



Makale Başvuru/Kabul Tarihleri:
Received/Accepted Dates:
26.11.2018/15.01.2019

Cilt 6, Sayı 11, Yıl 2019

Tahkim Yargılamasında Kompetenz- Kompetenz Prensibi

Dr. Öğretim Üyesi Nazlı TÖRE
Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
nazlitore@gmail.com
ORCID: 0000-0002-6609-7808

Özet

Ayrılabilirlik prensibi ile birlikte tahkimin özerkliğini ve etkinliğini sağladığı varsayılan Kompetenz Kompetenz prensibi, bugün için pek çok yargı sahasında varlık göstermektedir. Bu makalede konuyla ilgili farklı yaklaşımlar dikkate alınarak daha ziyade söz konusu prensibin bu yargı sahalarının en önemlilerindeki kabul derecesi incelenecektir. Bir tahkim anlaşması uyarınca bir hakemin kendi yetkisini belirleme yetkisinin bulunup bulunmadığı sorusu hala yanıtlanabilmiş değildir. Bu soruyu yanıtlamak ümidiyle hukuk iki farklı prensip yaratmıştır. Bu prensipler ayrılabilirlik ile *kompetenz-kompetenz* prensipleridir. Bugün için, çoğunlukla kabul edildiği üzere, bu prensiplerin ikisi birlikte, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi halini alan tahkim usulünün yürütülmesinde son derece önemli bir rol üstlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Kompetenz-kompetenz* prensibi, ayrılabilirlik prensibi, *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumlu yönü, *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönü.

The Principle of Kompetenz-Kompetenz in Arbitral Proceedings

Abstract

The principle of *kompetenz-kompetenz* is supposed to promote arbitral autonomy and efficiency together with the principle of separability, today exists in many jurisdictions. This article mostly surveys the extent of its acceptance in these foremost jurisdictions given the varying approaches on this subject. Whether an arbitrator have the authority to determine his or her own jurisdiction under an arbitration agreement is a question still remained unanswered. With the hope to answer this question, the law develops two distinct principles: separability and competence-competence. Today, it is mostly accepted that these two principles together play an important role in promoting the arbitral proceeding as a means of dispute resolution.

Key Words: The principle of *kompetenz-kompetenz*, the principle of separability, positive dimension of *kompetenz-kompetenz*, negative dimension of *kompetenz-kompetenz*.

GİRİŞ

Kompetenz-kompetenz prensibi, tahkim yargılamasında hakem mahkemesinin kendi yetki sınırlarını kendisinin tayin etmesi anlamına gelmektedir. Tahkimin, bugün için, özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tercih edilir bir yöntem halini alması biraz da *kompetenz-kompetenz* prensibinden kaynaklanmaktadır. Hatta bazıları *kompetenz-kompetenz* prensibinin tahkimin köşetaşı olduğunu iddia etmektedir. (Smit, 2002: 19) Belirtmek gerekir ki; hakem mahkemesinin kendi yetki sınırlarını belirleyebilir oluşu, bunu yapmakta her zaman için tek yetkili olduğunu göstermez. *Kompetenz-kompetenz* prensibi, ulusal mahkemeleri hakem mahkemesinin yetki alanını yeniden incelemekten alıkoymamaktadır. Aslında burada aralarında geçerli bir tahkim anlaşması bulunan taraflara düşen, bu anlaşmaya uygun olarak aralarındaki uyuşmazlığın çözüm sürecini mümkün olabildiğince ulusal mahkemelerin uzağında tutmaktır. Nitekim 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi II. maddesinin 3. fıkrasında ifadesini bulduğu üzere ulusal mahkemeler tarafların arasındaki geçerli bir tahkim anlaşmasına riayet etmek zorundadır. Bununla birlikte, Anılan Sözleşme geçerli bir tahkim anlaşmasının nasıl olduğunu

tanımlamadığı gibi, nelerin bir anlaşmayı hükümsüz, etkisiz veya uygulanmaz kılacağından bahsetmemiştir. Bu anlamda, New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin mahkemelerinin bu konuda takdir yetkileri mevcuttur. Bu takdir yetkisi bunların yargılama yetkilerini ne zaman ve hangi şartlarda hakem mahkemelerine devredecekleri konusuna kadar uzanmaktadır. Sonuç olarak, hakemler kendi yetki alanlarının tek belirleyicisi olamaz. Dünya çapında farklı *kompetenz-kompetenz* uygulamalarına bakıldığında bu zaten mantıklı ve kabul edilebilir de değildir. Esasında, *kompetenz-kompetenz* prensibinden çıkartılacak anlam tahkim yargılamasında yetki tayininin yalnızca hakemlere bırakılması da olamaz. Zira tahkim kararlarının iptali veya uygulanması aşamalarında, yetkinin ulusal mahkemelerce yeniden incelenmesi mümkün olabilecektir. Ulusal mahkemelerin bu esnada hakem mahkemesini yetkisiz bulması durumunda, hakem mahkemesi kararının geçersiz ve hatta uygulanamaz sayılması gerekecektir (Bailey vd.).

