlaşma yapılmış; anlaşmada, bu süre içinde komisyon çalışmalarını tamamlayamaz ise iki hükümet arasındaki nota değişimi ile sürenin uzatılabileceği kararlaştırılmıştır¹²¹⁹.

İlk mahkeme başkanının çekilmesi üzerine Daimi Tahkim Divanı Başkanı başka bir başkan atamıştır. 26 Mart 1928'den, 19 Ekim 1928'e kadar Komisyon, 251 dava incelemiş, üç nihai karar vermiş ve bunların hepsinde de Meksikalı üye olumsuz oy kullanmıştır. Bu tarihten sonra üyeler, diğer davalar hakkındaki görüşlerini içeren taslakları değişik tokuş etmelerinin ardından, sözlü aşamanın sona

¹²¹⁷ 1958 ILC Model Rules, article 28.

¹²¹⁸ UN Reports of International Arbitral Awards, French-Mexican Claims Commission (France, United Mexican States) (13 April 1928- 24 June 1929), Vol. V, s. 313, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/307-560.pdf (sone erişim: 12.12.2013).

¹²¹⁹ UN Reports of International Arbitral Awards, French-Mexican Claims Commission (France, United Mexican States) (13 April 1928- 24 June 1929), Vol. V, s. 318.

erdirilmesini kararlaştırmışlardır. Bu karar doğrultusunda Başkan ve Fransız üye, görüş alışverişi için hazır bulundukları halde, Meksikalı üye, anlaşma ile belirlenen süre içerisinde herhangi bir görüş bildirmemiştir. Anlaşma gereği, Komisyon'un çalışma süresinin bir dokuz ay daha uzatılabilmesi için bu görüş alışverişinin gerekli olması nedeniyle süre uzatılamamıştır. Sonuçta 5 Mart 1929'da Mahkeme başkanı ile Fransız üye bir araya gelerek, Meksikalı üyenin gelmemesi nedeniyle kapatılan muhakemelerin yeniden açılmasına karar vermişlerdir. Mahkeme başkanına göre yapılacak müzakere, Meksikalı üyeye, yeterli zaman olmadığından bildirilmemiştir¹²²⁰.

23 Mart 1929'da Başkan, Fransız üye ile anlaşarak, Meksikalı üyeye 13 Mayıs 1929 tarihli duruşma için çağrıda bulunmuş; cevap gelmemesi nedeniyle bu duruşma üç gün daha ertelenmiş ve 20 Nisan'da Meksikalı üye, Başkan konusundaki memnuniyetsizliği nedeniyle duruşmanın yeniden ertelenmesini talep etmiştir. Başkan, Fransız hükümetinin bu talebi reddetmesi ve komisyonun çalışmalarını bitirmesine az bir zaman kalmış olması nedeniyle başkan değişikliği talebini reddetmiş ve Meksikalı üyeden, anlaşmaya uygun şekilde, yerine yeni bir üye atamasını istemiştir. Bu arada Meksikalı üye, resmi olarak duruşmalara davet edilmeye devam etmiştir. Buna karşılık Meksika hükümeti, yeni atama yapmamış ve Başkanı tanımaması nedeniyle komisyonun yetkisizliğini bildirmiştir. Komisyon buna rağmen, Meksikalı üye, temsilciler ve diğer idari memurların yokluğunda, 3 Haziran'da toplanmış, Başkanın görevini sürdürdüğüne ve yeniden açılmış olan sözlü aşamanın kapandığına dair iki karar almıştır¹²²¹. Böylece Komisyon, üyelikte boşalma olduğu halde, tahkim sürecine devam etmeye ve bağlayıcı bir karara varmaya yetkili olduğunu göstermiştir. Komisyon bu şekilde, daha önce üzerinde görüşülmüş 23 davayı karara bağladıktan sonra, 24 Haziran'da Fransız üyenin başvurusu üzerine, yeniden teşkil edinceye kadar görevini askıya alma kararı almıştır. Bu karara göre Başkan, Komisyon'un, Meksikalı üyenin yokluğunda karar almaya yetkili olduğunu, usulüne uygun şekilde atanan ve görevini ifa eden bir mahkeme başkanının, taraflardan birince tek tarafı olarak reddedilmesinin, uluslararası hukuka aykırı olduğunu bildirmiştir. Diğer taraftan,

¹²²⁰ UN Reports of International Arbitral Awards, French-Mexican Claims Commission (France, United Mexican States) (13 April 1928- 24 June 1929), Vol. V, s. 513.

¹²²¹ UN Reports of International Arbitral Awards, French-Mexican Claims Commission (France, United Mexican States) (13 April 1928- 24 June 1929), Vol. V, s. 309.

Meksika hükümetinin, görevini ifa etmeyen kendi üyesini değiştirmemesi de taraflar arasındaki anlaşma yükümlülüklerinden birinin ihlalidir. Zira anlaşmaya göre taraflar, Komisyon'un yargısal işlevini görmesini engellemek yükümlülüğü altındadırlar. Ayrıca “hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz” ilkesi gereği, Meksika'nın bu durumdan kendi lehine sonuç çıkarması da mümkün değildir¹²²².

29 Ağustos 1929'da Başkan görevinden çekilmiş, iki hükümet 2 Ağustos 1930'da yeniden görüşmelere başlamıştır. Görüşmelerde, Meksikalı üyenin yokluğunda alınan kararların bağlayıcılığı kabul edilmiş, ancak iki hükümetin birer üye atayacağı bir komisyon kurulmasına, bu komisyonun karara varamadığı davaların tek hakeme havale edilmesine karar verilmiştir¹²²³. Ancak bu anlaşmanın ekinde yer alan ve yeni komisyona havale edilmesi kararlaştırılan davalar, daha önceki komisyonun, Meksikalı üyenin yokluğunda verdiği kararlardır¹²²⁴. Böylece bu anlaşma ile taraflar, sadece Meksikalı üye çekilmeden önce verilen komisyon kararlarını bağlayıcı olarak tanımışlardır. Yeni Komisyon görevini aynı yıl içinde, tek hakeme gerek kalmaksızın tamamlamış ve bazı kararlarda önceki komisyonla aynı, bazılarında ise tamamen farklı sonuçlara varmıştır¹²²⁵.

Devletlerin bu tutumu hakkında iki temel görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilkinde göre, Fransa ve Meksika yeni bir komisyon kurmuş, bir üyesi eksik olarak karar vermiş bir mahkemenin kararlarını tekrar değerlendirilmesi için bu komisyona yetki vermişlerdir. Zira taraflara göre, bu kararlar, Meksikalı üyenin yokluğunda veya Meksika'nın itiraz ettiği bir mahkeme başkanının başkanlığında alınmış olmaları nedeniyle geçersizdir¹²²⁶. İkinci görüşe göre ise, Fransa ve Meksika'nın ikinci defa komisyon kurması, Meksika hükümetine ait bir düşüncedir. Çünkü Fransız komisyon üyesinin, yargılamalara katıldığı ve daha önce olumlu oy kullandığı 23 kararın geçersizliğini iddia etmesi, tamamen siyasi

¹²²² UN Reports of International Arbitral Awards, French-Mexican Claims Commission (France, United Mexican States) (13 April 1928- 24 June 1929), Vol. V, s. 560.

¹²²³ UN Reports of International Arbitral Awards, French-Mexican Claims Commission (France, United Mexican States) (13 April 1928- 24 June 1929), Vol. V, s. 318.

¹²²⁴ UN Reports of International Arbitral Awards, French-Mexican Claims Commission (France, United Mexican States) (13 April 1928- 24 June 1929), Vol. V, s. 318-321.

¹²²⁵ Bu davalara ilişkin değerlendirme için bkz. SCHWEBEL, 1987, s. 206-211.

¹²²⁶ CARLSTON, 1946, s. 44.

bir tercihtir. Fransa'nın, Meksika'nın tazminata mahkum edildiği bu kararlar çerçevesinde, Meksika ödeme yapabildiği sürece kararların bağlayıcılığını tanınması, ancak Meksika ödeme yapmayı bıraktığında, yeni bir komisyon kurulması fikrine katılması, bu siyasi duruşu göstermektedir¹²²⁷. Dolayısıyla bu ikinci komisyonun kurulması ve önceki kararların tekrar değerlendirilmesi, hakem mahkemesi kararlarının nihailiğine aykırıdır. Bu yolun açılması, eksik üye sayısı ile karar almış hakem mahkemelerinin kararlarının kontrol edilmesi anlamına gelir ki bu da tahkimi tamamen yargısal bir yol olmaktan çıkarmaktadır.

Usul kurallarının yargılama öncesinde kesin olarak belirlenmiş olduğu İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi yargılamalarında da benzer sorunlar yaşanmıştır. UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre, Hakem Mahkemesi'nin kararlarını çoğunlukla alması¹²²⁸, üç üyeden birisinin kararı imzalamaması halinde, imzadan imtina nedenlerinin kararda belirtilmesi gerekmektedir¹²²⁹. Muhakeme sırasında üyelerden birinin ölümü ya da çekilmesi halinde ise ilk atamaların yapıldığı usule göre yeniden atama yapılmalıdır¹²³⁰. Üyelerden birinin görevini ifa etmemesi ya da edecek durumda olmaması halinde, hakemin reddi ve değiştirilmesi usulüne başvurulmalıdır¹²³¹. Eğer üyelerden biri değiştirilirse Mahkeme, önceki duruşmaların tamamının ya da bir kısmının yeniden yapılp yapılmayacağı hususunu takdir etmelidir¹²³². Ancak çekilen üye, çekilme işleminin etkili olacağı tarihten sonra da, esasa ilişkin herhangi bir duruşmasına katıldığı bütün davalar bakımından, yerine başka bir üye atanmasına rağmen, Mahkeme üyesi olarak hizmet etmeye devam etmelidir¹²³³.

Bu durumda kararı imzalamaktan imtina etmekle birlikte, sayıca azınlıkta kalan hakemlerin, kararı imzalamamak suretiyle karar alınmasını engellemeleri mümkün değildir. İki devlet arasındaki davalarda, buna benzer muhakemeyi geciktirecek bir engelle karşılaşılmamıştır. Örneğin iki şirket arasındaki bir davada, İranlı üye, kararı imzalamaktan imtina ettiği halde karar tefhim

¹²²⁷ SCHWEBEL, 1987, s. 211.

¹²²⁸ Iran-United States Claims Tribunal, 3 May 1983, Tribunal Rules of Procedure, article 31/1.

¹²²⁹ Iran-United States Claims Tribunal, 3 May 1983, Tribunal Rules of Procedure, article 32/4.

¹²³⁰ Iran-United States Claims Tribunal, 3 May 1983, Tribunal Rules of Procedure, article 13/1

¹²³¹ Iran-United States Claims Tribunal, 3 May 1983, Tribunal Rules of Procedure, article 13/2

¹²³² Iran-United States Claims Tribunal, 3 May 1983, Tribunal Rules of Procedure, article 14.

¹²³³ Iran-United States Claims Tribunal, 3 May 1983, Tribunal Rules of Procedure, article 13/5.

edilmiştir¹²³⁴. Kararda, çekilen üyenin çekilme nedenleri yer almaktadır¹²³⁵. Mahkeme başkanı ve Amerikalı üye, imzadan imtina eden İranlı üyenin duruşmalarda ve davanın değerlendirmesinde yer aldığını, ancak kararı imzalamayacağı konusunda Mahkemeyi bilgilendirdiğini belirten bir açıklama ile birlikte kararı tefhim etmişler; ancak ABD’li üye, İranlı üyenin çekilme gerekçelerine ilişkin görüşlerini karara eklemiştir¹²³⁶. ABD’li üyeye göre, İranlı üyenin çekilme gerekçesi, Mahkeme kuralları ve bir hakem mahkemesinin değerlendirmelerinin ifşa edilmemesine ilişkin etik standartlara aykırıdır. Mahkeme Kuralları’nın 31/2. ve UAD Statüsü’nün 54/3. maddesi gereği, mahkeme değerlendirmeleri özel ve gizli kalmalıdır. Gizliliğe ilişkin hususlar tahkim sürecinin olmazsa olmaz bir parçasıdır. İkincisi, hakemler, mahkeme kararlarının etkinliğini ortadan kaldırmaya çalışan çabaların bir parçası olmamalıdır. Böyle bir tavır, söz konusu hakemin bağımsızlığına gölge düşürecektir. Ayrıca bu davada çekilen hakem, daha önceki davalarda da aynı tavrı takınmış ve kararı imzalamamıştır. İmzadan imtina etmek, tahkim uygulamasında bir tercih haline getirilmemeli, hakem mahkemesinin çalışmalarını aksatma kastı taşımamalıdır. Amerikalı üye, bu görüşlerini, İran ulusal tahkim kuralları, başka hakem kararları ve doktrinle desteklemiştir. Gerçekten de ABD’li şirket ile İran hükümeti arasındaki, sonraki tarihli, aynı üyelerle görülen başka davalarda, yine aynı İranlı üye, kararı imzalamaktan imtina etmiş, imtina nedenlerini karara eklemiştir¹²³⁷. Bu kararlarda da aynı şekilde ABD’li üye, İranlı üyenin

¹²³⁴ Raygo Wagner Equipment Company v. Starline Iran Company, Case No. 17, Chamber Three, Award No. 20-17-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 15, 1982.

¹²³⁵ “Mr. Jahangir Sani’s Reasons for not Signing the Decision Made by Mangard and Mr. Mosk in Case No. 17” in Raygo Wagner Equipment Company v. Starline Iran Company, Case No. 17, Chamber Three, Award No. 20-17-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 15, 1982.

¹²³⁶ “Comments of Richard M. Mosk with Respect to Mr. Jahangir Sani’s Reasons For Not Signing The Decision Made By Mr. Mangard and Mr. Mosk in Case No. 17” in Raygo Wagner Equipment Company v. Starline Iran Company, Case No. 17, Chamber Three, Award No. 20-17-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 15, 1982.

¹²³⁷ “Mr. Jahangir Sani’s Reasons for not Signing the Decision Made by Mr Magnard and Mr. Mosk in Case No. 132” in Rexnord Inc. v. The Islamic Republic of Iran and Iran Siporex Industrial and Manufacturing Works Limited, Case No. 132, Chamber Three, Award No. 21-132-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed January 10, 1983.

çekilmesinin, muhakemeyi sekteye uğratmak amacı taşıması nedeniyle uygunsuz olduğuna ilişkin görüşlerini belirtmiştir¹²³⁸.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre, hakemlerin *de facto* ve *de jure* görevini yerine getiremediği ya da getirmediği durumların her ikisinde de mahkeme karar alabilmelidir. Örneğin ABD'li şirket ile İran Hava Kuvvetleri arasındaki bir davada, Daire başkanı Yargıç Bellet, 1 Aralık 1982'de, Mahkeme Başkanı'na, çekilmek istediğini belirten bir mektup sunmuş; Mahkeme, çekilmenin, Daire'nin başkanlık dönemindeki işlerini tamamlayacağı tahmin edilen 1 Ağustos 1983'ten itibaren geçerli olacağına karar vermiştir. Bu arada İranlı üye, Temmuz ayı boyunca devam eden duruşmalara katılmamış, şehirden ayrılmıştır. Ancak Daire, resmi olarak çekilmesine bir ay kalmış olan Yargıç Bellet başkanlığında ve ABD'li üye yargıç Aldrich ile birlikte, İranlı üyenin imzası ve imtina gerekçesine ilişkin yazısı olmaksızın iki karara varmıştır¹²³⁹. Yargıçlar, İranlı üyenin karar değerlendirmelerine katılmaması ve kararı imzalamaması konusundaki görüşlerini kararlara eklemişlerdir¹²⁴⁰. Buna göre, Başkan Yargıç Bellet'in çekilme bildiriminin daha sonra etki doğurmasına ilişkin Mahkeme kararının ardından, Yargıç Shafeiei Daire'ye, Temmuz sonuna kadar tatilde olacağına ilişkin bildirimde bulunmuştur. Bunun üzerine Başkan kendisine, kısa bir tatilin kabul edilebilir olduğuna ilişkin bir cevap yazmıştır. Temmuz sonuna kadar kendisinden, başka bir ülkeye ait telefon numarasından başka hiçbir haber alınamamış olması, bu tarihe kadar Daire'nin çalışmasını aksatma kastı taşıdığını göstermektedir. Daire'nin aldığı kararlar, imzalaması için çalışma ofisine teslim edilmiş, ancak bir cevap alınamamıştır. Oysa Mahkeme Kuralları çerçevesinde

¹²³⁸ “Concurring Opinion of Richard Mosk” in Granite State Machine Co. Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Bank Markazi and Bank Saderat Iran, Case No. 30, Chamber Three, Award No. 18-30-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 15, 1982.

¹²³⁹ Intrend International Inc. v. The Imperial Iranian Air Force, The Islamic Republic of Iran and Provisionary Revolutionary Government of Iran, Case No. 220, Chamber Two, Award No. 59-220-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983; Gruen Associates Inc. v. Iran Housing Company, Ministry of Health and Social Welfare, Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 188, Chamber Two, Award No. 61-188-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983.

¹²⁴⁰ “The Following note, signed by M. Bellet and Mr Aldrich, is appended to the Award” in Intrend International Inc. v. The Imperial Iranian Air Force, The Islamic Republic of Iran and Provisionary Revolutionary Government of Iran, Case No. 220, Chamber Two, Award No. 59-220-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983; “Judge M. Bellet and Aldrich’s Comments in Judge Shafeiei’s Reason for not to Signing the Award” in Gruen Associates Inc. v. Iran Housing Company, Case No. 188, Chamber Two, Award No. 61-188-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983.

hakem mahkemesi, çalışmalarını aksatacak hiçbir duruma izin vermemelidir. Aldrich'e göre, İranlı üye, İran lehine olmadığını düşündüğü kararların alınmasının önüne geçmeye çalışmıştır. Ancak Mahkeme Kuralları, çekilmek isteyen üyenin, mahkemeden çekilmesinin etkili olacağı tarihten sonra da, esasa ilişkin herhangi bir duruşmasına katıldığı bütün davalar bakımından, yerine başka bir üye atanmasına rağmen, Mahkeme üyesi olarak hizmet etmeye devam etmesini gerektirmektedir¹²⁴¹.

Mahkeme Kuralları'nın dayandığı 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda bu konuda hüküm bulunmamaktadır. Bu hüküm Mahkeme Usul Kuralları'na sonradan eklenmiştir ve "Mosk Kuralı" olarak bilinmektedir. Yargıç Mosk'un Mahkemeden çekileceği öngörüldüğü zaman kabul edilmiş olan bu kural, bir üye emekli olduktan sonra da, esasa ilişkin bir duruşmasına katıldığı davalarla ilgilenmeye devam ettiğini göstermektedir¹²⁴². Eğer emekli olan üye, davada yer almayı reddederse, Mahkeme, eksik üye ile değerlendirmelerine devam edecek ve karar, söz konusu üyenin imzası olmaksızın tefhim edilecektir. Çünkü Mahkeme'ye göre, her ne kadar Kurallar, görevini *de jure* ya da *de facto* olarak ifa etmeyen ya da edemeyen üyenin yerine, ilk atama usulüne uygun şekilde başka üye atanmasına izin verse de, tek yol yeni üye ataması değildir. Mahkeme'nin yerleşmiş uygulaması, bir hakemin gönüllü olarak yargılamaya katılmama kararına rağmen, mahkemenin çoğunluğunun, çalışmalarına devam ederek kararı tefhim edebileceğini göstermektedir. Böyle durumlarda Mahkeme Kuralları'nın, bir hakemin görevini ifa etmemesi ya da edemeyecek durumda olması halinde yerine üye atanmasına ilişkin hükmüne, muhakeme düzeninin sekteye uğramasına veya mahkemenin işlevini yerine getirmesinin engellenmesine neden olacak şekilde başvurulmamalıdır¹²⁴³.

Aldrich'e göre, yargılama ya da karar aşamasında çekilen İranlı üyeler, mahkemenin ilk yıllarında, çoğunlukla mahkeme çalışmalarını sekteye uğratmak

¹²⁴¹ ALDRICH, 1996, s. 460.

¹²⁴² ALDRICH, 1996, s. 461.

¹²⁴³ "Supplemental Opinion of Mr. Bockstiegel and Mr. Holtzmann" in Uiterwyk Corporation, Jan C. Uiterwyk, Robert Uiterwyk, Hendrik Uiterwyk, Jan D. Uiterwyk v. The Government of Islamic Republic of Iran, the Ministry of Roads and Transportation, Ports and Shipping Organization, Iran Express Lines, Sea-Man-Pak, Case No. 381, Chamber One, Award No. 375-381-1, Iran -United States Claims Tribunal, Filed July 6, 1988.

niyetiyle hareket ederken, özellikle son dönem yargılamalarda çekilmelerinin nedeni, çifte vatandaşlık, büyük petrol davaları gibi hassas konulara ilişkin davalarda, kendilerini baskı altında hissetmeleri ve hükümetlerinin onları değiştirmek istemesi nedeniyle çekilmeye zorlanmalarıdır¹²⁴⁴. Ancak İran- ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nin ve Dairelerin genel tavrı, yukarıda bahsettiğimiz gerekçelere ve anlaşmaların yorumlanmasında etkililik kuralına dayanarak, İranlı hakemlerin yokluğunda alınan her türlü kararın geçerliliğini tanımaktan yana olmuştur¹²⁴⁵.

III. Kararın Şekli ve Sonuçları

A. Kararın Yazılı Olması

Tahkime ilişkin kuralların çoğu, hakem kararlarının yazılı ve imzalı olmasını gerektirmektedir. İstisnalar olmakla birlikte, bu hususta Kıta Avrupası hukuk sistemi gerekleri tercih edilmektedir¹²⁴⁶. Ancak olağanüstü aciliyet arz eden durumlarda taraflar, hakem mahkemesinin kararını sözlü olarak vermesini ve verildiği tarihte etkili olmasını kararlaştırabileceklerdir. Bu kararı, gerekçeli ve yazılı bir karar izleyecektir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları, Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları ve UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre karar, mahkeme üyelerin çoğunluk oyuyla alınmalı, yazılı olmalı, tefhim edildiği tarihi, hakemlerin adını taşımalı; mahkeme başkanı ve oy kullanan iki üye tarafından imzalanmalıdır¹²⁴⁷. Bu Kurallar'a göre tarafların anlaşmak suretiyle yazılı şekil şartını kaldırmaları mümkün görünmemektedir. Ancak yazılı şekil şartını öngören tahkim kurallarını benimsememiş bir hakem mahkemesi önünde taraflar, sözlü verilen kararların da geçerli olacağını elbette

¹²⁴⁴ ALDRICH, 1996, s. 463.

¹²⁴⁵ James M. Saghi, Michael R. Saghi and Allan J. Saghi v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 298, Chamber Two, Award No. 544-298-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed January 22, 1993, parag. 12.

¹²⁴⁶ 1996 tarihli İngiliz Tahkim Yasası'nın 52. maddesine göre, hakem kararının şeklini taraflar kararlaştıracaklardır. Ancak bu konuda bir anlaşma yoksa karar, yazılı şekilde olacaktır.

¹²⁴⁷ 1958 ILC Model Rules, article 28/1; 1992 PCA Optional Rules, article 32/2; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 34/2.

kararlaştırabileceklerdir. Böyle bir tercih, ispat zorluğu doğuracağından tavsiye edilmemektedir¹²⁴⁸.

B. Kararın Asli Unsurları

Erken dönem tahkim anlaşmalarının çoğu, kararın şekli ve içeriğini hakemlere bırakmıştır. Ancak devlet başkanlarının tek hakem olduğu davalarda, gerekçesiz kararlar gibi sonuçlar ile karşılaşılması üzerine, ilk olarak La Haye Sözleşmesi'nde hakem kararının içermesi gereken unsurlar belirtilmiřtir¹²⁴⁹. Günümüzde ise tahkim kurallarının pek çoğu, kararın içermesi gereken esaslı unsurları belirtmektedirler. Bunlar genelde, tarafların ve hakemlerin isimleri, tahkimin yeri, uyuşmazlığın konusu, hakemlerin kararı, kararın gerekçesi, kararın verildiği tarih ve imzalıdır¹²⁵⁰.

Bu konuda en kapsamlı hükümler, UAD Muhakeme Kuralları'nda bulunmaktadır. Buna göre Divan ya da bir Daire tarafından verilen kararların hepsi, kararın verildiği tarihi, karar değerlendirmelerine katılan yargıçların, tarafların, temsilcilerin isimlerini, usule ilişkin işlemleri, tarafların argümanlarını, olay örgüsünü, hukuki gerekçeleri, kararın icrasına ilişkin hükümleri, varsa yargılama masraflarının paylaştırılmasını ve çoğunluğu oluşturan yargıçların sayısını iermelidir¹²⁵¹. Kararın tefhim edildiği tarih, etkinlik kazanacağı tarih olması nedeniyle kararda bulunmalıdır. Karar, kararı alan çoğunluğun içinde olsun olmasın, mahkeme başkanı ve Sekreter tarafından imzalanmalıdır. Kararın imzalı ve mühürlü bir kopyası, taraflara ve duruşmaya katılmış bütün devletlere gnderilmelidir¹²⁵².

C. Kararın Gerekçesi

1. Gerekçenin Kapsamı

Anglo Sakson hukuk sistemi yargıçları, geleneksel olarak kararlarına gerekçe göstermekten uzun süre kaçınmışlardır. Bunun nedeni çoğu zaman

¹²⁴⁸ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 664.

¹²⁴⁹ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 79.

¹²⁵⁰ 1958 ILC Model Rules, article 28- 29; 1992 PCA Optional Rules, article 32/2, 3; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 34/3, 4.

¹²⁵¹ 1978 UAD Muhakeme Kuralları, article 95.

¹²⁵² SIMPSON/ FOX, 1959, s. 224.

verdikleri kararın temyizi ihtimalinden sakınmak istemeleridir¹²⁵³. Ancak bu uygulama, zamanla değişmiş ve Anglo Sakson devletlerinde bile tahkim yasaları, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, hakem kararlarının gerekçeli olmasını şart koşturmuş ve başlamıştır¹²⁵⁴. Benzer şekilde tek hakemli yargılamalarda, hükümdar sıfatını haiz hakemler kimi zaman, kararlarında gerekçe göstermekten çekinmişler ya da gerekçeye gerek görmemişler ve bu durum hem davanın tarafları hem de yazarlarca eleştirilmiştir¹²⁵⁵. Örneğin *Cerruti* davasında Amerikan Başkanı Cleveland'ın kararı¹²⁵⁶, Panama-Kostarika Sınırı davasında Fransa Devlet Başkanı Loubet'in kararı¹²⁵⁷, Bolivya-Peru Sınırı davasında Arjantin Devlet Başkanı'nın kararı¹²⁵⁸ ve Arjantin-Şili Sınırı davasında Büyük Britanya Kralı VII. Edward'ın kararı¹²⁵⁹ gerekçesiz olması nedeniyle fazlaca eleştirilen kararlardır¹²⁶⁰.

Karara gerekçe ekleyip eklememek, geçmişte mahkemelerin takdirindeki bir husus iken¹²⁶¹, 20. yüzyıldan itibaren tahkim anlaşmasında aksine bir hüküm olmayan her davada, kararın yazılı ve gerekçeli olması gerekli kılınmıştır. Bu husus, ilk olarak La Haye Konferanslarında dile getirilmiş ve La Haye Sözleşmeleri'ne de eklenmiştir¹²⁶². 1899 La Haye Sözleşmesi'ndeki, kararın gerekçeli olarak çoğunluk oyuyla verilmesi, yazılı olması ve bütün Mahkeme

¹²⁵³ REDFERN/ HUNTER, 2004, s. 382.

¹²⁵⁴ 1996 Arbitration Act, article 70/4.

¹²⁵⁵ “*The Cerruti Arbitrations (Editorial Comment)*”, **Am. J. Int'l. L.**, Vol. 6, No. 4, October, 1912, s. 965-975; “*The New Boundary between Bolivia and Peru*”, **Bulletin of the American Geographical Society**, Vol. 42, No. 6, 1910, s. 435-437; “*The Chile-Argentine Arbitration*”, **The Geographical Journal**, Vol. 21, No. 1, January 1903, s. 45-50.

¹²⁵⁶ “*The Cerruti Arbitrations (Editorial Comment)*”, 1912, s. 965-975.

¹²⁵⁷ UN Reports of International Arbitral Awards, The Boundary Case between Costa Rica and Panama, 12 September 1914, Vol. XI s. 519-547.

¹²⁵⁸ UN Reports of International Arbitral Awards, The Boundary Case between Bolivia and Peru, 9 July 1909, Vol. XI, s. 133-146.

¹²⁵⁹ UN Reports of International Arbitral Awards, The Cordillera of the Andes Boundary Case (Argentina, Chile), 20 November 1902, Vol. IX, s. 29-49.

¹²⁶⁰ BUSTAMANTE, 1925, Vol. III; HUDSON, 1944, s. 17; MERRILLS, 1998, s. 89; MORRIS, 1911, s. 7-12; RALSTON, 1929, s. 55, 174, 181- 82; RALSTON, 1926, s. xxv; SCOTT, 1909, s. 200-10; GRAY/ KINGSBURY, 1992, s. 97.

¹²⁶¹ Levin GOLDSCHMIDT, “*Projet de Règlement Pour Tribunaux Arbitraux Internationaux présenté à l'Institut de Droit International (Session de Genève, 1874)*”, **Revue de Droit International et de Législation Comparée**, Vol. 6, 1874, s. 445.

¹²⁶² SCOTT, 1909, s. 200-10; 1899 La Haye Sözleşmesi'nin 52. maddesine göre, “Hüküm, gerekçeli olarak çoğunluk oyuyla verilmeli, yazılı olmalı ve bütün Mahkeme üyeleri tarafından imzalanmalıdır. Azınlıkta kalan üyeler, olumsuz görüşlerini kayda geçirebilirler”. 1907 La Haye Sözleşmesi'nin 79. maddesine göre, “Hüküm, dayanırıldığı gerekçeyi ihtiva etmeli, hakemlerin isimlerini içermeli ve Başkan ve Sekreter tarafından (veya Sekreter yerine hareket eden Başkan tarafından) imzalanmalıdır”.

üyeleri tarafından imzalanmasına ilişkin madde metni, hakemlere, hassas bir yükümlülük yüklemesi ve görevlerini ifa ederken zorlanmalarına neden olması ihtimali nedeniyle eleştirilmiştir¹²⁶³. Ancak madde metni bu şekliyle kabul edilmiş ve 1907 Sözleşmesi'nde de korunmuştur.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, tahkim yargısal bir süreçtir. Karara varılmasına dayanak oluşturan olaylar ve hukuki değerlendirmeler ve karara itiraz imkanı olup olmadığı, bir başka deyişle kararın “nihai” niteliği, usulüne uygun olarak karar içerisinde yer almalıdır. Gerekçeyle ilişkin her türlü detayın belirtilmesi gerekme de, hukuki gerekçelerin bildirilmesi, kararın geçerliliği ve bağlayıcılığının varlık nedenlerindendir. Elbette karara temel teşkil eden belirli bakış açılarının nedenlerinin bulunmaması da bütün kararın geçersizliğine neden olacak şekilde değerlendirilmemelidir¹²⁶⁴. Pek çok yazara göre de, herhangi bir hukuk düzeninden bağımsız olarak gerekçeli karar, uluslararası kamu politikasına ilişkin bir gerekliliktir. Gerekçe göstermek yükümlülüğü, hem hakemlerin üstlendikleri misyonun hem de özen yükümlülüğünün bir sonucudur¹²⁶⁵. Zira gerekçesiz bir karar, tarafların bu karara itiraz imkanını ortadan kaldıracaktır. Eğer tahkim anlaşması ya da usul kuralları, hakem kararının gerekçeli olmasını gerektirdiği halde gerekçe gösterilmemişse, bu özen yükümlülüğünün ihlalidir ve kararın geçersizliği sonucunu doğurabilecektir¹²⁶⁶.

Diğer yandan hakem kararının yeterli bir gerekçe içermesi, tarafların, uyuşmazlığın adilane şekilde çözüldüğü konusunda tatmin olmalarını temin edecektir. Karara karşı itiraz imkanının olmadığı hallerde de gerekçe, kararın düzeltilmesi ya da yorumlanması yollarına başvurulması halinde yol gösterici olacaktır¹²⁶⁷. Tahkim kurallarının pek çoğu, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tahkim sürecinin tarafların anlaşması ile sona erdiği sulhe dayalı kararlar dışındaki hakem kararlarının gerekçeli olmasını öngörmektedir. Tarafların, hakem kararının gerekçeli olmamasını öngörmelerinin nedeni yargılama masraflarını düşürmek

¹²⁶³ SCOTT, 1909, s. 208.

¹²⁶⁴ Frede CASTBERG, “*L' Exces de Pouvoir dans la Justice Internationale*”, **Recueil Des Cours**, Vol. 35, 1931, s. 389.

¹²⁶⁵ GAILLARD/ SAVAGE, 1999, parag. 1384.

¹²⁶⁶ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 668.

¹²⁶⁷ Lord BINGHAM, “*Reasons and Reasons for Reasons*”, **Arbitration International**, Vol. 4, No. 2, 1988, s. 142.

olabilecektir. Ancak böyle bir tercih, karara itiraz imkanından vazgeçmek anlamına gelmektedir¹²⁶⁸.

2. Gerekçenin Yeterliliği

Bir yargı organının gerekçeye ilişkin değerlendirmeleri kararında belirtmesi, tarafların, bütün gerekli hususların dikkate alınarak karar verildiğini ve gereksiz unsurların karar dışında bırakıldığını görmesini sağlayan şeffaf bir mekanizma anlamına gelmektedir. Bu şekilde taraflar, karşılıklı ithamlarının değerlendirildiğini, iddia ve savunmanın kabul ya da ret nedenlerini açıkça görmüş olurlar. Bu da tarafların, kararın yorumlanmasını, düzeltilmesini ya da iptalini talep etmek gibi bir sonraki hareketini belirlemektedir.

Bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için karar gerekçesinin, bütün iddiaları içine alacak şekilde yeterince geniş kapsamlı ve her birinin arkasındaki mantığı gösterecek şekilde derinlemesine bir değerlendirme içermesi gerekmektedir. Davayı kaybeden tarafın, karardaki ifadelerden, davasının hakem mahkemesince reddedilme nedenlerini, açık ve kesin bir şekilde anlayabilmesi gerekmektedir¹²⁶⁹. Bu nedenle karar, gerekçelendirmeye ilişkin her aşamayı, her konunun tespit edilmesinin nedenlerini ve alternatif çözümlerin reddedilme gerekçelerini göstermelidir. Diğer yandan taraflardan biri, mantık hatası nedeniyle, kararın gerekçesinde eksiklik olduğunu bildirerek karara itiraz edememelidir. Böyle bir imkanın tanınması, kararın temyiz edilebilmesine izin verilmesi anlamına gelmektedir. Bu anlamda gerekçenin yeterliliği, yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmek için uygun bir ölçüt değildir. Yeterlilik için asgari gereklilik, gerekçesiz veya anlamsız gerekçelerle tarafların tatmin edilmeye çalışılmamasıdır¹²⁷⁰. Waincymer'e göre, gerekçenin mantıksızlığının, kararın itirazına imkan vermesi, varılan sonuçla ilgili hiçbir gerekçenin kararda yer almaması halinde mümkün olmalıdır. Ancak bu durumda da itirazların şekil ile sınırlı kalıp kalmayacağı veya

¹²⁶⁸ WAINCYMER, 2012, s. 1317.

¹²⁶⁹ Gary B. BORN, **International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, Hague, 2009, parag. 2454; A.A. de FINA, "The Party Appointed Arbitrator in International Arbitrations- Role and Selection", **Arbitration International**, Vol. 15, No. 4, 1999, s. 387; J. Waincymer, 2012, s. 1319.

¹²⁷⁰ Pierre LALIVE, "On the Reasoning of International Arbitral Awards", **Journal of International Dispute Settlement**, Vol. 1, No. 1, 2010, s. 55.

esasa ilişkin hususları da kapsayıp kapsamayacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır¹²⁷¹.

Yargılama süreci, bütün tarafların argümanlarının değerlendirilmesini gerektirmekle birlikte, nihai kararda her bir argümana atıf yapmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir taraftan, karar gerekçesi, iddiaların ve karşı iddiaların her biri ile ilişkili olduğu kadarıyla gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla zayıf argümanlara atıf yapmak gereği bulunmamaktadır. Ancak diğer yandan nihai karar, zayıf argümanların reddedilmesi ile ortaya çıkmıştır. Karrer'e göre, zayıf argümanlara kararda yer vermek, karara itiraz ihtimallerini artırmaktadır¹²⁷². Ancak uyuşmazlık konusu uluslararası hukuk alanının gelişimine hizmet etmesi bakımından, kararda, esasa ilişkin olarak kabul edilmeyen argümanların, reddedilme gerekçeleri bulunmalıdır.

