

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

YOLSUZLUĞUN MİLLETLERARASI TİCARİ
TAHKİM ANLAŞMASINA ETKİSİ

KEREM KART

2501229202

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. FARUK KEREM GİRAY

İSTANBUL – 2025

ÖZ

YOLSUZLUĞUN MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM ANLAŞMASINA ETKİSİ KEREM KART

Yatırım faaliyetlerinin ve ticari ilişkilerin artan bir biçimde sınır ötesi hâl aldığı günümüzde devletler, enerji kaynaklarının kullanılması, altyapı faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ve çevrenin korunması gibi çok çeşitli kamu hizmetlerini gerçekleştirmek üzere yabancı yatırımcılarla yatırım sözleşmeleri akdetmektedirler. Bu sözleşmelerin bazen rüşvet, irtikâp veya nüfuz ticareti gibi yolsuzluk fiillerine dayanarak kurulduğu görülmektedir. Bu durumda yabancı yatırımcı, genellikle yatırım sözleşmesini akdetmek istediği ülkedeki kamu görevlilerinin kararlarını etkileme nüfuzuna sahip üçüncü bir kişiyle konusu nüfuz ticareti teşkil eden bir aracılık sözleşmesi akdetmektedir. Aracı konumunda olan söz konusu üçüncü kişi ise kamu görevlilerine rüşvet vererek ilgili yatırım sözleşmesinin yabancı yatırımcıyla yapılmasını sağlamaktadır.

Çoğu zaman taraflar, hem konusu yolsuzluk teşkil eden aracılık sözleşmelerinde hem de yolsuzluk yoluyla elde edilen yatırım sözleşmelerinde bir milletlerarası ticari tahkim şartına yer vermektedirler. Herhangi bir sebeple söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan bir uyuşmazlığın ortaya çıkması hâlinde ise çalışmamızın konusunu oluşturan şu soru gündeme gelmektedir: Yolsuzluğun milletlerarası ticari tahkim şartına etkisi nedir?

Çalışmamızda bu temel soruna cevap aranırken birinci bölümde yolsuzluk kavramı açıklanmış, milletlerarası ticari tahkimde sıklıkla karşılaşılan yolsuzluk teşkil eden fiiller sayılmış, yolsuzluk içeren sözleşmeler sınıflandırılmış, bu sözleşmelere uygulanacak hukuk ve sözleşmelerinin geçerliliği değerlendirilmiştir. İkinci bölümde, yolsuzluğun ispatı konusunda geliştirilen, analitik, adil ve tatmin edici sonuçlar sağlayacağı ve yargılamanın öngörülebilirliği ile tutarlılığını tesis edeceği düşünülen yolsuzluk hâlinde kural (yasal) ispat ölçüsünün yukarı çekilmesi, ispat yükünün farklı uygulanarak delil sunamayan taraf hakkında aleyhe çıkarımlar yapılması ve yolsuzluk teşkil eden bir eylemin gerçekleştiğine dair olası bir riske işaret eden kırmızı

bayraklarla ispatın gerçekleştirilmesi şeklindeki yöntemlerden bahsedilmiştir. Ünc bölümde ise yolsuzluğun tahkim şartına etkisi; tahkime elverişlilik, kompetenz-kompetenz doktrini, ayrılabilirlik prensibi ve tahkim anlaşmasının kapsamı çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Ticari Tahkim, Yolsuzluk, Rüşvet, Yatırım Sözleşmeleri, Aracılık Sözleşmeleri, Yolsuzluğun İspatı, İspat ls, İspat Yükü, Aleyhe ıkarım, Kırmızı Bayraklar, Tahkime Elverişlilik, Kompetenz-Kompetenz Doktrini, Ayrılabilirlik Prensibi, Tahkim Anlaşmalarının Kapsamı

ABSTRACT

THE EFFECT OF CORRUPTION ON

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AGREEMENTS

KEREM KART

Due to the increasingly cross-border nature of investment activities and trade relations, states enter into investment contracts with foreign investors to provide a wide range of public services such as energy exploitation, infrastructure development, and environmental protection. These contracts are sometimes procured through corrupt means. In such cases, the foreign investor typically concludes an intermediary contract -amounting to trading in influence- with a third party who has the ability to influence the decisions of public officials in the host country. The third party, acting as an intermediary, bribes public officials to ensure that the investment contract is awarded to the foreign investor.

It is common for parties to include an international commercial arbitration clause in both intermediary and investment contracts. When a dispute arises under these contracts, the following key question emerges, forming the subject of this thesis: What is the effect of corruption on the international commercial arbitration clause?

To answer this question, the first chapter explores the concept of corruption, categorizes corrupt practices frequently encountered in international commercial arbitration, classifies corrupt contracts, examines the law applicable to them, and discusses their validity.

In the first chapter, rather than providing a general definition, corruption is examined through acts commonly encountered in arbitration: bribery, extortion, and trading in influence. These acts manifest in contracts that provide for corruption (e.g., intermediary contracts) and contracts procured through corruption (e.g., investment contracts).

The determination of whether a contract is tainted by corruption is first governed by the law applicable to the contract, chosen by the parties or, in its absence, determined by the arbitrators. If the law applicable to a contract involving corruption

differs from the law of a third state closely connected to the contract (typically the law of the place of performance), and if both the third state's law and the conflict-of-laws rules applicable to the arbitration allow it, the mandatory rules of that third state should apply. Furthermore, since the prevention of corruption involving public officials is considered part of international public policy, this policy applies and should apply to these contracts. Even in the absence of any allegation by the parties, arbitrators must investigate potential corruption *ex officio*, as required by international public policy.

As the nullity of unlawful and immoral contracts is a universally recognized legal principle, contracts providing for corruption are considered void under most legal systems. However, the validity of contracts procured by corruption remains a matter of debate. In this regard, three main approaches exist. The first holds that such contracts are always void. The second considers them voidable at the discretion of the aggrieved party. The third deems them valid but allows for alternative remedies such as damages or a reduction in the contract price. Based on international instruments, particularly the express provision in article 8(2) of the Civil Law Convention on Corruption and Swiss practice, this thesis argues that under Turkish law, such contracts should be regarded as voidable.

The second chapter examines the methods developed to prove corruption in arbitration, with the aim of ensuring fair and predictable outcomes. These methods include raising the standard of proof, adjusting the application of the burden of proof, drawing adverse inferences, and using "red flags" as indicators of suspicious conduct.

Arbitrators tend to apply a higher standard of proof in corruption cases due to the influence of Anglo-American and Anglo-Saxon legal systems on international commercial arbitration. However, since corruption is inherently difficult to prove and this difficulty is further heightened in the context of international arbitration, a practice has emerged whereby arbitrators may shift the burden of production, one of the two components of the burden of proof. If certain red flags are present, arbitrators may require the opposing party to submit evidence rebutting the allegations of corruption. Failure to do so may lead to adverse inferences being drawn against that party.

The adverse inference, which logically follows from the shifting of the burden of production, is the conclusion that the withheld evidence would have been detrimental to the interests of the party possessing it. When the party alleging corruption provides prima facie evidence that does not fully meet the required standard of proof, or when such evidence is available on record, the arbitral tribunal may, either at the claimant's request or ex officio, draw an adverse inference and conclude that corruption occurred. In international arbitration, the drawing of adverse inferences in corruption cases typically requires the presence of red flags.

To ensure the effective use of red flags in corruption-related disputes, the International Chamber of Commerce (ICC) has developed a three-stage methodology. The first stage involves identifying potential red flags; the second, verifying each individual red flag; and the third, conducting a comprehensive evaluation. The application of this method often leads to the conclusion that many red flags constitute circumstantial evidence. In certain cases, however, red flags may also be accepted as direct evidence.

The third chapter analyzes the effect of corruption on the arbitration clause through the lenses of arbitrability, the doctrine of kompetenz-kompetenz, the principle of separability, and the scope of the arbitration agreement.

Despite the divergent decisions of Pakistani courts regarding arbitrability, it is now widely accepted under most national legal systems that civil claims arising from corruption or similar unlawful acts are capable of settlement by arbitration.