1. Kavramsal Açıdan Kompetenz-Kompetenz Prensibi

Kelime anlamı olarak yetkili olma şeklinde Türkçeye çevrilebilecek *kompetenz-kompetenz*, daha ziyade hakem mahkemesinin kendi yargılama yetkisini tayin etme yetkisi olarak tanımlanmaktadır. Hakemlere bu şekilde, kendi yetki alanlarını belirleme yetkisinin tanınmış olmasının temel hedefi, esas itibarıyla bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkimin yargısal bir müdahaleye maruz kalmaksızın etkinliğini arttırmaktır. Hakemlere tanınan bu *kompetenz-kompetenz* (yetki yetkisi) ülkeden ülkeye değişmektedir. Bunun da sebebi; devletlerin iki farklı menfaati telif etmeye çalışmalarıdır. Bu menfaatlerden birisi tahkim yargılamasına yönelik meşru taleplerin korunması iken; diğeri yargısal müdahale ve uzatma taktiklerinin azaltılmasıdır. *Kompetenz-kompetenz*'in düzgün işleyişi sağlayıcı iki unsur bulunmaktadır. Bu unsurlardan ilki, hakem mahkemesinin kendi yetkisinin sınırlarını tayin etme yetkisiyle donatılmasıdır. İkinci unsur ise, tahkim anlaşmasının ana sözleşmeden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmesidir ki bu doktrinde ayrılabilirlik prensibi olarak adlandırılmaktadır. Her ne kadar ayrılabilirlik prensibinin derinlemesine tartışılması, bu çalışmanın kapsamı dışında kalsa da bunun *kompetenz-kompetenz* ile bağlantısının son derece önemli olduğunu belirtelim. Çünkü *kompetenz-kompetenz* prensibi ile ayrılabilirlik prensibi tahkime erken bir yargısal müdahaleyi önlemek ortak amacıyla işbirliği yapmaktadır. Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasını ana sözleşmeden ayrı değerlendiren ayrılabilirlik prensibi aslında hakemlerin kendi yetkileri üzerine vermiş oldukları kararın, ana sözleşmedeki eksiklikler, kusurlar sebebiyle yeniden yargıda incelenmesine mani olmaktadır. Yine de ifade etmek gerekir ki; ayrılabilirlik prensibi evrensel olarak kabul edildiği halde, *kompetenz-kompetenz* prensibi üzerindeki tartışmalar devam etmekte ve bununla ilgili farklı uygulamalar bulunmaktadır (Susler, 2009:119).

Sonuç itibarıyla, *kompetenz-kompetenz* prensibi uyarınca, hakem mahkemelerince kendi yetkileri üzerine verilmiş olan kararlar, her zaman için yargısal incelemeye tabi olmaktadır ve bu konuda son sözü söyleme yetkisi ulusal mahkemelerdedir. Hakem mahkemelerinin kendi yetkilerini tayin yetkisi olarak tanımlanan *kompetenz-kompetenz* ülkeden ülkeye ve hatta aynı ülke içinde farklı yargılama alanlarına göre değişmektedir. Uygulamada görülen bu tür tutarsızlıkların ortak bir sonucu bulunmaktadır ki; o da, kendi yetki alanının tek belirleyicisi olma gücünden yoksun bulunan bir hakem mahkemesinin taraflardan birisinin yetki itirazında bulunması üzerine her zaman için yargılamayı durdurması ve konuyu ulusal mahkemelere havale etmesidir. Bu durum, hiç şüphesiz, tahkimin etkinliğini bozmaktadır. *Kompetenz-kompetenz* prensibi üzerindeki birbirinden farklı mevcut görüşler ayrıca tahkim kararlarının uygulanmasına da mani olmaktadır. Zira bu kararların uygulanacağı ülke kendi yargısal inceleme usulünü işletmektedir, bu süreçte tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuk uygulama alanı bulabilecektir. Ancak yerel mahkeme tarafından yapılan inceleme sonucunda *kompetenz-kompetenz*' in iyi yürütülmediğine karar verilip, ilgili tahkim kararının uygulanması reddolunabilir.

2. Kompetenz-Kompetenz Prensibinin Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Kompetenz-kompetenz prensibinin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. *Kompetenz-kompetenz*'in olumlu yönü hakemlere kendi yetkilerinin sınırlarını tayin yetkisi

vermesidir. Buna karşılık, *kompetenz-kompetenz*'in olumsuz yönü ulusal mahkemeleri hakemlere müdahale etmekten alıkoymasındadır. Tahkim yargılamasına yönelik itirazlar tahkim usulünün başında, tahkim süresince ve tahkim kararından sonra ortaya çıkabilir. Tahkim yargılamasına yönelik itirazlar daha ziyade tarafların tensibindeyken; tahkim anlaşmasını idare eden hukukun *kompetenz-kompetenz* kuralları bu itirazların zamanını tayin etmektedir. Tahkim anlaşmasını idare eden hukukun *kompetenz-kompetenz* kurallarının olumlu ve olumsuz yönleri bu anlamda tarafların itiraz seçimleri üzerinde hayli etkili olmaktadır.