D. Kararın Yapısı

Nihai kararlar, pek çok unsur içermekle birlikte, bu konuda kabul edilen kesin kurallar bulunmamaktadır. Ancak çoğunlukla kararlar, tarafların, taraf temsilcilerinin ve mahkeme üyelerinin isimleri ile başlamaktadır. Daha sonra kısaca dava konusu hakkında bilgi verilmekte ve hemen ardından, davanın açıldığı tarihten, karar tarihine kadar taraflarca ve mahkemece gerçekleştirilen her türlü usul işlemi açıklanmaktadır. Usul işlemlerinin açıklanmasından sonra dava konusu maddi vakıalar ve tarafların karşılıklı ithamları, ayrıntılı olarak anlatılmaktadır. Bu noktada, İran- ABD İddiaları Hakem Mahkemesi kararlarında olduğu gibi, bazı hakem kararlarında olaylar ve karşılıklı ithamlar aynı başlık altında açıklanırken; bazı kararlarda önce dava konusu olaylar açıklanmakta, daha sonra ayrı bir başlık altında davacının iddiaları ve ardından yine ayrı bir başlık altında davalının savunmaları ve varsa karşı dava ve takas talepleri anlatılmaktadır. UAD'nin uyguladığı sistem de buna örnek gösterilebilir. Bu aşamadan sonra kararın gerekçesine geçilmektedir. "Gerekçeler" başlığı altında önce mahkemenin yargı yetkisi kararına ilişkin gerekçeleri, varsa geçici koruma önleminin kabulü ya da reddine ilişkin kararının gerekçeleri, varsa karşı dava ya

¹²⁷¹ WAINCYMER, 2012, s. 1320.

¹²⁷² Pierre KARRER, "Must and Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable", in **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**, ICC Publishing, Paris, 2005, s. 433.

da takas (*set-off*) taleplerinin kabulü ya da reddine ilişkin kararının gerekçeleri ve son olarak da nihai talebinin kısmen ya da tamamen kabulü veyahut reddi kararına ilişkin gerekçeleri yer almaktadır. Her bir iddiaya ilişkin varılan sonuç ve hakemlerin imzaları ile karar sona ermektedir. Buradan sonra, eğer varsa, hakemlerin muhalefet şerhleri ve bunların gerekçeleri yer almaktadır. Hakem mahkemeleri, genel olarak bu sistemi takip etmekle birlikte, daha farklı bir karar yapısı oluşturmalarına hiçbir engel bulunmamaktadır.

Karar metninin, hangi unsurları, ne kadar detaylı olarak ve hangi sıra ile içereceği, biraz da davacının nihai talebine bağlı olarak değişmektedir. Örneğin Daimi Tahkim Divanı nezdinde görülen *Norwegian Shipowners' Claims* davasında, Mahkeme'den istenen, iki hükümet arasındaki hukuki işlem nedeniyle birbirine ödenmesi gereken meblağların belirlenmesidir¹²⁷³. Yargılama sonunda verilen nihai karar metni, taraflar arasındaki tahkim anlaşması ile başlamakta, anlaşmanın sonunda tarafların, temsilcilerinin ve hakemlerin isimleri yer almaktadır. Usul işlemleri ve dava konusu birer cümle ile anlatıldıktan sonra Norveç hükümetinin tazminat talebi miktarını içeren ayrıntılı bir döküm ve hemen ardından ABD hükümetinin tazmin etmek niyetinde olduğu miktarı gösteren hesaplamalar verilmiştir. Bu bilgilerden sonra kararın “Giriş” başlığı altında dava konusu uyuşmazlık ayrıntılı bir şekilde açıklanmış ve daha sonra başka bir başlık altında davacının iddiası ele alınmıştır. Bu iddianın kabul edilebilirliğine ilişkin gerekçeler, her iki tarafın argümanları, mahkemeye sunulan dokümanlar ve taraflar arasındaki yazışmalar sonucu belirlenmiş olan, “Tahkime Uygulanacak Hukuk” tespit edilmiştir. Tahkim anlaşmasında uygulanacak hukuka ilişkin bir hüküm olmadığından, mahkeme bunun tespitine ilişkin hukuki gerekçesini açıklamıştır. Daha sonra “Tazminat Miktarı” başlığı altında her iki tarafın taleplerinin kısmen ya da tamamen kabulü ya da birbirinden mahsup edilmesi gerekliliğine ilişkin gerekçeler açıklanmış ve son olarak mahkemenin belirlediği ve tarafların ödemesi gereken net miktarlar yazılarak karar sona erdirilmiştir¹²⁷⁴.

¹²⁷³ Robert UERPMANN-WITZACK, “*Norwegian Shipowners' Claims Arbitration*”, **MPEPIL**, 2006, parag. 1-3.

¹²⁷⁴ PCA, *Norwegian Shipowners' Claims, Norway v. United States of America*, Award of Tribunal, Hague, 13 October, 1922,, s. 1-39.

Uyuşmazlık konusunun karmaşık, çetrefilli ve içinde pek çok ihtilaflı nokta içermesi halinde, karar da uzun, ayrıntılı ve kimi zaman birkaç parçadan oluşabilmektedir. Örneğin Daimi Tahkim Divanı nezdinde görülen Eritre-Yemen davasında nihai karar iki aşamadan oluşmakta olup, bir sene aralıkla yayınlanmıştır. Bunlardan ilki ülkesel egemenliğin ve uyuşmazlığın kapsamının belirlenmesine ilişkin karar¹²⁷⁵ ve ikincisi, deniz sınırlarının belirlenmesi ile ilgili karardır¹²⁷⁶. İlk karar, tarafların, taraf temsilcilerinin ve hakemlerin isimlerinin yazılması ile başlamış, ayrı bölümler ve başlıklar altında ayrıntılandırılmıştır. İlk bölümde hakem mahkemesinin kuruluşu ve usule ilişkin taraf ve mahkeme işlemleri açıklanmış; ikinci bölümde, uyuşmazlığın kapsamı; üçüncü bölümde, davanın kendine özgü özellikleri; dördüncü bölümde, uyuşmazlığa ilişkin tarihi haklar; beşinci bölümde, devletlerin halefiyetine ilişkin hukuk kurallarının geçmişi, temel anlaşmalar ve öteki hukuki enstrümanlar; altıncı bölümde Kızıldeniz'deki deniz fenerleri; yedinci bölümde, devlet ve hükümet otoritesinin gösterilmesine ilişkin deliller; sekizinci bölümde haritalar; dokuzuncu bölümde, taraflar arasındaki petrol anlaşmaları ve petrol faaliyetleri; onuncu bölümde mahkemenin oybirliği ile vardığı sonuçlar ve hakemlerin imzaları yer almaktadır.

Kararda bulunması gereken hususlar neticede mahkemece takdir edilecektir. Ancak çoğu yazarın gerekliliğini kabul ettiği ve bütün mahkeme kararlarında bulunan temel unsurların, tarafların, taraf temsilcilerinin ve hakemlerin isimleri, hakem mahkemesini kuran anlaşma ve kuruluşu hakkında bilgiler, mahkemenin yeri ve yargılamaya ilişkin tarihler, usul işlemlerinin bir özeti, Mahkeme tarafından tespit edilen uyuşmazlık konusu olayların tanımlanması, tarafların sunumları, mahkemenin kendisine sunulan argümanlarla ilgili kararları, bu kararların gerekçesi ve son olarak yargılama masraflarına ilişkin açıklamalar olduğu söylenebilecektir. Bütün kararlar, kararı oylayan mahkeme üyelerinin isimleri, imzaları ve imza tarihleri ile sona ermekte, varsa buna, muhalefet şerhleri eklenmektedir¹²⁷⁷.

¹²⁷⁵ PCA, Eritrea/Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998.

¹²⁷⁶ PCA, Eritrea/Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage - Maritime Delimitation, December 17, 1999.

¹²⁷⁷ WAINCYMER, 2012, s. 1316; POUDRET/ BESSON, s. 662-684; BORN, 2009, parag. 2427-2502.

Karar tarihi, hakemlerin imzası, tahkimin yürütüldüğü yer gibi şekle ilişkin gerekliliklerden biri ya da daha fazlasının mahkemece yerine getirilmemiş olması, hakem kararının geçerliliğini etkilemeyecektir. Bu türden şekli gereklilikler, tahkim anlaşmasında gösterilmiş olsa bile, kararın düzeltilmesi yoluyla eksikler ya da yanlışlıklar giderilebilmelidir. Tahkim kurallarının çoğu buna izin vermektedir¹²⁷⁸. Eğer taraflar arasındaki sözleşmede bu konuya ilişkin hüküm bulunmuyorsa, böyle eksiklere ya da hatalara dayanarak karara itirazın mümkün olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Bu türden bir itiraz mümkün olsa bile, konuyu mahkeme değerlendirecek ve kararın iptalini gerektirecek ciddi hatalar ya da eksikler ile küçük şekil hataları arasındaki farkı tespit edecektir¹²⁷⁹.

E. Kararın Sonuçları ve Kesin Hüküm (*Res Judicata*) Etkisi

Daha önce de belirttiğimiz üzere, nihai kararın en önemli etkisi, kararın taraflar arasında uygulanabilir hale gelmesi ve ileriye dönük *res judicata* etkisine sahip olmasıdır. Mahkeme nihai kararını verdikten sonra tarafların bu karara uyma ve kararın aksine hareket etmeme yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca kararın ardından tarafların, karar düzeltme, kararın yorumlanması, iptali veya icrası gibi haklara ilişkin talepte bulunma süreleri başlamaktadır¹²⁸⁰.

Nihai karar verilmesi mahkemeyi, karar düzeltme veya kararın yorumlanması hakları saklı kalmak üzere, *functus officio* hale getirmektedir. *Functus officio* durumu, mahkemenin karar verme sürecinde ilgilendiği hususların birden fazla olması bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, karar düzeltme yetkisi olan bir mahkeme, bu yetkiyi sadece maddi hataların düzeltilmesi için kullanabilecektir. Zira davayı yeniden değerlendirmek üzere görevi sona ermiştir. Mahkemenin yetkisi, kendisinde istenen görevi tamamlamakla sınırlıdır. Ancak bunun bazı istisnaları bulunmaktadır. Karar düzeltme, kararın yorumlanması veya kararın gözden geçirilmesi gibi usullere izin veren tahkim kuralları; kararın iptali veya kararın icrası durumunda kararı veren mahkemenin, davayı başka bir mahkemenin değerlendirmesine havale etmesi; ve

¹²⁷⁸ 1992 PCA Optional Rules, article 36; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 38.

¹²⁷⁹ WAINCYMER, 2012, s. 1325.

¹²⁸⁰ WAINCYMER, 2012, s. 1345.

son olarak kararda, taraflara, karara uyulmaması halinde başka usullere başvurma imkanının verilmesi gibi durumlar bu istisnalara örnek gösterilebilir¹²⁸¹.

Res judicata, bir mahkeme ya da hakem mahkemesince verilen nihai kararın son ve kesinleşmiş olduğunu ifade eden bir doktrindir. *Res judicata* doktrininin hem olumlu hem de olumsuz etkisi bulunmaktadır. Olumlu etkisi, bir mahkeme kararının tarafları bağlaması ve iyi niyetle uygulanması gerekliliğidir. Olumsuz etkisi ise bir husus hakkında nihai karar verildiğinde, artık aynı hususun herhangi bir hukuk yoluna konu olamamasıdır¹²⁸².

Res judicata doktrinin varlık sebeplerinden biri, kamu politikası sorunu olarak her hukuk yolunun bir sonunun olması gerekliliğidir. Ayrıca adalet duygusu bakımından da, hiç kimsenin, aynı sebepten ötürü iki defa yargılanamayacağı kabul edilmektedir¹²⁸³. *Res judicata* doktrinine uluslararası mahkemelerin çoğu tarafından ve ilk dönemlerinden bu yana başvurulmaktadır.

Örneğin La Haye Sözleşmesi'ne göre, yargı kararının kesinleştiği ve başka başvuru yolunun olmadığı, usulüne uygun şekilde taraf temsilcilerine bildirilmelidir¹²⁸⁴. Benzer şekilde, UAD Statüsü'ne göre Divan kararları kesindir ve buna karşı başvuru yolu bulunmamaktadır¹²⁸⁵. Yargıç Anzilotti'ye göre *res judicata*, medeni milletlerce tanınan genel hukuk ilkelerinden biridir¹²⁸⁶. Aynı şekilde *Trail Smelter* davasında Mahkeme'ye göre, *res judicata* etkisi, uluslararası mahkemenin nihai kararını vermesinin kaçınılmaz bir getirisi ve uluslararası hukukun yerleşmiş, temel bir ilkesidir. Hukuka ve adalete dayalı olan uluslararası ilişkiler, uyuşmazlıkların tahkim veya başka bir yargı yolu ile çözülmesi halinde, kural olarak bu yargı yoluna başvurulması sonucunda verilen kararın etkili olması ve karara karşı başka başvuru yolunun bulunmamasını gerektirmektedir¹²⁸⁷.

¹²⁸¹ WAINCYMER, 2012, s. 1346.

¹²⁸² William S. DODGE, “*Res Judicata*”, **MPEPIL**, Rüdiger Wolfrum Edition, 2006, s. 1.

¹²⁸³ Gerard CONWAY, “*Ne Bis in Idem in International Law*”, **International Criminal Law Review**, Vol. 3, No. 3, July 2003, s. 217-244, 2003.

¹²⁸⁴ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 87.

¹²⁸⁵ UAD Statüsü, madde 60.

¹²⁸⁶ PCIJ, Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Judgment of 16 December 1927, Dissenting Opinion by M. Anzilotti, s. 27.

¹²⁸⁷ Report of International Arbitral Awards, Trail Smelter Case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. III, s. 1950-51.

Bununla birlikte, *res judicata* doktrininin geçerliliğine ilişkin kimi sınırlamalar bulunmaktadır. Bunlardan ilki uyuşmazlığın taraflarının aynı olması ve ikincisi dava konusunun aynı olmasıdır.

1. Tarafların Aynı Olması

Res judicata doktrinine başvurulabilmesi için her iki muhakemedeki tarafların aynı olması gerekmektedir. Nitekim UAD Statüsü'ne göre, Divan'ın kararı, ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve verilen karar için bağlayıcıdır. Benzer hükümler, başka anlaşmalarda da bulunmaktadır¹²⁸⁸. Ancak böyle bir hükmün olmaması halinde de *res judicata* doktrinine başvuran uluslararası mahkemeler, tarafların aynı olması koşulunu aramaktadırlar¹²⁸⁹. Örneğin İngiliz Guiana- Brezilya sınır uyuşmazlığında hakem, Büyük Britanya ve Venezuela arasındaki uyuşmazlık konusu ülke parçasına ilişkin daha önceki tarihli bir tahkimin, Brezilya karşısında herhangi bir etkisi olmayacağını bildirmiştir¹²⁹⁰. Aynı şekilde La Haye Sözleşmesi'ne göre yargı kararı, uyuşmazlığın tarafları dışındakiler için bağlayıcı değildir¹²⁹¹.

Ancak bir yargı kararının, söz konusu davanın tarafı olmayan devletler ya da uluslararası örgütler bakımından muhtelif hukuki etkileri bulunmaktadır. *Haya de la Torre* davasında Divan, Küba'nın davaya müdahil olma talebini, tam bir müdahale olarak değil, sadece Kolombiya ve Peru arasındaki Havana Sözleşmesi'nin yeni bir yorumuna ilişkin argümanları sunabilmesine yönelik olmak koşulu ile kabul etmiştir. Zira Küba'nın müdahale bildirisi, Divan'ın daha önce *Asylum* davasında karara bağladığı sorunlara ilişkin olup, bu kararın aynı sorunlar konusunda *res judicata* etkisi bulunmaktadır¹²⁹². Kararın taraflarından biri, diğerinin temsilcisi olarak hareket ediyorsa, bu durumda diğer taraf da kararla bağlı olacaktır. Divan, BM İdare Mahkemesi danışma görüşünde, BM lehine,

¹²⁸⁸ North American Free Trade Agreement, Settlement of Disputes between a Party and an Investor of Another Party, article 1136/1, <https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=97&ctl=SectionView&mid=1214&sid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25&language=en-US#A1135> (son erişim: 19.08.2013).

¹²⁸⁹ DODGE, 2006, s. 2.

¹²⁹⁰ UN Reports of International Arbitral Awards, The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain), 6 June 1904, Vol. XI, s. 22, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/11-23.pdf (son erişim: 12.12.2013).

¹²⁹¹ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 84.

¹²⁹² ICJ, *Haya de la Torre* (Colombia v.Peru), Judgment of 13 June 1951, s. 77.

Genel Sekreterlik aleyhinde verdiği kararının, hem örgütü hem de onun temel organı olarak görev yapan Genel Kurul'u da bağladığını ifade etmiştir¹²⁹³.

2. Dava Konusunun Aynı Olması

Başka bir sorun, karardaki hangi hususların *res judicata* etkisine sahip olacaktır. *Res judicata* doktrinine başvurulabilmesi için her iki dava konusunun aynı olması gerekmektedir. Dava konusunun aynılığı kimi zaman davanın talebi, kimi zaman nihai talep, kimi zaman dava sebebinin aynılığı olarak ifade edilmektedir. Ancak uygulamada uluslararası mahkemeler, davacıların, aynı gerekçelere başvurarak farklı taleplerde bulunmalarına izin vermemektedirler. Yine *Haya de la Torre* davasında Divan, daha önceki *Asylum* davasında, Kolombiya tarafından siyasi sığınma hakkı verilmesinin hukuka aykırı olduğuna ve derhal sona erdirilmesi gerektiğine ilişkin tespitinin, Peru'nun, *Haya de la Torre*'nin teslim edilmesine ilişkin bu davadaki iddiası bakımından *res judicata* etkisini haiz olmadığına karar vermiştir¹²⁹⁴.

Daha önce de değindiğimiz üzere yargı kararının çok temel unsurlarını, usul aşaması, tarafların, temsilcilerin ve yargıçların isimleri, olayların anlatılması, kararın gerekçeleri ve kararın icrasına ilişkin hükümler oluşturmaktadır. Bu unsurların hepsi de her davada değişiklik göstermektedir. Ancak diğer mahkemeler de devletlerarasındaki davalarda kararlarını verirken benzer formatı kullanmaktadırlar. Bu halde şüphesiz, kararın icrasına ilişkin hükümler de *res judicata* etkisini haiz olmaktadır. Örneğin *USAD German Interests in Polish Upper Silesia* davasında kararın icrasına ilişkin hükümlerde, Polonya hükümetinin, fabrika sahibi şirkete karşı olan davranışının, Cenevre Konvansiyonu'na aykırı olduğuna ilişkin bir bildiri yayınlamasını istemiştir¹²⁹⁵. *Chorzow Factory* davasında, uluslararası hukuk bakış açısıyla yaklaşarak Alman hükümetinin Chorzow Fabrikasının mülkiyetini devretmeye yetkili olduğu, ulusal hukuka atıf yaparak ise şirketin fabrikanın sahibi olabileceğine ilişkin bulguları,

¹²⁹³ ICJ, Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, s. 53, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=d2&case=21&code=unac&p3=4> (son erişim: 20.08.2013).

¹²⁹⁴ ICJ, *Haya de la Torre* (Colombia v.Peru), Judgment of 13 June 1951, s. 80.

¹²⁹⁵ PCIJ, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Merits), Judgment of 25 May 1926, Ser. A, No. 7, s. 81.

bu kararın temel noktalarını oluşturmaktadır. Fabrikanın şirkete ait olduğu konusundaki ulusal hukuk temelli bulgu da Divan'ın *German Interests in Polish Upper Silesia* davasında karara bağlamış olduğu bir husustur ve *Chorzow Factory* davasında buna atıf yapmakla yetinmiştir¹²⁹⁶. Kısaca kararın icra hükümlerindeki bir bulgu, sonraki tarihli bir kararın esaslı noktaları için *res judicata* etkisine sahip olabilmektedir.

Kararın, hukuki gerekçelendirme kısmının ise *res judicata* etkisini haiz olmadığı kabul edilmektedir¹²⁹⁷. Anzilotti'ye göre, bir kararın bağlayıcı olması, onun sadece sonuç ya da icra kısmının bağlayıcı olması anlamına gelmemektedir. Zira bir kararın icra hükümlerinin yazılabilesinin nedeni, gerekçeler kısmıdır. Mahkemenin bir sonuca ulaşmış olması için anlaşılır ve açık gerekçeler bildirmiş olması gerekmektedir¹²⁹⁸. *Pious Fund* davasında Hakem Mahkemesi'ne göre, “Bir kararın bütün kısımları veya kararda tartışılan hususların hepsi, birbirini açıklar ve besler. Bu hususların tümü, karar fıkrasının anlamına ve içeriğine hizmet etmektedir. Bu durumda kararın hangi hususlarının *res judicata* etkisi olduğunu belirlemek gibi bir sorun olmamalıdır... Bu kurala sadece devletlerin kurduğu mahkemelerin kararları için değil, yetkilendirme anlaşması sınırları içinde kalan hakem kararlarında da başvurulmalıdır”¹²⁹⁹.

Bir hakem kararının hukuki gerekçelendirmeye ilişkin kısmı, *res judicata* etkisinin tamamen dışında bırakılmamalıdır. Zira her davanın somut koşulları değişebileceği gibi her davanın görüldüğü tarihteki uluslararası hukukun gelişimi farklı olabilecektir. Bu nedenle makul olanı, bir davanın karar fıkrasına temel teşkil eden ve dava konusu maddi vakıalara ilişkin esaslı hususların *res judicata* etkisine sahip olması, ancak hukuki gerekçelendirmeye ilişkin hususların içtihat etkisine bırakılmasıdır.

Res judicata etkisinden yararlanması tartışılan bir başka husus, yargı yetkisine ilişkin kararlardır. Örneğin *Corfu Channel* davasında Arnavutluk'un

¹²⁹⁶ Factory at Chorzów (Merits), Judgment of 13 September 1928, s. 23.

¹²⁹⁷ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 230; DODGE, 2006, s. 2.

¹²⁹⁸ PCIJ, Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Series A, No. 13, Dissenting Opinion by M. Anzilotti, s. 24.

¹²⁹⁹ PCA, The Pious Fund of the Californias (USA/Mexico, 1902), s. 2, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029 (son erişim: 20.08.2013).

dava konusu zararlardan sorumlu tutulmasının ardından Divan, mahkemeye yargı yetkisi veren anlaşmanın yorumuna dayanarak, tazminat miktarını tayin etme yetkisinin bulunduğu sonucuna varmıştır¹³⁰⁰. Divan'ın bu yetkisine Arnavutluk hükümetinin itiraz etmesi üzerine Divan, yargı yetkisinin sınırlarını 9 Nisan 1949 tarihli kararında çizdiğini ve bu tespitin Arnavutluk hükümeti bakımından bağlayıcı olduğunu, zira 9 Nisan 1949 tarihli kararın temyiz imkanı bulunmadığını, bu anlamda *res judicata* etkisini haiz olduğunu bildirmiştir¹³⁰¹. Ancak burada yargı yetkisine ilişkin bir saptamanın *res judicata* etkisini, yalnızca ilgili olduğu davanın koşullarına özel olarak kabul etmek gerekmektedir. Zira Divan, yargı yetkisine ilişkin kararında açıkça, daha sonraki tazminatın takdir edilmesine ilişkin yetkisini saklı tutmuş, Arnavutluk yargı yetkisi itirazına ilişkin tutumunu sürdürmemiştir. Bu nedenle münferit bir örnekten yola çıkarak, Divan'ın ya da bir başka uluslararası yargı organının yargı yetkisi tespitine ilişkin herhangi bir bulgusunun, nihai ve kesin hüküm etkisini haiz olduğu söylenemeyecektir.

Örneğin Polonya-Almanya Karma Hakem Mahkemesi, *von Tiedmann* davasında, esasa veya usule ilişkin olarak verdiği bütün kararlar ile kendisinin bağlı olduğunu belirttikten sonra, yargı yetkisini belirleyen kararının *res judicata* etkisine konusunda açık tespitler yapmıştır. Buna göre hakemlerin, yaptıkları herhangi bir hatadan, her zaman dönme imkanları bulunmakta olup; gerektiğinde, daha önce yargı yetkisi bulunduğu dair kararından dönmesi de mümkündür. Bu anlamda tartışmaya açık olmakla birlikte, sadece geçerli bir karar bakımından *res judicata* doktrinine başvurmak gerekir. Zira yargı yetkisini aşarak verilen bir nihai karar da geçersiz kılınacaktır. Mahkemenin, yargı yetkisini aştığını fark etmesi halinde, yetkisi dışında kalan muhakeme işlemlerinin geçersiz olduğunu bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır¹³⁰². Bu durumda mahkemenin, bir hatanın varlığı halinde yargı yetkisine ilişkin tespitinden dönmeye de hazırlıklı olması gerekmektedir.

¹³⁰⁰ ICJ, Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) Judgment of 9 April 1949, Merits, s. 26.

¹³⁰¹ ICJ, Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 15 December 1949, Assessment of the amount of compensation due from the People's Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, s. 245.

¹³⁰² SIMPSON/ FOX, 1959, s. 233.

Sonuç olarak *res judicata*, dar bir alanda etki doğurmaktadır. Uluslararası mahkemeler, *res judicata* doktrinini kural olarak kabul etmekle birlikte, belirli bir davada başvururken çekingen davranmaktadırlar. Diğer yandan *res judicata* doktrini, ulusal alanda olduğu kadar uluslararası alanda da hukuk sisteminin düzgün çalışabilmesi için gerekli bir doktrindir. *Trail Smelter* davasında hakem mahkemesinin ifade ettiği üzere, eğer hukuka ve adalete dayalı bir uluslararası sistem, uluslararası uyuşmazlıkların tahkim ya da diğer uluslararası yargı yolları ile çözümünü gerektiriyorsa, böyle bir yargılama sonucunda verilen kararın nihai ve başka bir hukuk yoluna kapalı olması gerekmektedir.

F. Sekretarya Hizmetleri

Geçmişteki tek hakemli yargılamalar dışında, günümüzde uluslararası mahkemeler, yargılama sürecini yürütebilmek için sekreterlik hizmetlerine ihtiyaç duymaktadırlar. Sekretaryanın işlevi, taraflar arasındaki ve taraflar ile mahkeme arasındaki yazılı iletişim kanalı olarak hareket etmek, belgelerin muhafazasını sağlamak, tercüman temin etmek ve genel olarak muhakemenin ilerleyişine ilişkin idari hizmetleri yerine getirmektir. Daimi Tahkim Divanı nezdinde gerçekleşen tahkim yargılamalarında bu hizmeti Uluslararası Büro vermekte, diğer *ad-hoc* tahkimlerde ise sekretarya işlemlerini hangi kişi ya da kuruluşu yürüteceğini taraflar kararlaştırmaktadır. Ancak *ad-hoc* tahkimde genelde iki yol izlenmektedir. İlk olarak taraflar, sekretarya hizmetinin gerekliliği hususunun, mahkemenin ya da mahkeme başkanının takdirine bırakılmasını kararlaştırmakta ve böyle bir hizmetin gerekli görülmesi halinde, taraflardan eşit üye atayacakları bir sekretarya belirlemeleri istenmektedir. Daha çok tercih edilen yöntem ise tarafların her birinin, bu hizmeti yürütecek kişileri, kendi vatandaşlarından atamalarıdır. Böylece yargılama masrafları da eşit olarak paylaşılmış olacaktır¹³⁰³.

Yargılamaya ilişkin yazılı iletişimin sağlanması, en başta tarafların yükümlülüklerini ve bunları yerine getirmeleri gereken zaman aralıklarını öğrenebilmeleri bakımından önemlidir. Doğru bir iletişim, hem taraflar ve hem de mahkeme bakımından doğacak sonuçları etkilemektedir. Örneğin bir mahkeme kararı, tarafların dikkatine sunulabildiği zaman bağlayıcı olacaktır. Karar

¹³⁰³ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 294.

düzeltilme, kararın yorumlanması ya da ek karar gibi haklar, ancak hakem mahkemesi nihai kararı verdiğiine ilişkin doğru bir bildirim yaptıktan sonra talep edilebilir hale gelecektir. Mahkemenin *functus officio* hale gelmesi, varsa karara itiraz sürelerinin başlaması da ancak nihai kararın taraflarca bilinmesinden sonra söz konusu olacaktır¹³⁰⁴.

G. Yargılama Masrafları

Tahkim süreci bakımından bir başka önemli husus, yargılama masraflarının giderilmesidir. Tahkime ilişkin kuralların çoğu, yargılama masraflarının taraflarca paylaşılmasını öngörmektedir. Tahkim kurallarına başvurulmadığı ve taraflar arasındaki tahkim anlaşmalarında bu konuda hüküm olmadığı durumlarda, hakem mahkemesi de aynı etkiyi doğuracak bir karar alabilecektir¹³⁰⁵.

Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları'na göre, hakem mahkemesi tahkim masraflarını kararda belirlemelidir. Bu anlamda “masraflar”, yargılama masraflarını, hakemlerin ulaşım ve diğer giderlerini, bilirkişi ve hakem mahkemesinin yararlandığı diğer hizmetlere ilişkin giderleri, hakem mahkemesince teyit edildiği sürece tanıkların ulaşım ve diğer giderleri, atama makamına, Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği'ne ve Uluslararası Büro'ya ödenmesi gereken ücretleri kapsamaktadır¹³⁰⁶. Masrafların içeriğini kesin olarak tanımlayan UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre hakem mahkemesi, yargılama masraflarına ilişkin kararını, nihai karar içinde ya da uygun görmesi halinde ayrı bir karar olarak tefhim edebilecektir. Bu çerçevede “masraflar”, her bir hakem için mahkemece belirlenecek ücretleri, hakemlerin makul ulaşım bedellerini ve diğer giderlerini, bilirkişi ve mahkemenin yararlandığı diğer hizmetlere ilişkin makul giderleri, tanıkların makul ulaşım giderlerini ve mahkemece teyit edilen diğer makul giderleri, tarafların tahkim muhakemesi süresince ve tahkimle ilgili olarak yaptıkları hukuki ve diğer masrafların hakem mahkemesince makul bulunan kısmını ve son olarak atama makamına ve Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği'ne ödenmesi gereken ücretleri kapsamaktadır. Aynı hükümler, karar

¹³⁰⁴ WAINCYMER, 2012, s. 1326.

¹³⁰⁵ WAINCYMER, 2012, s. 462.

¹³⁰⁶ 1992 PCA Optional Rules, article 38.

düzeltilme ya da kararın yorumlanmasına başvurulması halinde de geçerli olup, hakem mahkemesi bunlardan başka masrafa karar verememektedir¹³⁰⁷.

Görüldüğü üzere, hakem mahkemesinin ücretleri belirlenirken, makul olunmalı; davanın karmaşıklığı, hakemlerin harcadığı zaman, uyuşmazlık miktarı ve varsa diğer durumlar dikkate alınmalıdır. Taraflardan birinin talep etmesi halinde hakem mahkemesi, ancak Genel Sekreterlik görüşlerini aldıktan sonra masrafları belirlemelidir¹³⁰⁸. Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları'na göre tarafların her biri kendi masraflarını üstlenmelidir. Ancak hakem mahkemesi, davanın somut koşullarını dikkate alarak, masrafların taraflar arasında bölüştürülmesini uygun görebilecektir. Mahkeme, davanın sona erdiğine dair bir karar, nihai karar veya mutabakata dayalı bir karar verirse, kararla birlikte bu hükümlere göre masrafları da belirlemiş olmalıdır.¹³⁰⁹

Benzer hükümler UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda da bulunmaktadır. Buna göre, hakemlerin masrafları ve ücretleri belirlenirken makul davranılmalı, uyuşmazlık konusunun karmaşıklığına göre hakemlerin davaya harcadığı zaman ve davaya ilişkin diğer durumlar dikkate alınmalıdır.¹³¹⁰ Eğer bir atama makamı varsa ve bu makam, uluslararası davalardaki hakemlerin ücretlerini belirlemek için belirli bir yönteme başvurduğunu ya da başvuracağını belirtirse, hakem mahkemesi de ücretleri belirlerken, uygun gördüğü davalarda bu yöntemi dikkate almalıdır¹³¹¹. UNCITRAL Kuralları, masrafların belirlenmesi aşamasının tahkim sürecini aksatmaması için bazı süre sınırlamalarına yer vermektedir. Hakem mahkemesi, usulüne uygun olarak kurulduktan sonra, tarafları, ücretleri ve masrafları nasıl tespit edeceğine ilişkin önerisi konusunda bilgilendirmelidir. Bu öneriyi alan taraflar, on beş gün içinde öneriyi, atama makamına iletmelidir. Öneriyi aldıktan sonraki kırk beş gün içinde atama makamı, hakem mahkemesinin önerisinde gösterilen ücret ve masrafların, makul olmadığı kanaatine varırsa, gerekli düzeltmeleri yapmalıdır. Bu düzeltmeler, hakem mahkemesi için bağlayıcı olacaktır¹³¹². Ücretlerin ve masrafların mahkemece bu hükümlere göre

¹³⁰⁷ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 40.

¹³⁰⁸ 1992 PCA Optional Rules, article 39.

¹³⁰⁹ 1992 PCA Optional Rules, article 40.

¹³¹⁰ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 41/1.

¹³¹¹ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 41/2.

¹³¹² 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 41/3.

belirlenmesi halinde hakem mahkemesi, ücret ve masraflar ve bu masraflara karşılık gelen hesaplamalar konusunda tarafları bilgilendirmelidir. Ücret ve masraflara ilişkin bildirim alan taraflardan herhangi biri, on beş gün içinde bu belirlemeyi atama makamının bilgisine sunabilecektir. Atama makamı bu belirlemeye katılır ya da kırk beş gün içinde herhangi bir girişimde bulunmazsa, masraflar yine Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği'nin bilgisine sunulacaktır. Atama makamı ya da Genel Sekreterlik, masraflar ve ücretlere ilişkin belirlemelerin, hakem mahkemesinin önerisi ile uyumlu olmadığı kanısına varırsa, gerekli değişiklikleri yapacak ve bu değişiklikler mahkemeyi bağlayacaktır. Bu şekilde yapılan düzeltmeler, hakem mahkemesi nihai kararlarının içinde; kararın daha önceden verilmiş olması halinde, maddi hatalara ilişkin karar düzeltme aşamasında belirtilmelidir¹³¹³. Masrafların ve ücretlerin belirlenmesinde atama makamı ya da Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği'ne danışılması halinde, tahkim sürecine devam edilecek ve gelecek olan cevaplar, mahkeme kararını, masraflara ilişkin kısmı dışında hiçbir şekilde etkilemeyecek veya kararın taraflarca tanınması ve icra edilmesini hiçbir şekilde engellemeyecektir¹³¹⁴.

UNCITRAL Tahkim Kuralları, masrafların paylaşılmasında başvurulacak kuralları da belirlemektedir. Buna göre masraflar, kural olarak davayı kaybeden tarafa yüklenecektir. Ancak hakem mahkemesi, davanın somut koşullarını dikkate alarak, daha makul olduğu kanısına varması halinde masrafları taraflar arasında paylaşırabilecektir. Paylaştırmaya karar veren hakem mahkemesi, uygun görürse nihai kararının içinde veya ayrı bir kararla, her iki tarafın ödemesi gereken masrafları belirleyecektir¹³¹⁵.

Masrafların karşılanması güvence altına almak amacıyla UNCITRAL Tahkim Kuralları, hakem mahkemesinin, kuruluşunda ya da tahkim sürecinin devamı sırasında, bu hükümlere göre belirlenen masrafların sonradan artması ihtimaline karşı taraflardan, eşit oranda teminat göstermelerini isteyebileceğini düzenlemektedir. Tarafların atama makamını kararlaştırmış olması halinde, taraflardan birinin talebi ve atama makamının kabul etmesi üzerine hakem mahkemesi, teminat ya da ek teminat miktarlarını, atama makamına danıştıktan

¹³¹³ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 41/4

¹³¹⁴ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 41/5,6,7.

¹³¹⁵ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 42.

sonra belirlemelidir. Teminat miktarı belirlendikten ve taraflara bildirildikten sonra, bu bildirimin alınmasından itibaren otuz gün içinde ödeme yapılmaması halinde mahkeme, tarafları, ödeme konusunda bilgilendirmelidir. Bunun üzerine halen ödeme yapılmazsa mahkeme, tahkim sürecinin askıya alınması veya sona erdirilmesine karar verebilecektir. Tahkim sürecinin sona erdirilmesi kararı veya nihai karar verildikten sonra mahkeme, taraflara, alınan güvencenin ne şekilde harcandığını gösterir bir döküm göndermeli ve kalan miktarı iade etmelidir¹³¹⁶.