When allegations of corruption are directed solely at the investment or intermediary contract (i.e., the main contract), or when both the main contract and the arbitration clause are alleged to be tainted by corruption, courts generally apply the principle of separability, uphold the validity of the arbitration agreement, and refer the dispute to arbitration in accordance with the doctrine of kompetenz-kompetenz. Conversely, where the allegations of corruption are directed specifically at the arbitration clause itself, the predominant view is that, contrary to the kompetenz-kompetenz doctrine, national courts should determine whether a valid arbitration agreement exists between the parties.

Disputes arising out of corrupt intermediary contracts are not within the scope of the arbitration agreement, as the parties lack genuine consent to arbitrate disputes stemming from a criminal agreement between them. Accordingly, such disputes should be resolved by state courts, even if the contract contains an arbitration clause. By contrast, disputes involving corruption are covered by the arbitration clause in investment contracts procured by corruption. Therefore, such disputes may be resolved before an arbitrator.

Keywords: International Commercial Arbitration, Corruption, Bribery, Investment Contracts, Intermediary Contracts, Proving Corruption, Standard of Proof, Burden of Proof, Adverse Inference, Red Flags, Arbitrability, Kompetenz-Kompetenz Doctrine, Principle of Separability, Scope of the Arbitration Agreement.

ÖNSÖZ

“Yolsuzluğun Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmasına Etkisi” başlıklı bu çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Milletlerarası Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında bir yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Tez çalışmamın her aşamasında bilgi ve tecrübesiyle bana yön veren, kıymetli görüşleriyle çalışmamın olgunlaşmasına büyük katkı sağlayan saygıdeğer danışmanım Prof. Dr. F. Kerem Giray’a en içten teşekkürlerimi sunarım.

Yoğun akademik programlarına rağmen tez savunma jürimde yer alarak bana zamanını ayıran, yapıcı değerlendirmeleri ve yol gösterici önerileriyle tezimi daha nitelikli hâle getirmeme katkı sunan Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel’e ve Prof. Dr. Yusuf Çalışkan’a teşekkür ederim.

Yüksek lisans eğitimim boyunca birlikte çalışma ayrıcalığını yaşadığım İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı’nın tüm değerli hocalarına bilgi ve birikimlerini büyük bir içtenlikle paylaşmaları dolayısıyla müteşekkirim.

Tez yazma sürecimde iş yükümü paylaşarak bana destek olan Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı’ndaki kürsü arkadaşlarım Büşra Öçal’a ve Hasret Ak Çelik’e teşekkür ederim.

Yüksek lisans tezimi yazarken sıklıkla görüşlerine başvurduğum sevgili meslektaşlarım ve arkadaşlarım Ahmet Kaan Yılseli, Ahmet Tokat ve Burak Kara’ya, ayrıca akademik yollarımızın bir şekilde kesiştiği, isimlerini burada tek tek anamasam da bana desteklerini esirgemeyen tüm meslektaşlarıma ve kıymetli hocalarıma akademik dayanışmaları dolayısıyla teşekkürlerimi sunarım.

Tez sürecimin her aşamasında yanımda olan, manevi desteklerini her zaman hissettiren sevgili arkadaşlarım Kemal Özbolat, Orçun Petek ve Ozan Şuekinçi’ye gönülden teşekkür ederim.

Son olarak, hayattaki en büyük destekçilerim olan babam Hasan Kart, annem Sevda Kart ile kardeşlerim Alihan Kart ve Enes Kart’a sonsuz sevgi ve minnetlerimi sunarım.

Kerem Kart
İstanbul, 2025



İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	viii
KISALTMALAR LİSTESİ	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YOLSUZLUK

I. YOLSUZLUĞUN TANIMI	3
II. YOLSUZLUK TEŞKİL EDEN FİİLLER	8
A. Rüşvet (Bribery)	8
B. İrtikâp (Extortion)	10
C. Nüfuz Ticareti (Trading in Influence)	11
III. YOLSUZLUK İÇEREN SÖZLEŞMELER	14
A. Yolsuzluk Yoluyla Elde Edilen Sözleşmeler	14
B. Konusu Yolsuzluk Teşkil Eden Sözleşmeler	17
1. Rüşvet Anlaşmaları	17
2. İrtikâp Anlaşmaları	17
3. Nüfuz Ticareti Anlaşmaları	18
C. Yolsuzluk İçeren Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk	21
1. Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk	22
2. Üçüncü Bir Devlet Hukukunun Kamu Düzeninin ve Doğrudan Uygulanan Kurallarının Uygulanması	23
3. Milletlerarası Kamu Düzeninin Uygulanması	27
D. Yolsuzluk İçeren Sözleşmelerin Geçerliliği	30
1. Konusu Yolsuzluk Teşkil Eden Sözleşmeler Bakımından	30
2. Yolsuzluk Yoluyla Elde Edilen Sözleşmeler Bakımından	33

İKİNCİ BÖLÜM

YOLSUZLUĞUN İSPATI

I. GENEL BİLGİ.....	38
II. İSPAT ÖLÇÜSÜ (STANDARD of PROOF).....	39
A. Genel Bilgi	39
B. Yolsuzluk Hâlinde İspat Ölçüsünün Uygulanması	42
III. İSPAT YÜKÜ (BURDEN of PROOF).....	44
A. Genel Bilgi	44
B. Yolsuzluk Hâlinde İspat Yükünün Uygulanması	46
IV. ALEYHE ÇIKARIM (ADVERSE INFERENCE)	47
A. Genel Bilgi	47
B. Yolsuzluk Hâlinde Aleyhe Çıkarımın Uygulanması	52
V. KIRMIZI BAYRAKLAR (RED FLAGS)	53
A. Genel Bilgi	53
B. Genel Kırmızı Bayraklar	54
C. Özel Kırmızı Bayraklar	55
1. Belirli bir tarafa ilişkin özel kırmızı bayraklar	55
2. Belirli bir hukuki işleme ilişkin kırmızı bayraklar	56
D. Kırmızı Bayrakların Delil Niteliği	57
E. ICC'nin Kırmızı Bayrak Yöntemi.....	59
F. Kırmızı Bayrakların Kullanıldığı Hakem Kararları	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YOLSUZLUK HÂLİNDE TAHKİM ANLAŞMASININ DURUMU

I. YOLSUZLUĞUN TAHKİME ELVERİŞİLİLİĞE ETKİSİ.....	66
A. Genel Bilgi	66
B. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği	69
1. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliğinin Hakemler Tarafından Değerlendirilmesi	69

2. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliğinin Ulusal Mahkemeler Tarafından Değerlendirilmesi	76
C. Değerlendirme.....	80
II. YOLSUZLUĞUN KOMPETENZ-KOMPETENZ DOKTRİNİ VE AYRILABİLİRLİK PRENSİBİNE ETKİSİ	80
A. Kompetenz-Kompetenz Doktrini Hakkında Genel Bilgi.....	80
B. Ayrılabilirlik Prensibi Hakkında Genel Bilgi.....	83
C. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıklarda Kompetenz-Kompetenz Doktrini ve Ayrılabilirlik Prensibinin Uygulanması.....	86
1. Westinghouse and others v. National Power Corporation of the Philippines Davası	86
2. ICC Dava No. 6474.....	95
3. Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov Davası.....	97
4. Honeywell v. Meydan Group LLC Davası	102
5. Maulana Abdul Haque Baloch et al. v. Government of Balochistan Davası	105
D. Değerlendirme.....	111
III. YOLSUZLUĞUN TAHKİM ANLAŞMASININ KAPSAMINA ETKİSİ	112
A. Genel Bilgi	112
B. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıkların Tahkim Anlaşmasının Kapsamına Dâhiliyeti	117
1. Konusu Yolsuzluk Teşkil Eden Sözleşmeler Bakımından	118
2. Yolsuzluk Yoluyla Elde Edilen Sözleşmeler Bakımından	124
C. Değerlendirme.....	138
SONUÇ.....	140
KAYNAKÇA.....	146

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: aynı eser / aynı yer
aş.	: aşağıda
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASA	: Swiss Arbitration Association
BAE	: Birleşik Arap Emirlikleri
BGE	: Bundesgerichtsentscheid
BIT	: Bileteral Investment Treaty
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
böl.	: bölüm
bs.	: bası
C.	: Cilt
Civ	: Civil Division
Co.	: Company
Comm.	: Commercial Court
Corp.	: Corporation
D.N.J	: District of New Jersey
DIAC	: Dubai International Arbitration Centre
dn.	: dipnot
EC	: European Community
ECLI	: European Case Law Identifier
ed.	: editör
EU	: European Union
EWCA	: England and Wales Court of Appeal
EWHC	: England and Wales High Court
f.	: fıkra
F. Supp.	: Federal Supplement
FTA	: Free Trade Agreements
FTK	: Amerika Birleşik Devletleri Federal Tahkim Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IBA	: International Bar Association
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
Inc.	: Incorporation

İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
IMF	: International Monetary Fund
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İTK	: İngiliz Tahkim Kanunu
İTOTAM	: İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
k.g.	: karşıt görüş
karş.	: karşılaştırınız
L	: Legislation series
LLC	: Limited Liability Company
Ltd.	: Limited
m.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
No.	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OJ	: Official Journal
para.	: paragraf
PILA	: Swiss Federal Act on Private International Law
PLD	: Pakistan Law Decisions
RG:	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
SA	: Société Anonyme
SC	: Supreme Court
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCC	: Technology and Construction Court
U.K.	: United Kingdom
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNODC	: United Nations Office on Drugs and Crime
UŞÖ	: Uluslararası Şeffaflık Örgütü
v.	: versus
vd.	: ve devamı
yuk.	: yukarıda

GİRİŞ

Günümüzde devletler doğalgaz, petrol veya kıymetli madenler gibi doğal kaynakların işletilmesi, gaz ve elektrik dağıtımı, su ve kanalizasyon işleri, atıkların geri dönüşümü ile otoyol ve köprü inşaatı gibi çok çeşitli kamu ihtiyaçlarının karşılanması için gerekli olan mal ve hizmet alımlarının yapılması veya yapım işlerinin gerçekleştirilmesi için yabancı yatırımcılarla yatırım sözleşmeleri akdetmektedirler. Yabancı yatırımcı, yatırım sözleşmesinin kendisiyle akdedilmesinin sağlanması için bazen doğrudan ev sahibi devletteki kamu görevlileriyle bir rüşvet veya irtikâp anlaşması, bazen de üçüncü bir kişiyle nüfuz ticareti anlaşması yapmaktadır. Bu durumda konusu yolsuzluk teşkil eden söz konusu anlaşmalar vasıtasıyla akdedilen yatırım sözleşmeleri de yolsuzluk yoluyla elde edilmektedir.

Yatırım faaliyetlerinin ve ticari ilişkilerin artan bir biçimde sınır ötesi hâl aldığı günümüzde, taraflar sıklıkla uyuşmazlıklarını devlet yargısından bağımsız bir yargılama yöntemiyle çözüme kavuşturmak istemektedirler. Bu nedenle taraflar, hem konusu yolsuzluk teşkil eden anlaşmalarında hem de yolsuzluk yoluyla elde edilen yatırım sözleşmelerinde milletlerarası ticari tahkim şartına yer verebilmektedirler. Tarafların konusu yolsuzluk teşkil eden veya yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerinden kaynaklanan herhangi bir ihtilafın vuku bulması hâlinde ise çalışmamızın konusunu oluşturan şu soru gündeme gelmektedir: Yolsuzluğun milletlerarası ticari tahkim şartına etkisi nedir?

Bu temel sorunun çözümlenmesi amacıyla çalışmamızın birinci bölümünde, öncelikle yolsuzluk kavramından ne anlaşılması gerektiği milletlerarası sözleşmeler, bu konudaki bilimsel eserler ve milletlerarası kuruluşların rehber metinleri ışığında açıklanmaya çalışılmış ve sıklıkla karşılaşılan yolsuzluk teşkil eden fiillerin neler olduğundan bahsedilmiştir. Ardından, yolsuzluk içeren sözleşmeler bakımından yapılan ikili ayrıma değinilmiş, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeler ve konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin içerikleri anlatılmıştır. Son olarak, bu sözleşmelerin yolsuzluk içerip içermediğinin tespitinin hangi hukuka göre yapılacağı ve yolsuzluğun, yolsuzluk içeren sözleşmenin geçerliliğine etkisinin ne olacağı tartışılmıştır. Özellikle Türk Hukuku'nda yolsuzluk yoluyla elde edilen yatırım

sözleşmelerinin geçerliliği tartışmalı olduğundan bu konuda milletlerarası sözleşmeler ve İsviçre Hukuku'ndaki mutlak uygulamadan hareketle özgün görüşlerimize yer verilmiştir.

İkinci bölümde, bilimsel eserler, örnek mahkeme ve hakem kararlarından yola çıkılarak yolsuzluğun nasıl ispatlanacağı açıklanmıştır. Yolsuzluğun doğası gereği ispatlanması oldukça zor bir hukuki vakıa olması ve milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluğun ispatının tahkimin niteliği itibariyle daha da zorlaşması nedeniyle, milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluğun ispatı konusunda geliştirilen, analitik, adil ve tatmin edici sonuçlar sağlayacağı ve yargılamanın öngörülebilirliği ile tutarlılığını tesis edeceği düşünülen yöntemlerden bahsedilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise bilimsel eserler, örnek mahkeme ve hakem kararlarından hareketle yolsuzluğun tahkim şartına etkisi; tahkime elverişlilik, kompetenz-kompetenz doktrini, ayrılabilirlik prensibi ve tahkim anlaşmalarının kapsamı bağlamında ele alınmıştır. Bu kapsamda, milletlerarası alanda genel kabul gören içtihadı yer verilmiş, ayrıca yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasının kapsamına dahil olup olmadığı sorusu üzerinden özgün görüşlerimiz ortaya konmuştur.

Çalışmamızın kapsamı, konusu yolsuzluk teşkil eden aracılık sözleşmelerinden veya yolsuzluk yoluyla elde edilen yatırım sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yolsuzluğun milletlerarası ticari tahkim anlaşmasına etkisiyle sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda anılan sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflar milletlerarası yatırım tahkimi boyutuyla incelenmemiştir. Ayrıca hem milletlerarası ticari tahkimde hem de yatırım tahkiminde karşılaşılabilecek olan hakemlerin, bilirkişilerin ve tanıkların yolsuzluğu gibi konulara da çalışmamızda yer verilmemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

YOLSUZLUK

I. YOLSUZLUĞUN TANIMI

Yolsuzluk, tanımlanması oldukça güç bir kavramdır¹. Hangi tür fiillerin yolsuzluk teşkil ettiği hususunda dahi genel-geçer bir uzlaşısı mevcut değildir². Bu nedenle de bugüne kadar hem yolsuzluğa ilişkin çok taraflı milletlerarası konvansiyonlarda hem de doktrinde yolsuzluğun kapsamlı ve yeknesak bir tanımı

¹ Robin Theobald, **Corruption, Development and Underdevelopment**, London, Palgrave Macmillan UK, 1990, s. 1; Lorenzo Pellegrini, **Corruption, Development and the Environment**, Dordrecht, Springer Netherlands, 2011, s. 14; Aloysius P. Llamzon, **Corruption in International Investment Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 20 para. 2.03; Antonio Argandoña, “Private-to-Private Corruption”, **Journal of Business Ethics**, C. 47, No: 3, 2003, s. 255; Adilbek Tussupov, **Corruption and Fraud in Investment Arbitration: Procedural and Substantive Challenges**, Springer Nature, 2022, s. 15.