Kompetenz-kompetenz'in sınırlarının belirlenmesinde ilk karşılaşılan meseleler: yargısal müdahalenin ne zaman yapılacağı ile tahkim kararının ne kapsamda inceleneceğidir. Hakemlerin kendi yetki alanlarını saptama yetkisi anlamına gelen olumlu *kompetenz-kompetenz* bugün için hemen hemen bütün ülkelerde kabul edilmektedir. (Chan ve Han, 2013: 82) Buna karşılık olumsuz *kompetenz-kompetenz* üzerinde ortak bir kabul bulunmamaktadır. Bunun da sebebi, olumsuz *kompetenz-kompetenz*'de ulusal mahkemelerden bütün bir tahkim yargılaması boyunca kesin bir hüküm elde edilinceye kadar yargılama yetkilerini bırakmalarının istenmesidir. Zaten bazı yazarlar da bu sebeple *kompetenz-kompetenz*'in uluslararası tahkimdeki olumsuz yönüne kabul edilebilir bir gerekçe üretmek üzere çeşitli görüşler ileri sürmektedir.

Kompetenz-kompetenz prensibinin olumsuz yönü çerçevesinde ulusal mahkemeler, tahkim usulünün ilk aşamasındaki yetki incelemelerini tahkim anlaşmasının ilk bakışta geçersiz, etkisiz ve uygulanmaz olup olmadığının belirlenmesi noktasına kadar indirmişlerdir. Bunun dışında, ulusal mahkemeler hakem mahkemesinin yetki alanına kesin hüküm elde edilinceye kadar müdahale edemeyecektir. Bu özellik daha en başında hakemleri tahkim yargılamasının hâkimlerine dönüştürmektedir ve bu da uluslararası ticari tahkimin bağımsız ve özerk yapısına saygı duyulmasını sağlamaktadır.

Kompetenz-kompetenz prensibinin olumsuz yönünü savunan yazarlar, bunun lehinde iki temel argüman ileri sürmektedir. Birincisi, tahkim yargılaması devam ederken, tahkime itiraz için mahkemeye müracaat edilmesi, bağımsız ve özerk bir yapıya sahip olduğu iddia edilen bir usule apaçık yargısal müdahalede bulunmak anlamına gelir. İkincisi ise, kesin hüküm elde edilmeden önce mahkemeye başvurulması tahkimde uzatma taktiklerine kapı aralamış olacaktır. GAILLARD ve BANIFATEMI' ye göre, *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumlu yönü aslında *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönünün tanınmasına ihtiyaç duyar. Çünkü olumlu yön ile olumsuz yön birlikte, ulusal mahkemelerin daha hakemler kendi yetkileri konusunda bir karar vermeden önce, hakemlerin yargılama yetkilerinin bulunup bulunmadığını incelemelerine engel olur. Bu şekilde, esas itibarıyla, birbirleriyle yarışan yargılamalar bir miktar kısıtlanarak, tarafların zaman ve masraf kayıplarının önüne geçilmiş olur. Sonuçta bu teori çerçevesinde, *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönünün ulusal mahkemelerin tahkim yargılamasındaki inceleme rolünü yalnızca yargılama yetkisi yanında kesin hükme yöneltilebilir itiraz usulleriyle sınırlı tutmuş olması gibi yargısal etkinliği sağlayıcı ek bir faydası bulunmaktadır (Gaillard/Petro, 2008: 260-261).

Buna karşılık, BERMANN yetki incelemesinin tahkim kararının sonrasına ertelenmesinin ciddi bir etkinlik problemi yaratacağı düşüncesindedir ve bu noktada GAILLARD ve BANIFATEMI' nin *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönünün inşasına dönük görüşlerine karşı çıkmaktadır (2012: 19). BERMANN, konuya daha ziyade bir yöntem olarak yaklaşmakta ve *kompetenz-kompetenz*'in olumsuz yönünün ulusal mahkemeleri hakem mahkemesinin oluşumundan önceki bir safhada tahkim yargılamasına ilişkin bir itirazı incelemekten alıkoymayacağını iddia etmektedir. Oysaki BERMANN' in ulusal mahkemelerin hakem mahkemesinin kuruluşundan önceki bir devrede hakem mahkemesinin yargılama yetkisine yönelik itirazları incelemesinin yasaklanmaması hususundaki yaklaşımı *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönünü sınırlamaktadır. BERMANN, hakem mahkemesinin kuruluşundan önceki dönemde ulusal mahkemelere başvuruyu kabul ederken; hakem mahkemesinin kuruluşundan sonra bu tarz başvuruları kabul etmemektedir.