IV. Karardan Sonraki İşlemler

Nihai karar tefhim edildikten sonra, yazım ya da hesaplama hatası olduğu ya da kararın muğlak, çelişkili ya da tamamlanmamış ifadeler içerdiği fark edilebilecektir. Aynı şekilde davaya bakan hakemler, çoğunlukla ana dilleri dışındaki bir dilde karar yazdıkları için hukuki terimlerde hata yapabilecekler ya da ortaya fazlaca teknik ifade içeren ve anlaşılmayan bir karar çıkabilecektir¹³¹⁷. Ancak kararın düzeltilmesi, yorumlanması ve ek karar verilmesi yetkilerinin mahkemenin kendinde var olan (*inherent powers*) veya taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı veyahut mahkeme kuralları ile tanınması gereken yetkiler olup olmadığına ilişkin kesin kurallar bulunmamaktadır.

Kural olarak hakemlerin davayı tamamlama görevi ve özen yükümlülüğü, bütün davalar için geçerlidir. Eğer açık bir yazım hatası yapılmışsa, özen yükümlülüğüne uygun davranılmamış demektir ki bu durumda yazım hatasını düzeltmek, bütün kararın geçerliliğini gündeme getirmekten ya da mahkemeyi bütün tahkim süreci için göreve çağırmaktan daha makul bir seçim olacaktır¹³¹⁸. Kimi yazarlara göre bu yetkilerin, tahkim kuralları ya da mahkeme statülerince öngörülmesi kabul edilmektedir¹³¹⁹. Hakem mahkemesi elbette bir dava hakkında nihai kararını verdiğinde, o davayı tekrar ele alamayacaktır; zira *ex officio* hale gelmektedir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, bu kuralın Kıta Avrupası hukuk sisteminden kaynaklanan istisnaları bulunmaktadır¹³²⁰. Hakem kurallarının pek çoğu zaten bu tür usullere izin vermektedir. Ancak karar düzeltme,

¹³¹⁶ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 43.

¹³¹⁷ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 685.

¹³¹⁸ WAINCYMER, 2012, s. 1330.

¹³¹⁹ Klaus Peter BERGER, **International Economic Arbitration**, Deventer, Boston, 1993, s. 643.

¹³²⁰ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 686.

yorumlama ya da ek karar verme usullerinin hepsi de kararın düzeltilmesi anlamına gelmektedir ve bunun hiçbir kuraldan kaynaklanmaya ihtiyacı bulunmamalıdır. Hatta Waincymer'e göre, düzeltilmiş, yorumlanmış kararlar ya da ek kararların da, mahkemenin ayrı birer belirlemeleri olmaları nedeniyle, yeniden düzeltme, yorumlama ya da ek karar taleplerine açık olmaması için hiçbir neden bulunmamaktadır¹³²¹.

A. Karar Düzeltme

Karar düzeltme, yargı kararında yapılacak esasa ilişkin değişiklikleri kapsamamaktadır. Karar düzeltme kapsamında mahkemenin düzeltebileceği hususlar, hesap hataları, yazım hataları, baskı hataları ya da bu türden hatalardır. Bunlar kimi zaman kodlama hatalarından, imla bozukluklarından kaynaklanabileceği gibi, tarafların ya da temsilcilerinin isimlerinin davalı veya davacı olarak yanlış yerde yazılması da söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla bahsi geçen hata, kesinlikle maddi bir hata olup, kararın gerekçesi, uygulanacak hukuk vs. gibi unsurlara ilişkin değildir¹³²².

Bütün hukuk sistemleri, yargı kararlarındaki imla ve hesap hatalarının düzeltilmesine izin vermektedir. Karar düzeltme yetkisi tahkim kurallarında da yer almaktadır. Örneğin, Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları'na göre, kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde tarafların her biri, karşı tarafa bildirmek suretiyle, hakem mahkemesinden, karardaki hesap, baskı ya da yazım hatalarını (ya da benzeri hataları) düzeltmesini isteyebilecektir. Hakem mahkemesi de re'sen, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde bu düzeltmeleri yapabilecektir. Düzeltmeler yazılı olmalı ve kararın şekli ve etkisine ilişkin özellikleri taşınmalıdır¹³²³. Tarafların karar düzeltmeye ilişkin başvuru süresi UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda otuz güne indirilmiş ve mahkemenin tarafların talebi üzerine düzeltme işlemini gerçekleştirme süresi kırk beş gün ile sınırlandırılmıştır¹³²⁴.

¹³²¹ WAINCYMER, 2012, s. 1331.

¹³²² POUDRET/ BESSON, 2007, s. 691.

¹³²³ 1992 PCA Optional Rules, article 36.

¹³²⁴ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 38.

Tahkim kuralları ya da taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasının bu konuda hüküm içermemesi halinde, mahkemenin karardaki açık hataları düzeltme yetkisini, tarafların tahkime rıza göstermesi veya hakem mahkemesinin davayı gerekli özeni göstererek tamamlaması yükümlülüğünün doğal bir sonucu olarak görmek gerekmektedir¹³²⁵.

Usule ilişkin uygulamaları bakımından değinilmesi gereken İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'nde, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın usul kuralları olarak benimsenmiş olması nedeniyle, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde tarafların, kararın yorumlanmasını¹³²⁶, karardaki maddi hataların düzeltilmesini¹³²⁷ ve ek karar verilmesini¹³²⁸ talep etme imkanları bulunmaktadır. Uygulamada taraflar bu usullere başvurulmasını talep etmiş olmakla birlikte Mahkeme, karar düzeltme dışında, bu maddelere çok sınırlı şekilde başvurmayı tercih etmiştir. Mahkemelere, yirmiden fazla kararın yorumlanması talebi gelmiş ve bunların hiçbiri kabul edilmemiştir¹³²⁹. Talepler çoğu zaman, mahkeme kararının anlaşılabilir, muğlak veya çelişkili ifadeler içermesi halinde taleplerin kabul edilebileceği, ancak söz konusu kararların bu özellikleri taşımadığını belirtmek suretiyle reddedilmiş; kimi zaman kararın anlaşılmasının, kullanılan terimlerden ileri gelmiş olması ihtimali üzerinde durarak, yorum talebine karşılık taraflara, kararın düzeltilmesi ile karşılık verilmiştir¹³³⁰.

Örneğin iki hükümet arasındaki bir davada mahkeme, ABD lehine tazminat kararı vermiş ve İran hükümeti, süresi içinde ve usulüne uygun şekilde, kararın bir hesaplama hatası içerdiği gerekçesiyle düzeltilmesi talebinde bulunmuştur. Mahkeme, daha önceki kararlarına atıf yaparak¹³³¹, benzer gerekçelerle talebi

¹³²⁵ RALSTON, 1946, s. 228; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 241; WAINCYMER, 2012, s. 1333; POUDRET/ BESSON, 2007, s. 691.

¹³²⁶ Iran-USA Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, article 35

¹³²⁷ Iran-USA Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, article 36

¹³²⁸ Iran-USA Claims Tribunal, Tribunal Rules of Procedure, 3 May 1983, article 37.

¹³²⁹ Sonuçlara, Mahkeme kararları veritabanında yayınlanmış olan kararlar ölçüsünde, Ağustos 2013 tarihi itibarıyla varılmıştır.

¹³³⁰ Uiterwyk Corporation, Jan C. Uiterwyk, Robert Uiterwyk, Hendrik Uiterwyk, Jan D. Uiterwyk v. The Government of Islamic Republic of Iran, the Ministry of Roads and Transportation, Ports and Shipping Organization, Iran Express Lines, Sea-Man-Pak, Case No. 381, Chamber One, Decision No. DEC 96-381-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed April 17, 1991.

¹³³¹ Harold Birnbaum and Islamic Republic of Iran, Decision No. DEC 124-967-2, para. 10 (14 Dec. 1995); Collins Systems International, Inc. and Navy of the Islamic Republic of Iran, Decision No. DEC 104-431-2, para. 6 (16 Jun. 1992).

reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, düzeltme talebi sadece maddi hatalar için kabul edilebilecektir. Ayrıca tazminata ilişkin hesaplamalar, bilgisayar kullanılarak gerçekleştirilmektedir ve yapılan kontrollerde hataya rastlanmamıştır. Oysa İran hükümetinin talebi mahkemenin davaya ilişkin hukuki ve maddi gerekçelerini gözden geçirmesini gerektirmektedir. Mahkeme'ye göre bu kararda gözden geçirmeyi gerektirecek herhangi bir husus bulunmamaktadır¹³³².

ABD vatandaşı ile İran hükümeti arasındaki bir davada davacı vatandaş, karar düzeltme talebinde bulunmuş, Mahkeme bu talebi reddederken, davacının düzeltme talebinin, mahkemenin nihai kararını gözden geçirmesini gerektirdiğini, başkaca belgelerin, tanık ifadelerinin sunulması ve duruşmaların yapılması ihtimalini içeren yeni bir hukuki prosedürü başlatma amacını taşıdığını, başka bir deyişle bütün kararın temyiz incelemesine tabi tutulması anlamına geldiğini belirtmiştir. Mahkeme, böyle bir talebin aritmetik bir hata ile ilgili olmayıp, kararın gözden geçirilmesini gerektirmesi nedeniyle, düzeltme talebini reddetmiştir¹³³³. Aynı davada davacı, bu gerekçeler ile ek karar talebinde de bulunmuş ve Mahkeme, yine aynı gerekçelere dayalı olarak bu talebi de reddetmiştir.

B. Kararın Yorumlanması

Kararın yorumlanması, kararın kötü ifadelerle yazılmış olması, gerekçelerle çelişmesi, anlaşılabilir veya uyumsuz ifadeler içermesi halinde, gerçek anlamına kavuşturulması faaliyeti olup, orijinal kararı değiştirmeyi ya da eklemeler yapmayı içermemektedir¹³³⁴.

Hakem mahkemelerinin nihai karar verdikten sonra bu kararın yorumlanmasına ilişkin yetkileri, karar düzeltme yetkisinden daha ihtilaflıdır. Tahkim kurallarının ve mahkeme statülerinin çoğu, kararın yorumlanması yetkisini tanımaktadır. Örneğin La Haye Sözleşmesi'ne göre, taraflar arasında nihai kararın yorumlanmasından veya uygulanmasından doğan her türlü uyuşmazlık, aksine bir anlaşma yoksa kararı veren mahkemeye havale

¹³³² The United States of America v. The Islamic Republic of Iran, Case No: B36, Chamber: Two, Award No. 126-B36-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed March 17, 1997, parag. 9-12.

¹³³³ Frederica Lincoln Riahi v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 485, Chamber One, Decision No. DEC 133-485-1, parag. 32.

¹³³⁴ POUDRET/ BESSON, 2007, 694.

edilmelidir¹³³⁵. UAD Statüsü'ne göre, nihai kararın anlamı ya da kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde, taraflardan birinin talebi üzerine Divan, kararı yorumlayacaktır¹³³⁶. Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları'na göre, nihai kararın taraflara tebliğinden itibaren 60 gün içinde tarafların her biri, diğerine bildirimde bulunmak koşuluyla, hakem mahkemesinden, kararın yorumlanmasını talep edebileceklerdir. Kararın yorumlanması yazılı olmalı ve bu talebin alınmasından itibaren kırk beş gün içinde sonuçlandırılmalıdır. Kararın yorumlanması üzerine ortaya çıkan karar, ilk kararın bütün özelliklerini haiz olmalıdır¹³³⁷. Görüldüğü üzere karar düzeltme sürecini mahkemenin re'sen başlatması mümkün olduğu halde, kararın yorumlanmasını yalnızca taraflar talep edebilmektedirler. UNCITRAL Tahkim Kuralları, kararın yorumlanması için başvuru süresini otuz güne indirmekle birlikte, Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları'ndaki diğer hususları aynen benimsemektedir¹³³⁸.

Ancak söz konusu kuralların ya da taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasının bu konuda hüküm içermediği durumlarda bu yetkinin, tarafların uyuşmazlığı tahkime havale etmek konusundaki rızalarından veya mahkemenin yargı yetkisinden zımnen çıkarılıp çıkarılamayacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, bu durumda hakem mahkemesinin davayı tamamlama yükümlülüğünden, yorumlama yetkisinin de zımnen çıkarılabileceğini savunmaktadır¹³³⁹. Ancak çoğunluğun görüşü, uluslararası mahkemelerin, bu yetki, kurucu belgeleri ya da taraflar arasındaki anlaşma ile verilmediği sürece, kararı yorumlama yetkilerinin bulunmadığı yönündedir. Taraflardan birinin böyle bir talepte bulunması üzerine karşı tarafın kararın yorumlanmasına rıza göstermesi halinde de bir anlaşmanın varlığından söz edilebilecektir¹³⁴⁰. Nitekim Berger'e göre, bir hakem mahkemesinin, kararı yorumlamak konusunda re'sen yetki sahibi olması, verdiği ilk kararın *res judicata* etkisi ile çelişmektedir¹³⁴¹. Oysa kararın yorumlanması, “kararın yazıldığı sırada içerdiği gerçek anlamının” ortaya

¹³³⁵ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 82.

¹³³⁶ UAD Statüsü, madde 60.

¹³³⁷ 1992 PCA Optional Rules, article 35.

¹³³⁸ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 37.

¹³³⁹ WAINCYMER, 2012, s. 1338; POUDRET/ BESSON, 2007, s. 693.

¹³⁴⁰ Kazimierz GRZYBOWSKI, “Interpretations of Decisions of International Tribunals”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 35, No. 3, Jul. 1941, s. 482-495; SIMPSON / FOX, 1959, s. 245; BORN, 2009, parag. 2537;

¹³⁴¹ BERGER, 1993, s. 640.

çıkarılmasıdır ki kararı veren mahkemece yapılan bir işlem olduğu sürece *res judicata* ilkesi ile çelişmeyecektir.

C. Ek Kararlar

Hakem mahkemesinin, tarafların bir ya da daha fazla iddiasını karara bağlamayı ihmal ettiği durumlarda başvurulabilecek yol, mahkemeden ek karar vermesini talep etmektir. Tahkim kurallarının çoğu, hakem mahkemesinin ek karar vermesine cevaz vermektedir. Örneğin Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları'na göre, kararın taraflara tebliğinden itibaren altmış gün içinde taraflardan her biri, diğer tarafa bildirimde bulunmak kaydıyla, yargılama esnasında sunulan, ancak mahkeme kararının dışında bırakılan iddia ya da iddialar hakkında ek karar verilmesini mahkemeden talep edebilecektir. Eğer hakem mahkemesi bu talebi haklı bulursa ve bu eksikliğin, başkaca delil sunulması ya da duruşma yapılmasını gerektirmeden giderilebileceği kanısına varırsa, talebi aldıktan sonraki altmış gün içinde ek kararı vermelidir. Verilen ek karar, nihai kararın her türlü özelliğini taşıyacaktır¹³⁴². Benzer hükümler içeren UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda başvuru süresi otuz gün olup, mahkemenin haklı bulduğu başvuruyu sonuçlandırma süresi yine altmış gündür. Mahkemenin gerekli görmesi halinde inceleme süresini uzatması mümkündür¹³⁴³.

Mahkemenin kendi inisiyatifi ile ek karar verip veremeyeceği konusunda ise kural bulunmamaktadır. Eğer mahkeme, hükümde değerlendirmesi gereken bir hususu atlamış ve nihai kararı tefhim etmişse, tahkim kuralları doğrultusunda, söz konusu mahkeme artık *ex officio* olduğundan ek karar verme yetkisi olmamalıdır. Ancak ek karar verme yetkisinin, mahkemenin yargılama görevini tamamlama yükümlülüğünün doğal bir parçası olarak değerlendirilmesi halinde ise taraflardan biri, taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı olduğu gerekçesiyle böyle bir yetkinin kullanılmasına itiraz edebilecektir. Waincymer'e göre, *functus officio* doktrini, yanlışlıkların düzeltilmesi, belirsizliklerin giderilmesi ve farkında olmadan

¹³⁴² 1992 PCA Optional Rules, article 37.

¹³⁴³ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 39.

atlanan noktaların karara bağlanması istisnaları ile birlikte kabul etmek gerekmektedir¹³⁴⁴.

Diğer yandan, mahkemenin bir hususu değerlendirmesi gerektiği halde ihmal ettiği durumlar ile üstü kapalı olarak reddettiği ve nihai kararda bu husustan bahsetmediği durumları ayırt etmek gerekmektedir. Kararın gerekçeli olması zorunluluğu nedeniyle mahkemenin, reddettiği hususları ve bunların reddedilme gerekçelerini kararda göstermesi gerekmektedir. Tarafların, nihai kararın dışında bırakılmış olan hususlara ilişkin “davasını yeterince ve eşit şekilde sunma” fırsatının verilmemiş olması üzerine, ek karar yoluna başvurulması, mahkemenin özen yükümlülüğünün sorgulanmasına neden olacaktır¹³⁴⁵.

Ek kararlar, orijinal kararlar ile birleştirilmemektedir. Bu nedenle ayrı bir iptal ya da icra başvurusuna konu olabileceklerdir. Ayrıca ek kararlar, orijinal kararlarla tamamen aynı sonuçları doğuracaktır.

Sonuç olarak, hakemlerin kararlarını düzeltme, yorumlama ve tamamlama yetkilerinin olması, tahkimin etkinliğine hizmet edecek olumlu bir gelişmedir. Zira tahkim kurallarında ya da taraflar arasındaki anlaşmada yer almadığı halde hakem mahkemesinin bu yetkileri haiz olması, tarafların bütün kararın iptaline varacak ve karardaki eksikliğe nazaran ölçsüz sayılacak girişimlerini engelleyecektir. Ancak bu yetkilerin, tarafların görüşleri alındıktan sonra dikkatli kullanılması gerekmektedir¹³⁴⁶. Diğer yandan bu tür yetkilerin hakem mahkemesinin davayı tamamlama yükümlülüğünün bir parçası olarak görülmesi makul bir yaklaşım olacaktır. Neticede bir kararı veren mahkeme, doğal olarak o kararı en iyi şekilde düzeltebilecek, yorumlayabilecek ve tamamlayabilecek olan makamdır.

Karardan sonraki işlemlere ilişkin yetkileri konusunda oldukça sınırlı hareket etmeyi tercih eden İran-ABD Hakem Mahkemesi’ne yöneltilen ek karar talepleri çoğu zaman, nihai kararda ihmal edilen herhangi bir husus olmadığı

¹³⁴⁴ WAINCYMER, 2012, s. 1342.

¹³⁴⁵ WAINCYMER, 2012, s. 1342

¹³⁴⁶ POUDRET/ BESSON, 2007, s. 697.

gerekçesi ile reddedilmiştir¹³⁴⁷. Bu noktada önemli olan hususlardan biri, mahkemenin ek karar taleplerini reddederken, orijinal kararın *res judicata* etkisini değil, orijinal kararda herhangi bir hususun atlanmamış olduğunu gerekçe göstermiş olmasıdır¹³⁴⁸.

D. Yargılamanın Yenilenmesi (*Revision*)

Uluslararası uygulamada yargılamanın yenilenmesi ve temyiz yolu, iki nedenle birbirinden ayrılmaktadır. İlk olarak yargılamanın yenilenmesi, yüksek mahkemece gerçekleştirilen bir işlem değil, doğrudan kararı veren mahkemenin ya da tarafların anlaşarak sadece bu amaçla kuracakları yargı organının yürüteceği bir süreçtir. İkinci olarak, yargılamanın yenilenmesi, muhakeme süreci kapandıktan sonraki bir aşamada, muhakeme sırasında mahkemece ve bunu ileri süren tarafça bilinmeyen, ancak karara etkili olabilecek türden bir olayın keşfedilmesi durumunda söz konusu olabilecektir¹³⁴⁹. Bu anlamda daha önce sunulmuş olan olaylara, farklı bir bakış açısı ile yaklaşılmasını ya da uluslararası hukuka dayalı başka türlü bir değerlendirme yapılmasını temin edebilecek bir yol değildir.

Yargılamanın yenilenmesi bazı uluslararası belgelerde yer almaktadır. Örneğin 1907 La Haye Sözleşmesi'ne göre taraflar, yetkilendirme anlaşmasında yargılamanın yenilenmesini talep etme haklarını saklı tutabileceklerdir. Bu durumda aksine bir anlaşma yoksa bu talep, kararı veren mahkemeye yöneltilecektir. Böyle bir talep ancak muhakemenin kapandığı tarihte mahkemece ve talepte bulunan tarafça bilinmeyen ve karar üzerinde kesin bir etki yaratacağı düşünülen bazı yeni olayların keşfedilmesi gerekçesine dayanacaktır. Yargılamanın yenilenmesi süreci, mahkemece, söz konusu yeni olayın bu özellikleri taşıdığına karar verilmesi ve talebin kabul edilebilirliğinin kayıt altına alınması ile başlatılabilecektir. Yetkilendirme anlaşmasında, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunma süreleri belirlenmiş olmalıdır¹³⁵⁰.

¹³⁴⁷ The United States of America v. The Islamic Republic of Iran, Case No: A33, Full Tribunal, Decision No. 132-A33-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed September 9 2004.

¹³⁴⁸ The United States of America v. The Islamic Republic of Iran, Full Tribunal, Decision No. 132-A33-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed September 9 2004, Case No: A33, parag. 26-30.

¹³⁴⁹ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 242.

¹³⁵⁰ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 83.

Örneğin ABD ve Meksika arasındaki *Pious Fund* davasında, taraflar hakem mahkemesini kuran 22 Mayıs 1922 tarihli Yetkilendirme Anlaşması'nda, La Haye Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak, kararın tebliğinden itibaren sekiz gün içinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabileceğini kararlaştırmışlardır¹³⁵¹. Ayrıca taraflar, bu talebe ilişkin argümanların, mahkemece farklı bir süre belirlenmezse, mahkemenin yargılamanın yenilenmesi talebini kabul etmesinin ardından beş gün içinde, karşı argümanların da devam eden on gün içinde sunulmasını ve yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilecek olan kararın, orijinal kararın taşıdığı bütün özellikleri taşıyacağını hüküm altına almışlardır. Benzer hükümlere Büyük Britanya ve ABD arasındaki Kuzey Atlantik kıyısı balıkçılığı uyuşmazlığının tahkime sunulmasına ilişkin 4 Nisan 1908 tarihli Özel Anlaşma'da da rastlanmaktadır. Buna göre, yargılamanın yenilenmesi talepleri, kararın tebliğinden itibaren beş gün içinde mahkemeye yöneltilecek ve mahkeme bu taleplere ilişkin duruşmaları 10 gün içinde başlatacaktır. Ayrıca talepte bulunan taraf, argümanlarının bir kopyasını karşı tarafa da iletmeli ve bu konuda her iki tarafa da mahkeme önüne dinlenilme hakkı tanınmalıdır¹³⁵².

UAD Statüsü de, yargılamanın yenilenmesi konusunda benzer hükümler öngörmekte, ancak “muhakeme kapandığında mahkemece ve talepte bulunan tarafça bilinmeyen ve karar üzerinde kesin bir etki yaratacak türden bazı yeni olayların keşfedilmesi” koşulu dışında, söz konusu yeni olayın ilk muhakemede değerlendirilmemiş olmasının, ihmalden değil, olayın mahkemece ve ileri süren tarafça bilinmemesinden kaynaklanmış olması gerektiğini öngörmektedir. Böyle bir başvuru üzerine yargılamanın yenilenmesi prosedürü, Divan tarafından bu yeni olayın varlığının açıkça tanınması ve talebin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi ile başlayacaktır. Divan, yargılamanın yenilenmesi talebini kabul etmeden önce kararın icrasını gerekli kılabilir. Her halükarda, kararın tebliğinden itibaren on yıl geçtikten sonra yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulamayacaktır¹³⁵³.

¹³⁵¹ UN Reports of International Arbitral Awards, The Pious Fund Case (United States of America v. Mexico), 14 October 1902, Vol. IX, s. 10.

¹³⁵² UN Reports of International Arbitral Awards, The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States), 7 September 1910, Vol. XI, s. 178.

¹³⁵³ UAD Statüsü, madde 61.

Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tahkim Usulüne ilişkin Model Kuralları da, yargılamanın yenilenmesi konusunda Divan Statüsü ile aynı hükümleri içermektedir. Bu Kurallar’a göre, yargılamanın yenilenmesi talebi, kararı veren mahkemeye yöneltilmelidir. Mahkeme, talebin kabul edilmesine karar verirse esasa geçecektir. Eğer herhangi bir nedenle kararı veren mahkemeye başvuruda bulunma imkanı yoksa ve taraflar aksini kararlaştırmamışsa başvuru, Divan’a da yapılabilecektir. Hakem mahkemesi ya da Divan durumun gerektirmesi ve ilgili tarafın isteği üzerine, orijinal kararın yürütmesini durdurabilecektir¹³⁵⁴.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi’nin yakın tarihli ve iki hükümet arasındaki bir davadaki tespitleri ise karardan sonraki işlemler ve özellikle yargılamanın yenilenmesi konusundaki tavrını çok daha net özetlemektedir. *“Mahkemenin, Çözüm Bildirisi kapsamında işlevini usulüne uygun biçimde yerine getirebilmesi için kararların nihailiğine ilişkin temel kuralın istisnaları olan karar düzeltme, yorumlama ve ek karara ilişkin yetkilerini dar yorumlaması gerekmektedir. Zira ne Mahkeme ne de tarafların, kararın bağlayıcı ve nihai niteliğine hâlel getirecek bir hükmü kabul etmek niyetinde olmadıkları açıktır... Her iki hükümetin de taraf olduğu 1899 tarihli La Haye Sözleşmesi’ne bakıldığında, tarafların yetkilendirme anlaşmasında, yargılamanın yenilenmesi (revision) hakkını saklı tutabilecekleri görülmektedir¹³⁵⁵ ... Bir uluslararası hakem mahkemesinin kendinde var olan (inherent powers) bazı yetkileri bulunmaktadır. Bu yetkiler, açıkça mahkemeye bahşedilmemiş olsa bile tarafların yargısal nitelikte bir kurumu yaratmaya ilişkin temel niyetinden bu sonucun zımnen çıkarılması gerekmektedir. Uluslararası mahkemelerin kendinde var olan yetkilerinin kaynağı, işlevlerini yerine getirmeleri gerekliliğidir¹³⁵⁶ ... Ancak bir uluslararası mahkemenin, yargılamanın yenilenmesi (revision) yetkisinin, kendinde var olan bir yetki olduğu konusunda doktrinde ve mahkemelerin*

¹³⁵⁴ 1958 ILC Model Rules, article 38.

¹³⁵⁵ The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, Full Tribunal, Decision No. 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, Filed 1 July 2011, parag. 58.

¹³⁵⁶ The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, Full Tribunal, Decision No. 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, Filed 1 July 2011, parag 59.

uygulamasında bir tutarlılık bulunmamaktadır¹³⁵⁷ ... Uluslararası mahkemelerin hangi yetkilerini kendinde var olan yetkiler olarak kullanabileceklerini belirlemek için her bir mahkemenin kendine has özelliklerini, kuruluşuna ilişkin koşulları, kurucu belgesinin konu ve amacını ve tarafların bu belgelere ilişkin olarak açıkladıklarını rızayı dikkate almak gerekmektedir¹³⁵⁸.

Mahkeme, kendisini kuran Bildirilerin hazırlık sürecini hatırlatmış ve tarafların mahkemeye özel olarak tanımamış olduğu yetkileri bakımından, “kendinde var olan yetki (inherent powers) kavramını açıklamıştır. Buna göre, “19 Ocak 1981’de, sürüncemeli ve zor geçen, Cezayir hükümetinin resmi arabulucu olarak hareket ettiği görüşmelerin ardından İran ve ABD hükümetleri Genel Bildiri ve Çözüm Bildirisi’nden oluşan Cezayir Bildirileri’ni kabul etmiştir. Cezayir Bildirileri, birbirine güven duymayan iki hükümet arasındaki bütün diplomatik ilişkilerin temelinden bozulduğu bir dönemdeki uzun ve ciddi bir siyasi krizi sona erdirmiştir. Bu Mahkeme, bir devletin vatandaşlarının öteki hükümete karşı iddiaları ve iki hükümet arasındaki iddiaların çözülmesi için Çözüm Bildirisi ile kurulmuş olan ve gerilimin azaltılması amacını taşıyan önlemlerden biridir. Bu iddiaların nihai olarak çözümü, krizin iki hükümetçe sonlandırılması için yaptıkları pazarlıkların önemli özelliklerinden biridir ki bu niyet, Çözüm Bildirisi’nin ilk maddesindeki, iki hükümetin doğrudan ilgili olduğu iddiaların çözümünü ilerleteceğine dair hükümde açıkça görülmektedir. Bununla beraber, Çözüm Bildirisi’nin 4/1. maddesinin, Mahkeme’nin bütün kararlarının nihai ve bağlayıcı olduğunu bildirmesi özellikle önem taşımaktadır¹³⁵⁹. Siyasi açıdan son derece hassas olan Cezayir Bildirilerine tam ve dikkatli şekilde başvurmaya ihmal etmemek gerekirken, bu açıdan Mahkeme’nin, kendinde var olan yetkilerini tayin

¹³⁵⁷ Mahkeme, UAD uygulamalarına atıf yaparak, “Uluslararası Adalet Divanı’nın 13 Temmuz 1954 tarihli BM İdare Mahkemesince Tazminat Kararlarının Etkinliği Hakkında Danışma Görüşü’nde, belirli bir durumda, nihai ve bağlayıcı bir kararın gözden geçirilmesinin mahkemenin kendinde var olan yetkilerinden olduğunu bildiren kararı bu Mahkeme’ce tanınmaktadır... aynı yetki daha sonra Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 61/1. maddesinde de tanınmıştır” şeklinde hatırlatmada bulunarak, bu görüşüne dayanak oluşturmuştur. The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, Full Tribunal, Decision No. 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, Filed 1 July 2011, parag. 60.

¹³⁵⁸ The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, Full Tribunal, Decision No. 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, Filed 1 July 2011, parag. 61.

¹³⁵⁹ The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, parag. 62.

ederken, bu belgeyi özellikle dikkatli olması gerekmektedir¹³⁶⁰ ... Ne Mahkeme'nin ne de tarafların, nihai ve bağlayıcı bir kararın verilmesinin ardından, yargılamanın yenilenmesinin (revision), Çözüm Bildirisi'nin uygulanabilmesi için gerekli olduğuna dair bir değerlendirmeleri bulunmamaktadır... Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi (revision) yetkisinin, kendinde var olan bir yetki olduğunu saptamaya hazır değildir¹³⁶¹. Ayrıca yargılamanın yenilenmesi yetkisini açıkça tanıyan modern uluslararası mahkemelerin usul kuralları ve statüleri, 'hukuka ilişkin hataların ortaya konulması' veya 'usule ilişkin temel hataları' gerekçe olarak saymamaktadırlar. Bu kurallar, için söz konusu kararın ancak 'yeni bir olayın ortaya çıkması' ve buna benzer nedenlerle yargılamanın yenilenmesinin (revision) mümkün olduğunu belirtmekte ve böyle bir başvuru için sınırlı süreler öngörmektedirler¹³⁶²... bu bakımdan bu dava yeni bir değerlendirmeyi gerektirmemektedir¹³⁶³.

Uygulama ve mevcut tahkim kurallarından anlaşıldığı üzere, hakem mahkemesi kararının verilmesinden sonra yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilmek için bu hakkın tahkim kuralları, mahkeme statüsü veya taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasında tanınmış olması gerekmektedir¹³⁶⁴. Bir başka deyişle yargılamanın yenilenmesi yolu, hakem mahkemesinin böyle düzenlemeler olmaksızın kendiliğinden kullanabileceği bir yetki değildir.

V. Kararın Geçersizliği

Kural olarak hakem mahkemeleri ve diğer uluslararası mahkemelerin kararları nihai olup, bunlara karşı başvuru yolu bulunmamaktadır. Bu anlamda uluslararası yargı sistemi yeknesaklığını sürdürmektedir. Bunun nedeni, uluslararası hukukta, emredici yargı yetkisini haiz bir yargılama sisteminin ve iç hukukta olduğu gibi mahkemeler arası hiyerarşinin olmamasıdır. Son yüzyıla

¹³⁶⁰ The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, parag. 63.

¹³⁶¹ The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, parag. 64.

¹³⁶² The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, parag. 65.

¹³⁶³ The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, Full Tribunal, Decision No. 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, Filed 1 July 2011, parag. 67.

¹³⁶⁴ Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, Full Tribunal, Decision No. 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, Filed 1 July 2011, parag. 46.

kadar halen, devletlerarası uyuşmazlıklar, nihai kararı verdikten sonra *ex officio* hale gelen *ad-hoc* hakem mahkemeleri önünde çözülmüştür.

Tıpkı ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukuk alanında görev yapan mahkemelerin de hata yapmaması mümkün değildir. Bazı kararlar, geçersiz kılınmasını gerektirecek kadar kendi içinde mantıksız ya da birbiri ile çelişkili fiili ve hukuki belirlemeler içerebilmektedir. Kararların geçersiz kılınmasının, hakem mahkemesinin kendisinde var olan bir yetki olup olmadığı hususu üzerinde fikir birliği bulunmamaktadır. Uluslararası yargı ve hakem kararları, nihai ve temyize kapalı olup, uyuşmazlığı kesin olarak çözmek zorundadır. Diğer yandan, uluslararası yargı kararlarının da kusurlu olabileceği ve bu şekilde uluslararası yargı otoritesine, uluslararası hukukun tutarlılığına ve öngörülebilirliğine zarar verebileceği gerçeği reddedilmemelidir¹³⁶⁵. Bu nedenle bazı temel sebeplerin bir uluslararası yargı kararını geçersiz kılınmasını meşrulaştıracığı kabul edilmektedir¹³⁶⁶. Ancak bu defa sorun, geçersizlik iddiasını inceleyecek bir mahkemenin bulunmasında ortaya çıkmaktadır. Çünkü kararı veren mahkeme, doğal olarak geçersizlik iddiasını incelemek için uygun bir platform değildir.

Hakem kararına itiraz edilmesi hususu, UAD Statüsü, Daimi Tahkim Divanı Seçimlik Kuralları'nda ya da UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda yer almamaktadır. Sadece Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları'nda bu husus düzenlenmektedir. Buna göre, kararın geçersizliği, mahkemenin yetkilerini aşması, mahkeme üyelerinin görevi kötüye kullanması, kararın gerekçesiz olması veya usul kurallarından esaslı şekilde sapılması ve tahkim kaydı ya da yetkilendirme anlaşmasının geçersizliği gerekçelerinden biri ya da daha fazlasına dayanarak, taraflardan herhangi birince ileri sürülebilecektir¹³⁶⁷. Karara bu şekilde itiraz edildikten sonraki üç ay içinde taraflar başka bir mahkeme üzerinde anlaşamazlarsa, geçersizlik iddiasını UAD inceleyecektir. İtiraz, mahkemenin yetkilerini aşması, gerekçesiz karar vermesi veya usul kurallarından esaslı şekilde sapması gerekçelerine dayanıyorsa, kararın tebliğinden itibaren altı ay; mahkeme üyelerinin görevini kötüye kullanması veya

¹³⁶⁵ Karin OELLERS-FRAHM, “Judicial and Arbitral Decisions, Validity and Nullity”, *MPEPIL*, 2011, s. 1.

¹³⁶⁶ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 250; CARLSTON, 1946, s. 185-192.

¹³⁶⁷ 1958 ILC Model Rules, article 35.

tahkim kaydı ya da yetkilendirme anlaşmasının geçersizliğine dayanıyorsa bunların öğrenilmesinden itibaren altı ay içinde ve herhalde kararın tebliğinden itibaren on yıl içinde ileri sürülmelidir. Divan, ilgili tarafın talebi üzerine, eğer koşullar gerektiriyorsa, itiraz incelemesi bitene kadar orijinal kararın yürütmesini durdurabilecektir¹³⁶⁸. İncelemesi sonunda kararın geçersizliğine hükmederse uyuşmazlık, taraflar arasındaki anlaşma ile kurulacak yeni bir mahkemeye havale edilmeli, tarafların anlaşamaması halinde ise orijinal hakem mahkemesinin kuruluşuna ilişkin usule başvurulmalıdır¹³⁶⁹.

Doktrinde ise uluslararası mahkeme kararlarının geçersizliğinin ileri sürülebilmesini temin edecek ve üzerinde –tam anlamıyla olmamakla birlikte- fikir birliğine varılmış dört temel gerekçe bulunmaktadır. Bunlar mahkemenin yargı yetkisini aşması, esaslı veya açık hata, mahkeme üyelerinin görevini kötüye kullanması ve yetkilendirme anlaşması ya da tahkim kaydının geçersizliğidir¹³⁷⁰.

A. Geçersizlik Nedenleri

1. Yetki Aşımı

Kararını uluslararası hukuka göre vermek üzere kurulmuş bir hakem mahkemesi, uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal eden bir karar vermemelidir. Benzer şekilde anlaşmada belirtilen belirli kurallara göre ve belirli sınırlar içerisinde karar vermek üzere yetkilendirilmiş bir hakem mahkemesi de bu kuralları görmezden gelmemelidir.