² Ray Fisman, Miriam A. Golden, **Corruption: What Everyone Needs to Know®**, New York, Oxford University Press, 2017, s. 27 vd. Bu konudaki en tartışmalı konulardan biri hızlandırma parası (*speed money*) veya yağlama ödemesi (*grease payments*) olarak da adlandırılan kolaylaştırma ödemeleridir. Kolaylaştırma ödemeleri, bir kamu görevlisinin normal olarak yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri gerçekleştirmesini hızlandırmak amacıyla yapılan ödemelerdir. Bkz.: Justice Etherton vd., “Reforming Bribery: A Consultation Paper”, The Law Commission Consultation Paper, London, UK The Law Commission, 2007, s. 291, para. F.5. Kolaylaştırma ödemelerine; Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda, Güney Kore ve Amerika Birleşik Devletleri’nde, belirlenen sınırlamalara tabi olmak üzere izin verilmektedir. Diğer ulusal hukukların çoğunda ise bu tür ödemeler yasaklanmıştır. Bkz.: Richard H. Kreindler, **Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements**, Hague, Brill, 2013, s. 92 vd.; Aynı yönde bkz.: Domitille Baizeau, “Introduction: Definitions and Scope of the Topic”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ICC, 2015, s. 10. Diğer bir tartışmalı konu ise kamu görevlilerine verilen hediyelerdir. Bu hediyeler; koşullarına, boyutlarına, sıklıklarına ve zamanlamalarına bağlı olarak verildikleri ülkede yaygın ve hukuki bir uygulamanın parçası olarak değerlendirilebilirler. Bkz.: Baizeau, **a.e.**, s. 10; Andrea Meier, Christian Oetiker, “Welcome Address and Introduction to the Conference Topic”, **Arbitration and Corruption**, Kluwer Law International, 2021, s. 2. Üçüncü tartışmalı konu ise aracılık sözleşmeleri olup bu konu aşağıda detaylı olarak incelenmiştir. Bkz.: a.ş., birinci bölüm, III/B/3

yapılamamış,³ yolsuzluk kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde mutabık kalınamamıştır^{4,5}

Yolsuzluğun kapsamlı ve yeknesak bir tanımının yapılamamasının birkaç önemli sebebi bulunmaktadır. Birincisi, yolsuzluğun çok yönlü ve değişken bir kavram olması⁶ sebebiyle devamlı bir gelişme ve evrilme içerisinde olmasıdır⁷. İkincisi, yolsuzluk farklı kültürler ve sosyal gruplar için farklı anlamlar ifade etmektedir⁸. Üçüncüsü, yolsuzluğun sayısız farklı durumda birçok değişik görünümü⁹ vardır¹⁰.

³ Yavuz Selim Taşkın, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Yolsuzluk Karşısı Kurallar”, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2023, s. 1; Carsten Wendler, “Corruption in Investment Treaty Arbitration - A Balanced Approach to Corruption Issues”, Köln, Universität zu Köln, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016, s. 7 ve 12.

⁴ Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer, “The Impact of Corruption on International Commercial Contracts – General Report”, **The Impact of Corruption on International Commercial Contracts**, ed. Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer, Heidelberg, Springer, 2015, s. 5; Aynı yönde bkz.: İnan Uluç, **Corruption in International Arbitration**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 2 vd.; Lucinda A. Low, “Dealing with Allegations of Corruption in International Arbitration”, **AJIL Unbound**, C. 113, 2019, s. 343.

⁵ Vito Tanzi, “Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures”, **IMF Economic Review**, No: 45, 1998, s. 8 vd.; Baizeau, “Introduction”, s. 9; Emmanuel Obiora Igbokwe, **Dealing with Bribery and Corruption in International Commercial Arbitration: To Probe or Not to Probe**, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International B.V., 2023, s. 7 vd. para. 1. Karşı görüş için bkz.: Kreindler, **Illegality**, s. 73 vd. Yazara göre, hangi tür davranışların yolsuzluk teşkil ettiği konusunda görüş ayrılıkları olsa da yolsuzluğun hukuki tanımı konusunda kavramsal açıdan pek fazla bir fikir ayrılığı olmamalıdır.

⁶ Aynı yönde bkz.: Susan Rose-Ackerman, Bonnie J. Palifka, **Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform**, 2. bs., New York, Cambridge University Press, 2016, s. 7; Llamzon, **Corruption**, s. 19, para. 2.01 vd. Bununla birlikte yazara göre, sermaye sahibinin, lehine kamusal kararlar alınması için kamu görevlisine ödeme yapması yabancı yatırımlarda görülen yolsuzluğun değişmeyecek temel unsurudur. Benzer yönde bkz.: Wendler, “Corruption”, s. 14. Karş. Uluç, **Corruption**, s. 4 vd.

⁷ Wendler, “Corruption”, s. 7. Aynı yönde bkz.: Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 8 para. 2.

⁸ Fisman, Golden, **Corruption**, s. 28 vd.; Baizeau, “Introduction”, s. 10.

⁹ Fisman, Golden, **Corruption**, s. 23; Vinay Bhargava, “Curing the Cancer of Corruption”, **Global Issues for Global Citizens: An Introduction to Key Development Challenges**, Washington, The World Bank, 2006, s. 342. Yazar, bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: Yolsuzluk fiilleri, sıklıkla gerçekleştirilen işlemler için ödenen küçük meblağlardan (*petty corruption*, küçük yolsuzluk), kanuni düzenlemelerden kaçmak ya da nispeten küçük ihale sözleşmelerini kazanmak için verilen rüşvetlere (idari yolsuzluk, *administrative corruption*) ve devasa boyuttaki külli yolsuzluklara kadar uzanır. Yolsuzluk, özel şirketlerde (özel sektör yolsuzluğu, *corporate corruption*) veya daha meşhur olarak siyasi arena da dâhil olmak üzere kamu sektöründe (siyasi yolsuzluk, *political corruption*) meydana gelir. Yolsuzluk, toplumun tüm kademelerinde yaygınlaşıp düzenli görülmeye başladığında ve üst düzey kamu görevlileri, bakanlar veya devlet başkanları, dar bir grup iş adamı, siyasetçi ya da suç odaklarının çıkarlarına hizmet ettiği ise bu durum büyük yolsuzluk (*grand corruption*) olarak adlandırılır. Uluslararası Şeffaflık Örgütü de yolsuzluğu küçük, büyük ve politik yolsuzluk olarak üçe ayırmakta ve zimmet, rüşvet, irtikâp, sahtekârlık ve nepotizm gibi yolsuzluğun çok farklı görünüş biçimlerini tanımlamaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: **The Anti-Corruption Plain Language Guide**, Uluslararası Şeffaflık Örgütü, 2009.

¹⁰ Bu nedenle doktrinde, yolsuzluğun hukuki bir perspektiften bakıldığında belirli bir anlamı olan bir kelime olmadığı daha ziyade bir dizi hukuka aykırı fiili kapsayan geniş bir şemsiye kavram olduğu ifade

Tüm bu sebeplerle yolsuzluk kavramını tek bir tanımda birleştirmek hem oldukça güçtür hem de kullanışsızdır.¹¹

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle yolsuzluğun kapsamlı ve yeknesak bir tanımının yapılamamış olması, kişileri ve kurumları ya hiç tanım yapmamaya¹² ya çok geniş bir tarif yapmaya¹³ ya da kavramı yolsuzluğun ele alındığı hususi bağlam çerçevesinde¹⁴ ifade etmeye zorlamıştır.

Yolsuzluk alanında önde gelen kurumlardan biri olan Uluslararası Şeffaflık Örgütü (*Transparency International*, UŞÖ) yolsuzluğu, “*verilen görevin kişisel çıkarlar için istismar edilmesi*” olarak tanımlamaktadır¹⁵. Benzer şekilde, “*kamu görevinin kişisel çıkarlar için kötüye kullanılması veya istismar edilmesi*” şeklindeki tarif, yolsuzluk kavramının en yaygın kullanılan tanımlarından biri olmuştur¹⁶.

Konuyu, milletlerarası ticari tahkim bağlamında ele alan bir görüş ise yolsuzluğu “*milletlerarası ticaret sırasında lehe kamusal kararlar almak için doğrudan veya dolaylı olarak yabancı kamu görevlilerine para veya değerli herhangi bir şeyi temin etme eylemi*” şeklinde ifade etmiştir¹⁷. Öte yandan, meseleyi milletlerarası yatırım tahkimi bağlamında inceleyen bir diğer görüş de yolsuzluğu, “*kamu yararına aykırı olan kişisel taleplere fayda sağlayacak şekilde kanunların kasten uygulanması veya uygulanmasının reddedilmesi*” olarak tanımlamıştır¹⁸. Milletlerarası Ticaret Odası ise (*International Court of Commerce*, ICC) yolsuzluk

edilmiştir. Bkz.: Fritz F. Heimann, Mark Pieth, **Confronting Corruption: Past Concerns, Present Challenges, and Future Strategies**, New York, Oxford University Press, 2018; Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 9, para. 4.

¹¹ Wendler, “Corruption”, s. 7 vd.

¹² Aynı yönde bkz.: Theobald, **Corruption**, s. 1; Pellegrini, **Corruption**, s. 14 vd.

¹³ Aynı yönde bkz.: Pellegrini, **Corruption**, s. 14.

¹⁴ Aynı yönde bkz.: Wendler, “Corruption”, s. 8.

¹⁵ **The Anti-Corruption Plain Language Guide**, s. 14.