3. Uluslararası Hukuk Doktrinde Kompetenz-Kompetenz Prensinin Olumsuz Yönüne İlişkin Farklı Yaklaşımlar

3.1. Fransız Yaklaşımı

Kompetenz-kompetenz prensibinin olumsuz yönü 1981 tarihli Fransız Hukuk Usulü Kanunu'nun 1458. maddesinde düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Buna göre, eğer tahkim anlaşmasına istinaden hakem mahkemesine havale edilmiş bir uyuşmazlık ulusal mahkemeye taşınırsa, bu takdirde mahkeme yetki yönünden bunu geri çevirebilir. Hakem mahkemesi söz konusu uyuşmazlığa bakmaya başlamamış olsa dahi, tahkim anlaşması açıkça hükümsüz olmadıkça, mahkeme yine de bunu geri çevirebilir. Belirtmek gerekir ki; söz konusu hüküm Fransız Hukuk Usulü Kanunu'nda önemli değişiklikler yapan Ocak 2011'deki kodifikasyondan en az etkilenen ender hükümlerden birisidir. (Décret n° 2011-48 du 13 Janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. (Journal Officiel de la République Française, Jan. 14,2011)) Her ne kadar söz konusu hüküm Fransa'daki iç tahkime ilişkin olsa da, bunun mahkeme kararları marifetiyle uluslararası tahkime de teşmil edildiği görülmektedir (Dimolitsa, 1998: 321-25).

Fransız yaklaşımı, esasında iki temel düşünce üzerine kurulmaktadır. Birincisi, eğer hakem mahkemesi zaten uyuşmazlığa bakmaktaysa, bu takdirde Fransız mahkemeleri artık kendi yetkisini reddedecektir ve tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve kapsamı gibi konuları tartışmayı hakemlere bırakacaktır. İkincisi, hakem mahkemesi uyuşmazlığa bakmaya başlamadıysa, bu takdirde mahkeme sözü edilen konuları sınırlı olarak araştırabilir ve ancak tahkim anlaşması açıkça geçersizse tekrardan yetkisini canlandırarak yargılamayı üstlenebilir. Sonuç itibariyle, mahkeme ilk bakışta tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve kapsamını değerlendirebiliyorsa, o zaman tahkim taraflarına başvuracaktır. Tahkim kararı verildikten sonra, Fransız mahkemeleri tahkim yargılamasını *de novo* (başından itibaren) inceleyebilecektir.

Bu yaklaşımın ardındaki temel gerekçe, taraflardan birisinin tahkim sürecini uzatıcı veya engelleyici tutumuna mani olmaktır. Fransız doktrini, taraflardan birisinin tahkim yargılaması konusunda haklı endişeleri bulunmaktaysa ve bu taraf tamamen iyi niyetle uyuşmazlık hakem mahkemesine sunulmadan önce mahkemeye başvurmuşsa, bu takdirde mahkemenin geniş kapsamlı incelemesine müsaade etmektedir. Ancak bu ihtimalde dahi mahkemenin ilk incelemesi *prima facie* (yüzeysel) olmaktadır. Bu yüzeysel incelemenin sonucu olumluysa ya da hakem mahkemesi uyuşmazlığa bakmaya başlamışsa, bu takdirde artık mevcut tahkime yönelik itirazlara bakma görevi hakemlerindir. Zaten çoğu tahkim düzenlemesinde ve kurumsal kurullarda tahkim yargılamasında hakemlere ön karar verme yetkisi tanındığı görülmektedir. Çoğu davada da bu kararın verilmesi gecikmemektedir. Yargılama yetkisine yönelik böyle erken bir karar tahkim yerinin iptal usullerine maruz kalabilir. Tahkim yeri Fransa'da ise iptal incelemesi *de novo* (yargılamanın başından itibaren) kapsamlı şekilde olacaktır.

Sonuç itibariyle, davaların büyük çoğunluğunda tahkim usulü ileriye doğru işlerken; tarafların hakemlerin yetkisine itiraz etmelerinin yasal bir gerekçesi bulunmaktaysa, bu ihtimalde bunların itiraz hakları ellerinden alınamaz. Ancak taraflara bu itirazlarını hâkim huzurunda yapmaları için makul bir süre verilir. Aslında tahkimi engelleyici maksatla, itiraz yoluna gidecek olan tarafların bunun maliyetini dikkatlice hesaplaması gerekir (Barcelo, 2003: 1126).

Burada problem, daha ziyade hakemlerin tahkim hükümlerinden-tahkim kurumlarının çıkartmış olduğu kurallar da bunlara uygun olmaktadır-aldıkları destekle yetkili olup olmadıklarına yönelik kararı tahkim kararının sonuna kadar ertelemelerinden çıkmaktadır. Hakemlerin bunu yapmakta çok farklı nedenleri olabilir. Sözgelimi, yargısal incelemenin geciktirilmesinin sonuçlarına duyarsız kalınması bunlardan birisi olabilir ya da ortaya çıkan meseleler birbiriyle o kadar ilintilidir ki, bunların giderilmesinde mevcut yargılamanın bölünmemesi daha faydalıdır. Hatta hakemlerin kesin hükme kadar kendi yetkileri üzerinde bir karara varmamış olmaları, bunların Fransız uygulamasını tercih ettikleri yönünde de bir kanaat oluşturabilir. Ancak uygulamada bu tarz davalara çok sık