Hakem mahkemesinin yargı yetkisini aşması ile yargı yetkisinin bulunmaması temeline dayalı itirazları birbirinden ayırmak mümkün görünmemektedir. Mahkemenin yargı yetkisi taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşması ya da tahkim kaydında tanımlanmaktadır. Uluslararası hukukta yargı yetkisinin kural olarak tarafların rızasına dayalı olması nedeniyle hakemlerin, kendilerine verilen yetki sınırları içinde kalmaları gerekmektedir. Yargı yetkisinin

¹³⁶⁸ 1958 ILC Model Rules, article 36.

¹³⁶⁹ 1958 ILC Model Rules, article 37.

¹³⁷⁰ CARLSTON, 1946, s. 185-192; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 250-258; OELLERS-FRAHM, 2011, s. 1-8; Robert Y. JENNINGS, **Nullity and Effectiveness in International Law in Cambridge Essays in International Law**, Stevens, London, 1965, 64-87. Yetkilendirme anlaşmasının geçersizliğinin akibetinden daha önce bahsettiğimiz için burada tekrar açıklama yapmıyoruz.

aşılması, çeşitli şekillerde gerçekleşebilecek olmakla beraber; anlaşma dışına çıkan yargı kararları, yargı yetkisinin değerlendirilmesinde hata yapılmış olması, hukuka ilişkin değerlendirmelerde mahkemenin yetkisini aşması gibi durumlarla ilgili muhtelif uygulamalar bulunmaktadır.

Norwegian Claims davası, yetki aşımı iddiaları karşısında doktrindeki görüşlerin eğilimini göstermektedir. Dava konusu uyuşmazlık, 1917’de ABD’nin, Norveç ülkesindeki bütün gemi tersaneleri, gemiler ve bunlara ilişkin mallar ve sözleşmelere el koymasından kaynaklanmaktadır. Bu fiil nedeniyle sözleşmelerin Norveçli taraflarını oluşturan ve on beş geminin sahibi olan kişiler, sözleşmeden kaynaklanan haklarından mahrum kalmış, tazminat konusunda ABD’deki resmi makamlarla hiçbir anlaşmaya varamamışlardır. İki ülke arasında 30 Haziran 1921 tarihinde yürürlüğe giren yetkilendirme anlaşmasına göre hükümetler, iddialarını, 1907 La Haye Sözleşmesi kapsamında kurulacak bir hakem mahkemesine sunacaklar ve mahkeme iddiaları, hukuk ve adalet ilkeleri çerçevesinde değerlendirerek, ödenmesi gereken tazminatı belirleyecektir. Hakem kararı nihai ve bağlayıcı olacaktır¹³⁷¹. ABD’ye göre “adalet ve hukuk” ilkeleri, Mahkeme’nin, ABD fiilleri bakımından ABD ulusal hukukuna başvurmasını gerektirmektedir. Oysa Mahkeme’ye göre, adalet ve hukuk ilkelerine göre karar verme yetkisinin bulunması kendisine, uluslararası hukuk ışığında ABD yasalarını ve ABD’nin taraf olduğu sözleşmeleri değerlendirmek takdir yetkisi vermektedir. Bu çerçevede Mahkeme, 13 Ekim 1922 tarihli kararında, her bir davacı için binlerce dolar tazminata hükmetmiştir¹³⁷². Mahkeme’nin Amerikalı üyesi, aynı tarihte Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği’ne ve Norveç Dışişleri Bakanlığı’na bir mektup yazarak, kararda olumlu oy kullanan hakemlerin, tarafların argümanlarını dikkate almadıklarını, kendilerine anlaşma ile verilen yetkiyi aştıklarını ve bu nedenle kararın tefhiminde bulunmayı reddettiğini bildirmiştir¹³⁷³. Amerikalı üyeye göre, uluslararası hukuk devletlere, tarafsız yabancıların mallarına el konulması sonucunda, bu davada olduğu gibi tazmin yükümlülüğü yüklememektedir. Ayrıca

¹³⁷¹ Special Agreement, June 30th, 1921, Norwegian Claims Case (United States/Norway, 1922), Award of the tribunal of arbitration between the United States of America and the Kingdom of Norway under the special agreement of June 30, 1921, The Hague, October, 13, 1922, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029 (son erişim: 28.08.2013).

¹³⁷² Norwegian Claims Case (United States/Norway, 1922), s. 38.

¹³⁷³ CARLSTON, 1946, s. 168.

kararda, bu kadar yüksek tazminata hükmedilmesi hususu yeterince gerekçelendirilmemiştir¹³⁷⁴. Carlston’a göre, kamulaştırılmış malların yabancı sahipleri söz konusu olduğunda, hükmedilmesi gereken tazminatın nasıl belirleneceği ya da neyin “adil bir tazmin” olduğu hususundaki uluslararası hukuk kurallarının değerlendirilmesi, mahkemenin takdirinde olup, bunun bir geçersizlik nedeni olarak ileri sürülememesi gerekir. Carlston, Amerikalı hakemin bu konudaki girişimine ilişkin olarak, tahkim anlaşmasındaki “adalet ilkeleri”nin, “ABD adaleti” olarak anlaşılmasına karşı çıkarak, adaletin, ulusal hukuka, ulusal mahkeme kararlarına ve bunların yorumuna bakmaksızın dava konusunun, adalet ruhuna uygun olarak değerlendirilmesi olduğunu belirtmiştir¹³⁷⁵.

2. Açık Hata Doktrini

Açık hata, kesin bir tanımı olmamakla birlikte, buraya kadar değinilen geçersizlik nedenlerini kapsayabilecek ve her zaman karar düzeltme ya da yargılamanın yenilenmesi için gerekçe oluşturabilecektir. Dolayısıyla açık hata, mutlaka hakem mahkemesi kararının geçersizliğini gerektirmeyecek; hile söz konusu olmadığı sürece, kararın düzeltilmesi veya yargılamanın yenilenmesi sonucunu doğuracaktır¹³⁷⁶. Diğer yandan, mahkemelerin kendi yargı yetkisini tespit etmek ve uyuşmazlıkları adilane şekilde çözmek konusundaki takdir hakları geniş yorumlandığında, böyle bir hatanın tespit edilmesi zor olacaktır. Hangi hususların açık hata teşkil edeceği konusunda tahkim kurallarında da bir hüküm bulunmamaktadır. Bu şekilde tahdidi bir liste olmamakla beraber, kararın gerekçesiz olması ve temel usul kurallarının ihlal edilmesi, kararın geçersizliğinin ileri sürülmesine imkan verecektir¹³⁷⁷. Mahkemenin hukuka ve dava konusu olaylara ilişkin açık hatasının, kararın geçerliliğine etkisi ise tartışılmaktadır.

Grotius’a göre, her ne kadar ulusal hukuk sistemleri, yargı kararlarının adaletsiz olması durumunda buna karşı hukuk yolları öngörüyor olsa da, bu usulün hükümdarların hakemliğinde işletilmesi mümkün değildir. Bu halde daha yüksek bir makam olmadığından, karara fiilen direnmekten veya kararı uygulamaktan başka yol bulunmamaktadır. Böyle hakemlerin kararı, adalete

¹³⁷⁴ CARLSTON, 1946, s. 169.

¹³⁷⁵ CARLSTON, 1946, s. 169.

¹³⁷⁶ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 256; OELLERS-FRAHM, 2011, s. 3.

¹³⁷⁷ OELLERS-FRAHM, 2011, s. 3; CARLSTON, 1946, s. 185.

uygun olsun ya da olmasın, geçerli kalacaktır¹³⁷⁸. Vattel'e göre, eğer hakemler, açıkça adaletsiz ve mantıksız bir karara varmışlarsa, bu kararın bir hükmü olmamalıdır. Belirsiz bir tahkim anlaşması ile kurulan hakem mahkemesinde, hakemlerin yetkilerini aşmaları ya da kendilerine sunulmayan hususları karara bağlamaları ihtimali artmaktadır. Bir devletin, hak ihlali nedeniyle ne tür bir giderim ile tatmin olacağını açıkça belirleyerek atadığı hakemin ise, yetkilerini aşma ihtimali bulunmamaktadır. Buna rağmen anlamsız bir karar ortaya çıkmışsa, bu kararın bağlayıcılığı olmamalıdır. Ancak bu zorluklardan sakınmak ve kötü niyetli girişimlere izin vermemek için tahkim anlaşmasında, uyuşmazlık konusu, davacı devletin talebi ve davalı devletin ne ile itham edildiği hususları kesin olarak belirlenmelidir. Böylece hakem mahkemesinin kararlarının sınırları çizilmiş olur ve taraflar bunu uygulamakla yükümlü hale gelirler. Dolayısıyla tarafların, içeriği kesin olmayan ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkime sunulması konusundaki fikir ayrılığından kaynaklanan belirsizlikler içeren bir uyuşmazlığı, hakem mahkemesine sunmaları üzerine verilen hakem kararının “açıkça adaletsiz” olduğu da iddia edilemeyecektir. Bu tür bir kararın, ancak mahkemenin görevini kötüye kullanması veya açıkça taraf tutması halinde geçersizliği iddia edilebilir¹³⁷⁹.

Sonuç olarak devletlerin, açıkça adaletsiz veya mantıktan yoksun kararları uygulamayı reddetmesi mümkün görünmektedir. *Jus cogens* niteliğindeki uluslararası hukuk kurallarına aykırı kararlar ise elbette açık hata nedeniyle geçersiz sayılmalıdır. Ancak bu konuda bir örnek de bulunmamaktadır. Başka bir deyişle hakemlerin dava konusu olaylara ve uygulanacak hukuka ilişkin yaklaşımlarının hatalı olmasına dayanarak, kararın geçersizliğini ileri sürme ihtimalini, mümkün olduğunca dar yorumlamak gerekmektedir. Aksi halde aleyhinde karar verilen taraf için olağan bir kanun yolu yaratılmış olur ki bu, uluslararası yargı sisteminin ruhuna tamamen ters bir gelişme olacaktır.

¹³⁷⁸ Hugo GROTIUS, *De Jure Belli Ac Pacis*, Vol. II, A Translation of the Text, by Francis W. Kelsey, with the collaboration of Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves, and Herbert F. Wright, with an Introduction by James Brown Scott, 1925, s. 823.

¹³⁷⁹ Emer de Vattel, *Le droit des gens: Translation of the edition of 1758*, by Charles G. Fenwick, Carnegie institution of Washington, 1916, s. 223.

Venezuela ve ABD arasındaki *Orinoco Steamship* davası, bir uluslararası mahkeme kararının, bir başka uluslararası mahkemece geçersiz kılınarak düzeltildiği ilk yargı kararı olarak bu açıklamalara örnek gösterilebilir. 17 Şubat 1903 tarihli Anlaşma ile kurulan karma komisyonun görevi, ABD vatandaşlarının Venezuela aleyhine iddialarını karara bağlamaktır. Komisyon'un tek hakemi olan Barge, Hollanda Kraliçesi tarafından seçilmiştir. 22 Şubat 1904'te Barge, Orinoco Steamship şirketinin bir iddiasını karara bağlamış ve karar ABD hükümetince, yargı yetkisinin aşılması, hukuka ve olaylara ilişkin esaslı hata gerekçeleri ile reddedilmiş, Venezuela hükümetince tanınmıştır¹³⁸⁰. Daha sonra 13 Şubat 1909 tarihli Yetkilendirme Anlaşması'na göre Daimi Tahkim Divanı nezdinde kurulmuş olan Hakem Mahkemesi, aynı dava için tek hakemin verdiği kararın geçersiz olduğuna karar vermiştir¹³⁸¹.

1894'de Venezuela hükümeti, Grell şirketi ile bir sözleşme yaparak, Orinoco nehrinin bir kısmının seyrü sefer hakkını, on beş yıllığına münhasıran şirketin buharlı gemilerine bırakmıştır. Sözleşmede bulunan "calvo kaydı" gereği, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, yerel mahkemeler önünde çözülecek ve uluslararası alanda dava konusu edilmeyecektir. Bu sözleşme, hisselerinin yüzde doksan dokuzu ABD vatandaşlarına ait bir İngiliz şirketi olan Orinoco şirketine devredilmiştir. Şirket, Venezuela hükümetinden, yararlanılan hizmetler ve verilen zararlardan dolayı yarım milyon dolarlık bir meblağı talep etmiştir. Varılan çözüm anlaşması gereği Hükümet, 10 Mayıs 1900'da Grell şirketinin seyrü sefer hakkını altı yıllığına uzatmış, yirmi bin dolarlık nakit ödeme yapmış ve bir o kadarının da ileriki bir tarihte ödeneceğini, calvo kaydı içerecek şekilde taahhüt etmiştir. Aynı yıl içinde Venezuela hükümeti, Orinoco nehrinde seyrüseferi tamamen serbest hale getirmiş ve 1901'de 1900 tarihli anlaşmadaki altı yıllık süreyi feshetmiştir. Bunun üzerine şirketin hisse sahipleri, Orinoco Steamship adında bir Amerikan ortaklığı kurmuş ve bu ortaklık, İngiliz Orinoco şirketinin bütün mal varlığını ve borçlarını devralmıştır¹³⁸².

¹³⁸⁰ Orinoco Steamship Company, Date of Award: 25 October 1910, <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6132> (son erişim: 27.08.2013).

¹³⁸¹ Kararın resmi İngilizce tercümesi için bkz. PCA, Orinoco Steamship Company Case (United States of America v. Venezuela), Award of the Tribunal, Hague, 25 October 1910, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029 (son erişim: 27.08.2013).

¹³⁸² CARLSTON, 1946, s. 146.

Böylece Orinoco Steamship ortaklığının iddiaları, 17 Şubat 1903 tarihli Protokol ile kurulan ABD-Venezuela Karma Komisyonu önünde değerlendirilmeye başlanmıştır. Protokol gereği Komisyon, bütün iddiaları, “teknik özellikleri veya ulusal hukukun gereklerini bir tarafa bırakarak, tamamen adalete dayalı olarak” karara bağlayacak, komisyon kararları “nihai ve bağlayıcı” olacaktır. Tek hakem Dr. Barge, geçiş hakkının iptalinden kaynaklanan ve bir milyon doları aşan zararlardan kaynaklanan talepler de dahil, iddiaların hemen hepsini reddetmiştir. Hakeme göre geçiş hakkı sağlayan 1894 Anlaşması, Orinoco nehrinde münhasıran geçiş hakkı tanımış değildir. Ayrıca anlaşma gereği ulusal mahkemelere başvurulmamış, anlaşmanın Amerikan şirketine devredilmesi, Venezuela hükümetine bildirilmemiştir. Hakem bu gerekçelerle, ödenmesi gereken 20.000 \$ ilişkin iddiayı da reddetmiştir. Sadece 28.000 \$ ödenmesine karar verilmiş, avukatlık ücretlerine ilişkin talepler de reddedilmiştir¹³⁸³.

Kararın tebliğinin ardından davacı şirket, mahkeme sekreterliğine kararı protesto eden bir bildirim göndermiştir. Buna göre karar, mahkemeye sunulan delillere ve belgelere uygun olmayıp, dava konusu olaylara ve uygulanacak hukuka ilişkin hatalar içermektedir. Şirketin protesto metni çerçevesinde, 28 Şubat 1907’de Venezuela hükümetine, hakemin taraflar arasındaki protokolü görmezden gelmesi, ABD ya da Venezuela hukuku çerçevesinde değil, adalet duygusu çerçevesinde verilmesi gereken kararın başka bir mahkemece gözden geçirilmesi talebi iletilmiştir. ABD ve Venezuela hükümetleri arasındaki muhtelif pazarlıklar sonrasında, 13 Şubat 1909’da, kararı yeniden değerlendirmesi için La Haye Sözleşmesi’ne uygun olarak bir hakem mahkemesi kurulması kararlaştırılmıştır. Bu anlaşmaya göre hakem mahkemesinin görevi, davanın somut koşulları ve uluslararası hukuk ilkeleri çerçevesinde tek hakemin kararının geçerli olup olmadığını, tekrar incelenip incelenemeyeceğini, bu anlamda nihai niteliğini belirlemek ve eğer kararın geçersiz olduğu veya nihai olmadığı sonucuna varırsa, davayı esasa ilişkin olarak yeniden değerlendirmektir¹³⁸⁴. Daimi Tahkim Divanı nezdinde kurulan üç hakemli Mahkeme, 25 Ekim 1910’da, tek hakem kararının geçersiz olduğuna karar vermiştir. Buna göre, kural olarak bir hakem kararı

¹³⁸³ Timothy G. NELSON, “Annulment of International Arbitration Awards; Orinoco Steamship Case Sails On”, **SA BULLETIN**, 2/2010, s. 205-210; CARLSTON, 1946, s. 147.

¹³⁸⁴ CARLSTON, 1946, s. 148.

taraflar arasında bağlayıcı ve nihai olmalıdır. Ancak taraflar, 12 Şubat 1909 tarihli Protokol ile tek hakem kararının bağlayıcı niteliğini, “uluslararası hukuk ilkelerine” göre karar vermesini istedikleri bir mahkemeye sunmuşlar ve açıkça, hakem kararının geçersizliği de dahil olmak üzere, yargı yetkisinin aşıldığı ve kararda esaslı hata bulunduğu tespit edilmesi gibi sonuçları göze almışlardır. Mahkemeye göre, tek hakemin geçiş hakkının iptaline ilişkin kararı, dava konusu olayların değerlendirilmesi ve belgelerin yorumlanması sonucu verilen bir karar olup, hakemin yetkisi içindedir, bu nedenle tekrar değerlendirmeye açılmamalıdır. Neticede tek hakemin kararı, bu mahkemece tamamen geçersiz sayılmamıştır. Mahkemeye göre mesele, yargılamanın iyi ya da kötü yürütülmüş olması değil; kararın iptal edilmesi gereğinin olup olmadığıdır. Eğer bir hakem kararının, mahkemenin hatalı yaklaşımı nedeniyle yargılamanın yenilenmesi konusu olmak suretiyle sorgulanması yolu açılırsa –ki 1907 La Haye Sözleşmesi bu ihtimalden kaçınmaktadır- yargılamanın yenilenmesi ya da temyiz yolu olağan yargı usulünün bir parçası haline gelecektir. Diğer yandan tek hakemin, ödenmesi gereken yirmi bin dolar ile ilgili kararı geçersizdir. Zira 17 Şubat 1903 tarihli Protokol hakem mahkemesine takdir yetkisi vermemiştir. Yetki aşımı, yalnızca tahkime sunulan sorunla ilgili karar verirken değil, özellikle uygulanacak hukuka ilişkin kurallar hususunda, anlaşmadaki açık hükümlerin karara temel olan yorumunda da söz konusu olabilecektir. 1903 ve 1909 Anlaşmaları nedeniyle Venezuela hükümeti Calvo kaydını bilmektedir. Ayrıca adalet ilkeleri gereği, tek hakemin bulgusunun aksine, sözleşme devrinin, borçlu bundan haberdar olduğu sürece ayrıca bildirilmesi gereği bulunmamaktadır. Venezuela hükümetinin, sözleşmenin devrinin sırf kendisine bildirilmemiş olması nedeniyle Protokol’den kaynaklanan borcu bertaraf etmesi mümkün değildir. Tek hakemin kararı, esaslı hata içermektedir. Öncelikle karar verilirken, taraflar arasındaki Protokol’ün aksine, uluslararası teamül hukuku kuralları tamamen göz ardı edilmiştir. Diğer yandan hakemin olaylara ilişkin değerlendirmesi, geçersizlik için gerekçe oluşturmamalıdır. Ancak yetkilendirme anlaşmasında kararlaştırılmış olan hukuk kurallarına başvurulmaması, kendi takdiri çerçevesindeki hukuk kurallarına başvurmak suretiyle yaptığı değerlendirmelerin kararın temelini oluşturması, bir geçersizlik nedenidir. Her ne kadar ikinci hakem mahkemesine yetki veren Protokol, ilk kararın kısmen geçersizliğinin belirlenip belirlenemeyeceği

konusunda hüküm içermese de, sadece olayların yanlış değerlendirilmesinden kaynaklanan bir geçersizlik söz konusu değildir. Bu nedenle bu ikinci mahkemenin yetkisi, davanın esasına ilişkin değerlendirmelerde başvuru hukuk kurallarında yapılan hatanın tespiti ve düzeltilmesi ile sınırlı olmalıdır¹³⁸⁵.

Sonuçta Hakem Mahkemesi, bir kararın ancak sınırlı durumlarda geçersizliğinin (*nullity*) söz konusu olabileceğine ve bu durumların, yargı yetkisinin aşılması ve kararda esaslı hatadan ibaret olduğuna karar vermiştir¹³⁸⁶. Mahkeme'ye göre, önceki hakemin, Orinoco'daki münhasır seyrüsefer haklarından kaynaklanan zararlar nedeniyle 1.2 milyon dolarlık iddiasını reddetmiş olması, olayların yanlış yorumlanmasına dayansa bile, tekrar değerlendirme konusu yapılmamalıdır¹³⁸⁷. Ancak tek hakemin, Amerikalı yatırımcıların 19 bin dolarlık iddiasını reddetmesi, yargı yetkisini aşmaktadır. Tek hakeme göre, bu iddialar, Grell şirketi anlaşmasında, bütün uyuşmazlıkları Venezuela mahkemelerine havale eden Calvo kaydı nedeniyle reddedilmiştir. Oysa bu ihtimal, Venezuela'nın 1903 Protokolü'nde Calvo kaydı etkisinden feragat etmiş olması nedeniyle ortadan kalkmıştır. Bu nedenle 19 bin dolarlık iddianın reddi geçersiz (*void*) olup, geçersizliğin (*nullity*) bir sonucu olarak Hakem Mahkemesi bu miktarın şirkete ödenmesine karar vermiştir. Ayrıca tek hakemin, Venezuela'nın 1903 Protokolü ile bertaraf edilmiş olan bazı teknik detaylara dayalı savunmalarına dayanarak, belirli iddiaları reddetmesi de geçersiz (*void*) sayılmıştır¹³⁸⁸. Yargılama sonunda mahkeme, yasal temsilci masrafları da dahil olmak üzere yaklaşık 35.000 dolar ödenmesine karar vermiştir¹³⁸⁹.

Sonuç olarak, bir hakem mahkemesinin dava konusu olaylara ilişkin değerlendirmesi ve yorumu, ne başka bir uluslararası mahkeme ne de aynı mahkeme önünde yargılamanın yenilenmesine konu olmayacaktır. Bu çerçevede mahkemenin dava konusu olaylara ilişkin belge ve delillere yaklaşımı ve bunları

¹³⁸⁵ CARLSTON, 1946, s. 150-151.

¹³⁸⁶ PCA, Orinoco Steamship Company Case (United States of America v. Venezuela), Award of the Tribunal, Hague, 25 October 1910, s. 238.

¹³⁸⁷ PCA, Orinoco Steamship Company Case, (United States of America v. Venezuela), Award of the Tribunal, Hague, 25 October 1910, s. 238.

¹³⁸⁸ PCA, Orinoco Steamship Company Case, (United States of America v. Venezuela), Award of the Tribunal, Hague, 25 October 1910, s. 240.

¹³⁸⁹ PCA, Orinoco Steamship Company Case, (United States of America v. Venezuela), Award of the Tribunal, Hague, 25 October 1910, s. 255.

değerlendirmesi de başka bir yargılama konusu oluşturmamalıdır. Ancak bu durum, kararın kısmen geçerli ve kısmen geçersiz olması sonucunu doğuracağından, en makul çözüm, geçersiz sayılan kısım nedeniyle geçerliliğini kaybeden kısmın da hükümsüzlüğüne karar verilmesi olacaktır.

3. Hile

Yargılama esnasındaki tarafların argümanlarının hileli olması durumunda, mahkeme kararının akıbetinin ne olacağı sorusunun yanıtı, diğer geçersizlik gerekçelerine göre daha nettir. Elbette burada hilenin tanımının nasıl yapıldığı önem kazanmaktadır. Örneğin karar verildikten sonra yeni olayların ortaya çıkması ya da karara kadar bazı olayların fark edilmemiş gibi gösterilmesi, yargılamanın yenilenmesi ile giderilebilecek sorunlardır. Hilenin, kararın geçersizliğine neden olabilmesi için bütün tanıkların ya da çoğunluğunun yalan beyanda bulunmuş olması gibi yargılama sürecinin tamamını etkileyecek bir hilenin varlığı gerekmektedir. Ayrıca yargılamanın hileye dayalı kısmı ile diğer kısımlarını ayırt etmek mümkünse, bütün kararın geçersizliği söz konusu olmamalıdır. Ancak kararın hileye dayalı kısmın geçersiz kılınması halinde karar anlamsız hale geliyor ve bütünlüğü bozuluyorsa, bütün karar geçersiz olmalıdır¹³⁹⁰.

Uygulamada, hile gerekçesine dayalı olarak geçersiz kılınan karar örneğine rastlanmamakla beraber, İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi yargılamalarında hile, kararın geçersizliğine gerekçe olarak gösterilmiş ve bu gerekçeye dayalı olarak yargılamanın yenilenmesi talebi, Mahkeme’ce reddedilmiştir. ABD vatandaşları ile İran hükümeti arasındaki bir davada, Mahkeme’nin kararının ardından İran, kararın sahte faturalara ve tanıkların yalan beyanlarına dayandığı gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesini talep etmiştir¹³⁹¹. Mahkeme, belgelerin gerçekliğine ya da tanık beyanlarının doğruluğuna ilişkin herhangi bir şüphesi bulunmadığını, bu nedenle yargılamanın yenilenmesinin gerekli olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmeye lüzum görmediğini belirterek bu talebi reddetmiştir. Başka bir davada, Mahkeme’ce reddedilen bir iddianın, düzeltilerek tekrar

¹³⁹⁰ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 256.

¹³⁹¹ Dames&Moore v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 54, Chamber Three, Decision No. 36-54-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed April 23, 1985.

kendisine sunulması talebini de reddetmiş ve bu çerçevede bir kararın, istisnai durumlarda yargılamanın yenilenmesi konusu edilebileceğine ilişkin görüşlerini bildirmiştir. Buna göre, açık bir yetkilendirme olmadıkça, karar tefhim edildikten sonra, davanın esasa ilişkin olarak tekrar değerlendirmeye açılması, sahte belge ya da yalan beyana dayalı karar alınması gibi istisnai durumlarda söz konusu olabilecektir. Bunun, uluslararası mahkemelerin kendinde var olan bir yetki olup olmadığı konusunda, sınırlı örnekler ve değerlendirmeler bulunmakta olup, bunlar da tutarlı değildir. Bu davadaki yargılamanın yenilenmesi talebi ise mahkeme kararlarının nihailiği ile yargılama sürecinin bütünlüğü arasındaki hassa dengeyi bulma çabalarını yansıtan bir talep değildir. Mahkeme'ye göre, *Dames&Moore v. Iran* davasında olduğu gibi bu davada, daha önce reddedilmiş bir iddianın, düzeltilerek Mahkeme'ye sunulmasını meşrulaştıran *prima facie* bir durum olup olmadığı ve eğer varsa, Mahkeme'nin bu talebi kabul etme konusunda kendinde var olan yetkisinin varlığı araştırılmalıdır. Bu yetki ancak çok istisnai durumlarda kullanılmalıdır. Bu davada ise Mahkeme'ye göre yeniden yargılama için bir neden bulunmamaktadır¹³⁹². Bu noktada Hakem Mahkemesi'nin çekincesi çoğu zaman, mahkeme kurallarında yargılamanın yenilenmesi yetkisine ilişkin hiçbir hüküm bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Zira Mahkeme'ye göre, tarafların mahkemeye böyle bir yetkiyi açıkça vermemiş olması ve kararların “bağlayıcı ve nihai” olduğu hususunun mahkeme kurallarında açıkça hükme bağlanmış olması, yargılamanın yenilenmesi yetkisinin, mahkemenin kendisinde var olan bir yetki olarak görülmesini son derece zorlaştırmaktadır¹³⁹³.

4. Görevi Kötüye Kullanma

Uluslararası yargıçların bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir. Görevi kötüye kullanma, hakemlerin bağımsızlığına halel getirecek herhangi bir fiil olarak tanımlanabilir. Eğer temel bir kural, mahkeme üyelerinden birinin görevini kötüye kullanması nedeniyle ihlal edilirse, bu durum, mahkeme kararının geçersizliği için bir gerekçe oluşturabilecektir. Hakemlerin tarafsızlık ve

¹³⁹² Gloria Jean Cherfat, Roxanne June Cherfat, Ramin Cherfat v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 277, Chamber Two, Decision No. DEC 106-277-2, Iran--United States Claims Tribunal, Filed June 25, 1992, parag. 21-22.

¹³⁹³ Harold Birnbaum v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 967, Chamber Two, Decision No. DEC 124-967-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed December 14, 1995, parag 20.

bağımsızlıklarına hanel getirecektürden rüşvet gibi fiiller ve bunlara bağlanacak hukuki sonuçlar konusunda “Hakemlerin Nitelikleri” başlığında açıklamaları yapılmıştır.

Hakemlerin rüşvet almak suretiyle görevlerini kötüye kullanmaları konusunda herhangi bir örneğe rastlanamamıştır. Ancak mahkemenin, tahkim anlaşmasında tanımlanan görevini yerine getirmediği iddiasının söz konusu olduğu *Guinea-Bissau v. Senegal* davasına değinilebilir. Dava konusu uyuşmazlık, iki ülke arasındaki deniz sınırlarının belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. 26 Nisan 1960’da Portekiz ve Fransa, Fransız Topluluğuna bağlı özerk Senegal ve Portekiz Ginesi Guinea-Bissau arasındaki deniz sınırlarının belirlenmesi amacıyla anlaşmaya varmışlardır. Ancak uyuşmazlık anlaşmaya rağmen devam etmiş; Senegal, 1960 Andlaşması’nda tanımlanan sınırların tamamen geçerli olduğunu, Guinea-Bissau ise söz konusu deniz sınırlarının, bu Andlaşma’ya dayanmaksızın belirlenmesi gerektiğini savunmuştur¹³⁹⁴. 12 Mart 1985’te taraflar bir Tahkim Anlaşma ile üç üyeli bir Hakem Mahkemesi kurmuşlar; Mahkemedan, 26 Nisan 1960 tarihli Andlaşma’nın Guinea-Bissau ve Senegal Cumhuriyetleri arasındaki ilişkilerde hukuki geçerliliğinin olup olmadığını ve eğer yoksa, iki devlet arasındaki deniz sınırlarını belirleyen çizginin nasıl olması gerektiği sorusunun cevabını istemişlerdir. Tahkim Anlaşması’na göre Mahkeme kararı, haritada gösterilen bir sınır çizgisi içerecek ve bu haliyle taraflar için bağlayıcı olacaktır.

Hakem Mahkemesi, 31 Aralık 1989’da yayınladığı kararında, 1960 Andlaşması’nın, kabul edilme tarihinde yürürlükte olan hukuk kurallarına göre yorumlanması gerektiğini, dolayısıyla bu Andlaşma’nın, o tarihte bulunmayan - münhasır ekonomik bölge, balıkçılık bölgesi gibi- deniz sınırlarını belirlemediğini, ancak bitişik bölge ve kıta sahanlığını saptadığını tespit etmiştir. İkinci soruya gelince, Hakem Mahkemesi sınırların harita üzerinde gösterilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Kısaca Mahkeme’ye göre 1960 Andlaşması taraflar arasında geçerlidir ve gösterdiği kadarıyla deniz sınırlarını belirlemiştir¹³⁹⁵. Ancak Mahkeme başkanı ilk soruya olumlu cevap vermekle

¹³⁹⁴ Keith HIGHET / George KAHLE III, “*International Decisions: Arbitral Award of 31 July 1989*”, *Am. J. Int’l L.*, Vol. 86, No. 3, July 1992, s. 553. Hakem mahkemesindeki yargılama süreci hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. MCLLARKY, 1985, s. 93-123.

¹³⁹⁵ HIGHET/ KAHLE III, 1992, s. 554.

beraber; karara, bunun kolay bir yanıt olmadığını, olumlu ve olumsuz unsurlar içerdiğini belirten bir beyan eklemiştir. Kararda üyelerden biri de olumsuz oy kullanmıştır.

Guinea-Bissau hükümeti, Senegal hükümeti aleyhine 23 Ağustos 1989'te UAD'ye başvurmuş ve 31 Temmuz 1989 tarihli kararın, gerekli çoğunluk oluşmadığından yokluğuna karar verilmesini istemiştir. Ayrıca Guinea-Bissau'ya göre, Hakem Mahkemesi ikinci soruya cevap vermediğinden karar geçersizdir¹³⁹⁶.

UAD, bu davadaki yargı yetkisini tespit ederken, *Orinoco Steamship* davasında Daimi Tahkim Divanı'nın bulgusunu tekrar etmiştir. Buna göre Divan, tahkim sürecindeki değerlendirmeleri sorgulamayacak, Hakem Mahkemesi kararının doğru ya da yanlış olduğuna ilişkin bir karar vermeyecektir. Divan'ın işlevi, hakem mahkemesi kararının geçersiz olup olmadığına karar vermektir¹³⁹⁷.

Divan'a göre, Hakem Mahkemesi başkanının karara eklediği beyanı, kararın bir parçası değildir. Bunun Guinea-Bissau tarafından ileri sürülmesi, usulün suistimal edilmesi niteliğindedir (*abuse of process*). Neticede başkanın karar konusundaki çekincesi, olumlu oy kullanmasını engellememiş, mahkeme başkanı ve bir üye olumlu oy kullanmış, diğer üyenin karara katılmaması da, mahkemenin kararı kabul etmesinin önüne geçememiştir¹³⁹⁸.

Guinea-Bissau hükümetinin ikinci iddiası, Hakem Mahkemesi'nin, kendisine sorulan ikinci soruya yanıt vermemesinin ve bu tercihini yeterince gerekçelendirmemiş olmasının, yargı yetkisinin aşılması anlamına geldiği ve bu durumun kararı geçersiz hale getirdiğidir. Divan, Hakem Mahkemesi'nin ikinci soruya cevap vermediği argümanını reddetmiştir. Divan'a göre, Mahkeme, ilk soruya cevap verirken, ikincisini de yanıtlamış ve ikinci soruya cevap vermemeye karar vermiştir. Dolayısıyla Mahkemenin ikinci soruya cevap vermemesi görevini yerine getirmemesinden değil, cevap vermeme kararından kaynaklanmaktadır ki

¹³⁹⁶ ICJ, Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Application of 23 August 1989, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=82&code=gbs&p3=0> (son erişim: 27.08.2013).

¹³⁹⁷ ICJ, Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Judgment of 12 November 1991, s. 62.

¹³⁹⁸ ICJ, Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Judgment of 12 November 1991, s. 63.

bu kararını gerekçelendirmiştir. Kararın yeterince gerekçelendirilmemiş olmasıyla ilgili olarak ise Divan, ilk soruya olumlu cevap vermek suretiyle Tahkim Anlaşması metnine dayanan bir gerekçe oluşturulduğuna ve bu gerekçeye dayanarak ikinci soruya cevap verme gerekliliğinin olmadığına karar verilmiştir. Divan'a göre bu, yeterince açık bir izahattır¹³⁹⁹. Guinea-Bissau'ya göre, Tahkim Anlaşması'nın yapısı gereği, birinci soruya verilen cevaba bakmaksızın ikinci sorunun yanıtlanması gerekmektedir. Ayrıca ilk soruya verilen cevap kısmen olumsuz olduğundan, ikinci soruya mutlaka cevap verilmesi gerekmektedir. Divan'a göre Hakem Mahkemesi'nin, Tahkim Anlaşması'nı yorumlamak suretiyle kendi yargı yetkisi hakkında karar verme yetkisi bulunmaktadır. Divan'ın görevi, hangi yorum şeklinin daha iyi olduğunu belirlemek olsa idi, diğer uluslararası mahkemelerin yorum tercihlerini yargılayan bir temyiz makamı olarak görev yapardı. Oysa Divan'ın görevi, kendisine Tahkim Anlaşması ile yargı yetkisi verilen Hakem Mahkemesi'nin, uyuşmazlığı karara bağlarken açık hata yapıp yapmadığını belirlemektir¹⁴⁰⁰.

Guinea-Bissau hükümetine göre, Tahkim Anlaşması'nın olağan anlamı, önsözünde de belirtildiği üzere iki devlet arasındaki uyuşmazlığın çözülmesidir. Bu nedenle mahkemece, her devletin ilgili deniz alanlarını belirleyen bir hattın tespit edilmesi gerekmektedir. Guinea-Bissau hükümetine göre ilk soruya olumlu yanıt vermek uyuşmazlığı çözmemektedir. Divan bu argümanı da reddetmiş, Senegal'in, devletlerin halefiyeti bakımından, Fransa ve Portekiz arasındaki 1960 Andlaşması'nın –ki Guinea-Bissau hükümeti bu Andlaşma'nın yok hükmünde ve kendisine karşı ileri sürülemeyeceğini iddia etmektedir- geçerliliğini her zaman kabul ettiğini ve bu Andlaşma'nın hali hazırda bir sınır çizdiğini hatırlatmıştır¹⁴⁰¹. Divan'a göre, Hakem Mahkemesi'nin, 1960 Andlaşması'nın belirlediği sınırları tanımlarken gösterdiği gerekçe ve gerekçede bu Andlaşma'nın hazırlık çalışmalarına atıf yapması, sınır çizgisini göstermek için yeterlidir. Sonuç olarak,

¹³⁹⁹ ICJ, Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Judgment of 12 November 1991, s. 67.