¹⁶ Milletlerarası pek çok kurum ve kuruluş bu tanımları kullanmışlardır. Ayrıca bu tanım veya biraz değişik çeşitleri doktrindeki yazarlar tarafından da benimsenmiştir. Bkz.: Wendler, “Corruption”, s. 12, dn. 54. Söz konusu tanımın kapsamlı bir eleştirisi ve diğer yolsuzluk tanımları için bkz.: Theobald, **Corruption**, böl. 1; Taşkın, “Yolsuzluk”, s. 2-6.

¹⁷ Abdulhay Sayed, **Corruption in International Trade and Commercial Arbitration**, Hague, Kluwer Law International B.V., 2004, s. xxiii.

¹⁸ Llamzon, **Corruption**, s. 22, para. 2.11.

kelimesinin ya kısıtlı olarak rüşveti ya da daha geniş anlamda erdemliliğin her türlü bozulmasını ifade etmek için kullanılabileceğini belirtmiştir¹⁹.

Serbest ticaret anlaşmaları (*free trade agreements, FTA*), iki taraflı yatırım anlaşmaları (*bilateral investment treaty, BIT*)²⁰ veya çok taraflı milletlerarası konvansiyonlara bakıldığında ise yolsuzluğa ilişkin uluslararası metinlerde genellikle bir yolsuzluk tanımı yapmaktan kaçınıldığı görülmektedir²¹. Örneğin, Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü (*Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD*) tarafından hazırlanan Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlisine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Konvansiyonu'nda²² (*OECD Konvansiyonu*) yolsuzluğun tanımı yapılmamıştır²³.

Yolsuzluğun kapsamlı, yeknesak ve evrensel olarak kabul edilmiş bir tanımı olmadığını savunan Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (*United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC*) ise böyle bir tanım geliştirme girişimlerinin daima hukuki, kriminolojik ve pek çok ülkede de siyasi sorunlarla karşılaşacağına işaret ederek yolsuzluğu tarif etme çabalarına karşı çıkmıştır. Bunun yerine, rüşvet, irtikâp ve zimmet başta olmak üzere yolsuzluğun en sık karşılaşılan görünüş

¹⁹ **ICC Rules on Combating Corruption**, ICC, 2023, s. 13.

²⁰ *FTA* ve *BIT*'lere bakıldığında artan bir oranda bu anlaşmalara yolsuzluk karşıtı hükümlerin (*anti-corruption*) konulduğu görülmektedir. Örneğin; Kanada-Peru Serbest Ticaret Anlaşması'nda, Japonya, İran ve Brezilya'nın yakın tarihli *BIT*'lerinde ve Norveç'in 2015 tarihli model *BIT*'inde yolsuzluk karşıtı hükümlere yer verilmişken bu metinlerde yolsuzluğun tanımı yapılmamıştır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Yueming Yan, "The Inclusion of Anti-Corruption Clauses in International Investment Agreements and Its Possible Systemic Implications", **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, C. 17, No: 1, 2022, s. 141-174. Ayrıca bkz.: Llamzon, **Corruption**, s. 62, para. 4.62 vd.; Tussupov, **Corruption and Fraud**, s. 16.

²¹ Benzer yönde bkz.: Tussupov, **Corruption and Fraud**, s. 16.

²² Türkiye 21 Kasım 1997 tarihli sözleşmeyi 17 Aralık 1997 tarihinde imzalamış, 01.12.2000 tarih ve 4518 sayılı Kanunla da sözleşme onaylanmıştır. Bkz.: RG.: T. 06.02.2000, S. 23956. Bakanlar Kurulu'nun 09.03.2000 tarih ve 2000/385 sayılı kararıyla da sözleşme yürürlüğe girmiştir.

²³ Llamzon, **Corruption**, s. 20, para. 2.03.

biçimlerini sayma ve tanımlama yoluna gitmiştir²⁴. Dolayısıyla Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nde²⁵ de yolsuzluğun tanımına yer verilmemiştir.

Öte yandan, Avrupa Birliği tarafından hazırlanan 26.05.1997 tarihli “Avrupa Toplulukları veya Avrupa Birliği Üye Devletleri Kamu Görevlilerinin Dâhil Olduğu Yolsuzluklarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Birliği Antlaşması'nda”²⁶ aktif ve pasif yolsuzluk ayrımı yapılarak antlaşmanın 2. maddesinde pasif yolsuzluk, 3. maddesinde ise aktif yolsuzluk tanımlanmıştır.

Antlaşma m. 2 uyarınca pasif yolsuzluk, *“bir kamu görevlisinin kasıtlı olarak, resmi görevlerini yerine getirmesi, getirmekten kaçınması veya resmi görevlerini ihlal etmesi için kendisi veya üçüncü bir kişi adına her türlü menfaati veya menfaat vaadini doğrudan yahut aracılar vasıtasıyla talep veya kabul etmesi”* olarak ifade edilmiştir.

Antlaşma m. 3 uyarınca ise aktif yolsuzluk, *“herhangi bir kişinin kasıtlı olarak, resmi görevlerini yerine getirmesi, getirmekten kaçınması veya onları ihlal etmesi için bir kamu görevlisine doğrudan yahut aracılar vasıtasıyla kamu görevlisi veya üçüncü bir kişi adına her türlü menfaati sağlaması veya vaat etmesi”* olarak belirtilmiştir.

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 04.11.1999 tarihli Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi²⁷ m. 2'de yolsuzluk, *“rüşvet alanın yerine getirmesi gereken herhangi bir görevin veya davranışın usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesini engelleyecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak rüşvet veya başka bir haksız menfaat ya da menfaat beklentisini sağlamak veya bunları talep, teklif ya da kabul etmek”* şeklinde tanımlanmıştır.

²⁴ Llamzon, a.e., s. 20, para. 2.04; **The Global Programme against Corruption: UN Anti-Corruption Toolkit**, 3. bs., Vienna, UNODC, 2004, böl. 1. Yolsuzluk konusundaki diğer çok taraflı milletlerarası konvansiyonlara bakıldığında da bu konvansiyonlarda yolsuzluğun bir tanımının yapılmadığı, bunun yerine yolsuzluk teşkil eden fiilleri sayma yoluna gidildiği görülmektedir. Bu konuda bkz.: *African Union Convention on Preventing and Combating Corruption*, m. 4 ve *Inter-American Convention Against Corruption*, m. VI.

²⁵ RG.: T. 24.05.2006, S. 26177

²⁶ *The Convention on the Fight Against Corruption Involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union*, Official Journal of the European Communities, C 195 , 25 Haziran 1997, s. 2 – 11.

²⁷ RG.: T. 24.04.2003, S. 25088

Türk Hukuku'nda da yolsuzluk kavramının bir tanımına rastlanmamaktadır. Ancak, yasal mevzuatta yolsuzluk kelimesine yer veren çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, 19.04.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu²⁸ ve bu kanuna dayanarak çıkarılan tebliğlerde yolsuzluk kavramına yer verilmiş, ancak bu metinlerde de yolsuzluğun bir tanımı yapılmamıştır²⁹.

Kanaatimizce, her ne kadar istisnai olarak Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından hazırlanan anlaşmalarda bir yolsuzluk tanımı yapılmış ise de bu tanımlar yolsuzluğun daha çok tek bir yönüne, rüşvet yönüne odaklandığı ve yolsuzluğun diğer görünüş biçimlerini ihmal ettiği için yeterince kapsamlı değildir. Kaldı ki yukarıda bahsedilen gerekçelerle yolsuzluk kavramını tek bir tanımda birleştirmenin hem oldukça güç olacağı hem de kavramı anlaşılmaz ve kullanışsız hâle getireceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla çalışmamızda yolsuzluğa ilişkin genel-geçer bir tanım yapmak yerine kavramı, milletlerarası ticari tahkimde sıklıkla karşılaşılan yolsuzluk teşkil eden fiiller bakımından incelemenin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

II. YOLSUZLUK TEŞKİL EDEN FİİLLER

A. Rüşvet (Bribery)

Rüşvet, yolsuzluğun en bilinen ve belirgin biçimidir³⁰. Hatta bu alandaki çalışmalarda rüşvet ve yolsuzluk kelimeleri sıklıkla aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak rüşvet, yolsuzluğa kıyasla daha özel bir terimdir.³¹

OECD Konvansiyonu'nda yabancı kamu görevlisine verilen rüşvet³², “kasıtlı olarak, uluslararası ticaretin gerçekleştirilmesinde ticari yahut diğer haksız bir

²⁸ RG.: T. 04.05.1990, S. 20508

²⁹ Tebliğler için bkz. RG.: T. 15.01.2005, S. 25701; T. 26.12.2007, S. 26738; T. 14.01.2010, S. 27462. Yolsuzluk kavramına yer veren diğer ulusal mevzuat için bkz.: Taşkın, “Yolsuzluk”, s. 86-90.