rastlanmamaktadır. Yine de, küçük bir ihtimal olsa dahi, bu tür bir davayla karşılaşıldığında tahkime itiraz eden tarafın sağlam gerekçeleri bulunmaktaysa, çoğunlukla ulusal mahkemeye gitmesi beklenmektedir. Çoğu hukuk sisteminde, tahkimde veya normal yargılama usulünde, kaybeden taraf yargılama masraflarını karşılamaktadır. Tahkime giden taraf, tahkim yargılamasında kaybederse, tahkim masraflarını bizzat karşılayacaktır. Burada bu durumun güçlü bir yargısal itiraza maruz kalan tahkim usulünün beraberinde getirmiş olduğu bir risk olduğu iddia edilebilir.

3.2. 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi

Tahkim anlaşması taraflarının yerleşim yeri veya mutad meskenleri Uluslararası Ticari Tahkime Dair 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerden birisinin ülkesinde bulunmaktaysa, bu takdirde artık Fransız yaklaşımından ayrılan bir olumsuz *kompetenz-kompetenz* doktrini uygulama alanı bulacaktır. Anılan Sözleşme'nin VI (3). maddesi uyarınca ulusal mahkemelere müracaat edilmeden önce uyuşmazlık hakem mahkemesine tevdi edilmiş durumda ise, aynı uyuşmazlığın giderilmesi yahut tahkim anlaşmasının yokluğunun, geçersizliğinin veya hükümden düşmüş olup olmadığının tespiti için kendilerine başvuru alan devlet mahkemeleri, ciddi sebepler olmadıkça, hakem mahkemesinin yetkisi konusunda karar vermeyi, tahkim kararının verilmesine dek ertelemek durumundadır (Esen, 2011: 361).

Bu hükümden çıkartılacak ilk sonuç, 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin tahkim yargılamasını desteklemekte Fransız yaklaşımı kadar atılgan davranmadığıdır. Zira tahkim başlamadan önce ulusal mahkemenin yargılaması başlamışsa; bu takdirde artık *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönü ortaya çıkmayacaktır. Buradaki mantık ilk müracaatın mahkemeye yapıldığı davalarda oyalayıcı veya engelleyici taktiklerden ziyade tahkim yargılamasına yönelik meşru itirazların görülecek olmasıdır. Bu da aslında 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin yaklaşımını, 1981 tarihli Fransız Hukuku Usulü Kanunu'nun 1458. maddesinde ifadesini bulan yaklaşımına kıyasla daha kabul edilir bir hale sokmaktadır. Fransız yaklaşımından hareketle, makul erteleme süresinin genellikle tahkimin başlatılmasıyla sonuçlandığını, çünkü hakemlerin atanmasının oldukça uzun sürdüğü iddia edilebilir. Bu durumda yetki kararı gibi, ilgili mahkeme incelemesi de geciktirilmiş olacaktır. Buna karşılık, başka bir görüşe göre, şayet taraflardan birisi tahkim usulü başlatmışsa, bu durumda 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin VI (3). maddesi tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği konusunda *prima facie* (yüzeysel) mahkeme incelemesine izin vermiş görünmektedir. Mahkeme eğer bu incelemesi neticesinde ortada tarafları bağlayıcı bir anlaşma bulunduğuna ikna olmazsa; bu takdirde bu durum kendisi için davanın esasına girmek konusunda ciddi bir sebep yaratmış olur.

3.3. UNCITRAL Model Kanunu

UNCITRAL Model Kanunu'nda *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönüne ilişkin olarak başlıca 2 düzenleme bulunmaktadır. Bunlar 8 (1) ve 16. maddelerde yer almaktadır. 8 (1).madde geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına istinaden mevcut uyuşmazlığa kimin bakacağı noktasında verilen mahkeme kararlarını merkez altına almaktadır. Bu doğrultuda, UNCITRAL Model Kanunu m.8 (1) uyarınca, tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlığın ulusal mahkemelerde dava konusu yapılmış olması halinde mahkeme, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş veya geçersiz olduğuna yahut uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme elverişli olmadığına karar vermedikçe, taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale eder (Esen, 2011: 362).

Maddede geçen "*tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş veya geçersiz olduğuna yahut uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme elverişli olmadığına karar vermedikçe*" ifadesinden burada tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğinin mahkemece tayinine müsaade edildiği anlaşılmaktadır. Kodifikasyon tarihine bakıldığında bu anlayış güçlenmektedir. 1980'li yıllar boyunca, özellikle de 1981 tarihli Fransız Hukuk Usulü Kanunu'nun yayımından sonraki süreçte Model Kanun yazarları "*açıkça*" (manifestly) ifadesini "*hükümsüz*" (null and void) ifadesinden önce kullanmayı reddetmişlerdir. (Hollitzman ve Neuhaus, 1989:303) Bu tür bir kullanım mahkemelerin geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına yönelik *prima facie* bulgularını kısıtlamış olacaktır. Model Kanun yazarları tam tersine burada mahkemenin konuyu tahkim taraflarına havale etmeden önce çözmüş olmasını hedeflemişlerdir.