¹⁴⁰⁰ ICJ, Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Judgment of 12 November 1991, s. 69.

¹⁴⁰¹ ICJ, Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Judgment of 12 November 1991, s. 72

sırf bir haritanın olmaması, hakem kararının geçersizliğine neden olmayacaktır¹⁴⁰².

Divan'ın kararı kimi yazarlarca, adaletsiz bir sonuca neden olmak pahasına, hakem kararının geçersiz kılınması konusundaki isteksizliğin gözler önüne serildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁴⁰³. Ancak bir uluslararası mahkeme kararının bir başka uluslararası mahkeme önünde sorgulanması yolunun açılması konusundaki endişesini Divan zaten kararında ifade etmiştir. Diğer yandan bir başka mahkeme önünde geçerliliği tanınmış bir haritanın, yeniden sorgulanması *res judicata* ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Bu noktada tahkim anlaşmalarının görüşmeleri aşamasının önemine işaret etmek gerekmektedir. Hakem mahkemelerinin yetkileri ve yerine getirmeleri gereken görevin tam olarak, şüpheyi yer bırakmaksızın ve açıkça, yetkilendirme anlaşmasında belirtilmiş olması gerekmektedir. Böylece mahkemenin kendisinden isteneni eksiksiz olarak yerine getirmesi mümkün olacaktır.

B. Geçersizliğin İleri Sürülmesi

Hakem kararının tefhiminden sonra, geçersizlik nedenlerinden biri ya da daha fazlasının ortaya çıkması halinde karar, kendiliğinden geçersiz ya da hükümsüz olmayacaktır. Geçersizlik nedenlerinin hepsi de, tarafların kararın hükümsüzlüğünü ileri sürebilmeleri için birer gerekçe oluşturacaktır¹⁴⁰⁴. Yine yukarıdaki örnek davalarda görüldüğü üzere, bu geçersizlik nedenleri, kararın tamamını geçersiz hale getirmek zorunda değildir.

Bir kararın geçerliliğine itiraz etmek, itiraz eden devletin o kararı uygulama yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Devletin, fiilen bu kararı uygulamayı reddetme imkanı bulunmakla birlikte, Carlston'a göre, bu imkanı kullanıp kullanamayacağı, kararın geçersizliğine ilişkin iddialarının esasına bağlı olacaktır¹⁴⁰⁵. Kural olarak karar, taraflar için bağlayıcıdır ve taraflardan birinin bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirmemesi, bu yükümlülüğün kendisini ortadan

¹⁴⁰² ICJ, Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Judgment of 12 November 1991, s. 74.

¹⁴⁰³ HARTZENBUSCH, 1992, s. 558.

¹⁴⁰⁴ SIMPSON/ FOX, 1959, s. 259, OELLERS-FRAHM, 2011, s. 3.

¹⁴⁰⁵ CARLSTON, 1946, s. 222.

kaldırmayacaktır. Ancak hukuken ve fiilen geçersiz kılınmış bir karar, tarafları uygulama yükümlülüğünden kurtaracaktır.

Uluslararası hukukta hiyerarşik bir yargısal sistem olmadığından, en önemli sorun bu geçersizlik nedenlerinin varlığının tespitinde ortaya çıkmaktadır. Merkezi bir üst mahkemenin olmaması nedeniyle geçersizlik nedenlerini kimi zaman kararı veren mahkeme, kimi zaman da UAD incelemektedir. Divan'ın bu incelemeyi yaptığı hiçbir durumda, temyiz makamı olmak gibi bir iddiası olmadığı gibi, ilk kararı veren mahkemenin değerlendirmelerini sorgulamaktan dikkatle ve haklı olarak kaçınmaktadır. Tarafların aralarındaki yetkilendirme anlaşmasında böyle bir çözümü kararlaştırmış olmaları halinde bile UAD'nin bir temyiz makamı gibi hareket etmesi, uluslararası yargı sisteminin doğasına aykırı düşmektedir. Diğer yandan geçersizlik nedeninin kararı veren mahkemeye karşı ileri sürülmesi halinde de doğal olarak bu iddia reddedilmekte, bir anlamda mahkeme, kendi davasının yargıcı olarak hareket etmektedir. Bu konuda başvurulabilecek bir başka çözüm, tarafların en baştan mahkemeyi, geçersizlik iddialarını da incelemek üzere yetkilendirmesidir. Böyle bir çözüm, mahkemenin kendi davasının yargıcı olması sakıncasını bertaraf etmemekle birlikte, en azından tarafların ortak rızası ile görev yapacağından *ex officio* sayılmasını önleyecektir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun bu konuda öngördüğü çözüm ise tarafların kararı, yargılamanın yenilenmesi için UAD'ye sunmalarıdır. Kararın geçersizliği, mahkemenin yetkilerini aşması, mahkeme üyelerinin görevi kötüye kullanması, kararın gerekçesiz olması veya usul kurallarından esaslı şekilde sapılması ve tahkim kaydı ya da yetkilendirme anlaşmasının geçersizliği gerekçelerinden biri ya da daha fazlası nedeniyle karara itiraz edildikten sonraki üç ay içinde taraflar başka bir mahkeme üzerinde anlaşamazlarsa UAD geçersizlik iddiasını inceleyecektir ¹⁴⁰⁶. Ancak tarafların ortak rızası ile girişilecek bu hukuk yolundan ise UAD Statüsü ya da Mahkeme Kuralları'nda söz edilmemektedir.

Sonuç olarak, devletlerarası tahkim kararlarının, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça yargılamanın yenilenmesi konusu olması imkanı bulunmamaktadır. Böyle bir anlaşmanın yokluğunda, hiçbir uluslararası

¹⁴⁰⁶ 1958 ILC Model Rules, article 35.

mahkemenin, bir başka uluslararası mahkemenin kararını yeniden değerlendirmeye açma yetkisi olmamalıdır¹⁴⁰⁷.

Uluslararası hukuk, belirli nedenlere bağlı olarak hakem kararlarının geçersiz kılınabileceğini kabul etmektedir. Ancak bir uluslararası mahkeme kararının bir başka uluslararası mahkemece geçersiz kılındığı örnek, bugünkü uygulamada, *Orinoco Steamship* davası ile sınırlı kalmıştır. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi UAD hakem mahkemelerinin kararlarını denetleyen bir temyiz makamı olarak hareket etmek niyetinde değildir. Gerçekten de böyle bir çözümün sonu görünmemektedir. Bu yolu açmak, karardan memnuniyet duymayan devletlerin hakem kararlarını UAD'ye taşımaları sonucunu doğurabilir ki bu halde uluslararası mahkeme kararlarının nihailiği ve bağlayıcılığı tamamen şüpheli hale gelecektir¹⁴⁰⁸.

Kararların geçersiz kılınması yolu, uyuşmazlıkların nihai çözüm yolu olarak yargısal çözüm yöntemini zayıflatmaktadır. Bu nedenle de son derece kontrollü ve istisnai durumlarda başvurulması gerekmektedir. Kararların geçersiz kılınmasına ilişkin hiçbir usul kuralının olmadığı durumlarda –ki çoğu devletlerarası tahkimde bu yol en baştan kapatılmıştır– kararı UAD'ye sunmak, en ikna edici yöntem olarak görünmektedir¹⁴⁰⁹. Ancak Divan'ın yargılamanın yenilenmesi yetkisini haiz olmasına devletlerin rıza gösterdiği sadece iki örnek bulunmaktadır (*King of Spain* davası ve *Guinea-Bissau v. Senegal* davası). Divan'ın bu konudaki yetkisini tanıyan örneklerin artması halinde, geçersizlik iddiaları, Divan yargı yetkisi alanına teamülen girecektir. Bu halde geçersizlik iddiaları, tamamen diğer yargı organlarının hukuka ilişkin değerlendirmelerinin, daha doğrusu “takdir haklarının”

¹⁴⁰⁷ NELSON, 2010, s. 214; David D. CARON, “*The Nature of Iran- United States Claims Tribunal and Evolving Structure of International Dispute Resolution*”, *Am. J. Int'l L.*, Vol. 84, No. 31, 1990, s. 104; MERRILLS, 2005, s. 129.

¹⁴⁰⁸ Guinea-Bissau-Senegal Hakem Mahkemesi kararının Uluslararası Adalet Divanı önünde geçersizliğinin iddia edilmesi ve Divanın bu iddiayı reddetmesinin ardından, Guinea-Bissau hükümeti, hakem kararının geçersiz kılınması ve aynı bölgedeki deniz sınırlarının belirlenmesi için sadece birkaç yıl sonra tekrar Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmuşlar ve Divan yine de bu kararı geçersiz olduğunu belirten kesin bir dilden sakınmış, taraf temsilcileriyle yaptığı görüşmelerde tarafların sınırlar üzerinde anlaşmalarına yardımcı olmuştur. Neticede, taraflar, deniz sınırları üzerinde anlaşmış, bu bölgeden çıkarılacak kaynaklar için ortak bir kuruluş tesis etmiş ve dava kapanmıştır. ICJ, *Maritime Delimitation between Guinea-Bissau and Senegal* (Guinea-Bissau v. Senegal), Order of 8 November 1995 (Removal from list), <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=59&case=85&code=dm&p3=3> (son erişim: 29.08.2013).

¹⁴⁰⁹ OELLERS-FRAHM, 2011, s. 5.

sorgulanması ve hatta denetlenmesi yolunu açacaktır. Ancak böyle bir çözüm bile, UAD kararlarının geçersizliğinin iddia edilmesi halinde, bu geçersizlik iddialarını hangi makamın inceleyeceği sorusunu tamamen yanıtsız bırakmaktadır.

VI. Kararın İcrası

Hakem kararının uygulanması tahkim sürecinin son aşamasıdır. Karar, mahkeme üyeleri ve başkan tarafından imzalanması, tefhim edilmesi, taraflara tebliği veya tahkim anlaşmasında kararlaştırılmış olan başka bir yöntemle hukuki etki ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Dolayısıyla bu aşamadan itibaren tarafların, kararı, iyi niyetle uygulama yükümlülüğü doğmuş olmaktadır. Karar düzeltme, kararın yorumlanması ya da yargılamanın yenilenmesi yöntemlerine başvurulması ya da bu başvuru sürelerinin başlamış olması, mahkeme aksine bir karar almadıkça, tarafların kararı uygulama yükümlülüğünü etkilemeyecektir¹⁴¹⁰. Bu durum, tahkim sürecinin, yargısal bir çözüm yöntemi olmasından kaynaklanmakta olup, bu yönüyle tahkimi, arabuluculuk veya uzlaşma yöntemlerinden ayırmaktadır.

Uluslararası belgeler de bu durumu teyit eder niteliktedir. La Haye Sözleşmesi'ne göre, tahkime başvurmak, kararın iyi niyetle icrasını taahhüt etmek anlamına gelmektedir¹⁴¹¹. BM Şartı'na göre, örgüt üyeleri, taraf oldukları uyuşmazlıklarda, UAD kararlarına uyma yükümlülüğü altındadır¹⁴¹². Diğer uluslararası mahkeme kararlarının icrası ile ilgili Şart'da bir hüküm olmamakla birlikte, tahkimin tarafları, her zaman kararı uygulamakla yükümlüdür. Çoğu zaman taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında veya usul kurallarında, kararın bağlayıcılığı ve tarafların bunu gecikmeksizin uygulama yükümlülüğüne ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ancak böyle hükümler bulunmasa bile, kararın taraflar bakımından bağlayıcılığı ve tarafların bu kararı iyi niyetle uygulama yükümlülüğü, kesin olarak kabul edilmektedir¹⁴¹³.

¹⁴¹⁰ CARLSTON, 1946, s. 223; SIMPSON/ FOX, 1959, s. 260; Oscar SCHACHTER, "The Enforcement of International Judicial and Arbitral Awards", *Am. J. Int'l L.*, Vol. 54, No. 1, January 1960, s. 1; POUDRET/ BESSON, 2007, s. 793;

¹⁴¹¹ 1907 La Haye Sözleşmesi, madde 37.

¹⁴¹² BM Şartı, madde 94/1.

¹⁴¹³ SCHACHTER, 1960, s. 2.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları'na göre, hakem kararı verildiği anda tarafları için bağlayıcı olmalıdır. Karar, mahkeme başkaca bir süre tayin etmediyse, iyi niyetle ve derhal uygulanmalıdır¹⁴¹⁴. Daimi Tahkim Divanı'nın İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkiminde Uygulanacak Seçimlik Kuralları'na ve UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre karar, nihai ve taraflar için bağlayıcı olup; taraflar, kararı, gecikmeksizin uygulamak yükümlülüğü altındadır¹⁴¹⁵.

Diğer yandan uygulamada devletlerin, kararı yerine getirmemek için başvurduğu “geçersizlik nedenleri” çoğu zaman siyasi nedenlerle birleşmektedir. Ancak siyasi nedeni ne olursa olsun, kararların icrasına ilişkin sorunlar, uluslararası yargı sisteminin etkinliğinin değerlendirilmesinde gözden kaçırılmamalıdır. Geçersizlik iddiasının gündeme geldiği ve yukarıda değindiğimiz birkaç örnek dışında, tahkime sunulan uyuşmazlıklara ilişkin kararlara taraflarca uyulmuştur. Her ne kadar uluslararası hukukta zorunlu yargı yetkisini haiz merkezi bir yargı organının bulunmaması sıkça eleştiri konusu olsa da, tarafların rızası ile kurulmamış bir mahkemenin kararlarının uygulanmaması ihtimali çok daha fazla olacaktır. Ancak mevcut koşullar altında da, devletlerarası tahkim kararlarının icrası için alınabilecek tedbirler meselesi ihmal edilmemelidir. Devletlerarası tahkime ya da diğer uluslararası mahkemelere başvurunun fazla olmaması ve bu konuda kesin bir usul yasasının oluşmamış olması nedeniyle, kararın uygulanmadığı münferit bir vakıa bile devletlerde, ilerideki uyuşmazlıkların tahkime sunulması konusunda olumsuz bir önyargı oluşmasına neden olmaktadır¹⁴¹⁶. Kararın icrasını sağlayacak tedbirlerin olmaması ya da yetersiz olması halinde, yargı organlarına duyulan güven de sarsılmakta, bunun nihai sonucu, uluslararası barışın tehdit edilmesine kadar varabilmektedir.

A. Kararın İcrası Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği

Taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasına, hakem kararının icrasına ilişkin detaylı hükümlerin konulması mümkündür. Özellikle kararın ne şekilde

¹⁴¹⁴ 1958 ILC Model Rules, article 30.

¹⁴¹⁵ 1992 PCA Optional Rules, article 32/2; 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 34/2.

¹⁴¹⁶ *Corfu Channel* davasında Arnavutluk'un Divan kararını uygulamaması üzerine, İngiliz Paramentosunda, uyuşmazlıkların Divan'a sunulmasının avantajlarını sorgulayan tartışmalar gerçekleşmiştir, SCHACHTER, 1969, s. 6.

uygulanacağını açık olmadığı durumlarda, böyle hükümler işlevsel olacaktır. Ancak genel olarak uluslararası hukukta, yargı kararlarının icrasına yönelik tutarlı bir sistem bulunmamaktadır. Parasal iddiaların çözümünde taraflar ya da kararı yazan mahkeme, genellikle ödemenin şeklini ve tarihini belirlemektedir¹⁴¹⁷. Sınır uyuşmazlıklarında, taraflar arasındaki anlaşmada teknik bir komisyon, hakem mahkemesinin verdiği kararı uygulamak üzere görevlendirilmektedir¹⁴¹⁸. Kararın icrasının denetimi bu şekilde başka bir organ ya da kişiye bırakıldığında, bu kişi ya da organa verilen yetkilerin de çok iyi tanımlanması, örneğin hakem kararının tam olarak anlaşılmadığı noktalarda takdir hakkı kullanıp kullanamayacağı gibi hususların, şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Aksi halde kararın icrasına ilişkin belirsizlik, taraflar arasında başka bir uyuşmazlığa neden olabilecektir.

Kararı uygulama yükümlülüğünün kapsamı, kararın içeriğine bağlı olarak değişecektir. Bazı kararlar, tarafların talebi üzerine, sadece hukuki bir durumun açıklanmasını içerdiğinden, icrası için özel bir fiilin gerçekleştirilmesi de gerekmemektedir. Ancak açıklayıcı kararlar da ilgili devletlerarasındaki ilişkiler ile yakından bağlantılı olması nedeniyle, açıklanan hukuki statüyü dikkate almayan devlet, kararı yerine getirmemiş olacaktır¹⁴¹⁹.

Kural olarak uluslararası mahkeme kararına uygun davranmakla yükümlü bir devlet, uluslararası alanda olduğu gibi ulusal hukukta da kararın gereğini yerine getirmelidir. Devletin uluslararası yükümlülüğünün gereği ile uyumlu olmayan bir fiili, yükümlülüğün kaynağına bakmaksızın, o yükümlülüğün ihlali anlamına gelecek ve söz konusu devletin uluslararası alanda sorumluluğunun

¹⁴¹⁷ İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi önünde görülen davaların pek çoğu buna örnek gösterilebilir. Örneğin, Aram Sabet, Karim Sabet, Reja Sabet v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 815/816/817, Chamber Three, Award No. 598-815 -816-817-2, Iran - United States Claims Tribunal, November 28, 2000.

¹⁴¹⁸ Örneğin, Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, Decision pursuant to Article 15B of the Commission's Demarcation Directions, 7 July 2003, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1150 (son erişim: 30.08.2013).

¹⁴¹⁹ Örneğin *Legal Status of Eastern Greenland* davasında USAD, 10 Temmuz 1931 tarihli kararında, Doğu Grönland'da bulunan bazı toprakların Norveç tarafından işgal emrinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiş; bu kararın üzerine Norveç emri geri almıştır. PCIJ, *Legal Status of Eastern Greenland*, A/B53, Judgment of 5 April 1933, s. 64, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a-b.php?p1=9&p2=3> (son erişim: 30.08.2013).

doğmasına neden olacaktır¹⁴²⁰. İhlali oluşturan fiil, ihmali ya da kasti, hatta sadece ihlal tehdidi şeklinde de gerçekleşebilecektir. İhlal, uluslararası yükümlülüğe aykırı bir iç hukuk düzenlemesinin kabul edilmesi, idari bir eylem ya da işlemin gerçekleştirilmesi ya da bir mahkeme kararının yayınlanmasını içerebilecektir. Söz konusu uluslararası yükümlülüğün kaynağı bir teamül hukuku kuralı, andlaşma hükmü, tek taraflı irade beyanı ya da genel hukuk ilkesi olabileceği gibi iki devlet arasındaki yargılama sonunda verilmiş UAD ya da tahkim kararı olabilecektir¹⁴²¹.

Devletlerarası hakem mahkemesi kararını yerine getirmekle yükümlü olan devletin, bunu ne şekilde yerine getireceği, iç hukukunda uluslararası hukuku nasıl bir hiyerarşiye göre konumlandığı veya bu konudaki diğer iç hukuk kurallarına göre değişecektir. Ancak uluslararası hukuk bakımından önemli olan, uluslararası alandaki sorumluluk olduğundan, devletin, devletlerarası tahkim süreci sonunda verilen yargı kararının icrası için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Bu tedbirlerin ne olacağı ise devletin iç hukuku ile ilgili bir sorundur.

B. Kararın İcrası için Alınabilecek Tedbirler

1. Genel Anlamda Alınabilecek Tedbirler

Devletlerarası tahkimin taraflarının, usulüne uygun olarak kurulmuş bir hakem mahkemesinin kararlarını yerine getirmemeleri, kararla bağdaşmayan ve iyi niyetli olmayan davranışları, öncelikle uluslararası kamu hukuku çerçevesinde

¹⁴²⁰ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN GAOR 56th Sess., Supp. No. 10, at 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001), article 12, http://untreaty.un.org/ilc/texts/9_6.htm (son erişim: 31.08.2013). Devletlerin yükümlülüklerinin ihlali ve bundan kaynaklanan sorumluluğu konusunda herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Bkz. BROWNLEE, 2012, s. 420; **Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions**, Edited by Malgosia Fitzmaurice, Danesh Sarooshi, The Clifford Chance Lectures, Vol. VII, Oxford, 2004; Alwyn Vernon FREEMAN, **The International Responsibility of States for Denial of Justice**, Longmans, Green and Company, London, 1938. Çalışma konusunun dışınma kalması nedeniyle devletlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kurallarına burada değinilmeyecektir.

¹⁴²¹ UN Legislative Series, Book 25: Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, s. 99, <http://untreaty.un.org/cod/legislative/series/index.html> (son erişim: 31.08.2013). Bu husus mahkeme kararlarında da çok defa ifade edilmiştir. Bkz. ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, s. 38; “*The Rainbow Warrior Arbitration between New Zealand and France*”, **J. Int'l. Arb.**, Volume 9, 1992, Issue 1, s. 17–28.

ilgili devletin sorumluluğuna neden olacaktır. Zira kararın icrası, tahkim anlaşmasının bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Devletlerarası tahkimde, hakem kararlarının icrasını temin edecek –New York Sözleşmesi gibi- özel sözleşmeler bulunmamakla birlikte; uluslararası ticari tahkim sonucu verilen kararın yerine getirilmesini sağlayan yükümlülükler de uluslararası andlaşmalardan kaynaklanmakta ve nihai olarak andlaşmalar hukukunun ve ahde vefa ilkesinin konusunu oluşturmaktadır¹⁴²².

Bir devletin, hakem kararını uygulamayı tek taraflı olarak reddetmesi durumunda, diğer devletin başvurabileceği yollar, hukuki olmaktan ziyade siyasi çözümlerdir. Kararı veren mahkemeden, kararı uygulaması için tedbir almasını talep etmek genelde etkin bir yöntem değildir. Zira aksine bir anlaşma yoksa, kararı vermek, mahkeme yetkilerini *ex officio* hale getirmektedir. Ayrıca mahkemenin bu konuda hukuken yetkilendirilmiş olması halinde bile, bu yetkinin fiilen nasıl kullanılacağı belli değildir.

Her ne kadar uluslararası mahkemeler, nihai kararlarını uygulamaya ilişkin yetki sahibi olmasalar da, tarafların usul kurallarına uymalarını sağlama yetkileri bulunmaktadır. Usul kurallarının gereğinin yerine getirilmemesi, örneğin işlemlerin süresi içinde yapılmaması, geciken tarafın mahkeme önünde davasını sunma hakkından mahrum olması sonucunu doğurabilecektir¹⁴²³. Mahkeme'nin talebine rağmen belirli bir belge ya da tanığın mahkemeye sunulmaması, mahkemenin bu fiili, sunmayan tarafın aleyhinde yorumlamasına neden olabilecektir. Ancak esasa ilişkin nihai karar için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Tarafların, aralarındaki yetkilendirme anlaşmasında, hakem mahkemesini, vereceği kararın icrası usulünü kararlaştırmamışsa, hakem mahkemesinin kararı yorumlamaya yetkili olması halinde –ki çoğu zaman bu yetki tanınmaktadır- kararın belirsiz noktalarını yorumlayarak açıklığa kavuşturan mahkeme, kararın uygulanmasını da kolaylaştırabilecektir. Ancak anlaşmada aksi

¹⁴²² Uluslararası ticari tahkimde uluslararası kamu hukukunun rolü konusunda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Stephen FIETTA/ James UPCHER, “*Public International Law, Investment Treaties and Commercial Arbitration: an emerging system of complementarity?*”, **Arb. Int'l.**, Vol. 29, No. 2, 2013, s. 187-222.

¹⁴²³ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, article 30; UAD Statüsü, madde 49.

kararlaştırılmadıkça, mahkemenin kararı yorumlama yetkisi, kararın ne şekilde uygulanacağını göstermeyi içermemektedir. *Haya de la Torre* davasında Divan'dan, *Asylum* davasındaki kararın yerine getirilmesini sağlayacak tedbirleri göstermesi istenmiştir. Divan bu talebe karşılık, *Asylum* davasındaki kararının sınırlarının, taraflar arasındaki Havana Sözleşmesi ile çizilmiş olduğunu ve bu Sözleşme'nin, icraya ilişkin herhangi bir hüküm içermediğini hatırlatmıştır. Divan'a göre, her ne kadar dava "soru formunda" açılmış olsa da, mahkemeden talep edilen, ilticanın nasıl sonlandırılacağını gösterilmesidir. Ancak mahkemenin bu konuda vereceği karar, çok geniş kapsamlı ve pek çok ihtimali içerebilecektir. Bu ihtimaller arasında yapılacak bir seçim de hukuka değil, uygulamaya yönelik değerlendirmelere ve siyasi menfaatlere dayanacaktır ki böyle bir girişim, Divan'ın yargısal işlevinin bir parçası değildir¹⁴²⁴.

Uluslararası hukukta merkezi bir icra mekanizması olmamakla beraber, davayı kazanan tarafın, kararı uygulamaktan geri duran tarafı, kararın gerektirdiği yükümlülükleri yerine getirmeye zorlamak amacıyla tek başına başvurabileceği ve hukuka uygun davranmaya zorlama yöntemleri olarak da bilinen yaptırımlar bulunmaktadır. Bu tedbirler, davayı kazanan devletçe tek taraflı olarak alınabilecek, diplomatik, ekonomik veya askeri tedbirler olabilecektir.

Kararın verilmesinin ardından, kararın karşı tarafça uygulanmaması üzerine davayı kazanan tarafın başvurabileceği yöntemlerden biri geleneksel diplomatik yöntemlerdir. Doğrudan ya da üçüncü bir kişi ya da devlet aracılığıyla görüşme, diplomatik protesto ve son çare olarak diplomatik ilişkileri kesmek, bunlardan bir kaçıdır. Diplomatik tedbirleri, ekonomik tedbirler izleyebilecektir. Bu tür yöntemlerin iki taraflı görüşmelerle desteklenmesi halinde, kararın icrası büyük ölçüde garanti altına alacaktır¹⁴²⁵.

Bilindiği üzere ulusal hukuk sistemlerinde, mahkeme kararlarının icrası, cebri icra yöntemiyle gerçekleştirilmektedir. Uluslararası hukukta, hukuken böyle bir yol olmamakla beraber, örneğin para borcunun ödenmesine ilişkin bir davayı kazanan devletin, kaybeden ve kararı uygulamayan devlete ait ve ülkesinde bulunan mallara el koyması, fiili bir çözüm olarak etkili olabilmektedir. Bu

¹⁴²⁴ ICJ, *Haya de la Torre* (Colombia v.Peru), Judgment of 13 June 1951, s. 79.

¹⁴²⁵ SCHACHTER, 1969, s. 7.

yöntem, uluslararası yargı kararlarının yerine getirilmesinde sıkça başvurulmuş bir yöntem olmamakla birlikte, devletlerin birbirlerini hukuka uygun davranmaya zorlamak üzere kullandığı yollardan biridir¹⁴²⁶. Ancak davayı kazanan devletin, davayı kaybeden ve kararı yerine getirmeyen devlet aleyhine alacağı önlemler kapsamına, örneğin üçüncü bir devlette bulunan mallarına el konulması ya da hesaplarının dondurulması gibi fiillerin girip girmediği tartışmalıdır. Zira kural olarak, üçüncü devletin, kararı uygulamak yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁴²⁷.

¹⁴²⁶ *Corfu Channel* kararını uygulamayan Arnavutluk'a karşı İngiltere, kendi bankalarında bulunan Arnavutluk hesaplarını donduracağını ilan etmiş, ancak böyle bir hesap bulunmadığı için bunu gerçekleştirememiştir.

¹⁴²⁷ Bir yargı kararının yerine getirilmesi için üçüncü devlet kontrolündeki mal varlıklarına el konulmasının hukuka uygun olup olmadığı konusunda Schachter'in verdiği *Monetary Gold* davası örneğine değinebiliriz. ICJ, *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, Application of 19 May 1953, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=79&case=19&code=gold&p3=0> (son erişim: 01.09.2013).

Corfu Channel davasından sonra Arnavutluk'un, Divan kararının gerektirdiği tazminatı ödememesi üzerine İngiltere, başka bir uyuşmazlığa ilişkin *Monetary Gold* davasında Arnavutluk'un talep ettiği altın değeri üzerinde hak iddia etmiştir. Dava konusu altına, 1943'te Roma'daki Almanlar tarafından el konulmuş ve hemen ardından bunlar, 24 Ocak 1946 tarihli Paris Andlaşması gereği, ABD, İngiltere ve Fransa'dan oluşan işgalci güçlerin kontrolüne girerek, el konulmuş altın fonlarının bir parçası haline gelmiştir. Roma'da el konulan altının Arnavutluk ve İtalya'ya ait olduğu iddia edilmiş ve 1951'de üç işgalci devlet, altınların bu iki devletten hangisine ait olduğunun belirlenmesi sorununun tahkime sunulması konusunda anlaşma yapmışlardır. Ancak sorun şu ki, ne İtalya ne de Arnavutluk bu Anlaşmanın tarafı değildir. İtalya'nın altınlara ilişkin iddiası, altının İtalyan altını olduğu ve söz konusu altın fonunun, İtalya'ya bağlanması gerektiğidir. İtalya'ya göre altın, Paris Andlaşması çerçevesinde Arnavutluk altını olsa bile, Arnavutluk, İtalyan hisselerine el koyduğu için İtalya'nın bu zararının giderilmesi gerekmektedir. Yani fonda yapılacak herhangi bir paylaşımda, öncelikli hakkı olan İngiltere değil, İtalya'dır. Bu konuda üç hükümetin yayınladığı beyanata göre, eğer hakem, Arnavutluk'un altın fonundan pay almaya hakkı olduğuna karar verirse, üç hükümet, bu payı, Arnavutluk ya da İtalya'nın 90 gün içinde Divan önünde karşı çıkarmaması halinde, *Corfu Channel* davasındaki tazminatın karşılığı olarak İngiltere'ye iletecektir. Üç hükümet, Divan önünde bu amaçla açılacak bir davadan dolayı sorumluluğu kabul etmek ve Divan'ın bu konuya ilişkin her türlü kararını uygulamak konusunda anlaşmışlardır. Bu üçlü beyanat, üç hükümetin gerçekleştirmek istediği plana, bir bakıma yargısal bir garanti sağlama amacındadır. Hakem Mahkemesi, kararında, İtalya'nın Paris Andlaşması'ndan kaynaklanmayan iddialarına ilişkin karar vermeye yetkili olmamakla birlikte, bu iddiaların, Arnavutluk'un İtalya'ya karşı hukuka aykırı fiillerinden kaynaklandığını ve Arnavutluk'un da bu Andlaşma gereği iddialarının geçerli olduğunu belirlemiştir. Hakem Mahkemesi'ne göre, İngiltere'ye yapılacak bir transfer, Divan'ın kararına bağlıdır. Neticede İtalya, 90 gün içinde Divan önünde itirazını belirtmiş, ancak Divan'ın Arnavutluk ve İtalya arasındaki bu sorun hakkında yargı yetkisi olmadığını da eklemiştir. Divan itirazı kabul etmiş ve bu davada yargı yetkisi olmadığını saptamıştır. *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, Judgment of 15 June 1954.

Fitzmaurice'e göre, yargı kararlarının dikkate alınmadığı durumlarda, bütün ülkeler, zorunlu olmamakla birlikte, bu husustaki hakları saklı kalmak üzere, kararın uygulanması için bu tür makul ve hukuki tedbirleri almaya yetkilidir. Bu olayda, Divan tarafından İngiltere lehine ve Arnavutluk aleyhine verilmiş ve hiç yerine getirilmemiş bir karar bulunmaktadır. Kamu yararı göz önüne alındığında, belirli sınırlar içinde, bütün ülkelerin Divan kararlarını uygulama görevleri bulunmaktadır. Bu nedenle üç hükümetin, Arnavutluk'un altın fonundaki payının İngiltere'ye

Bir uluslararası mahkeme kararının yerine getirilmesi amacıyla borçlu devlete ait malvarlığı değerlerine üçüncü devletçe el konulmasının meşruiyeti hakkında Schachter, bazı sonuçlara varmıştır. Schachter'e göre devletler, uluslararası hukuk çerçevesinde, Divan kararlarının yerine getirilmemesi halinde ve davayı kazanan tarafın böyle bir yardımı talep etmesi üzerine, kararın icrasına yardımcı olmaya yetkili olup, kimi zaman bu bir yükümlülük olarak da değerlendirilmelidir. Bu yardım, davayı kaybeden devletin rızası, Güvenlik Konseyi'nin yaptırım kararı ya da icraya ilişkin bir Divan kararı olmaksızın, üçüncü devletlerin ülkesindeki, davayı kaybeden devlete ait malvarlığı değerlerinin, davayı kazanan devlete havale edilmesini içerebilecektir. Üçüncü devletin yapacağı bu havale işlemi, kendisi bakımından, üçüncü devletlerin tarafların yarışan iddialarını da garantiye alacak gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü de göz önüne alarak gerçekleştirilmelidir¹⁴²⁸.

Bu ilkelere, yalnızca Divan kararlarının icrasını sağlamak üzere değil, hakem kararlarının icrasında da başvurulabilmelidir. Zira üçüncü devletlerin, bağlayıcı bir uluslararası yargı kararını yerine getirmeyen devletin mal varlığı değerlerine ilişkin hakları, söz konusu haklar bakımından bu devletin egemenliğine üstün gelmektedir.

2. Kuvvet Kullanımı ya da Tehdidini İçeren Tedbirler

Davayı kazanan devletin, uluslararası mahkeme ya da hakem kararı çerçevesinde, davayı kaybeden devletin yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlamak amacıyla kuvvet kullanımı ya da kuvvet kullanımı tehdidi içeren fiillere başvurusu, BM Şartı'nın 2/4. maddesindeki kuvvet kullanımı yasağının geniş yorumu kapsamında tamamen hukuk dışı olacaktır¹⁴²⁹. Zira aynı madde, üye

transferi mümkün olmalıdır. Neticede Divan, Arnavutluk'un rızası olmadığından ve Fransa, İngiltere ve ABD'nin andlaşma ile kendisine verdiği yetkinin, İtalya'nın girişimi üzerine gerçekleşecek bir yargılamayı kapsamaması nedeniyle yargı yetkisi bulunmadığına karar vermiştir. Observations and Submissions of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on the Preliminary question of competence of 26 March 1954, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=79&case=19&code=gold&p3=14> (son erişim: 01.09.2013).

¹⁴²⁸ SCHACHTER, 1969, s. 11-12.

¹⁴²⁹ BM Şartı çerçevesinde kuvvet kullanma yasağının geniş yorumu için bkz. BAŞEREN, 2003.

devletlere, uyuşmazlıklarını, uluslararası barış, güvenlik ve adaleti tehlikeye sokmaksızın, barışçıl yollarla çözmek yükümlülüğü yüklemektedir¹⁴³⁰.

BM Şartı'nın 2/4. maddesinde kesin olarak hükme bağlandığı şekliyle kuvvet kullanma yasağının varlığından önceki dönemlerde, devletlerin “varlığını koruma hakkı” veya “ihkak-ı hak” kapsamında uluslararası yargı kararlarını zorla uygulamak yetkileri bulunmakta idi¹⁴³¹. Günümüzde buna benzer bir görüşe sahip olan ve Şart'ın kuvvet kullanma yasağını dar yorumlayan uluslararası hukukçulara göre, hukuki bir hakkın korunması için zorlayıcı bir tedbir almak, 2/4 yasağı kapsamına girmemektedir¹⁴³². Bu görüşe göre böyle bir girişim, barışçıl yollardan biri olan yargısal çözüme başvurmuş, ancak kararın karşı tarafça veya 94. madde çerçevesinde Güvenlik Konseyi tedbiri aracılığı ile icrasını sağlayamamış devletin, örgüt amaçlarına aykırı hareket ettiği sonucunu doğurmamaktadır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, uluslararası mahkeme önündeki bir davayı kazanan devlet, kararın icrasına yönelik her türlü hukuki girişimden sonuç alamamışsa, BM amaçlarına aykırı olmamak ve davayı kaybeden devletin ülkesel bütünlüğünü ve siyasi bağımsızlığını hedef almamak koşuluyla, girişeceği her türlü icra faaliyetinde, kuvvet kullanma yasağından muaf olacaktır. Güvenlik Konseyi'nin hareketsiz kalan siyasi yapısı göz önüne alındığında, böyle bir çözüm makul görünebilir. Zira bir yargı kararının gereğinin yerine getirilmesinin, devletin ülkesel bütünlüğü ya da siyasi bağımsızlığına yönelmiş bir tehdit olarak yorumlanmaması gerekir. Ancak böyle bir girişimin, BM amaçları, özellikle de “uluslararası barışın muhafazası” ile bağdaştığını söylemek zordur. Zira barışçıl bir çözüm yolundan yola çıkarak kuvvet kullanmaya başvurmak, kuvvet kullanma yasağının istisnası olan meşru müdafaa gerekçesi ile hiçbir şekilde kesişmemekte, hatta doğrudan “ihkak-ı hak” girişimi olarak görünmektedir¹⁴³³. “Adaletin gereğini yerine getirmek” amacı da bu girişimi meşrulaştırmayacaktır. Zira BM'nin öncelikli amacı olan “barış”, adalete üstün gelmektedir.