³⁰ Aynı yönde bkz.: Mehmet Kömürcü, Yusuf Çalışkan, “Yolsuzluk Problemine Karşı Uluslararası Toplumun Tepkileri ve Ortak Bir Hukuki Düzenleme Oluşturma Çabaları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 13, No: 1, 2001, s. 70.

³¹ Llamzon, **Corruption**, s. 20, para. 2.05.

³² *OECD Konvansiyonu*, yalnızca yabancı bir devlet görevlisine rüşvet verilmesini önlemek ve bu fiili cezalandırmak amacıyla hazırlanmıştır. Doktrinde, *OECD Konvansiyonu'na* ulusal kamu görevlisine verilen rüşveti de cezalandıran bir hüküm konmasının konvansiyonun uygulama gücünü artıracak olması nedeniyle daha faydalı olabileceği belirtilmiştir. Bkz.: Kömürcü, Çalışkan, “Yolsuzluk”, s. 89.

faydayı elde etmek veya korumak amacıyla yabancı bir kamu görevlisinin resmi görevinin ifasıyla bağlantılı olan bir eylemde bulunması veya bundan kaçınması için doğrudan veya aracılar vasıtasıyla ilgili kamu görevlisine veya üçüncü bir tarafa herhangi bir haksız maddi veya sair menfaati sağlamak ya da teklif veya vaat etmek” olarak tanımlanmıştır.

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi m. 15’de ulusal kamu görevlisine verilen rüşvet kasıtlı olarak;

“(a) Bir kamu görevlisinin resmi görevlerini yerine getirmesi veya getirmekten kaçınması amacıyla doğrudan yahut dolaylı olarak ilgili kamu görevlisine ya da diğer bir gerçek veya tüzel kişiye haksız bir menfaatin sağlanması ya da vaat veya teklif edilmesi;

(b) Bir kamu görevlisinin resmi görevlerini yerine getirmesi ya da getirmekten kaçınması amacıyla kendisine ya da diğer bir gerçek veya tüzel kişiye haksız bir menfaatin sağlanmasını doğrudan veya dolaylı olarak talep veya kabul etmesi” olarak tanımlanırken m. 16/1’de ise yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvet tarif edilmiş olup maddede yer alan rüşvet tanımı esasen OECD Konvansiyonu’nda yer alan tanımla aynıdır. Sözleşme’nin 21. maddesinde ise özel sektör rüşveti tanımlanmıştır.

ICC ise daha geniş bir tarif yaparak rüşveti, özel sektör yolsuzluğunu da içerecek şekilde Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi’ne paralel olarak tanımlamıştır³³.

Türk Hukuku’nda da rüşvet, Türk Ceza Kanunu’nu m. 252’de, görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için doğrudan veya aracılar vasıtasıyla kamu görevlisinin kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlaması olarak tanımlanmaktadır³⁴.

³³ Tanım için bkz.: **ICC Rules on Combating Corruption**, s. 12.

³⁴ Türk Hukukunda rüşvet suçu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 1121 vd.

B. İrtikâp (Extortion)

İrtikâp, bir kamu görevlisinin görevini yerine getirmesi veya bir kuralı çiğnemesi için mutlak surette bir menfaatin kendisine sağlanmasını talep etmesidir³⁵.

Rüşvet ve irtikâp arasındaki hukuki ayrım çok karmaşıktır³⁶. İrtikâp, bazıları tarafından rüşvetin zıttı, bazıları tarafından ise rüşvetin bir çeşidi olarak kabul edilmektedir³⁷. Örneğin ICC irtikâbı, icbar içerip içermediğine bakılmaksızın her türlü rüşvet talebi olarak tanımlamaktadır³⁸.

Rüşvet ve irtikâbı hukuken birbirinden ayıran uluslararası literatüre baktığımızda, bu ikisi arasındaki ayrımı teşkil eden ilk hususun kamu görevlisine sağlanan menfaatin ne ölçüde gönüllü veya zorunlu olarak gerçekleştirildiği olduğu ifade edilmektedir³⁹. Bu bakımdan kural olarak, gerçekleştirilen yolsuzluk eyleminin tarafların karşılıklı ve özgür iradelerine dayanma ölçüsüne göre rüşvet ve irtikâp bir yolsuzluk yelpazesinin iki karşıt ucuna yerleştirilebilir. Çalışma konumuz bakımından değerlendirildiğinde, bu durumda yelpazenin bir ucunda yatırımcının görev ve yetki alanına giren bir işi yapması veya yapmaması için bir kamu görevlisine herhangi bir menfaati sağlamayı teklif etmesi ve kamu görevlisinin de özgür iradesiyle bu menfaati kabul etmesi olan rüşvet yer alır. Öteki ucunda ise kamu görevlisinin bir yatırımcıya fayda sağlamak veya daha büyük ihtimalle kamu gücünün, onun yatırıma zarar vermesinden korumak için bir yatırımcıyı makam ve mevkisinin imkân tanıdığı icbar edici yöntemlerle kendisine menfaat temin etmeye zorlaması olan irtikâp yer alır.⁴⁰

Yukarıda bahsedilen doğrultuda rüşvet ve irtikâbı, hukuken birbirinden ayıran ikinci bir husus da kişinin kamu görevlisine hangi amaçla ödeme yaptığıdır. Genel olarak kamu görevlisine adil ve eşit bir muamele görmek için yapılan ödemeler irtikâp

³⁵ Rose-Ackerman, Palifka, **Corruption and Government**, s. 8.

³⁶ “Bribery versus Extortion”, **UNODC Teaching Module Series: Organized Crime, Module 4: Infiltration of Organized Crime in Business and Government**, (Çevrimiçi, 2024), <https://sherloc.unodc.org/cld/en/education/tertiary/organized-crime/module-4/key-issues/bribery-versus-extortion.html>

³⁷ Philip M. Nichols, “What is Organizational Corruption?”, **The Handbook of Business and Corruption: Cross-Sectoral Experiences**, Bingley, Emerald Publishing, 2017, s. 9.

³⁸ **ICC Rules on Combating Corruption**, s. 13.

³⁹ Llamzon, **Corruption**, s. 21, para. 2.08.

⁴⁰ Llamzon, **a.e.**, s. 22, para. 2.10.

teşkil ederken adil ve eşit muameleden daha fazlasını elde etmek için yapılan ödemeler rüşvet teşkil edecektir.⁴¹

Rüşvet ve irtikâbı, hukuken birbirinden ayıran üçüncü husus ise ceza hukuku bağlamında suçun failinin ve mağdurunun kim olduğudur. Kural olarak, rüşvetin gerçekleşmesi hâlinde hem rüşvet veren kişi hem de rüşvet alan kamu görevlisi suçun faili olarak kabul edilmektedir. Öte yandan irtikâbın gerçekleşmesi hâlinde ise yalnızca kamu görevlisi suçun faili olarak değerlendirilmektedir. Bu hâllerde kamu görevlisine ödeme yapan kişi suçun mağduru olarak görülmektedir.⁴²

Türk Hukuku'nda, Türk Ceza Kanunu m. 250'de irtikâp, bir kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına ya da bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar veya ikna etmesi ya da bu amaçla bir kişinin hatasından yararlanılması olarak tanımlanmıştır⁴³.

C. Nüfuz Ticareti (Trading in Influence)

Milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluk teşkil eden fiiller bakımından en tartışmalı konu nüfuz ticaretidir. Bu durumun temelde iki sebebi bulunmaktadır.

Birincisi, milletlerarası ticarete etki sahibi kişilerin nüfuzlarını başka bir kişinin faydasına kullanmasının hukuka aykırılık teşkil eden nüfuz ticaretini mi yoksa hukuka uygun sınırlar içerisinde bulunan lobicilik veya sponsorluk faaliyetlerini mi oluşturduğunu belirleyen çizginin muğlak olmasıdır⁴⁴. Üstelik yolsuz taraflar, nüfuz ticareti ile lobicilik veya sponsorluk faaliyetleri arasındaki ayrımı tespit etmeyi

⁴¹ Llamzon, **a.e.**, s. 21, para. 2.08.