Diğer bir görüşe göre UNCITRAL Model Kanunu'nun 8 (1).maddesinin ifadesi başka bir karmaşa ihtimali yaratmaktadır. Şöyle ki, söz konusu madde, 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin II (3). maddesinde geçen “(mahkeme) tahkim anlaşmasını hükümsüz, etkisiz ve uygulanmaz bulmadıkça” şeklindeki ifadeyi aynen kullanmıştır. New York Sözleşmesi'nin hazırlanmasına katkı sağlayan önemli yorumculardan birisi, bu Sözleşmenin icra yanlısı önyargılarının ulusal mahkemeleri II (3). maddeyi tahkim anlaşmazlığının geçersizliğinin açıkça belli olduğu davalarda, bunun geçersizliğini kabul etmek üzere yorumlamaya sevk edebileceği gözlemini iletmektedir. (Van Den Berg, 1981: 155) Bu gözlem bir bakıma haklı çıkmıştır. Zira İsviçre mahkemeleri New York Sözleşmesi'nin II (3).maddesinin aynı ifadelerini taşıyan 1987 tarihli İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nu yorumlamışlardır. Bu şekilde ilk aşamada tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğini tespit için *prima facie* bir inceleme yeterli olmuştur.

UNCITRAL Model Kanunu'nun 16. maddesi *kompetenz-kompetenz* prensibiyle daha yakın ilişkilidir. 16 (1). madde *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumlu yönünü düzenlerken; 16 (3) ile 8 (2). maddeler birlikte *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönünü kısmen düzenleme altına almaktadır.

UNCITRAL Model Kanunu'nun 16 (3). maddesine göre, hakem mahkemesi bu maddenin ikinci fıkrasında işaret edilen iddiayı ön incelemeye alabilir veya esasa ilişkin bir karara bağlayabilir. Eğer yetkisi olduğuna dair inceleme başlatırsa, taraflar bu karara dair ihbarnameyi almalarından sonra 30 gün içinde, 6. maddede belirlenen mahkemeden konu hakkında karar vermesini isteyebilir; bu karar temyize tabi olmayacaktır, bu iddianın davası mahkemede sürerken, hakem mahkemesi tahkim yargılamasına devam edebilir ve bu yargıların sonucunda karar verebilir (Dayınlarlı, 2012: 142-143).

UNCITRAL Model Kanunu'nun 8 (2). maddesine göre, tarafların aralarında tahkim anlaşması bulunan bir konuda ulusal bir mahkemede açılan bir dava, tahkim usulünün bu davaya rağmen başlatılması veya devam ettirilmesi halinde askıya alınır.

Hiç kuşku yok ki, bu hükümler *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönünü açıklamakta Fransız yaklaşımının çok uzağında kalmaktadır. Ama aynı zamanda bunlar Fransız yaklaşımını iyi karşılamaktadır. Kodifikasyon tarihi de aslında *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönüne ilişkin tartışmaların devam ettiğini işaret etmektedir (Report of the UNCITRAL on the work of its 18th Session, U.N.GAOR, 40th Sess. Supp. No.17, Annex, at 1 U.N. Doc. A/40/17, 1985: 134). Kabul edilen metin bir uzlaşının sonucudur (Holtzman ve Neuhaus, 1989:486). 8(2). madde tahkim yargılamasının mahkemenin hakemlerin yetkisine yönelik kararına rağmen yürütülmesine izin vermektedir. Bu şekilde mahkemeler ya hakemlere bütünüyle saygı göstermeye yahut da mevcut uyumsuzluğa bakmaya kimin yetkili olduğunun karar verildiği ilk aşamada sadece *prima facie* inceleme yapmaya teşvik edilmiştir. 16 (3).madde de hakemlerin ön sorun olarak kendi yetki alanlarını tayin etmelerini sağlamak üzere, bu tayini hızlı, temyiz edilemez bir yargısal incelemeye tabi kılarak aslında bu sonucu desteklemektedir. Gerçekten Model Kanunu benimseyen sistemlere bakıldığında bazı mahkemelerin *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumsuz yönüne ilişkin uygulamalarının 16. maddenin rehberliğinde gerçekleştiği dikkati çekmektedir (Barcelo, 2003: 61).

3.4. UNCITRAL Model Kanunu Işığında İngiliz Yaklaşımı

UNCITRAL Model Kanunu'nun rehberliğinde hazırlanan 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nun 8(1). maddesi mahkemelerden tahkim anlaşması hükümsüz, etkisiz (geçersiz) veya uygulanmaz olmadıkça kendi yargılamalarını durdurmalarını istemektedir. Burada mahkemelerin tahkim anlaşmasının hükümsüz, etkisiz (geçersiz) veya uygulanmaz olup olmasını tayin ederken sadece *prima facie* (yüzeysel) bir inceleme imkânına sahip olduklarını belirtelim. Zira anılan maddede geçen “*unless satisfied*” ifadesi aslında “*unless it is manifest*” ifadesine daha yakındır. Oysaki Model Kanun'da kullanılan ifade “*unless it finds*” dir.