¹⁴³⁰ BM Şartı, madde 2/3.

¹⁴³¹ Charles Chene HYDE, **International Law, Vol III**, Little Brown & Company, Boston, 1945, s. 1686; Green Haywood HACKWORTH, **Digest of International Law**, Government Printing Office, Washington, 1943, s. 623.

¹⁴³² Julius STONE, **Aggression and World Order. A Critique of United Nations Theories of Aggression**, Stevens & Sons Ltd, London, 1958, s. 95-100.

¹⁴³³ Aksi yönde görüş için bkz. SCHACHTER, 1969, s. 16-17.

3. Güvenlik Konseyi'nce Alınabilecek Tedbirler

BM Şartı'nın 94/2. maddesine göre, “Uyuşmazlığın taraflarından biri, Divan’ın verdiği kararın gereği olan yükümlülüklerini yerine getirmemezse, diğer taraf Güvenlik Konseyi’ne başvurabilir. Konsey gerekli görürse, kararın yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir veya alınacak tedbirleri kararlaştırabilir”.

Bu hükme göre, sadece UAD kararları, Güvenlik Konseyi’ni harekete geçirebilecek ve yalnızca davayı kazanan taraf böyle bir girişimde bulunabilecektir. Maddenin lafzına göre, Güvenlik Konseyi, böyle bir durumla karşılaştığında, harekete geçip geçmemek konusunda tamamen takdir hakkı sahibidir. Bu nedenle de Divan kararlarının yerine getirilmesi, ya tarafların alabileceği diplomatik önlemlere ya da Konseyin kullanacağı siyasi takdir hakkına kalmıştır. Kısaca Divan, hiçbir şekilde bu sürece dahil olmamaktadır.

Güvenlik Konseyi, Şart’ın 94/2. maddesi kapsamındaki yetkisini şimdiye kadar kullanmamıştır¹⁴³⁴. UAD kararlarının icrası sorununun ortaya çıktığı birkaç kararda da, icra meselesi ya askıda kalmış, ya taraflar arasındaki görüşmeler yoluyla çözülmüş veya uluslararası alandaki siyasi baskılar kararın yerine getirilmesinde etkili olmuştur¹⁴³⁵. *LaGrand* davasında olduğu gibi kararı yerine getirmeyen devletin, daimi üyelerden biri olduğu durumlarda ise Konsey’in hareketsiz kalması olağan karşılanmaktadır¹⁴³⁶. Ancak davayı kazanan devletin,

¹⁴³⁴ UAD’ nin göreve başladığı 1947 yılından 2008 yılına kadar ki kararlarına uyulması konusundaki istatistiksel araştırmalar ve değerlendirmeler için bkz. Aloysius P. LLAMZON, “Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice”, *Eur. J. Int’l L.*, Vol. 18, No.5, 2008, s. 815-852.

¹⁴³⁵ Bu kararlar, Land, Island, and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 13 September 1990, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=0e&case=75&code=sh&p3=4>; Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment of 3 February 1994, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c&d&case=83&code=dt&p3=4>; Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=&case=92&code=hs&p3=4>; Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea Intervening), Judgment of 11 June 1998, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=94&code=cn&p3=4>; Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. US), Judgment of 31 March 2004, http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=605_&p1=3&p2=3&case=128&code=mus&p3=4; LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=04&case=104&code=gus&p3=4> (son erişim: 01.09.2013).

¹⁴³⁶ LLAMZON, 2008, s. 852.

kararın uygulanmaması üzerine Güvenlik Konseyi'nden yardım istemesine de oldukça az rastlanmaktadır.

Örneğin İngiltere ve İran arasındaki *Anglo-Iran Oil Company* davasında, Divan'ın verdiği geçici tedbir kararını, İran yerine getirmemiştir. Bunun üzerine İngiltere, BM Şartı'nın 34. ve 35. maddelerine dayanarak, Güvenlik Konseyi'ne, İran'ın fiilinin, barışa karşı potansiyel bir tehdit oluşturduğu gerekçesi ile şikayette bulunmuştur. İngiltere'ye göre, İran'ın geçici tedbir kararını yerine getirmemesine göz yumulması halinde, bu dava hakkında verilecek nihai karar, korunacak bir menfaat kalmayacağından anlamsız olacaktır¹⁴³⁷. Ancak Güvenlik Konseyi'nin, Divan'ın 94/2. maddesi kapsamında aldığı geçici tedbirleri bizzat yerine getirme imkanı bulunmamaktadır. Kaldı ki örgüt üyelerinin ve hatta davanın taraflarının da Divan kararlarını yerine getirmek üzere harekete geçmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Aynı durum, hakem kararları için de geçerlidir. Hakem ya da Divan kararını yerine getirmemek, elbette Güvenlik Konseyi ya da Genel Kurul'da diğer devletlerce, uyuşmazlıklara ya da barışın tehdidinde ilişkin konular kapsamında görüşülebilecek, bu da hukuki bir önlem olmaktan ziyade, kararı yerine getirmeyen devlet bakımından siyasi bir baskı aracı olabilecektir¹⁴³⁸.

Unutmamak gerekir ki, BM'nin kuruluş felsefesi, uluslararası barış ve güvenliğin muhafazasına dayanmakta olup, hangi hallerin uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiğini takdir edecek olan Güvenlik Konseyi'dir. Bu nedenle Konsey'in, yargı kararlarının uygulanmaması halinde inisiyatif kullanmaması olağandır. Zira yargı kararlarının Konsey eliyle icra edilmesi sonucuna ulaşmak şimdilik mümkün görünmemektedir. Ancak yargısal çözüm yöntemine halen başvuruluyor olması ve kararların çok büyük bir bölümünün icrası, bu sistemin işlediğini göstermektedir.

¹⁴³⁷ Repertoire of the Practice of the Security Council, Chapter VIII. Maintenance of international peace and security, s. 360, http://www.un.org/en/sc/repertoire/46-51/Chapter%208/46-51_08-24-The%20Anglo-Iranian%20Oil%20Company%20case.pdf (son erişim: 31.08.2013).

¹⁴³⁸ Devletlerin uluslararası hukuka uyma nedenleri ve ahlaki değerlendirmelere ilişkin teorik tartışmalar için bkz. W. M. REISMAN, "The Enforcement of International Judgements", *Am. J. Int'l L.*, Vol. 63, 1969, s. 1-27.

SONUÇ

Uluslararası barış ve güvenliğin muhafazası ve sürdürülmesi, uluslararası hukuk düzeninin en zor ve en önemli görevlerinden biri olmaya devam etmektedir. BM Şartı'nın 33. maddesi, devletlerarası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesini gerektirmekte ve bu amaca yönelik barışçıl çözüm yöntemleri öngörmektedir. Görüşme, dostane çözüm, arabuluculuk, uzlaştırma ve soruşturma gibi yöntemler diplomatik; tahkim ve daimi uluslararası mahkemelere başvurmak ise yargısal yöntemler olarak bilinmektedir.

18. yüzyılın sonlarından bu yana bugünkü anlamıyla uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak başvurulmuş devletlerarası tahkim, II. Dünya Savaşı'ndan sonraki süreçte uluslararası ticari tahkimin gelişiminin aksine, ciddi bir düşüşe geçmiştir. Bu durum, devletlerarası tahkimin işlevselliğinin ihmal edilmesine neden olmuştur. Uluslararası Adalet Divanı'na olan rağbet ise, özellikle son 50 yılda hızla artmıştır. Bu durum, devletlerin barışçıl çözüm yollarını tercih etme konusundaki iradelerini göstermesi bakımından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilirse de, özellikle hayati çıkarlarla ilgili siyasi içerikli uyuşmazlıkların Divan'a sunulması konusundaki çekingenlik devam etmektedir. I. Dünya Savaşı'nda sonra Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın tercih edilmesinde gözetilen hukuki-siyasi uyuşmazlık ayrımı, hukuki uyuşmazlıkların büyük bölümünün Divan'a; siyasi uyuşmazlıkların ise tahkime havale edilmesi sonucunu doğurmuştur. Hukuki-siyasi uyuşmazlık ayrımının daha sonradan reddedilmesi ve bu ayrımın savaş sonrasındaki anlaşmalara yansımaması, hatta teoride ortadan kalkmaya başlaması, tahkim anlaşmalarındaki tarafların hukuku seçebilmeleri imkanının ihmal edilmesine neden olmuştur. Aynı dönemdeki tahkim yargılamalarında *ex aequo et bono* gerekçeler ile hakça ilkelere (*equitable principles*) dayalı kararlar arasındaki karmaşa, hakem mahkemelerinin kimi zaman hukukun içinde, kimi zaman ise hukukun dışında gerekçelendirdiği farklı kararların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu durum, devletleri de zamanla tahkimden uzaklaştırmıştır.

Devletlerarası tahkimin uzunca bir süre kurumsal alt yapıya kavuşturulamaması ve tam da kurumsallaşmaya müsait olduğu dönemde ise USAD'ın göreve başlaması nedeniyle devletler, anlaşmalardaki uyuşmazlıkların

çözümüne ilişkin hükümleri, *ad-hoc* hakem mahkemeleri ile sınırlamışlardır. Bu anlamda, usule ve esasa ilişkin her türlü kuralları önceden belirlenmiş, öngörülebilirliği daha fazla ve kararları ile içtihat yaratmak önceliğine sahip daimi bir mahkeme varken, sadece bir anlaşma hükmünden ibaret olan tahkim kayıtları işlerliğini kaybetmeye başlamıştır. Hakem kararlarının çoğunun kamuya açık olmaması, yani uluslararası hukukun gelişimine etkisinin değerlendirilmesini engelleyecek şekilde yayınlanmaması, böylece kararların sadece dava konusu uyuşmazlığın çözümüne hizmet etmesi de bu hususta önemli rol oynamıştır. Ayrıca, tahkimde tarafların istediği dili, diğer bir ifade ile Fransızca ve İngilizce dışındaki dilleri de kullanabilmesi, yaygın olmayan dillerin kullanıldığı kararların uluslararası hukukun gelişimine etkisinin sınırlı kalması sonucunu doğurmuştur.

Tüm bu olumsuz hususlara rağmen, geçmişte olduğu gibi günümüzde de devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yönteminin tercih edilmesi için önemli nedenler bulunmaktadır. Yargılama sürecinin gizliliği, tarafların mahkemenin kuruluşu üzerinde azami kontrol sahibi olabilmeleri ve tahkim sürecinin Divan yargılamalarına göre daha kısa sürmesi bunlardan birkaçıdır. Uyuşmazlığın çözümünde hakemleri seçebilmek, önemli bir avantajdır. Tarafların hakemleri seçebilme imkanının, verilecek kararın adilliğine olan inancı ve kararın icra kabiliyetini artırdığı bir gerçektir. UAD sisteminde mümkün olmayan, uyuşmazlık konusunda teknik ve uzmanlık gerektiren bilgiyi haiz kişileri hakem olarak belirleyebilme imkanı tarafların, mahkemeye güvenmelerini sağlayacaktır. Tarafların güvenini kazanmanın dışında, yargıçların seçilebilmesi, seçilen yargıçların, ilgili taraf devlet ile aynı hukuki ve sosyal kültür ya da aynı tarihi geçmişten gelmesi sonucunu doğuracaktır. Bu ise, yukarıda da ifade edildiği gibi, verilecek kararın adilliğine olan inancı artırdığı gibi, kararın icrasını da kolaylaştıracaktır.

Divan Statüsü ve usul kurallarında yargılamanın gizliliğine kural olarak izin verilmezken, tahkim yargılamasında taraflar, yargılamanın her aşamasında gizliliği temin edebilmektedirler. Yazılı aşama, sözlü aşama ve nihai karar ve bunlara bağlı doküman ve bilgilerin kamuya açıklanmaması ve alenileşmemesi, davanın ulusal alanda neden olabileceği siyasi dalgalanmalardan sakınmayı

sağlayacak; davanın tarafı olan devletlerin itibarının zedelenmesini engelleyecektir.

Divan'ın görevinin, Statü'ye uyumlu olduğu sürece uyuşmazlıkların dostane ya da doğrudan çözümünü sağlamak olduğu bilinmektedir. Ayrıca Divan'ın, uluslararası hukukun gelişimi bakımından sorumluluğunun, *ad-hoc* hakem mahkemelerine nazaran çok daha fazla olduğu savunulmaktadır. Oysa hakem mahkemelerinin öncelikli amacı uyuşmazlığın çözülmesidir. Nitekim İran ve ABD arasındaki rehine krizini çözemeyen Divan kararının ardından taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın, diplomatik yükümlülüklerin ihlal edilmesi dışında, çok boyutlu olması ve iki devlet arasındaki gerilimi giderek artırması nedeniyle tahkim yoluna başvurmuşlardır.

Bunlar yanında, uluslararası hukukta içtihat yaratma işlevinin Divan tarafından üstlenildiği gerçeğine rağmen, Divan'ın hakem kararlarına sıkça atıf yaptığına da tanık olunmaktadır. Örneğin, devletin ülkesini başka devletlere zarar vermeyecek şekilde kullanma yükümlülüğü ve sınır aşan zararlardan dolayı devletin sorumluluğunun saptanması bakımından *Trail Smelter* davası; tarafların ileri sürdüğü tarihsel haklarla ilgili iddiaların yetersiz bulunması ve adaların aidiyetinin coğrafi yakınlık esasına göre belirlenmiş olması bakımından Eritre-Yemen davası; haritaların ve egemenliği belirten fiillerin hukuki değeri konusunda *Palmas Island* davası; uluslararası mahkeme kararlarının geçersizliğinin iddia edilebilmesi bakımından *King of Spain ve Guinea-Bissau/Senegal* davası; özel hukuk ve kamu hukuku ilkelerinin birlikte uygulanması, geçici tedbirlere başvurulması, usul kuralları ve büyük bir siyasi gerilimi sona erdirmiş olması bakımından İran-ABD İddiaları davası en çok atıf yapılan hakem kararlarıdır. Söz konusu hakem kararlarına bilimsel eserlerde de sıkça atıf yapılmaktadır.

Unutmamak gerekir ki uluslararası mahkemeler, devletler karşısındaki meşruluklarını muhafaza etmek kaygısındadırlar. Bu durum, aynı zamanda mahkemenin arkasındaki kamu desteğini de ifade etmektedir. Kararların, “doğru”, “adil”, “tarafsız” olarak anıldığı davalar dışında; münferit kararların içeriğinin de –eleştirilmekle birlikte- destek bulduğu ölçüde, mahkemenin kamusal meşruiyetinin varlığından söz edilmektedir. Dolayısıyla bir mahkeme, sürekli olarak kamusal önceliklerini görmezden gelir ve münferit kararlarına destek

bulamazsa meşruiyetini kaybedecektir. Bu anlamda, devletlerarası tahkimin devletler bakımından tercih edilebilmesi için öncelikle uluslararası toplumda itibarını ve kamusal meşruiyetini tekrar kazanması gerekmektedir. Bu meşruiyeti etkileyen pek çok unsur bulunmaktadır. Devletler, devlet liderleri, özel hukuk kişileri, akademisyenler, yargıçlar, yargı kararları hakkındaki görüşleri ile mahkemelerin meşruluğunu etkilemektedirler. Bu meşruluğu sağlamak ve bu yolla kararların icrasını kolaylaştırmak için hakem mahkemelerinin başvurabileceği yollardan biri, sağlam bir şekilde gerekçelendirilmiş kararlar vermektir. Gerekli hukuki ve maddi nedenleri içeren bir karar, aleyhine karar verilmiş olan devleti ve kamuoyunu yönlendirecek kişi ya da kişileri tatmin edecek ve bu da kararın meşruiyetini artıracaktır. Gerekçesinin geniş takdir yetkisini içerdiği durumlarda bile mahkeme, gerekçeyi mümkün olduğunca siyasi değerlendirmeler içeren ifadelerden arındırmalıdır. Siyasi dengeler göz önüne alınarak karara varıldığı durumlarda bile, kararda, sınırları hukukun çizdiğini belirten ifadeler kullanılmalıdır.

Hakem mahkemelerinin, tıpkı ticari tahkimde olduğu gibi devletler ile işbirliği içinde çalışması, meşruiyeti artıracak bir başka husustur. İki tarafın da menfaatlerini gözeten yetkilendirme anlaşmasına mahkemece tam olarak uyulması, bu işbirliğinin önemli bir unsurudur. Taraflar arasındaki yetkilendirme anlaşmasından, çözüme ilişkin herhangi bir uzlaşma unsuru yakalayamayan mahkemenin ise, iki tarafın da çıkarlarını koruyan bir sonuca varması, varılacak çözümün icrasını kolaylaştıracaktır. Tahkim yargılamasında bunu başarmak, UAD'ye göre çok daha kolaydır.

Uzun yıllardır uluslararası hukukun mevcut barışçıl yöntemlerinin gerçekten yeterli olup olmadığı tartışmaları sürmektedir. Devletleri, uyuşmazlıklarını barışçıl yollarla çözmeye teşvik edecek teknikler, kurumlar, usuller aranmaktadır. Devletlerin, diğer yöntemler arasından birini tercih etme nedenleri ve bu tercihlerinin koşullara göre değişen münferit ya da genelleştirmeye müsait bir sebebinin olup olmadığı merak konusu olmaktadır. Uyuşmazlığı barışçıl yollarla çözmek, siyasi bir tercihtir. Ancak böyle bir tercihte bulunmakla diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin erişilebilirliği arasında ilişki mutlaka vardır. Daha fazla ve daha iyi

uyuşmazlık yöntemleri geliştirme gerekliliği, uluslararası hukukun konuya ilişkin tarihsel verileri, çabaları ve tecrübelerinden çıkarılabilmektedir.

Son yıllarda, belirli alanlardaki uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi şeklindeki genel bir yükümlülüğe başvurulması, özellikle de kesin kurallar formüle etmenin zor olduğu ve yoğun siyasi hassasiyet taşıyan alanlarda, diğer tarafla müzakere ve mütalaa yükümlülüğü, maddi kuralın esaslı parçası haline gelmiştir. Diğer yandan, güçlü bölgesel organizasyonların sistemleri, barışçıl çözüm söz konusu olduğunda zayıf kalabilmektedir. Bölgesel kuruluşların problemle fazlasıyla içli dışlı olması, çoğu zaman pozisyonlarının önceden belli olduğü görüntüsü vermektedir. Bu nedenle, belirli bir bölgeye sıkı sıkıya bağlı uyuşmazlıklarda çoğu zaman taraflar için, uyuşmazlığa daha uzaktan, daha tarafsız bir gözle bakacak olan ve tarafların sürece hakimiyetlerini muhafaza eden tahkim yöntemi, daha makul ve güvenli görünmektedir.

BM'nin kuruluşuna kadarki dönemde kabul edilen anlaşmaların pek çoğu tahkim kayıtları içermektedir. Divan geleneği, uyuşmazlıkları sırf hukuka dayalı ve uluslararası hukukun gelişimine hizmet eden değerlendirmeler eşliğinde çözmeye dayanmaktadır. Anlaşma yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi gibi geleneksel uluslararası hukukun hâkim olduğü alanlardaki uyuşmazlıklardan oluşan sınırlı konularda devletler, Divanın yargı yetkisini kabul etmektedirler. Diğer yandan son yıllarda, Divan'ın yargı yetkisini kabul etmekten çekinen devletler, bu çalışmada savunulanan aksine, sınırlı alanlar dışında, tahkime başvurmayı da tercih etmemektedirler. Geriye kronik uyuşmazlıklar yaratan ve kimi zaman yıllarca sürebilen diplomatik çözüm süreçleri kalmaktadır. Bu durum elbette devletlerin egemenliklerine hâlel getirmek istemeyişlerine ve uluslararası hukukun ünlü “etkin yürütme mekanizmalarının olmaması” konusundaki kusuruna bağlanabilecektir. Oysa içinden çıkılmaz bir uyuşmazlıkla yüz yüze geldiklerinde devletlerin tipik tepkileri, bu uyuşmazlığın ancak üçüncü bir tarafça çözülebileceği sonucuna varmalarıdır. Böyle bir durumda hükümetlerin en büyük sorunu, söz konusu üçüncü tarafın kim ya da ne olacağı ve devletleri hangi sona doğru götüreceği olmaktadır. Bu soruya verilecek en güven telkin edici cevap da tahkim yargılamasıdır.

Geleceğe dönük tercih edilebilirliğinin ve meşruiyetinin artması bakımından, uluslararası ticari tahkim uygulamalarından esinlenilmesi, devletlerarası tahkimin ihtiyacı olan bir başka husustur. Zira günümüz koşullarında artık “uluslararası kamu hukuku tahkimi- uluslararası özel hukuk tahkimi” şeklinde kesin çizgileri olan bir ayırım yapabilmek için başvurulacak yapı kalmadığı hususu çalışma içerisinde açıklanmaktadır. İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi bunun en önemli kanıtıdır. Mahkeme, ihtiyaca hizmet ettiği ve devletlerarası uyuşmazlıkları etkili şekilde çözebildiği ölçüde usul ya da esasa ilişkin olarak özel hukuk kurallarına başvurulabileceğini göstermektedir. Söz konusu tahkim yargılaması olduğunda, bu iki disiplin –uluslararası kamu hukuku ve uluslararası özel hukuk- arasındaki sınırlar yavaş yavaş kalkmaktadır.

Bundan sonraki süreçte devletlerarası tahkimden beklenen, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümü sürecinde, uluslararası ticaret, yatırım, çevre ya da iletişim konularındaki diğer sınır aşan çözüm yöntemleri ile bağlantılı olarak gelişim göstermesidir. Kamu hukuku ve karma sistemlerin bir araya gelmesi, devletlerarası tahkimin de kurumsal tahkimden faydalanabilmesi, böylece uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümü konusunda gerçekten etkili bir rol oynayabilmesi ve uluslararası hukukun gelişimi bakımından çok önemli bir adım olacaktır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- AKINCI, Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- AKİPEK, Ömer İlhan, **Devletler Hukuku Kaynaklarından Belgelerinden Örnekler**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1966.
- AKİPEK, Ömer İlhan, **Milletlerarası Adalet Divanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- ALDRICH, George H. **The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal**, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- ANTONOPOULOS, Constantine, **Counterclaims Before the International Court of Justice**, Springer, Netherlands, 2011.
- AUST, Anthony, **Handbook of International Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- BALASKO, Arpad, **Causes de Nullité de la Sentence Arbitrale en Droit International Public**, Paris, 1938.
- BAŞEREN, Sertaç Hami, **Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.
- BAUVIER, John, **A Law Dictionary**, Philadelphia, 1843.
- BEALES, Arthur C.F., **The History of Peace: A Short Account of the Organized Movements for International Peace**, Deal Press, New York, 1931.
- BELİK, Mahmut R., **Devletlerin Harf Salahiyetinin Tahdidi ve Milletlerarası İhtilafların Sulh Yolu ile Halli Usulleri**, II. Cilt, İstanbul, 1956.
- BERGER, Klaus Peter, **Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration**, 2th Revised Edition, Kluwer Law International, 2009.
- BERGER, Klaus Peter, **International Economic Arbitration**, Deventer, Boston, 1993.
- BISHOP, Crawford Morrison, **International Arbitral Procedure**, King Bros., Incorporated, 1930.
- Black's Law Dictionary**, 5th Edition, 1979.
- Black's Law Dictionary**, Edited by Bryan A. Garner, 9.th Edition, West, 2009.
- BOCZEK, Boleslaw Adam, **International Law: A Dictionary**, 2005.
- BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, Kluwer International Law, Hague, 2009.
- BOWETT, Derek William, **The International Court of Justice: Process, Practice and Procedure**, British Institute of International and Comparative Law, London, 1997.
- BRIGGS, Adrian/ DICKSON, Andrew/ HARRIS, Jonathan/ Lord Collins of Mapesbury, **The Conflict of Laws**, Morris & Collins, London, 2006.

- BROWER C. N./ BRUESCHKE, J. D., **The Iran- United States Claims Tribunal**, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1998.
- BROWNLIE, Ian, **International Law and the Use of Force by States**, Oxford University Press, Oxford, 1963.
- BUSTAMANTE, Antonio Sanchez de, **The World Court** , Macmillan, 1925, Vol. III.
- CARLSTON, Kenneth S., **The Process of International Arbitration**, Columbia University Press, New York, 1946.
- CARR, Indira/ Stone, Peter, **International Trade Law**, 4th Edition, Oxon, 2010.
- CHATFIELD, Charles, **The American Peace Movement: Ideals and Activism**, Twayne, 1992.
- CHOATE, Joseph Hodges, **The Two Hague Conferences**, Princeton University Press, New Jersey, 1913.
- COLLIER, John/ LOWE, Vaughan, **The Settlement of Disputes in International Law**, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- COOK, Adrian, **The Alabama Claims: American Politics and Anglo-American Relations, 1865–1872**, Cornell University Press, New York, 1975.
- CRAIG W. Laurence / PARK, W.William / PAULSSON, Jan, **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3th Edition, Dobbs Ferry, New York, 2000.
- ÇELİK, Edip, **Milletlerarası Hukuk**, I. Kitap, İUHF Yayınları, İstanbul, 1984.
- DAVID, René, **Arbitrage Dans le Commerce International**, Economica, Paris, 1982.
- DOLZER, Rudolf/ SCHREUER, Christoph, **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, New York, 2008.
- DUMBAULD, E., **Interim Measures of Protection in International Controversies**, Martinus Nijhoff Publisher, Hague, 1932.
- EKŞİ, Nuray/ NOMER, Ergin/ GELGEL, Öztekin Günseli, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- ELKIND, Jeroma B., **Interim Protection: A Functional Approach**, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1985.
- Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, Edited by Emmanuel Gaillard/ John Savage, Kluwer Law International, Hague, 1999, parag. 1507; W.L. Craig/ W.W. Park/ J. Paulsson, 2000.
- FRANCK, Thomas M., **Judging the World Court**, Priority Press Publications, New York, 1986.
- FREEMAN, Alwyn Vernon, **The International Responsibility of States for Denial of Justice**, Longmans, Green and Company, London, 1938.
- GAILLARD, Fouchard, **Goldman on International Commercial Arbitration**, Edited by Emmanuel Gaillard, John Savage, Kluwer Law International, Netherlands, 1999.
- Leland M. GOODRICH/ Edvard HAMBRO, **Birleşmiş Milletler Antlaşması, Şerh ve Vesikaları**. Çev.: Doç. Dr. İlhan Lütem. İstanbul, 1954.
- GROTIUS, Hugo, **De Jure Belli Ac Pacis**, Vol. II. A Translation of the Text, by Francis W. Kelsey, with the collaboration of Arthur E. R. Boak, Henry A.

- Sanders, Jesse S. Reeves, and Herbert F. Wright, with an Introduction by James Brown Scott, 1925.
- GÜNDÜZ, Aslan, **Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Bası, Reşat Volkan Günel (Ed.), Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- HABICHT, Max, **Post War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes**, Harvard University Press, Cambridge, 1931.
- HACKETT, Frank Warren, **Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration 1872: The Alabama Claims**, Houghton Mifflin, 1911.
- HACKWORTH, Green Haywood, **Digest of International Law**, Government Printing Office, Washington, 1943.
- HENDERSON, Conway W., **Understanding International Law**, Wiley-Blackwell, 2010.
- HENKIN, L./ PUGH, R./ SCHACHTER, O./SMIT, H., **International Law: Cases and Materials**, St. Paul, Ed. 1980.
- HENKIN, Louis, “Use of Force: Law and US Policy” in **Right v. Might: International Law and the Use of Force**, New York, 1991, s. 37-69.
- HUDSON, Manley O., **International Tribunals: Past and Future**, Carnegie Endowment for International Peace and Brookings Institution, Washington, 1944.
- HUDSON, Manley O, **The Permanent Court of International Justice**, The Macmillan Co., New York, 1925.
- HUDSON, Manley O, **The Permanent Court of International Justice 1920-1942**, New York, 1943.
- HUDSON, Manley O. **International Tribunals: Past and Future**, Carnegie Endowment for International Peace and Brookings Institution, Washington, 1944.
- HULL, William Isaac, **The Two Hague Conferences Their Contributions to International Law**, Ginn, Boston, 1908.
- HYDE, Charles Cheney, **International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States**, 1922, Vol. II.
- HYDE, Charles Chene, **International Law**, Vol III, Little Brown & Company, Boston, 1945.
- International Law, Vol V: Disputes, War and Neutrality**, Edited by Sir Elihu Lauterpacht, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- International Court of Justice, Digest of Judgments and Advisory Opinions, Canon and Case Law 1946-2012**, Edited by Guenther Dahlhoff, Martinus Nijhoff, Berlin, 2012.
- Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions**, Edited by Malgosia Fitzmaurice, Danesh Sarooshi, The Clifford Chance Lectures, Vol. VII, Oxford, 2004.
- JENKS, C. Wilfred, **The prospects of International Adjudications**, Oceana Publications, New York, 1964.
- JENKS, Wilfred C., **The Common Law of Mankind**, Stevens & Sons, London, 1958.

- JENNINGS, Robert Arthur Watts, **Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace**, Longman, Oxford, 1992.
- JENNINGS, Robert Y., **Nullity and Effectiveness in International Law in Cambridge Essays in International Law**, Stevens, London, 1965.
- JESSUP, Philip, **Price of International Justice**, Columbia University Press, 1971.
- JOHNSON, Samuel, **Dictionary of the English Language**, 4th Edition, London 1773.
- Judicial Settlements of International Disputes**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, An International Symposium, Springer Verlag Berlin Heidelberg New York 1974.
- KAZAZI, Mojtaba **Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals**, Kluwer Law International, Hague, 1996.
- KELLOR, Frances/ DOMKE, Martin, **Arbitration in International Controversy**, Vol. I, New York, 1944.
- KERR, Philip/ COURTIS, Lionel, **The Prevention of War**, Yale University Press, 1923.
- MOORE, John Bassett, **The Collected Papers of John Bassett Moore**, Vol. 5, Yale University Press, New Haven, 1944.
- KUEHL, Warren F., **Seeking World Order**, Vanderbilt University Press, Nashville, 1969.
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- LA FONTAINE, H., **Pasicrisie Internationale 1794-1900**, Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux, 1902.
- LEBOW, Richard Ned, **Between Peace and War: The Nature of International Crisis**, Johns Hopkins University Press, London, 1984.
- LAUTERPACHT, Hersch, **The Function of Law in the International Community**, Oxford University Press, Oxford, 1933.
- LAUTERPACHT, Hersch, **The Development of International Law by the International Court**, Cambridge University Press, Cambridge, 1958.
- LAUTERPACHT, Herch **Private Law Sources and Analogies of International Law**, The Law Book Exchange Union, London, 1927.
- LILLICH, Richard / MAGRAW, Daniel Barstow, **The Iran-United States Claims Tribunal: It's Contribution to the Law of State Responsibility**, Transnational Publishers, New York, 1998.
- MANI, V.S., **International Adjudication Procedural Aspects**, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1980.
- MALLOY, William M., Charles Garfield, Myers, Denys P. (Denys Peter), **Treaties, Conventions, International Acts, Protocols, And Agreements Between The United States of America and Other Powers**.
- MCNAIR, Arnold Duncan, **Law of Treaties**, Clarendon Press, 2th Edition, Oxford, 1961.
- MERAY, Seha, **Devletler Hukukuna Giriş**, II. Cilt, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1959.

- MÉRIGNHAC, Alexandre, **Traité Théorique Et Pratique De L'arbitrage International**, Paris, 1895.
- MERRILLS, J. G., **International Dispute Settlements**, 3th edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
- METTRAUX, Guénaël, **International Crimes and the Ad Hoc Tribunals**, Oxford University Press, New York, 2006.
- MEYER, Robert S., **Peace Organizations Past and Present: A Survey and Directory**, McFarland, Jefferson, 1988.
- MILLER, Russell / BRATSPIES, Rebecca M., **Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration**, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- MOORE, John Bassett, **A Digest of International Law**, Government Printing Office, Washington, D.C., 1906, Vol. V.
- MOORE, John Bassett, **International Adjudications: Ancient and Modern**, Oxford University Press, Oxford, Vol. I, 1929.
- MOORE, John Bassett, **History and Digest of the International Arbitration to Which the United States Has Been a Party**, US Government Printing Office, Washington, 1898, Vol. I.
- MORRIS, Robert C., **International Arbitration and Procedure**, 1911.
- NIELSEN, Fred Kenelm, **International Law Applied to Reclamations: Mainly in Cases Between the United States and Mexico**, John Bryne & Company, Washington, 1933.
- Nolo's Plain-English Law Dictionnary**, Edited by Gerald N. Hill, Kathleen Thompson Hill, California, 2009.
- O'CONNELL, Daniel Patrick, **International Law**, Stevens&Sons, London, 1970, Vol. 1.
- OVACIK, Mustafa, **İngilizce- Türkçe Hukuk Sözlüğü**, 3. Baskı, Ankara, 2000.
- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 4. Kitap, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2006.
- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- MCNAIR Arnold D., **Constitutional Limitations Upon the Treaty-Making Power**, 1933, s. 16.
- MCNAIR, Arnold D., **The Law of Treaties**, Clarendon Press, Oxford, 1961.
- PAVIC, Vladimir, **Counterclaim and Set-off in International Commercial Arbitration**, Annals International Edition, 2006.
- PETROCHIOS Georgios, **Procedural Law in International Arbitration**, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- PHILIPS, Edward, **The New World of Words**, 4th Edition, London, 1678.
- POUDRET, Jean-François/ BESSON, Sebastien, **Comparative Law of International Arbitration**, Sweet & Maxwell Ltd, Switzerland, 2007.

- PROTT, L.V., **The Latent Power of Culture and the International Judge**, Professional Books, Abingdon, 1979.
- PUFENDORF, Samuel, **The Law of Nature and Nations**: Eight Books, London, 1729.
- RALSTON, Jackson H., **International Arbitration from Athens to Locarno**, Stanford University Press, California, 1929.
- RALSTON, Jackson H., **The Law and Procedure of International Tribunals**, Revised Edition 1926, Garland, 1926.
- REDFERN, Alan / HUNTER, Martin, **Law & Practice of International Commercial Arbitration**, 4th Edition, Sweet&Maxwell, London, 2004.
- REISMAN, William Michael **Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgements and Award**, Yale University Press, 1971.
- RENAULT, Louis, **Une nouvelle mission donnée aux arbitres dans les litiges internationaux a propos de l'Arbitrage de Behring: Revue Générale de Droit International Public**, Paris, 1894.
- RIETER, Eva, **Preventing Irreparable Harm**, School of Human Rights Research Series, 2010.
- ROBER, Kaj, **Essays on International Arbitration**, JurisNet, New York, 2006.
- ROOT, Elihu, **Instructions to the American Delegates to the Hague Conference, 1907**, United States Deputy of State, 1907.
- ROSENNE, Shabtai, **The Law and Practice of International Court 1920-2005**, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006.
- Rosenne's the World Court: What It is and How It Works**, Martinus Nijhoff Publishers, 6th Edition- Terry D. Gill Edition, Netherlands, 2003.
- ROSENNE, Shabtai, **International Litigation in Practice, Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.
- ROSENNE, Shabtai, **Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea**, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- SANDIFER, Durward Valdamir, **Evidence Before International Tribunals**, Foundation Press, Chicago, 1939.
- SATOW, Ernest Mason, **Satow's Guide to Diplomatic Practice**, 3th Edition, Longman, London, 1932.
- SCELLE, Georges, **Précis de Droit des Gens**, Dalloz-Sirey, Paris, 1943.
- SCHWARZENBERGER, Georg, **International Law and Order**, Stevens&Sons, London, 1971.
- SCHWEBEL, Stephen M., **Justice in International Law**, Cambridge University Press, 1994, Cambridge, 1994.
- SCHWEBEL, Steven M., **International Arbitration: Three Salient Problems**, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.
- SCOTT, James Brown, **Hague Peace Conferences of 1899 and 1907**, Baltimore: Johns Hopkins Press, 1909.
- SCOTT, James Brown, **The Hague Court Reports**, First Series, New York, 1916.