⁴² UNODC, "Bribery versus Extortion".

⁴³ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yasalaşmadan önce Yargıtay'da rüşvet ve irtikâp suçunu birbirinden ayırmak için suç teşkil eden eylemden faydalanan kişinin "meşru zeminde" olup olmadığına bakmaktaydı. Suç teşkil eden eylemden fayda sağlayan kişi meşru zeminde ise oluşan suç irtikâp, gayrimeşru zemindeyse oluşan suç rüşvet veya görevi kötüye kullanma olarak kabul etmekteydi. Ancak Türk Ceza Kanunu ile birlikte irtikâp suçunun rüşvet suçundan ayırt edici unsuru kamu görevlisinin kendisine sağlanan menfaati icbarla sağlayıp sağlamadığı olmuştur. İrtikâp suçu özgü suç niteliğinde olup bu suçun faili yalnızca kamu görevlisi olabilirken icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan gerçek kişi ise suçun mağdurudur. Türk Hukukunda irtikâp suçu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 100 vd.

⁴⁴ Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 11, para. 10 ve s. 13, para. 14.

neredeys e imkânsız hâle getirecek bir takım hukuki işlem ve eylemlerde bulunarak bu çizgiyi daha da muğlaklaştırmaktadırlar⁴⁵.

İkincisi ise ulusal hukukların, kişilerin nüfuzlarını üçüncü bir kişinin faydasına kullanımına olan yaklaşımlarının birbirinden farklılaşmasıdır. Örneğin İsviçre Hukuku, kamu görevlisine ödeme yapılmadığı sürece onun üzerinde etki yaratması için aracı kişi kullanılmasını, aracı kişiden yardım alınmasını ve bu aracıya ödeme yapılmasını hukuka uygun bir lobicilik faaliyeti olarak kabul etmektedir. Bu durumda aracı, onun nüfuzundan faydalanmak isteyen müvekkil tarafından lobici olarak görevlendirilir. Müvekkil, lobicinin sosyal, siyasi veya ailevi bağlantılarından faydalanmak için kendisine ödeme yapar. Ancak anılan uygulama Fransa ve diğer bazı ülkelerde⁴⁶ hukuka aykırıdır.⁴⁷

Öte yandan, her ne kadar kişilerin nüfuzlarını üçüncü bir kişinin faydasına kullanımı konusunda devletlerin ulusal mevzuatları arasında bir yeknesaklık mevcut olmasa da bir sözleşmenin akdedilmesinde yetkili kamu görevlilerini hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla bu kişilere menfaat sağlandığında hukuka uygunluk sınırının aşıldığında duraksama yoktur⁴⁸. Kaldı ki bu anlayış BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi m. 18’de yerini bulmuştur⁴⁹.

BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi m. 18’de nüfuz ticareti kasıtlı olarak;

⁴⁵ Igboke, **a.e.**, s. 17, para. 24.

⁴⁶ Cezayir, Bahreyn, Mısır, Kuveyt, Lübnan, Libya, Fas, Suriye ve Tunus bu ülkelere örnek verilebilir. Bkz.: Sayed, **Corruption**, s. 199 dn. 561. Sayed, anılan ülkelerde söz konusu aracılık faaliyetlerinin doğrudan yolsuzluğa eşdeğer görüldüğünü, yolsuzluğun nüfuz ticareti gibi tespit edilmesi daha zor olan dolaylı biçimleriyle mücadele edebilmek için bu faaliyetlerin anılan ülkelerde bir suç olarak düzenlendiğini ifade etmiştir. Sayed, **a.e.**, s. 349.

⁴⁷ Aynı yönde bkz.: Kreindler, **Illegality**, s. 97 vd. Karş. Sayed, **Corruption**, s. 199.

⁴⁸ Igboke, **Bribery and Corruption**, s. 17, para. 24 ve s. 18, para. 27. Aynı yönde bkz.: Sayed, **Corruption**, s. 199 vd.

⁴⁹ Igboke, **Bribery and Corruption**, s. 18, para. 26. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi’nden daha önceki bir tarihte Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 04.11.1999 tarihli Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi (RG.: T. 20.01.2004, S. 25352) m.12’de nüfuz ticareti bir suç olarak tanımlanmaktadır. Ancak Sözleşme m. 37/1’e göre taraf devletler, nüfuz ticaretiyle ilgili maddeye çekince koyarak bu maddeyi uygulamama hakkına sahiptirler. Örneğin İsviçre, sözleşmeye taraf olmasına rağmen 12. maddeye çekince koymuş ve maddeyi yalnızca söz konusu fiilin İsviçre Hukuku’nda da suç teşkil etmesi hâlinde uygulayacağını bildirmiştir. İsviçre Hukuku’ndaki durum için bkz.: Igboke, **a.e.**, s. 16, dn. 38.

“(a) Kamu görevlisinin veya herhangi bir kişinin gerçek veya sözde nüfuzunu istismar ederek Taraf Devletin bir idaresinden veya kamu otoritesinden kendisi veya üçüncü bir kişi adına haksız bir fayda elde etmesi için bir kamu görevlisine veya bir kişiye doğrudan veya dolaylı olarak haksız bir menfaat vaat veya teklif edilmesi ya da verilmesi;

(b) Taraf Devletin bir idaresinden veya kamu otoritesinden haksız bir fayda elde edilmesi amacıyla bir kamu görevlisinin veya herhangi bir kişinin gerçek veya sözde nüfuzunu istismar etmek karşılığında kendisi veya üçüncü bir kişi adına haksız bir menfaati doğrudan veya dolaylı olarak talep veya kabul etmesi” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁰.

ICC de Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele sözleşmesindekine benzer bir nüfuz ticareti tanımı⁵¹ yaparak rüşvet ve irtikâbın yanısıra nüfuz ticaretinin de bir yolsuzluk biçimi olduğunu açıkça belirtmiştir⁵².

Türk Hukuku’nda, Türk Ceza Kanunu m. 255’te de nüfuz ticareti suçuna yer verilmiş olup nüfuz ticareti bir kişinin “*kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla kendisine veya bir başkasına menfaat temin etmesi*” olarak tanımlanmıştır⁵³.

Sonuç olarak, çalışmamız kapsamında incelemiş olduğumuz mahkeme ve hakem kararlarından hareketle belirtmek gerekir ki milletlerarası ticari tahkimde sıklıkla karşılaşılan ve uluslararası hukukta da yolsuzluk teşkil ettiğinde duraksama

⁵⁰ Önemle belirtmek gerekir ki, Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, taraf devletlere nüfuz ticaretini kendi iç hukuk sistemlerinde suç olarak kabul etmeleri zorunluluğu yüklememekte olup yalnızca bu hususu dikkate almalarını istirham etmektedir. Öte yandan, sözleşmeye taraf devletler ulusal veya yabancı kamu görevlisine verilen rüşveti kendi iç hukuklarında da bir suç olarak tanımlamak zorundadır. Ancak sözleşme yine özel sektör rüşvetini kendi iç hukuklarında suç olarak tanımlamak konusunda da taraf devletlere takdir hakkı tanımıştır. Bu durum doktrinde, nüfuz ticareti gibi yolsuzluğun rüşvete kıyasla daha az doğrudan biçimlerinin evrensel kınama düzeyine ulaşmamış olduğu ve uluslararası toplumun yolsuzluğun tüm tezahürlerine karşı yeknesak bir tutum içinde olmadığı eleştirisine sebebiyet vermiştir. Bkz.: Llamzon, **Corruption**, s. 68 vd., para. 4.88.

⁵¹ Tanım için bkz.: **ICC Rules on Combating Corruption**, s. 14.

⁵² ICC, **a.e.**, s. 13.

⁵³ Nüfuz ticareti suçu hakkında genel bilgi için bkz.: Tezcan Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Rıfat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 21. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 1196 vd.

olmayan fiiller rüşvet, irtikâp ve nüfuz ticaretidir. Milletlerarası ticari tahkimde söz konusu fiillerle yolsuzluk içeren sözleşmeler vasıtasıyla karşılaşılmaktadır.