İngiliz Kanunu'nun getirdiği esas yenilik 30 ila 32. bölümlerde görülmektedir. Tıpkı UNCITRAL Model Kanunu'nda olduğu gibi, İngiliz Kanunu da hakemlere ön karar veya kesin karar şeklinde kendi yetkilerini belirleme yetkisi tanımış bulunmaktadır. Ancak hakemlerin söz konusu yetkiyi kötüye kullanmaları veya ön karar vermeyi reddederek yargısal incelemeyi geciktirmeleri durumunda İngiliz

Kanunu taraflara aralarında anlaşarak hakemleri kendi yetkileri konusunda ön karar vermeye zorlama imkânı da tanımıştır. Öte yandan tahkime karşı çıkan tarafın böyle bir usule itiraz şansı bulunmamaktadır. Bu şekilde tahkimi isteyip de gereksiz, zaman kaybettirici usuller konusunda endişe duyan taraf, sadece hızlı bir mahkeme incelemesine tabi olan bir ön hakem kararında ısrar edip etmeyeceğine bizzat kendisi karar vermiş olacaktır.

Bunun dışında, İngiliz Kanunu tarafların tahkime itiraz etmek yönündeki meşru menfaatlerini de koruma altına almaktadır. Hakemler daha kendi yetkileri konusunda karar vermeden önce, taraflardan birisi mahkemeye bir dilekçeyle başvurarak yetki konusunda karar verilmesini talep edebilir. Hakemler ya da bütün taraflar bu dilekçe üzerinde uzlaşırsa; bu takdirde, artık mahkemenin bununla ilgili bir karar vermesi gerekecektir. Hakemler buna ancak tahkimde geciktirici taktiklerin bulunmadığına ve konunun bir sonuca ulaşacağına kanaat getirirlerse razı olacaklardır. Taraflar değil de, sadece hakemler uzlaşırlarsa, bu takdirde artık mahkemenin kendisi ortada müdahale etmesi için geçerli sebepler bulunup bulunmadığına karar verecektir.

3.5. UNCITRAL Model Kanunu Işığında Alman Yaklaşımı

1998 tarihli Alman Tahkim Kanunu kabul edilmeden önceki dönemde Alman hukukunda *kompetenz-kompetenz* prensibinin kendine özgü bir uygulaması vardı ya da öyle iddia ediliyordu (Berger, 2000: 8-9). 1998 öncesi dönemde çoğu yazar tarafların açıkça sözleşmelerine derç ettikleri bir tahkim şartının varlığı halinde, artık hakemlerin yargılamanın tüm safhalarında kendi yetkilerini tayin etme konusunda münhasır bir yetkiye sahip olduklarını iddia etmekteydi. Bugün için, 1998 yılından sonraki dönemde UNCITRAL Model Kanunu'nu rehber alınarak hazırlanan Alman Tahkim Kanunu'nun kabul edilmesiyle birlikte böyle bir iddianın ortaya atılmasının imkânı kalmamıştır.

Kompetenz-kompetenz prensibinin olumsuz yönüne ilişkin olarak daha ziyade UNCITRAL Model Kanunu'ndan esinlenerek hazırlanan düzenlemeler yeni Alman Kanunu'nun 1032 (2). bölümünde toplanmıştır. Anılan bölüm Model Kanunun 8. maddesine karşılık gelmektedir. Buna göre, bir Alman mahkemesi ancak ve ancak hakem mahkemesi kurulmadan önce ve talep edilmesi halinde hakemlerin yetkisine yönelik inceleme yapabilir (Bökstiegal, vd., 2007: 140). Bu bakımdan Alman hukukunda Fransız yaklaşımının benimsenmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Öte yandan, Fransız yaklaşımından farklı olarak, burada mahkemenin yetki konusunda yapacağı inceleme *prima facie* (yüzeysel) olmayıp, derinlemesine yapılan bir incelemedir (Schlosser, 1998: 298).

Yeni Alman Kanunu'nun 1040. bölümü de esas itibarıyla Model Kanunun 16. maddesine benzemektedir. İki düzenleme arasındaki tek fark Alman hukukunda hakemlerin ara bir kararla kendi yetkilerini tayin etmeleri yönünde bir tercihin bulunmasıdır. Belirtmek gerekir ki, hakemlerin kendi yetkilerini tayin ettikleri ara kararlara da itiraz edilmesi mümkündür.