- SCOTT, James Brown, **The Judicial Settlement of International Disputes**, Oxford University Press, Oxford, 1927.
- SCOTT, James Brown, **The Second Hague Conference: A Peace Conference**, Address at The George Washington University (December 21, 1907), reprinted in *American Addresses at the Second Hague Peace Conference* (James Brown Scott Edition, 1910).
- SCOTT, James Brown, **The Hague Court Reports, Second Series**, New York, 1932.
- SHAW, Malcolm N., **International Law**, 5th Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- SIMPSON J.L./ FOX, Hazel, **International Arbitration**, Frederic A. Praeger Publishers, New York, 1959.
- SOHN, Louis B., **Recent cases on United Nations Law**, 1963, Foundation Press, Brooklyn.
- STEINGRUBER, Andrea Marco, **Consent in International Arbitration**, 2012, Oxford University Press, Oxford.
- STONE, Julius, **Legal System and Lawyers' Reasonings**, Stevens&Sons, London, 1964.
- STONE, Julius, **Aggression and World Order. A Critique of United Nations Theories of Aggression**, Stevens & Sons Ltd, London, 1958.
- STUYT, A. Alexander Marie, **Survey of International Arbitrations: 1794-1989**, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.
- SWART, Mia, **Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda**, Faculty of Law, Leiden University, Johannesburg, 2006.
- ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İkinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- The Oxford Companion to Law**, D.M. Walker, ed. 1980.
- ULUSOY, Ülkü Halatçı, **Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözüm Mekanizması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- UN Conference on Trade and Development, **Dispute Settlement, International Commercial Arbitration**, 5.6 Making the Award and Termination of Proceedings, New York and Geneva, 2005.
- VATTEL, Emer De, **The Law of Nations**, Dublin, 1787.
- VATTEL, Emer de, **Le droit des gens**: Translation of the edition of 1758, by Charles G. Fenwick, Carnegie institution of Washington, 1916.
- WAINCYMER, Jeffrey, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, Hague, 2012, s. 421.
- Webster's New World Law Dictionary**, Edited by Susan Ellis Wild, Canada, 2006.
- WEBSTER, Noah, **A Compendious Dictionary of the English Language**, New Haven, 1806.
- WETTER, J. Gillis, **The International Arbitral Process: Public and Private**, Vol III, Oceana New York, 1979.

- WITENBERG J. C., *L'Organisation Judiciaire, La Procédure et La Sentence Internationales*, Paris, 1937.
- YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yenilenmiş 3. Bası, Ankara, 2005.
- ZIMMERN, Alfred, *The League of Nations and The Rule of Law 1918-1935*, Macmillan And Co., London,

MAKALELER

- ABI-SAAB, Georges, “Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks”, *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, Vol. 31, 1999, s. 919- 922.
- ABI-SAAB, Georges, “Damrosch, Ensuring the Best Bench: Ways of Selecting Judge” in Connie Peck, Roy S. Lee, *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1997, s. 188-206.
- AKİPEK, Serap, “Eritre-Yemen Hakem Kararı Işığında Kızıldeniz Adalarının Aidiyeti Sorunu”, *AÜHFD*, 2000, Cilt 49, Sayı 1-4, s. 1-30.
- ALDRICH, George H./ CHINKIN, “Christine M., Introduction to Symposium”, The Hague Peace Conferences, *Am. J. Int'l L.*, 2000, Vol. 94, s. 1-3.
- ANGELL, Ernest, “The Amicus Curiae: American Development of English Institutions”, *Int'l & Comp. L.Q.*, Vol. 16, 1967, s. 1017-1044.
- BALCH, Thomas Willing, “Arbitration” as a Term of International Law” *Colum. L. Rev.*, 1915, s. 1-70.
- BARCELO III, John J., “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vand. J. Transnat'l L.*, Vol. 36, 2003, s. 1115-1136.
- BAYILLIOĞLU, Uğur, “Dâimi Hakemlik Mahkemesi’nin Osmanlı İmparatorluğu ile Rusya Arasındaki Tazminat Faizi Uyuşmazlığına İlişkin Kararı Hakkında Bir Değerlendirme”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 7/2, Şubat 2011, s. 175-193.
- BERGER, Klaus Peter, “Set-off in International Economic Arbitration”, *Arb. Int'l.*, Vol. 15, 1999, s. 53-84.
- BASSIOUNI, M. Cherif, “Legal Status of US Forces in Iraq from 2003-2008”, *Chinese J. Int'l L.*, 2010, Vol. 11, Issue 1, s. 1-38.
- BEDERMAN, David J., “The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals”, in *International Courts for the Twenty-first Century*, Dordrecht, 1992, s. 161-164.
- BELLHOUSE, John/ LAYERS, Antony, “The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?”, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 23, 2004, s. 187-188.
- BELOHLAVEK, Alexander J., “Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur”, *Czech (&Central European) Yearbook of Arbitration*, JurisNet, LLC, New York, 2013, s. 25-51.
- BERNARDINI, Piero, “The Role of International Arbitrator”, *Arb. Int'l.*, Vol. 20, 2004, s. 113-122.

- BEST, Geoffrey, "Peace Conferences and the Century of Total War: The 1899 Hague Conference and What Came After", **International Affairs**, Vol 75, 1999, s. 619-628.
- BILDER, Richard B., "An Overview of International Dispute Settlement", **Emory J. Disp. Resol.**, Vol. 1, 1986, s. 1-32.
- BINGHAM Lord, "Reasons and Reasons for Reasons", **Arb. Int'l.**, Vol. 4, No. 2, 1988, s. 141-154.
- BLANKE, Gordon, "Institutional versus Ad Hoc Arbitration: A European Perspective", **ERA Forum**, Vol. 9, 2008, s. 275-282.
- BLEICH, Jeffrey, "A New Direction for the PCA: The Work of the Expert Group", **Leiden J Int'l L.**, Vol. 6, 1993, s. 215-240.
- BLUMERWITZ, D., "Treaties of Friendship, Commerce and Navigation", **EPIL**, 1984, Vol. 7, s. 484-490.
- BODANSKY, Daniel, "Non-Liquet", **MPEPIL**, 2012.
- BORCHARDT, Edwin M., "The North Atlantic Coast Fisheries Arbitration", **Colum. L. Rev.**, Vol. XI, January, 1911, No. 1, s. 1-23.
- BORCHARD, Edwin M., "Mavrommatis Concessions Case", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 19, 1925, s. 728-738.
- BOURGEOIS, Léon, "Report on the Organisation of a Permanent Court of International Justice", **L.N.T.S.**, Vol. 1, 1920, s. 33-35.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, "Case Management by Arbitrators: Experiences and Suggestions" in **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**, ICC Publishing, Paris, 2005, s. 124.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, "The Role of Arbitration within Today's Challenges to the World Community and to International Law", **Arb. Int'l.**, Vol. 22, No. 2, 2006, s. 165-177.
- BRADFORD, William, "The Duty To Defend Them: A Natural Law Justification For The Bush Doctrine Of Preventive War", **Notre Dame L. Rev.**, s. 1365-1492.
- BRIERLY, J.L., "The Judicial Settlement of International Disputes", **Journal of the British Institute of International Affairs**, Vol. 4, 1925, s. 93.
- BROWN, Brendan F., "The Juridical Implications of the Anglo-Iranian Oil Company Case", **Wash. U. L. Rev.**, 1952, Issue 3, s. 384-397.
- BROWER, Cf. Charles H., "Reflections on the Road Ahead: Living with Decentralization in Investment Treaty Arbitration", in **The Future of Investment Arbitration**, 2008, Oxford University Press, s. 250-309.
- BROWER, Charles H. II, "The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement under Private and Public International Law", **Duke J. Comp. & Int'l L.**, Vol. 18, 2008, Issue 2, s. 259-309.
- BROWER, Charles N., "The Coming Crisis in the Global Adjudication System", **Arb. Int'l.**, Vol. 19, 2003, s. 415-440.
- BROWNLIE, Ian, "The Peaceful Settlement of International Disputes", **Chinese J. Int'l. L.**, Vol. 8, 2009, No. 2, s. 267-283.

- BROWNLIE, Ian, “*The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice*”, **Pace Int'l L Rev**, Vol. 7, 1995, s. 257-79.
- BROWNLIE, Ian, “*The Use of Force in Self Defence*”, **Brit. Y. B. Int'l L.**, 1961, Vol. 37, s. 183-268.
- BUTLER, William E., “*The Hague Permanent Court of Arbitration*”, in **International Courts for the Twenty-first Century**, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1992, Chp. 4.
- CANER, Oğuz, “*INCOTERMS 2010 (ICC Rules of the Use of Domestic and International Trade Terms)*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2 s. 223- 262.
- CARBONNEAU, Thomas E., “*The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*”, **Vand. J. Transnat'l L.**, Vol. 36, 2003, s. 1189-1232.
- CARBONNEAU, Thomas E., “*Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of a Common Law of International Transactions*”, **Colum. J. Transnat'l L.**, Vol. 23, 1985, Issue 3, s. 579-614.
- CARLSTON, Kenneth S., “*Importance of Procedural Rules in International Arbitration*”, **Int'l. Arb. J.**, Vol. 1, 1945, Chp. 7.
- CARLSTON, Kenneth S., “*Procedural Problems in International Arbitration*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 39, No. 3, Jul., 1945, s. 426-449.
- CARLSTON, Kenneth S., “*Codification of International Arbitral Procedure*”, **Am. J. Int'l L.**, 1953, Vol. 47, s. 203-250.
- CARON, David D., “*Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran United States Claims Tribunal*”, **Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Vol. 46, 1986, s. 465-518.
- CARON, David D., “*War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 94, 2000, s. 4-30.
- CARON, David D., “*The Nature of Iran- United States Claims Tribunal and Evolving Structure of International Dispute Resolution*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 84, No. 31, 1990, s. 104; Merrills, 2005, s. 104-156.
- CASTBERG, Frede, L' Exces de Pouvoir dans la Justice Internationale, **Recueil Des Cours**, Vol. 35, 1931, s. 362-472.
- C.G. Roelofsen, “*The Jay Treaty and All That'; Some Remarks on the Role of Arbitration in European Modern History and Its 'Revival' in 1794*” in **International Arbitration: Past and Prospects**, 1990, s. 201-210.
- CHAGLA, Mahomedali A., “*Rule of Law and the International Court of Justice*”, **Proceedings of the American Society of International Law**, 1960, s. 285-291.
- CHARNEY, Jonathan I., “*Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*”, **Recueil Des Cours**, 1998, Vol. 101, No. 271, s. 101-118.
- CHENG, Tai-Heng/ TRISOTTO, Robert, “*Reasons and Reasoning in Investment Treaty Arbitration*”, **Suffolk Transnat'l L. Rev.**, Vol. 32, 2009, Issue 2, s. 409-434.

- CHINKIN, Christine / SADURSKA, Romana, “*The Anatomy of International Dispute Resolution*”, **Ohio St. J. on Disp. Resol.**, Vol. 7, 1991, s. 39-82.
- CLARKE, R. Floyd, “*A Permanent Tribunal of International Arbitration: Its Necessity and Value*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 1, 1907, s. 302-408.
- CHUN, Kwang Ho, “*Peaceful Resolution of Disputes vis-à-vis Counter-terrorism and the Use of Force*”, **Journal of Asia-Pacific Studies**, 2007, Vol. 14 No. 2, s. 8.
- CONWAY, Gerard, “*Ne Bis in Idem in International Law*”, **International Criminal Law Review**, Vol. 3, No. 3, 2003, July 2003, s. 217-244.
- CREMADES, Bernardo M., “*Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration*”, **Arb. Int'l.**, Vol. 14, 1998, s. 157-172.
- CROOK, John R., “*Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 83, No. 2, 1989, s. 278-311.
- ÇALIŞKAN, Yusuf, “*Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması*”, **MHB**, Yıl 24, 2004, Sayı 1-2, Prof. Dr. Sevin TOLUNER’e Armağan, s. 365-377.
- DENNIS, William Cullen, “*Compromise- The Great Defect of Arbitration*”, **Colum. L. Rev.**, Vol. 11, 1922, s. 493-513.
- DODGE, William S., “*Res Judicata*”, **MPEPIL**, Rüdiger Wolfrum Edition, 2006.
- DRAHOZAL, Christopher R., “*Arbitration Costs and Forum Accesibility: Empirical Evidence*”, **U. Mich. J.L. Reform**, Vol. 41, No. 4, 2008, s. 829-842.
- DRAHOZAL, Christopher R., “*Why Arbitrate? Substantive versus Procedural Theories of Private Judging*”, **Am. Rev. Int'l Arb.**, Vol. 22, No. 2, 2011, s. 163-186.
- ELROD, Richard B., “*The Concert of Europe: A Fresh Look at an International System*”, **World Politics**, Vol. 28, 1976, No. 2, s. 159-174.
- ERGÜVEN, Nasih Sarp, “*Uluslararası Hukukta Diplomatik Ayrıcalıklar ve ABD’nin Tahran’daki Diplomasi Temsilcileri ile Konsolosluk Görevlileri Davası*”, **Prof. Erdal Onar’a Armağan**, I. Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s. 655-716.
- ERKAN, Mustafa, “*Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Doktrininin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi*”, **GÜHFD**, Cilt XVII, 2013, Sayı 1-2, s. 535-562.
- FIETTA, Stephen / UPCHEER, James, “*Public International Law, Investment Treaties and Commercial Arbitration: an emerging system of comlementarity?*”, **Arb. Int'l.**, Vol. 29, No. 2, 2013, s. 187-222.
- FINA, A.A. de, “*The Party Appointed Arbitrator in International Arbitrations- Role and Selection*”, **Arb. Int'l.**, Vol. 15, No. 4, 1999, s. 387.
- FITZMAURICE, Gerald., “*Do Treaties Needs Ratification?*”, **Brit. Y. B. Int'l L.**, Vol. 15, 1934, s. 113-137.
- FITZMAURICE, Gerald, “*The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*”, **Brit. Y. B. Int'l L.**, Vol. 34, 1958, s. 1.

- FORTUN, Alberto, "Set-offs are not Counterclaims in International Arbitration" in **Bernardo Cremades, Liber Amicorum**, Wolters Kluwer Espana, 2010, Madrid, s. 453.
- FOUCHARD, Philippe, Une initiative contestable de la CNUDCI, A propos du projet de "Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales", **Revue de L'arbitrage**, 1994, s. 461-477.
- FOX, Hazel, "States and the Undertaking to Arbitrate", **Int'l & Comp. L.Q.**, Vol. 1, 1988, s. 1-29.
- FRANCK, Susan D., "The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future?", **UC Davis J Int'l & Pol'y**, Vol. 12, 2005, s. 47-54.
- FRANCK, Thomas M. / SUGHRUE, Dennis M., "The International Role of Equity-as-Fairness", **Geo. L.J.**, 1993, Vol. 81, s. 563-595.
- FROWEIN, Jochen Abr., "Provisional Measures by the International Court of Justice - The LaGrand Case", **Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Vol. 61, 2002, s. 55-60.
- FULLER, Lon L., "The Forms and Limits of Adjudication", **Harv. L. Rev.**, 1979, Vol. 92, s. 353.
- FUNG FEN CHUNG, Carolyn, Research on Evidence in Arbitral Proceedings, **Int'l L.F. D. Int'l**, Vol. 1, 1999, s. 237-241.
- GOLDBERG, Arthur J. "Mediation and Arbitration of International Disputes", **Hofstra L. Rev.**, Vol. 1, 1973, s. 9-14.
- GOLDSCHMIDT, Levin, "Projet de Règlement Pour Tribunaux Arbitraux Internationaux présenté à l'Institut de Droit International (Session de Genève, 1874)", **Revue de Droit International et de Législation Comparée**, Vol. 6, 1874, s. 445.
- GRAY, Christine / KINGSBURY, Benedict, "Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945", **Brit. Y. B. Int'l L.**, 1992, s. 97-134.
- HAERI, Hussein, "A Tale of Two Standards: 'Fair and Equitable Treatment' and the Minimum Standard in International Law", **Arb. Int'l.**, Vol. 27, No: 1, 2011, s. 27-45.
- HANOTIAU, Bernard, "Civil Law and Common Law Procedural Traditions in International Arbitration: Who has Crossed the Bridge?" in **Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millenium, Reports of International Colloquium of CEPANI**, Brussel, 2004, s. 85-98.
- HARTZENBUSCH, Catharine A., "Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 86, No. 3, July 1992, s. 553-558.
- HERSHEY, Amos S., "Convention for the Peaceful Adjustment of International Differences", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 2, 1908, s. 29.
- HIGHET, Keith/ KAHALE III, George, "International Decisions: Arbitral Award of 31 July 1989", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 86, No. 3, July 1992, s. 553.
- HILL, David Jayne, "Second Peace Conference at the Hague", **Am. J. Int'l L.**, Vol. 1, 1907, s. 671-680.
- HILL, David Jayne, "The Net Result at The Hague", **International Conciliation**, Vol. 1, s. 3.

- HILL, Norman L., “*International Commissions of Inquiry and Conciliation*”, **International Conciliation**, Vol. 15, 1932, s. 89.
- HMOUD, Mahmoud, “*Use of Force against Iraq: Occupation and Security Council Resolution 1483*”, **Cornell Int'l L.J.**, 2004, Vol. 36, Issue 3, s. 435-454.
- HUDSON, Manley O., “*The Permanent Court of International Justice*”, **Harv. L. Rev.**, Vol. 35, No. 3, 1922, s. 245-
- HUDSON, Manley O., “*The Permanent Court of Arbitration*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 27, 1933, s. 440-45.
- HYDE, Charles Cheney, “*The Place of Commissions of Inquiry and Conciliation Treaties in the Peaceful Settlement of International Disputes*”, **Brit. Y. B. Int'l L.**, Vol. 10, 1929, s. 96-110.
- HYDE, Charles C., “*Maps as Evidence in International Boundary Cases*”, **Am. J. Int'l L.**, 1933, s. 311-316.
- JANIS, Mark W., “*The International Court*” in **International Courts for the Twenty-first Century**, Mark W. Janis Edition, Dordrecht, 1992, s. 13-42.
- JARROSSON, Charles, “*L'amiable compositeur est il astreint à vérifier la conformité de sa solution à l'équité ?*” in SARL société grenobloise d'investissement v. Société Eurovia et autres, Cour de cassation, 18 October 2001, **Revue de l'Arbitrage**, 2002, Issue 2, s. 359-361.
- JENNINGS, Sir Robert “*The Difference between conducting a case in the ICJ and in an ad-hoc arbitration tribunal: An inside view*” in **Liber Amicorum Judge Shigeru Oda**, Vol I, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, s. 893-910
- JESSUP, Philip C., “*The Palmas Island Arbitration*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 22, 1928, s. 735-752.
- JOHNSON, D.H.N., “*The Constitution of an Arbitral Tribunal*”, **Brit. Y. B. Int'l L.**, Vol. 30, 1953, s. 152-177.
- JULLY, Laurent, “*Arbitration and Judicial Settlement Recent Trends*”, **Am. J. Int'l L.**, 1954, Vol. 48, No. 3, s. 380-407.
- KARRER, Pierre, “*Must and Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable*”, in **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**, ICC Publishing, Paris, 2005, s. 433.
- KEARNEY, J.D./ MERRIL, T.W., “*The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*”, **U. Pa. L. Rev.**, Vol. 148, No: 3, January, 2000, s. 743-855.
- KELSEN, Hans, “*Compulsory Adjudication of International Disputes*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 37, 1943, s. 397-406.
- KEMPEN, Bernhard / HE, Zan, “*The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures: The Recent Development*”, **Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Vol. 69, 2009, s. 919-929.
- KENNEDY, Paul, “*In the Shadow of the Great War*”, **New York Review of Books**, August 12, 1999, s. 36,

<http://www.nybooks.com/articles/archives/1999/aug/12/in-the-shadow-of-the-great-war/>, (son erişim: 12.12.2013).

- KIFFER, Laurence, “*Nature et Contenu de L’amiable Composition*”, **Int’l Bus LJ**, 2008, s. 625-626.
- LACHS, Manfred, “*Equity in Arbitration and in Judicial Settlements of Disputes*”, **Leiden J Int’l L.**, Vol. 6, Issue 2, 1993, s. 323-329.
- LALIVE, Pierre, “*On the Reasoning of International Arbitral Awards*”, **Journal of International Dispute Settlement**, Vol. 1, No. 1, 2010, s. 55-65.
- LARSCHAN, Bradley/ MIRFENDERESKI, Guive, “*The Status of Counterclaims in International Law, With Particular Reference to International Arbitration Involving a Private Party and a Foreign State*”, **Denv. J. Int’l L. & Pol’y**, Vol. 15, 1986-1987, s. 11-48.
- LAUTERPACHT, Hersch, “*La Théorie des Différends Non-justiciables en Droit International*”, **Hague Recueil**, Vol. 34, 1930, s. 499-653.
- LAUTERPACHT, Hersch, “*The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law*”, **Economica**, Vol. 8, 1928, s. 277-317.
- LAUTERPACHT, Hersch, “*Some Observations on the Prohibition of ‘Non Liqueur’ and the Completeness of the Legal Order*”, in **Symbolae Verzijl**, s. 196-221.
- LAUTERPACHT, Hersch, “*The Legal Remedy in Case of Excess of Jurisdiction*”, **Brit. Y. B. Int’l L.**, Vol. 9, 1928, s. 117-120.
- LAUTERPACHT, Hersch, LL.D., “*The Absence of International Legislature and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals*”, **Brit. Y. B. Int’l L.**, Vol. 11, 1930, s. 134-157.
- LAUTERPACHT, Hersch, “*Legal Remedy in Case of Excess of Jurisdiction*”, **Brit. Y. B. Int’l L.**, Vol. 9, 1928, s. 117-120.
- L. B. Sohn, “*International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present*”, in **International Arbitration: Past and Prospects**, 1990, s. 9-22.
- LEKGOWE, Gosego Rockfall, “*Third Party Intervention at the International Court of Justice: Challenges and Prospects*”, **SSRN Working Paper Series** (Aug 2012), s. 74, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2124664> (son erişim: 08.08.2013).
- LILLICH, Richard B., “*The Jay Treaty Commissions*”, **St. John’s L. Rev.**, 1963, Vol. 37, s. 260-283.
- LLAMZON, Aloysius P., “*Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice*”, **Eur. J. Int’l L.**, Vol. 18, No.5, 2008, s. 815-852.
- LOWMAN, Michael K., “*The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?*”, **Am. U. Int’l L. Rev.**, Vol. 41, 1992, s. 1243-1299.
- MANGOLDT, Hans von, “*Arbitration and Conciliation*” in **Judicial Settlement of International Disputes**, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg), Springer, Berlin, 1974, s. 533.

- MAROSSI, Ali Z., “Iran- United States Claims Tribunal, Claims, Counterclaims, Dual Nationality and Enforcement”, **J. Int’l. Arb.**, Vol. 23(6), 2006, s. 503-504.
- MASON, Josephine K., “The Role of Ex Aequo Et Bono in International Border Settlement: A Critique of the Sudanese Abyei Arbitration”, **Am. Rev. Int’l Arb.**, Vol. 20, No. 4, 2009, 519-538.
- MAYER, Pierre, “L’Autonomie de l’arbitre dans l’appréciation de sa Propre Compétence”, **Recueil Des Cours**, Vol. 217, 1989, Part V.
- MCLLARKY, Kethleen A., “Guinea-Guinea Bissau: Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary, February 14, 1985”, **Md. J.Int’l L.**, Vol. 11, Issue1, 1987, s. 113-121.
- MCNEILL, Mark S./ JURATOWITCH, Ben, “Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate”, **Arb. Int’l.**, Vol. 24, Issue 3, 2008, s. 475-488.
- MENASHE, Doron, “Requirement of Reasons for Findings of Fact”, **International Community Law Review**, Vol. 8, 2006, Issues 2-3, s. 223-246.
- MCWHINNEY, Edward, “Law, Politics and Regionalism in the Nomination and Election of World Court Judges”, **Syracuse J. Int’l L. & Com.**, Vol. 13, No. 1, 1986, s. 1-28.
- MERRILLS, J.G., “The Contribution of the Permanent Court of Arbitration to International Law and to the Settlement of Disputes by Peaceful Means” in **The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution, Summaries of Awards, Settlement Agreements and Reports**, Kluwer International Law, Hague, 1999, s. 3-27.
- MERRILLS, J. G., “Interim Measures of Protection and The Substantive Jurisdiction of the International Court”, **Cambridge L. J.**, Vol. 36 (1), April 1977, s. 86-109.
- MOORE, John Bassett, “International Arbitration: Historical Notes and Projects, National Conference at Washington”, April 22-23, 1896, s. 1401-1411.
- MOORE, John Bassett, “The Organization of the Permanent Court of International Justice”, **Colum. L. Rev.**, Vol. 22, 1922, s. 497-526.
- MOREAU Bertrand, “Le Prononcé de la Sentence Entraîne-t-il le Dessaisissement des Arbitres?”, in **Etudes de Procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret**, Université de Lausanne, 1999, s. 453-476.
- MORERO, Renzo, “New Trends of Arbitration in Italy”, **Croatian Arbitration Yearbook**, Vol. 2, 1995, s. 47.
- NAON, Horacio Grigera, “Factors to Consider in Choosing an Efficient Arbitrator”, **ICCA Congress Series** No. 9, 1999, s. 286.
- OELLERS-FRAHM, Karin, “International Courts and Tribunals, Judges and Arbitrators”, **MPEPIL**, 2008.
- OELLERS-FRAHM, Karin, “Expanding the Competence to Issue Provisional Measures—Strengthening the International Judicial Function, in *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*”, **German Law Journal**, Vol. 12, No. 5, 2011, s. 1279-1294.

- OELLERS-FRAHM, Karin, “*Judicial and Arbitral Decisions, Validity and Nullity*”, **MPEPIL**, 2011.
- PATOCCHI, Paolo Michele/ BRENTANO, Harold Frey, “*The Provisional Timetable in International Arbitration*” in **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honor of Robert Briner**, International Chamber of Commerce, Paris, 2005, s. 563.
- PARK, William W., “*The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction*”, ICCA Congress, ICCA Congress Series Vol. 55, Montréal, 2006.
- PAULSSON, Jan, “*Arbitration Unbound: Award Detached from the Law its Country of Origin*”, **Int’l & Comp. L.Q.**, Vol. 20, 1981, s. 358-387.
- PENFIELD, William L., “*International Arbitration*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 1, 1907, s. 330-341.
- PERRY, Amanda, “*An Ideal Legal System for Attracting Foreign Direct Investment? Some Theory and Reality*”, **Am. U. Int’l L. Rev.**, Vol. 15, 2000, s. 1627-1657.
- PIETROWSKI, Robert, “*Evidence in International Arbitration*”, **Arb. Int’l.**, Vol. 22, No. 3, 2006, s. 373.
- PINTO, M.C.W., “*The Prospects for International Arbitration: Inter-State Disputes*”, in **International Arbitration: Past and Prospects**, A.H.A. Soons Edition, 1990, s. 63-66.
- RAU, Alan Scott, “*Everything You Really Need to Know About ‘Separability’ in Seventeen Simple Propositions*”, **The Am. Rev. Int’l Arb.**, Vol. 14, 2003, s. 1.
- REES, Peter J./ ROHN, Patrick, “*Dissenting Opinions: Can They Fulfill a Beneficial Role?*”, **Arb. Int’l.**, Vol. 25, No. 3, 2009, s. 329-346.
- REINSCH, Paul S., “*The Concept of Legality in International Arbitration*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 5, 1911, s. 604-614.
- REISMAN, W. M., “*The Enforcement of International Judgements*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 63, 1969, s. 1-27.
- RENTELN, Alison Dundes, “*Encountering Counterclaims*”, **Denv. J. Int’l L. & Pol’y**, 1986-87, Vol. 15, s. 379-394.
- REUT-NICOLUSSI, E., “*The Reform of the Permanent Court of International Justice*”, **Grotius Society Transactions**, Vol. 25, 1940, s. 144-149.
- REYMOND, Claude, “*Civil Law and Common Law Procedures: Which is More Inquisitorial?*”, **Arb. Int’l.**, Vol. 5, 1989, s. 357-368.
- ROBBINS, Josh, “*False Friends: Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals under the Hot-Rolled Lead/ Asbestos Doctrine*”, **Harv. Int’l L.J.**, Vol. 44, 2003, s. 317-329.
- ROBINSON, Judge Patrick, “*The Right to a Fair Trial in International Law, with Specific Reference to the Work of the ICTY*”, **Publicist**, Vol. 3, 2009, s. 1-11.
- ROSENNE, Shabtai, “*Counter-Claims in the International Court of Justice Revisited*” in **Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José Maria Ruda**, C.A. Armas Barea et al. (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 2000, s. 457-477.

- ROSENNE, Shabtai, “*La Cour Internationale de Justice en 1960*”, **Revue Générale de Droit International Public**, Vol. 65, 1961, s. 507.
- SAMMARTANO, Mauro Rubino, “*Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) and Ex Bono et Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law): Apparent Synonyms Revisited*”, **J. Int'l. Arb.**, Vol. 9, No: 1, March 1992, s. 5-16.
- SANDERS, Pieter, “*L'autonomie de la Clause Compromissoire*” in **Hommage à Frédéric Eisemann: Liber Amicorum**, Paris, 1978, s. 31.
- SAMORE, William, “*National Origins v. Impartial Decisions: A Study of World Court Holdings*”, **Chi.-Kent L. Rev.**, Vol. 34, 1996, s. 207, http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawrev_iew/vol34/iss3/1/ (son erişim: 12.12.2013).
- SCHACHTER, Oscar, “*The Enforcement of International Judicial and Arbitral Awards*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 54, No. 1, January 1960, s. 6.
- SCHEUNER, Ulrich, “*Decisions ex aequo et bono by International Courts and Arbitral Tribunals*” in **International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke**, Edited by Pieter Sanders, Hague, 1967, s. 275.
- SCHOENRICH, Otto, “*The Nicaraguan Mixed Claims Commission*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 9, No. 4, Oct., 1915 s. 858-869.
- SCHWARZENBERGER, Georg, “*Present-day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations*”, **Notre Dame L. Rev.**, 1978, Vol. 53, s. 715-733.
- SCHWEBEL, Stephen M., “*National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice*”, **Int'l & Comp. L.Q.**, Vol. 48, No. 4, October 1999, s. 889-900.
- SCHWEBEL, Stephen W., “*The Reality of International Adjudication and Arbitration*”, **Willamette J. Int'l L. & Disp. Resol.**, 2004, Vol. 12 s. 359-363.
- SCHWEBEL, Stephen M., “*The Performance and Prospects of the World Court*”, **Pace Int'l L Rev.**, Vol. 6, 1994, s. 253-265.
- SCHWEBEL, Stephen M., “*Reflections on the Role of the International Court of Justice*”, **Wash. L. Rev.**, Vol. 61, 1986, s. 1061-1074.
- SCHWEBEL, Stephen M., “*Is Neer Far From Fair and Equitable?*”, **Arb. Int'l.**, Vol. 27, No: 4, 2011, s. 556.
- SCHWEBEL, Stephen M., “*National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice*”, **Int'l & Comp. L.Q.**, Vol. 48, No. 4, October 1999, s. 889-900.
- SCHACHTER, Oscar, “*International Law in Theory and Practice*”, **Recueil Des Cours**, 1982, Vol. 178, s. 211-215.
- SCHACHTER, Oscar, “*The Enforcement of International Judicial and Arbitral Awards*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 54, No. 1, 1960, s. 1-24.
- SCHLESINGER, Rudolf B., “*Research on the General Principles of Law Recognised by Civilised Nations*”, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 23, 1957, s. 734-753.
- SCHWEBEL Stephen M., “*Global Reflections on International Law*” in **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution:**

- Liber Amicorum in Honor of Robert Briner**, ICC Publishing, Paris, 2005, s. 815-822.
- SCOTT, James Brown, “*The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists*”, **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Vol. 69, No. 3, s. 294-295.
- SHARP, Walter Gary Sr., “*Use of Armed Force against Terrorism: American Hegemony or Impotence*”, **Chinese J. Int’l L.**, 2000, Vol. 1, Issue 1, s. 37-48
- SHELTON, Dinah, “*The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 88, No: 4, 1994, s. 619-628.
- SHIFMAN, Bette, “*The Permanent Court of Arbitration: An Overview*” in **the Hague: Legal Capital of the World**, Edited by Peter J. van Krieken/ David McKay Editions, Hague, 2005, parag. 6.1.
- SIFRIS, Ronli, “*Operation Iraqi Freedom: United States v Iraq - The Legality of the War*”, **Melb. J. Int’l L.**, October 2003, Vol. 4, Issue 2, s. 521-560.
- “*Société CN France v. société Minhal France, Cour d'appel de Paris (1Ch. C), 28 November 1996*” in **Revue de l'Arbitrage**, 1997, Issue 3, s. 380.
- SOHN, Louis B., “*Arbitration of International Disputes Ex Aequo Et Bono*” in **International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke**, Martinus Nijhoff, Hague, 1967 s. 331.
- SOHN, Louis B., “*The Function of International Arbitration Today*”, **Hague Recueil**, 1963, Vol. 108, s. 28-40.
- SOHN, Louis B., “*Settlement of Disputes Relating to the Interpretation and Application of Treaties*”, **Hague Recueil**, Vol. 150, 1976-II, s. 266-70.
- STRUPP, Karl, “*The Competence of the Mixed Arbitral Courts of the Treaty of Versailles*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 17, 1923, s. 661-690.
- SUH, Il Ro, “*Voting Behavior of National Judges in International Courts*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 63, No. 2, April 1969, s. 224-236.
- “*The Cerruti Arbitrations (Editorial Comment)*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 6, No. 4, October, 1912, s. 965-975.
- “*The Chile-Argentine Arbitration*”, **The Geographical Journal**, Vol. 21, No. 1, January 1903, s. 45-50.
- “*The Constitution of an International Court of Justice: Remarks by Hon. Elihu Root Before the Advisory Committee of Jurists at The Hague*”, June, 1920, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 15, 1921, s. 1-2.
- “*The New Boundary between Bolivia and Peru*”, **Bulletin of the American Geographical Society**, Vol. 42, No. 6, 1910, s. 435-437.
- “*The Rainbow Warrior Arbitration between New Zealand and France*”, **J. Int’l Arb.**, Volume 9, 1992, Issue 1, s. 17–28.
- THIRLWAY, Hugh, “*Compromis*”, **MPEPIL**, 2006, s. 1-6.
- THORENS, Justin, “*L'arbitre International au Point de Rencontre des Traditions du Droit Civil et de la Common Law*” in **Etudes de Droit International en**

- l'honneur de Pierre Lalive**, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, s. 693.
- TRAKMAN, Leon, “*Ex Aequo Et Bono: De-Mystifying an Ancient Concept*”, **Chinese J. Int’l. L.**, Winter 2008, <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1041&context=unswwp-fllrps> (son erişim: 12.12.2013).
- UERPMANN-WITZACK, Robert, “*Norwegian Shipowners’ Claims Arbitration*”, **MPEPIL**, 2006.
- ULUOCAK, Nihal, “*Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki ile İntikali-Fransız İçtihadı*”, **MHB**, Yıl:19-20, 1999-2000, s. 991.
- VINUALES, Jorge E., “*Human Rights and Investment Arbitration: The Role of Amici Curiae*” in **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, 2006, No: 8, s. 231-273.
- VISSCHER, Charles De, “*Reflections on the Present Prospects of International Adjudication*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 50, 1956, s. 473-526.
- Von MANGOLDT, “*Arbitration and Conciliation Treaties*”, **MPEPIL**, Vol. I, 1981, s. 1-4.
- Von MANGOLDT, “*Arbitration and Conciliation*”, in Heidelberg Symposium: Judicial Settlement of International Disputes (ed. H. Mosler and R. Bernhardt, Berlin, Heidelberg and New York, 1974), **Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law**, s. 528.
- WAINCYMER, Jeffrey Maurice, “*Reconciling Conflicting Rights in International Arbitration: The Right to Choice of Counsel and the Right to an Independent and Impartial Tribunal*”, **Arb. Int’l.**, Vol. 26, 2010, No. 1, s. 597-623.
- WARD, Tony, “*Psychiatric Evidence and Judicial Fact-Finding*”, **International Journal of Evidence & Proof**, Vol. 3, 1999, Issue 3, s. 180-194.
- WEHBERG, Hans, “*Restrictive Clauses in International Arbitration Treaties*”, **Am. J. Int’l L.**, Vol. 7, 1913, s. 301-314.
- WIEBALCK, Alison, “*Genocide in Bosnia and Herzegovina - Exploring the Parameters of Interim Measures of Protection at the ICJ*”, **International Law Journal of South Africa**, Vol. 28, 1995, s. 83.106.
- WILLIAMS Sarah/ WOOLAVER, Hannah, “*The Role of the Amicus Curiae Before International Criminal Tribunals*”, **International Criminal Law Review**, Vol. 6, 2006, s. 153–56.
- WOLFGANG, Peter, “*Witness Conferencing*”, **Arb. Int’l.**, Vol. 18, 2002, Issue 1, s. 47–58
- WOLFRUM, Rudiger, “*International Courts and Tribunals, Evidence*”, **MPEPIL**, Heidelberg and Oxford University Press, 2012.
- WOLFRUM, Rudiger, “*Interim (Provisional) Measures of Protection*”, **MPEPIL**, 2012.
- YU, Hong-lin, “*A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration*”, **Contemporary Asia Arbitration Journal**, Vol. 1, 2008, s. 255-286.