SONUÇ

Hakem mahkemesinin kendi yetkisi konusunda karar verme yetkisi anlamına gelen *kompetenz-kompetenz* bugün için dünya çapında kabul görmüş bir prensiptir. Bu prensip pek çok ülkede Almanya'da "*kompetenz-kompetenz*", Fransa'da "*competence de la competence*" (Redfern, 1986: 27-28) ve İngiltere'de "*competence of competence*" (Gross, 1992: 205) olarak hukuki bir terim olma özelliği kazanmıştır. Türk hukukunda, *kompetenz-kompetenz* teriminin yaygınlık kazanmış olmasının esasında tarihî bir sebebi bulunmaktadır: *Kompetenz-kompetenz* prensibi her ne kadar Fransız mahkemelerince geliştirilmiş olsa da, aslında bu prensibin yaratıcısı Alman mahkemeleridir (Weigand, 1995: 404).

Her ne kadar, varlığı üzerinde uzlaşılmış olsa da, ülkelerin *kompetenz-kompetenz* konusunda farklı uygulamaları bulunmaktadır. Sözelimi, Amerika Birleşik Devletleri'nde hakemlerin kendi yetkilerini belirlemek konusunda doğal bir yetkiye sahip oldukları kabul edilmemektedir (Bu konuda bkz. First Options of Chi., Inc. v. Kaplan, 514 U.S. 938, 940 (1995)). Buna karşılık, Fransa'da hakemlerin kendi yetkileri belirleme konusunda yetkili olduklarının kabulüyle yetinilmeyip, ayrıca mahkemelerin kesin karara kadar tahkim yargılamasına müdahale etmemeleri sağlanmıştır (Bermann, 2012: 15-19). Bu

konuda en dikkat çekici örneklerden birisi de İngiliz uygulamasında Dallah kararıdır. Zira burada sekiz yıl süren bir tahkim yargılamasının ardından elde edilen (kesin) karar, somut uyuşmazlık için hiç tahkim yetkisi bulunmadığından bahisle tenfiz edilmemiştir (Dallah Real Estate&Tourism Holding Co. v. Pakistan, (2010) UKSC 46. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Cook, 2014:27-31).

Sonuç itibariyle, tüm bu uygulama farklılıkları dikkate alındığında, ulusal mahkemelere düşen konuya daha itidalli yaklaşarak *kompetenz-kompetenz* prensibinin olumlu yönünü gerçekleştirmesine yardımcı olmak ve olumsuz yönünü sınırlı uygulamaktır.

KAYNAKÇA

Bailey, Christopher/ Roughton, Dominic/ Gilmore, David/ Margetson, Gavin/ Godwin, Peter/ Willock, Kallun: *The competence-competence doctrine and the enforcement of arbitral awards*, <http://www.lexology.com> (erişim tarihi: 22.11.2018).

Barcelo, John J. (III) (2003). *Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction-Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective* Vand.J. Transnat'l L., Vol. 36.

Berger, Klaus P. (2000). *The New German Arbitration Law in International Perspective*, Forum Internationale, Vol.26.

Bermann, George A. (2012). *The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration* Yale J.Int'l L., Vol. 37, No.1.

Chan, Leng-Sun/Han, Ye-Won (2013). *Time Limits in Challenging a Tribunal's Jurisdiction*, Journal of Arbitration Studies, Vol.23, No.3

Cook, Ashley (2014). *Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches and a Proposal for a Limited Form of Negative Kompetenz-Kompetenz*, Pepp.L. Rev., Vol.42

Dayınlarlı, Kemal (2012). *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Ankara.

Dimolitsa, Antonias (1998). *Autonomie et "Kompetenz-Kompetenz"* Rev. Arb., No.2.

Esen, Emre (2011). *Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz- Kompetenz Prensibi*, Prof. Dr. Atâ Sakmar' a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Gaillard, Emmanuel/Banifetami, Yas (2008). *Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators, in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Emmanuel Gaillard&Domenico Di Petro eds.

Gross, Peter (1998). *Competence of Competence: An English View*, Arb. Int'l, Vol.8.

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

Huber, Peter (2007). *Section 1032-Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court, in Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll& Patricia Nacimiento eds.).

Redfern, Alan (1986). *The Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator*, J. Int'l Arb. Vol.3.

Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Eighteen Session, U.N.Gaor, 40th Sess. Supp. No.17, Annex, at 1 U.N. Doc. A/40/17 (1985), reprinted in Model Arb. L.Q. Rep., Vol. 1.

Schlosser, Peter (1998). *La Nouvelle Législation Allemande sur l'Arbitrage*, Rev. Arb., No.2.

Smit, Robert H. (2002). *Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come From Nothing?* Am. Rev. Int'l Arb. Vol. 13.

Susler, Ozlem (20091). *The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence-Competence*, *Macquarie Journal of Business Law*, Vol.6.

Van Den Berg, Albert J. (1981). *The New York Arbitration Convention of 1958*.

Weigand, Frank-Bernd: *The UNCITRAL Model Law (1995). New Draft Arbitration Acts in Germany and Sweden*, *Arb. Int'l.* Vol.11.

Örnek kararlar

First Options of Chi., Inc. v. Kaplan, 514 U.S. 938, 940 (1995).

Dallah Real Estate&Tourism Holding Co. v. Pakistan, (2010) UKSC 46.

Düzenleme

Décret n° 2011-48 du 13 Janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. (Journal Officiel de la République Française, Jan. 14,2011)