YARGI KARARLARI

- PCIJ, Mavromatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom) 1924, Ser. A, No:2, Aug. 30, 1924, s. 11; <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 02.09.2013).
- PCIJ, Railway Traffic between Lithuania and Poland, Advisory Opinion of 15 October 1931, Series A/B, No: 42, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a-b.php?p1=9&p2=3> (son erişim: 10.09.2013).
- PCIJ, Series A, No:6, Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Preliminary Objections), s. 15-16, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 12.09.2013).
- PCIJ, Lotus, Judgment of 7 September 1927, Series A/10, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 13.09.2013).
- PCIJ, Factory at Chorzów (Merits), Judgment of 13 September 1928, Ser. A/9, s. 29, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 16.12.2012).
- PCIJ, Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium), Series A/B/70, 28 June 1937, http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1937.06.28_meuse.htm (son erişim: 01.08.2013).
- PCIJ, Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Series A/B, No. 46, 1932, s. 155–156 <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 14.09.2013).
- PCIJ, Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Series A, No. 13, Dissenting Opinion by M. Anzilotti, s. 24, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 20.08.2013).
- PCIJ, Legal Status of Eastern Greenland, A/B53, Judgment of 5 April 1933, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a-b.php?p1=9&p2=3> (son erişim: 30.08.2013).
- ICJ, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment of 12 October 1984 given by the Chamber constituted by the order made by the Court on 20 January 1982, parag. 80-81, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=6f&case=67&code=cigm&p3=4> (son erişim: 26.07.2013).
- ICJ, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment of 12 October 1984 given by the Chamber constituted by the order made by the Court on 20 January 1982, parag. 59, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=6f&case=67&code=cigm&p3=4> (son erişim: 27.07.2013);
- ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 30 March 1950, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=8b&case=8&code=bhr&p3=4> (son erişim: 0.12.2010).

- ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment of 19 December 2005, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=51&case=116&> (son erişim: 02.09.2013).
- ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, <http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=4&code=nam&case=53&k=a7> (son erişim: 02.09.2013).
- ICJ, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment of 11 June 1998, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=94> (son erişim: 02.09.2013).
- ICJ, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Zeeland), Judgment of 2 February 1973, s. 3, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=302&code=ai&p1=3&p2=3&case=55&k=9d&p3=5> (son erişim: 02.09.2013).
- ICJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=295&code=cs2&p1=3&p2=3&case=52&k=cc&p3=5> (son erişim: 02.09.2013).
- ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=70&code=nus&p3=4> (son erişim: 10.09.2013).
- ICJ, Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment of 19 December 1978, s. 12, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=81&case=62&code=gt&p3=4> (son erişim: 10.09.2013).
- ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ba&case=16&code=uki&p3=4> (son erişim: 12.09.2013).
- ICJ, Ambatielos (Greece v. United Kingdom), Judgment of 19 May 1953, Merits: Obligation to Arbitrate, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f7&case=15&code=guk&p3=4> (son erişim: 09.09.2013).
- ICJ, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion of 8 July 1996, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&p3=4&case=95> (son erişim: 13.09.2013).
- ICJ, Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, s. 61, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=unac&case=21&k=d2&p3=0> (son erişim: 15.09.2013).

- ICJ, Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua), Judgment of 18 November 1960, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=hn&case=39&k=6b> (son erişim: 12.12.2013).
- ICJ, Nottebohm case, Preliminary Objections, Judgment of 18 November 1953, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=26&case=18&code=lg&p3=4> (son erişim: 10.09.2013)
- ICJ, Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment of 18 August 1972, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=78&case=54&code=ip&p3=4> (son erişim: 12.09.2013).
- ICJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Order of 5 July 1951, Request for the indication of interim measures of protection, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ba&case=16&code=uki&p3=3> (son erişim: 10.08.2013).
- ICJ, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Order of 17 August 1972, Provisional Measures, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=9d&case=55&code=gi&p3=3> (son erişim: 10.08.2013).
- ICJ, LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=04&case=104&code=gus&p3=4> (son erişim: 10.08.2013).
- ICJ, International Status of South-West Africa, Advisory Opinion of June 11, 1950, ICJ Reports 1950, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=30&case=10&code=sswa&p3=4> (son erişim: 15.08.2013).
- ICJ, Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 12 December 1996, Preliminary Objection, <http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=3&k=0a&case=90&code=op&p3=4> (son erişim: 12.06.2013).
- ICJ, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Order of 24 December 1979, Fixing of time-limits: Memorial and Counter-Memorial Reports, 1979, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c9&case=64&code=usir&p3=3> (son erişim: 12.06.2013).
- ICJ, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=90&case=12&code=ppcg&p3=4> (son erişim: 13.09.2013).
- ICJ, Fisheries (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951, <http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=3&k=a6&case=5&code=ukn&p3=4> (son erişim: 13.09.2013).

- ICJ, Asylum (Colombia/Peru), Judgment of 20 November 1950, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f8&case=7&code=cp&p3=4> (son erişim: 13.09.2013).
- ICJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969, http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c_c&case=52&code=cs2&p3=4 (son erişim: 13.09.2013).
- ICJ, Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment of 27 August 1952, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=11&code=fus&p3=4> (son erişim: 13.09.2013).
- ICJ, Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ce&case=32&code=poi&p3=4> (son erişim: 13.09.2013).
- ICJ, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S. v. Iran), Judgment of 24 May 1980, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c9&case=64&code=usir&p3=4> (son erişim: 12.09.2013).
- ICJ, Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 9 April 1949, s. 22, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1&code=cc&p3=4> (son erişim: 16.12.2012).
- ICJ, Haya de la Torre (Colombia v. Peru), Judgment of 13 June 1951, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=d4&case=14&code=haya&p3=4> (son erişim: 12.09.2013) PCIJ, Lotus, Judgment of 7 September 1927, Series A/10.
- ICJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969, s. 48, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cc&case=52&code=cs2&p3=4> (son erişim: 30.07.2013).
- ICJ, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment of 3 June 1985, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=lm&case=68&k=a8&p3=0> (son erişim: 30.07.2013).
- ICJ, Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment of 24 February 1982, Dissenting Opinion of Judge Oda, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c4&case=63&code=tl&p3=4> (son erişim: 30.07.2013).
- ICJ, South West Africa (Ethiopia v. South Africa), Judgment of 18 July 1966 (Second Phase), s. 460, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c1&case=46&code=esa&p3=4> (son erişim: 12.09.2013).
- ICJ, Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, s. 53,

- <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=d2&case=21&code=unac&p3=4> (son erişim: 20.08.2013).
- ICJ, Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Application of 23 August 1989, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=82&code=gbs&p3=0> (son erişim: 27.08.2013).
- ICJ, Maritime Delimitation between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal), Order of 8 November 1995 (Removal from list), <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=59&case=85&code=dm&p3=3> (son erişim: 29.08.2013).
- ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=92> (son erişim: 12.12.2013).
- ICJ, Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), Application of 19 May 1953, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=79&case=19&code=gold&p3=0> (son erişim: 01.09.2013).
- ICJ, Land, Island, and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 13 September 1990, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=0e&case=75&code=sh&p3=4> (son erişim: 12.12.2013).
- ICJ, Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment of 3 February 1994, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=83&code=dt&p3=4>, (son erişim: 12.12.2013).
- ICJ, Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea Intervening), Judgment of 11 June 1998, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=94&code=cn&p3=4>;
- ICJ, Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. US), Judgment of 31 March 2004, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?/docket/index.php?pr=605&p1=3&p2=3&case=128&code=mus&p3=4>;
- ICJ, LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=04&case=104&code=gus&p3=4> (son erişim: 01.09.2013).
- PCA, The Pious Fund of the Californias (USA/Mexico, 1902), http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029 (son erişim: 20.08.2013).
- PCA, Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160 (son erişim: 13.12.2012).

- PCA, Eritrea Yemen Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage - Maritime Delimitation, December 17, 1999, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160 (son erişim: 13.12.2012).
- PCA, Telekom Malaysia Berhad/Government of Ghana, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1153 (son erişim: 08.09.2013).
- PCA, HICEE B.V. v. The Slovak Republic, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1427 (son erişim: 12.12.2013).
- PCA, Corporation and 2. Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1432 (son erişim: 08.09.2013).
- PCA, Eritrea/Yemen, [Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute](#) (October 9, 1998), [Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage - Maritime Delimitation](#) (December 17, 1999), http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160 (son erişim: 08.09.2013).
- PCA, Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India), Order on the Interim Measures Application of Pakistan dated June 2011, parag. 7, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1155 (son erişim: 10.09.2013).
- PCA, Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, Decision on Delimitation of the Border between Eritrea and Ethiopia, Chapter 1 - Procedural Introduction (Agreement between the Government of the State of Eritrea and the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia) http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1151 (son erişim: 10.09.2013).
- PCA, The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1429 (son erişim: 10.09.2013).
- PCA, The Republic of Ecuador v. The United States of America, Request for Arbitration and Statement of Claim, received 28 June 2011, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1455 (son erişim: 11.09.2013).
- PCA, Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and Around The Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Award on Agreed Terms, The Hague, 1 September 2005, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1154 (son erişim: 11.09.2013).
- PCA, The Island of Palmas Case (USA v. Netherlands), Award of Tribunal, The Hague, 4 April 1928, s. 4, http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=168 (son erişim: 11.09.2013).
- PCA, Norwegian Shipowners' Claims, Norway v. United States Of America, Award of The Tribunal, Hague, 13 October 1922, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029 (son erişim: 03.07.2013).
- PCA, Request of Republic of Ecuador to the United States of America Pursuant to Article VII of the Treaty Between United States of America and Republic of Ecuador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of

- Investment, 28 June 2011, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1455 (son erişim: 15.11.2012).
- PCA, Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around of the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Award on Agreed Terms, The Hague, 1 September 2005, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1154 (son erişim: 18.11.2012).
- PCA, Case Concerning the Auditing of Accounts Between The Kingdom of Netherlands and The French Republic Pursuant to the Additional Protocol of 25 September 1991 to the Convention on the Protection of the Rhine Against Pollution by Chlorides of 3 December 1976, Arbitral Award of 12 March 2004, Unofficial English Translation, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1156 (son erişim: 20.11.2012).
- PCA, Manouba Case (France v. Italy) Award of 6 May 1912, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029 (son erişim: 10.07.2013).
- PCA, Barnados v. Republic of Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1152 (son erişim: 10.07.2013).
- PCA, Guriyana and Suriname, Award of 17 September 2007, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1147 (son erişim: 12.07.2013).
- PCA, The Government of Sudan / The Sudan People's Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration), Final Award of the Tribunal, July 22, 2009, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306 (son erişim: 29.07.2013).
- PCA, Abyei Arbitration, The Government of Sudan v. The Sudan People's Liberation Movement/Army, 22 July 2009, Dissenting Opinion of H.E. Judge Awn Al-Khasawneh, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306 (son erişim: 16.08.2013).
- PCIJ, Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Judgment of 16 December 1927, Dissenting Opinion by M. Anzilotti, s. 27, <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1> (son erişim: 19.08.2013).
- French-Mexican Claims Commission (France, United Mexican States), UN Reports of International Arbitral Awards, (13 April 1928- 24 June 1929), Vol. V, s. 313, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/307-560.pdf (sone erişim: 12.12.2013).
- Behring Sea Arbitration, Award of the Tribunal of Arbitration, Presented to both Houses of Parliament by command of Her Majesty, August 1893, London, <http://www.archive.org/details/behringsearbit00beriuoft> (son erişim: 12.10.2011).
- UN, Reports of International Arbitral Awards, The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 6 March 1956, Vol. XII, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf (son erişim: 19.07.2013).
- British-Mexican Claims Commission (Great Britain, United Mexican States) (8 November 1929 - February 1930), UN Reports of International Arbitral

- Awards, Vol. V, s. 47, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/17-129_British-Mexican.pdf (son erişim: 12.06.2013).
- Cayuga Indians (Great Britain) v. United States, 22 January 1926, Vol. VI, UN, Report of International Arbitral Awards, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/173-190_Cayuga.pdf (son erişim: 12.06.2013).
- The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan (India, Pakistan), UN Reports of International Arbitral Awards, 19 February 1968, Vol. XVII, s. 1-576, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVII/1-576.pdf (son erişim: 12.12.2013).
- The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States), UN Reports of International Arbitral Awards, 7 September 1910, Vol. XI, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/167-226.pdf (son erişim: 20.08.2013)
- The “Kronprins Gustaf Adolf” (Sweden, USA), UN Reports of Arbitral Awards, 8 July 1932, Vol. II, s. 1247-1250, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/1239-1305.pdf (son erişim: 12.12.2013).
- The Venezuelan Preferential Case (Germany, Great Britain, Italy, Venezuela et al), UN Reports of International Arbitral Awards, 22 February 1904, Vol. IX, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/107-110.pdf (son erişim: 03.07.2013).
- Rio Grande Irrigation and Land Company, Ltd. (Great Britain) v. United States, UN Reports of International Arbitral Awards, 28 November 1923, Vol. VI, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/131-138_Rio.pdf (son erişim: 03.07.2013).
- Georges Pinson (France) v. United Mexican States, UN Reports of International Arbitral Awards, 24 April 1928, Vol. V, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/327-466.pdf (son erişim: 12.12.2013).
- The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft oil tankers (USA, Reparation Commission), UN Reports of International Arbitral Awards, 5 August 1926, Vol. II, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/777-795.pdf (son erişim: 12.12.2013).
- The Diverted Cargoes Case (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), UN Reports of International Arbitral Awards, 10 June 1955, Vol. XII, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/53-81_Diverted.pdf (son erişim: 12.12.2013).
- The Boundary Case between Costa Rica and Panama, UN Reports of International Arbitral Awards, 12 September 1914, Vol. XI, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/519-547.pdf (son erişim: 12.12.2013).
- Trail Smelter Case (United States, Canada), UN Report of International Arbitral Awards, 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. III, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf (son erişim: 12.12.2013).
- The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain), UN Reports of International Arbitral Awards, 6 June 1904, Vol. XI, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/11-23.pdf (son erişim: 12.12.2013).

- William A. Parker, U.S.A. v. United Mexican States, UN Reports of International Arbitral Awards, 31 March 1926, Vol. IV, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/35-41.pdf (son erişim: 20.07.2013).
- Orinoco Steamship Company, Date of Award: 25 October 1910, <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6132> (son erişim: 27.08.2013).
- Arbitral Commission on Property, Rights and Interests in Germany established by the Convention on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation, signed at Bonn on 26 May 1952, UN Reports of International Arbitral Awards, Case of Heirs of Reuter v. Federal Republic of Germany, decision of the Second Chamber of 16 January 1961, Vol. XIX, http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/445-484.pdf (son erişim: 12.12.2013).
- Timothy G. Nelson, Annulment of International Arbitration Awards; Orinoco Steamship Case Sails On, **SABULLETIN**, 2/2010, s. 205-210.
- Kazimierz Grzybowski, Interpretations of Decisions of International Tribunals, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 35, No. 3, Jul. 1941, s. 482-495.
- Iran-United States Claims Tribunal Reports, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 75, 1981, s. 418.
- Technical Systems Inc. v Islamic Republic of Iran, **Am. J. Int'l L.**, Vol. 80, 1986, s. 365.
- Aeronutronics Overseas Services Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, The Air Force of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi İran, Case No, 158, Chamber One, Award No. ITM 47-158-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed March 14, 1985,.
- William J. Levitt v. Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 209, Chamber One, Award No. 297-209-1, Iran-United States Claims Tribunal, Filed April 22, 1987.
- World Farmed Trading Incorporated v. Government Trading Corporation, Case No. 764, Chamber One, Award No. 428-764-1, Iran-United States Claims Tribunal, Filed July 7, 1989.
- Tchacos Company, Inc. et al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 192, Chamber One, Award No. 540-192-1, Iran-United States Claims Tribunal, Filed December 9, 1992.
- Ronald E. Chamness v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 380, Chamber Three, Award No. 488-380-3, Iran- United States Claims Tribunal, Filed August 9, 1990.
- Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran, The National Iranian Oil Company, Case No. 39, Chamber Two, Award No. 425-39-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed June 29, 1989.
- Westinghouse Electric Corporation v. The Islamic Republic of Iran Air Force, Case No. 398, Chamber Two, Award No: 579-389-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed March 26, 1997.

- Anaconda-Iran, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 167, Chamber Three, Award No. 539-167-3, Iran-United States Claims Tribunal, Filed October 29, 1992, parag. 9.
- R.J. Reynolds Tobacco Company v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 35, Chamber Three, Award No. 145-35-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed August 6, 1984.
- Morriseon-Knudsen Pacific Limited v. The Ministry of Roads and Transportation and The Islamic Republic of Iran, Case No. 127, Chamber Three, Award No. 143-127-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 13, 1984.
- William L. Pereira Associates, Iran v. Islamic Republic of Iran, Case No. 1, Chamber Three, Award No. 116-1-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed March 19, 1984.
- American International Group Inc. and American Life Insurance Company v. Islamic Republic of Iran and Central Insurance of Iran, Case No. 2, Chamber Three, Award No. 93-2-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 19, 1983.
- “Communication to the Parties”, Article II in Iran- United States Claims Tribunal, Chamber: Full Tribunal, Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3,A8,A9,A14 and B61, Document No: 903, Filing Date: 7 May 2007, parag 12.
- Vernie Rodney Pointon and Mary Lou Pointon v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 322, Award No. 516-322-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 23, 1991.
- Dadras International and Per-Am Construction Corporation v. Islamic Republic of Iran and Tehran Redevelopment Company, Cases Nos. 213-215, Chamber Three, Award No. 567-213/215-3, Iran-United States Claims Tribunal, Filed November 7, 1995.
- American International Group, Inc., American Life Insurance Company v. The Islamic Republic of Iran, Central Insurance of Iran (Bimeh Markazi Iran), Case No. 2, Chamber Three, Award No. 93-2-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 19, 1983.
- Tchacosh Company, In., Siporex Company In., Gashwar Company Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, The Iranian Parliament (The Majlis), Case No: 192, Chamber One, Award No. 540-192-1, Iran--United States Claims Tribunal, Filed December 9, 1992.
- Tchacosh Company, In., Siporex Company In., Gashwar Company Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, The Iranian Parliament (The Majlis), Case No: 192, Chamber One, Award No. 540-192-1, Iran--United States Claims Tribunal, Filed December 9, 1992.
- Cal-Maine Foods Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, Sherkat Seamourgh Company, Incorporated, Case No. 340, Chamber Three, Award No. 133-340-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed June 11, 1984.
- Rockwell International Systems Inc. v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 430, Chamber One, Award No. 438-430-, Iran-United States Claims Tribunal, Filed September 5, 1989.

- Arthur Young & Company v. The Islamic Republic of Iran, Telecommunications Company of Iran, Social Security Organization of Iran, Case No. 484, Chamber One, 338-484-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 1, 1987.
- United Technologies International, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, et al, Case No. 114, Chamber Three, Decision No. DEC 53-114-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 10, 1986.
- Order of 18 January 1984 in the Government of the Islamic Republic of Iran and the Government of United States of America, Cases Nos: A-4, A15, Chamber Two.
- E-Systems, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Bank Melli Iran, Case No. 388, Award No. ITM 13-388-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed February 4, 1983.
- RCA Global Communication Disc, Inc. v. the Islamic Republic of Iran, Case No. 160, Chamber One, Award No. ITM 29-160-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed October 31, 1983.
- The Islamic Republic of Iran, v. The United States of America, Cases Nos. A15(IV) and A24, Full Tribunal, Decision No. DEC 116-A15(IV) & A24-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed May 18, 1993.
- Teledyne Industries, Incorporated v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 10812, Chamber Three, Award No. 432-10812-3, Iran-United States Claims Tribunal, Filed August 29, 1989.
- Aeronutronics Overseas Services, Inc v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi Iran, Respondents. Case No. 158, Chamber One, Award No. ITM 47-158-1, Iran-U.S. Cl. Trib. Filed March 14, 1985.
- Ford Aerospace & Communications Corporation and Aeronutronic Overseas Inc., v. The Air Force of the Islamic Republic of Iran, Case No. 159, Chamber Three, Award No. ITM 28-159-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed October 20, 1983.
- Aeronutronics Overseas Services, Inc v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi Iran, Respondents. Case No. 158, Chamber One, Award No. ITM 47-158-1, Iran-U.S. Cl. Trib. Filed March 14, 1985.
- United Technologies International Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 114, Chamber Three, Decision No. DEC 53-114-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 10, 1986.
- Behring International Inc. v. the Government of Islamic Republic of Iranian Air Force, Case No. 382, Chamber Three, Award No. ITM/ITL 52-382-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed June 21, 1985.
- Government of Islamic Republic of Iran v. The Government of United States of America, Cases Nos. A15(IV) and A24, Full Tribunal, Decision No. DEC 116-A15(IV) & A24-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed May 18, 1993.
- Government of Islamic Republic of Iran v. The Government of United States of America, Cases Nos. A15(IV) and A24, Full Tribunal, Decision No. DEC

- 116-A15(IV) & A24-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed May 18, 1993.
- Government of Islamic Republic of Iran v. The Government of United States of America, Cases Nos. A15(IV) and A24, Full Tribunal, Decision No. DEC 116-A15(IV) & A24-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed May 18, 1993.
- Behring International, Inc., Claimant, v. Islamic Republic of Iranian Air Force, Iran Aircraft Industries and the Government of Iran, Respondents. Case No. 382, Chamber Three, Award No. 52-382-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed June 21, 1985.
- Rockwell International Systems, Inc. v. The Government of Islamic Republic of Iran, Cse No. 430; Chamber One, Award No. ITM 17-430-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 5, 1983.
- Component Builders, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 395, Chamber Three, Award No. ITM/ITL 51-395-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 27, 1985.
- Fluor Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 333, Chamber One, Award No. ITM 62-333-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed August 7, 1986.
- The Government of the United States of America (on behalf and for the benefit of Tadjer-Cohen Associates Incorporated, Claimant, v. The Islamic Republic of Iran, Respondent, Case No. 12118, Chamber Three, Award No. ITM 56-12118-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed November 11, 1985.
- Order of 24 May 1988, Tadjer-Cohen Associates Inc. and The Islamic Republic of Iran, Case No. 12118, Chamber Three.
- Watkins Johnson Company v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 370, Chamber One, Award No. 429-370-1, Iran-United States Claims Tribunal, Filed July 28, 1989.
- Request for interpretation: Jurisdiction of the Tribunal with respect to claims by the Islamic Republic of Iran against nationals of the United States of America, Case No. A/2, Full Tribunal, Decision No. DEC 1-A2-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed January 26, 1982.
- Computer Sciences Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 65, Chamber One, Award No. 221-65-1 Iran-United States Claims Tribunal, Filed April 16, 1986.
- American Bell International Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 48, Chamber Three, Award No. ITL 41-48-3, Iran - United States Claims Tribunal Filed June 11, 1984.
- Kimberly-Clark Corporation v. Bank Markezi Iran, Case No. 57, Chamber Two, Award No. 46-57-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 25, 1983.
- Richard D. Harza et al. v. The Islamic Republic of Iran et al., Case No. 97, Chamber Two, Award No. ITL 14-97-2, Iran - United States Claims Tribunal, February 23, 1983.

- Starrett Housing International, Inc., v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 24, Chamber One, Interlocutory Award No. ITL 32-24-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 19, 1983.
- CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation and the Islamic Republic of Iran, Case No. 245, Chamber Two, Award No. 99-245-2, Iran - United States Claims Tribunal, Signed December 27, 1983.
- The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case No. A21, Full Tribunal, Decision No. DEC. 62-A21-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 4, 1987.
- The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case No. B1, Full Tribunal, Award No. ITL 60-B1-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed April 4, 1986.
- Tippetts, Abbettt, McCarthy, Stratton, v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 7, Chamber Two, Award No. 141-7-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed June 29, 1984.
- American International Group, Inc. v. Islamic Republic of Iran, Case No. 2, Chamber Three, Award No. 93-2-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 19, 1983.
- Sola Tiles, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 317, Chamber One, Award No. 298-317-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed April 22, 1987.
- Sedco, Inc. for itself and on behalf of Sedco International S.A. v. National Iranian Oil Company, The Islamic Republic of Iran, Case No. 129, Chamber Three, Award No. ITL 55-129-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed October 28, 1985.
- Mobil Oil Iran, Inc., et al, v. The Government of Islamic Republic of Iran, et al., Case No. 74, 76, 81, 150, Chamber Three, Award No. 311-74/76/81/150-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 14, 1987.
- W. Jack Buckamier v. The Islamic Republic of Iran, et al., Case No. 941, Chamber Three, Award No. 528-941-3, Iran-- United States Claims Tribunal, Filed March 6, 1992.
- Gould Marketing, Inc., v. Ministry of National Defence of Iran, Case No. 49, Chamber Two, Award No. ITL 24-49-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983.
- Starrett Housing Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 24, Chamber One, Interlocutory Award No. ITL 32-24-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 19, 1983.
- General Dynamics Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 283, Chamber Three, Award No. 123-283-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed April 16, 1984.
- CBA International Development Corporation v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 928, Chamber Three, Award No. 115-928-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed March 16, 1984.

- Phelps Dodge Corp. And Overseas Private Investment Corp. V. The Islamic Republic of Iran, Case No. 99, Chamber Two, Award No. 217-99-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed March 19, 1986.
- Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 56, Chamber Three, Award No. 310-56-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 14, 1987.
- The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case No. B1 (Claim 4), Full Tribunal, Award No. 382-B1-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed August 31, 1988.
- The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case No. A21, Full Tribunal, Decision No. DEC. 62-A21-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed May 4, 1987.
- The United States of America v. The Islamic Republic of Iran Bank Mellat, Claimant, v. The Government The United States of America, Manufacturers Hanover Trust Co. GTE International Inc., Respondents. Bank Mellat, Claimant, v. The Government of United States of America, Crocker National Bank, Respondents, Case No. A-16, 582 and 591, Award No. 108-A-16/582/591-FT, Iran - United States Claims Tribunal, Filed January 25, 1984.
- Oil Field of Texas, Inc. v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 43, Award No. 258-43-1, Iran - United States Claims Tribunal, Filed October 8, 1986.
- CMI International, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 245, Chamber Two, Award No. 99-245-2, Iran - United States Claims Tribunal, Signed December 27, 1983.
- Mohsen Asgari Nazari v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 221, Chamber One, Award No. 559-221-1, Iran-United States Claims Tribunal, Filed August 24, 1994, parag. 50.
- Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, Full Tribunal, Decision No. 135-A3/A8/A9/A14/B61-FT, The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Filed July 1, 2011.
- The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case No. A24, Full Tribunal, Dec 125-A15-A24-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed October 11, 1996.
- Middle East Management and Construction Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 292, Chamber Two, Award No. 202-292-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed November 25, 1985.
- Raygo Wagner Equipment Company v. Starline Iran Company, Case No. 17, Chamber Three, Award No. 20-17-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 15, 1982.
- “Mr. Jahangir Sani’s Reasons for not Signing the Decision Made by Mangard and Mr. Mosk in Case No. 17” in Raygo Wagner Equipment Company v. Starline Iran Company, Case No. 17, Chamber Three, Award No. 20-17-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 15, 1982.

- “Comments of Richard M. Mosk with Respect to Mr. Jahangir Sani's Reasons For Not Signing The Decision Made By Mr. Mangard and Mr. Mosk in Case No. 17” in Raygo Wagner Equipment Company v. Starline Iran Company, Case No. 17, Chamber Three, Award No. 20-17-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 15, 1982.
- “Mr. Jahangir Sani’s Reasons for not Signing the Decision Made by Mr Magnard and Mr. Mosk in Case No. 132” in Rexnord Inc. v. The Islamic Republic of Iran and Iran Siporex Industrial and Manufacturing Works Limited, Case No. 132, Chamber Three, Award No. 21-132-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed January 10.
- “Concurring Opinion of Richard Mosk” in Granite State Machine Co. Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Bank Markazi and Bank Saderat Iran, Case No. 30, Chamber Three, Award No. 18-30-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed December 15, 1982.
- Intrend International Inc. v. The Imperial Iranian Air Force, The Islamic Republic of Iran and Provisionary Revolutionary Government of Iran, Case No. 220, Chamber Two, Award No. 59-220-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983.
- Gruen Associates Inc. v. Iran Housing Company, Ministry of Health and Social Welfare, Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 188, Chamber Two, Award No. 61-188-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983.
- “The Following note, signed by M. Bellet and Mr Aldrich, is appended to the Award” in Intrend International Inc. v. The Imperial Iranian Air Force, The Islamic Republic of Iran and Provisionary Revolutionary Government of Iran, Case No. 220, Chamber Two, Award No. 59-220-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983.
- “Judge M. Bellet and Aldrich’s Comments in Judge Shafeiei’s Reason for not to Signing the Award” in Gruen Associates Inc. v. Iran Housing Company, Case No. 188, Chamber Two, Award No. 61-188-2, Iran - United States Claims Tribunal, Filed July 27, 1983.
- “Supplemental Opinion of Mr. Bockstiegel and Mr. Holtzmann” in Uiterwyk Corporation, Jan C. Uiterwyk, Robert Uiterwyk, Hendrik Uiterwyk, Jan D. Uiterwyk v. The Government of Islamic Republic of Iran, the Ministry of Roads and Transportation, Ports and Shipping Organization, Iran Express Lines, Sea-Man-Pak, Case No. 381, Chamber One, Award No. 375-381-1, Iran -United States Claims Tribunal, Filed July 6, 1988.
- James M. Saghi, Michael R. Saghi and Allan J. Saghi v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 298, Chamber Two, Award No. 544-298-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed January 22, 1993.
- Uiterwyk Corporation, Jan C. Uiterwyk, Robert Uiterwyk, Hendrik Uiterwyk, Jan D. Uiterwyk v. The Government of Islamic Republic of Iran, the Ministry of Roads and Transportation, Ports and Shipping Organization, Iran Express Lines, Sea-Man-Pak, Case No. 381, Chamber One, Decision No. DEC 96-381-1

- Harold Birnbaum and Islamic Republic of Iran, Decision No. DEC 124-967-2, para. 10 (14 Dec. 1995); Collins Systems International, Inc. and Navy of the Islamic Republic of Iran, Decision No. DEC 104-431-2, para. 6 (16 Jun. 1992).
- The United States of America v. The Islamic Republic of Iran, Case No: B36, Chamber: Two, Award No. 126-B36-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed March 17, 1997, parag. 9-12.
- Frederica Lincoln Riahi v. The Government of Islamic Republic of Iran, Case No. 485, Chamber One, Decision No. DEC 133-485-1.
- The United States of America v. The Islamic Republic of Iran, Case No: A33, Full Tribunal, Decision No. 132-A33-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed September 9 2004.
- The United States of America v. The Islamic Republic of Iran, Full Tribunal, Decision No. 132-A33-FT, Iran-United States Claims Tribunal, Filed September 9 2004, Case No: A33.
- The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, Full Tribunal, Decision No. 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, Filed 1 July 2011.
- Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Cases Nos: A3, A8, A9, A14, B61, Full Tribunal, Decision No. 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, Filed 1 July 2011.
- Dames&Moore v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 54, Chamber Three, Decision No. 36-54-3, Iran - United States Claims Tribunal, Filed April 23, 1985.
- Gloria Jean Cherafat, Roxanne June Cherafat, Ramin Cherafat v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 277, Chamber Two, Decision No. DEC 106-277-2, Iran--United States Claims Tribunal, Filed June 25, 1992.
- Harold Birnbaum v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 967, Chamber Two, Decision No. DEC 124-967-2, Iran-United States Claims Tribunal, Filed December 14, 1995.
- Aram Sabet, Karim Sabet, Reja Sabet v. The Islamic Republic of Iran, Case No. 815/816/817, Chamber Three, Award No. 598-815 -816-817-2.

ÖZET

Devletlerarası tahkim, uluslararası kamu hukuku çerçevesinde devletlerarasındaki uyuşmazlıkların barışçıl ve yargısal çözüm yollarından biridir. Bu yönüyle uluslararası barış ve güvenliğin devamının teminine, uluslararası hukukun gerçekleştirilmesine ve gelişimine, yüz yılı aşkın bir zamandır katkıda bulunmaktadır. Uluslararası kamu hukukunda, -uluslararası özel hukuktan farklı olarak- uluslararası hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün açıklanması ve konunun uluslararası hukuk açısından değerlendirmesinin yapılması, devletlerarası tahkim sürecinde prosedürel uygulamaların, meydana gelebilecek teknik sorunların, yargısal sürecin gerektirdiği işlemlerin, örnek hakemlik kararları ile açıklanması aracılığıyla önemli bir mesele açıklığa kavuşturularak, mevcut bilgi karmaşasının giderilmesi gerekmektedir.

Devletlerarası uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak, 18. yüzyıl sonundan bu yana başvurulmuş tahkimin işlevselliği, II. Dünya Savaşı'ndan sonra ihmal edilmeye başlanmıştır. Devletlerarası tahkimin bir alt yapıya kavuşturulamaması, devletlerarası andlaşmalardaki her türlü hakemlik kaydının, bir *ad-hoc* mahkemeye yönelik olması sonucunu doğurmuştur. Oysa devletlerin geçmişte olduğu gibi günümüzde de tahkimi tercih etmeleri için önemli nedenler bulunmaktadır. Yargılama sürecinin gizliliği, hakemlerin seçilebilmesi, tarafların mahkemenin kuruluşu üzerinde azami kontrol sahibi olabilmeleri bunlardan bir kaçıdır. İran ve ABD arasındaki rehine krizini çözemeyen Divan kararının ardından tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurması, bu esnekliğin önemli bir örneğidir.

Son yıllarda, özellikle de kesin kurallar formüle etmenin zor olduğu ve yoğun siyasi hassasiyet taşıyan alanlarda, uyuşmazlığa uzaktan ve daha tarafsız bir gözle bakacak olan ve tarafların sürece hakimiyetlerini muhafaza eden tahkim yöntemi, diğer yöntemlere nazaran daha makul ve güvenli görünmektedir. Ancak geleceğe dönük tercih edilebilirliğinin ve meşruiyetinin artması bakımından, uluslararası ticari tahkim uygulamalarından esinlenilmesi gerekmektedir. Günümüz koşullarında artık “uluslararası kamu hukuku hakemliği- uluslararası

özel hukuk hakemliğı” şeklinde kesin çizgileri olacak bir ayırım yapabilmek için başvurulacak bir alt yapı kalmamıştır. Yargı organı, uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne etkin biçimde hizmet ettiği ölçüde, usul ya da esasa ilişkin olarak özel hukuk kurallarına başvurulabileceğini göstermektedir. Söz konusu hakemlik olduğunda, bu iki disiplin –uluslararası kamu hukuku ve uluslararası özel hukuk- arasındaki sınırlar yavaş yavaş kalkmaktadır.

Bu çerçevede devletlerarası tahkimden geleceğe dönük olarak beklenen, kamu hukuku ve karma sistemlerin bir araya getirilmesi suretiyle, kurumsal tahkim imkanlarından faydalanabilmesi, böylece uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümü konusunda gerçekten etkili bir rol oynayabilmesi ve böylece uluslararası hukukun gelişimine katkıda bulunmasıdır.

ABSTRACT

Inter-state arbitration is one of the peaceful settlement methods of international disputes under the public international law. It has contributed to the protection of international peace and security, realisation and development of international law for more than hundred years. Under the public international law -dissimilarly from private international law- the settlement of disputes between subjects of international law through by arbitration, procedural practices in the process of inter-state arbitration, potential technical problems and the necessary operations in the adjudication have to be disclosed with the judgments of arbitral tribunals and an important issue have to be clarified.

The function of arbitration has losed its popularity after the end of 18th century. Owing to the fact that any arbitration clauses in the agreements were directed to the adhoc arbitral tribunals, inter-state arbitration could not have any kind of substructure. However, states have many reasons to prefer arbitration to solve their disputes. The privacy of adjudication process, the eligibility of the arbitrators by the parties and the control of the parties on the constitution of the tribunal are only a few of these reasons. The judgment of ICJ related to hostages crisis between Iran and USA which could not settle the dispute and it has been referred to the arbitration is an important example of this flexibility.

Recently, expecially for the areas which carry the intensive political interest and the issues which is difficult to formulate strict rules, arbitration as an objective method, is able to see the dispute as an impartial side and it can be more appropriate and safe in comparison with the other settlement methods. Nevertheless, for promoting the preferability and legitimacy of inter-state arbitration it is necessary to inspire from international commercial arbitration. Contemporarily there is no structure to draw a definite line between public international law arbitration and its private international law version. As long as it contributes to the peaceful settlement of disputes, it is appropriate to apply to the procedural or substantial rules of private international law. When it comes to the arbitration, the boundaries between public and private international law gradually has been removed.

Under these circumstances, the expectation from inter-state arbitration is being able to benefit from the possibilities of institutional arbitration by favour of gathering the systems of public law and hybrid systems. So that, inter-state arbitration can play an effective role and subscribes the development of international law.