III. YOLSUZLUK İÇEREN SÖZLEŞMELER

Milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluk içeren sözleşmeler⁵⁴ incelenirken yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeler⁵⁵ ve konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmeler⁵⁶ şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır⁵⁷.

A. Yolsuzluk Yoluyla Elde Edilen Sözleşmeler

Çalışmamız bağlamında yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeler genellikle, yatırımcı ile ev sahibi devlet veya kamu kurumları arasında akdedilen ve temelde bir kamu hizmetinin görülmesini içeren yatırım sözleşmelerini içermektedir⁵⁸.

Doğalgaz, petrol veya kıymetli madenler gibi doğal kaynakların işletilmesi, gaz ve elektrik dağıtımı, su ve kanalizasyon işleri, atıkların geri dönüşümü ile otoyol ve köprü inşaatı gibi çok çeşitli kamu ihtiyaçlarının karşılanması için gerekli olan mal ve hizmet alımlarının yapılması veya yapım işlerinin gerçekleştirilmesi için akdedilen

⁵⁴ Bu sözleşmeler yabancı literatürde “*contracts tainted by corruption*” şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz.: Bonell, Meyer, “Corruption”.

⁵⁵ Bu sözleşmeler hakkında yabancı literatürde kullanılan yeknesak bir ifade bulunmamaktadır. Doktrinde bu sözleşmeler için “*public procurement contract obtained by corruption*”, “*contracts arising out of bribery*”, “*contracts procured by corruption*” ve “*contracts obtained by corruption*” ifadeleri kullanılmaktadır. Sırasıyla bkz.: Sayed, **Corruption**, s. 46; Kreindler, **Illegality**, s. 70; Bonell, Meyer, “Corruption”, s. 6; Uluç, **Corruption**, s. 6.

⁵⁶ Bu sözleşmeler hakkında da yabancı literatürde kullanılan yeknesak bir ifade bulunmamaktadır. Doktrinde bu sözleşmeler için “*contract of corruption*” ve “*contracts providing for corruption*” ifadeleri kullanılmıştır. Sırasıyla bkz.: Sayed, **Corruption**, s. 46; Uluç, **Corruption**, s. 6; Kreindler, **Illegality**, s. 70; Bonell, Meyer, “Corruption”, s. 6.

⁵⁷ Kreindler, **Illegality**, s. 70.

⁵⁸ Her ne kadar çalışmamız kapsamında milletlerarası ticari tahkime konu olan yatırım sözleşmelerine değinmişsek de bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar genellikle yatırım tahkiminde karara bağlanmaktadır. Çalışmamızın konusunu milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluğun tahkim şartına etkisi olarak sınırlandırmamız sebebiyle ise milletlerarası yatırım tahkiminde yolsuzluğun ortaya çıkardığı hukuki ihtilaflara bu çalışmada değinilmemiştir. Milletlerarası yatırım tahkiminde yolsuzluk hakkında detaylı bilgi için genel olarak bkz.: Wendler, “Corruption”; Tussupov, **Corruption and Fraud**; Haydar Kotil, “Milletlerarası Yatırım Hukukunda Yolsuzluk”, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019; Burak Terzi, “Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 52-67. Milletlerarası ticari tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki farklar hakkında bilgi için genel olarak bkz.: İnci Ataman Fıganmeşe, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, No: 1, 2012, s. 91-152.

kamu alım sözleşmeleri (*public procurement contract*), imtiyaz sözleşmeleri (*concession agreement*) veya kamu özel ortaklık sözleşmeleri (*public private partnership agreement*) yatırım sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır⁵⁹.

Kural olarak anılan yatırım sözleşmeleri, bir kamu ihale süreci (*Public Procurement Procedure*) sonucunda akdedilmektedir. Kamu ihale sürecinde ev sahibi devlet veya ilgili kamu kurumu öncelikle ihtiyaç duyulan kamu hizmetinin sağlanması için ne tür bir mal veya hizmet alımı yapılması ya da yapım işi gerçekleştirilmesi gerektiğine karar verir. Yapılacak olan mal veya hizmet alımına ya da gerçekleştirilecek olan yapım işine ait projenin yaklaşık maliyetini belirler ve proje için en uygun ihale usulünü tanımlar. Ardından, ihale dokümanlarını hazırlar ve bu dokümanları ilan eder. İlan edilen gün ve saate isteklilerin katılımıyla ihale gerçekleştirilir. İhaleye katılan isteklilerden alınan teklifler açılır ve değerlendirilir. Değerlendirmenin ilk aşamasında, sunulan tekliflerin ihale dokümanlarında belirtilen ticari, hukuki, teknik ve sözleşmesel gereklilikleri karşılayıp karşılamadığına bakılır. Söz konusu gereklilikleri karşılamayan teklifler değerlendirme dışı bırakılır. İkinci aşamada ise ihale dokümanlarında belirtilen gereklilikleri sağlayan teklifler kendi içlerinde ekonomik açıdan en avantajlı teklif birinci sırada olacak şekilde sıralanır. Buna müteakip birinci sıradaki teklif sahibiyle ev sahibi devlet veya ilgili kamu kurumu arasında yatırım sözleşmesi akdedilir.⁶⁰

Çoğu devletteki kamu ihale süreçleri, Dünya Bankası tarafından belirlenen ve evrensel olarak da kabul görmüş yedi ilke temel alınarak gerçekleştirilmektedir⁶¹. Bu yedi ilkeden biri de erdemlilik ilkesidir. Erdemlilik ilkesine göre devletler, kaynaklarını ve kamu gücünü öngörülen amaçlar doğrultusunda kamu yararına ve iyi yönetim ilkelerine uygun olarak bilinçli bir şekilde kullanmalıdırlar. Kamu ihale

⁵⁹ Yatırım sözleşmeleri hakkında genel bilgi için bkz.: Chin Leng Lim, Jean Ho, Martins Paparinskis, **International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and Other Materials**, 2. bs., Cambridge, Cambridge University Press, 2021, böl. 3.

⁶⁰ Kamu ihale süreçleri hakkında detaylı bilgi için bkz.: Naushad Khan, **Public Procurement Fundamentals: Lessons from and for the Field**, Bingley, Emerald Group Publishing, 2018, böl. 3.

⁶¹ Khan, a.e., böl. 1. Bu yedi ilke hakkında detaylı bilgi için bkz.: **Bank Policy: Procurement in IPF and Other Operational Procurement Matters**, The World Bank, 2017, böl. III.

sürecine dâhil olan tüm taraflar en yüksek ahlaki standartlara uymalı, sahtekârlık (*fraud*)⁶² ve yolsuzluktan kaçınmalıdır.

Ne var ki, bazen söz konusu kamu ihale süreçleri rüşvet, irtikâp ve nüfuz ticareti gibi yolsuzluk teşkil eden fiillerle kirletilerek⁶³ anılan ihale süreçleri sonucunda akdedilecek olan yatırım sözleşmeleri yolsuzluk yoluyla elde edilmektedir⁶⁴. Örneğin Almanya merkezli *Siemens Aktiengesellschaft (Siemens)* şirketinin, dünya çapında, ihale yetkilisi kamu görevlilerine rüşvet vererek yatırım sözleşmeleri akdettiği ortaya çıkarılmıştır⁶⁵. Buna göre *Siemens*'in; diğerlerinin yanı sıra Venezuela'da metro sistemleri, İsrail'de enerji santralleri, Çin'de yüksek gerilim hatları, Bangladeş ve Vietnam'da telekomünikasyon şebekeleri, Rusya'da trafik kontrol sistemleri, Meksika'da petrol rafinerileri inşa etmek ve Nijerya'da telekomünikasyon projelerini gerçekleştirmek için rüşvet ödediği tespit edilmiştir⁶⁶.

Çalışmamızda rüşvet, irtikâp ve nüfuz ticareti teşkil eden fiiller dolayısıyla akdedilen yatırım sözleşmelerinden yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeler olarak bahsetmekteyiz.

⁶² *Fraud* kelimesi sıklıkla hem bir haksız fiil olarak aldatmayı hem de cezai bir suç teşkil eden dolandırıcılığı ifade etmek için kullanılmaktadır. Bununla birlikte araştırmalarımızda, *fraud* kelimesinin genellikle aynı anlama gelecek şekilde yolsuzluk (*corruption*) kelimesiyle birlikte veya yolsuzluk, belgede sahtecilik ve dolandırıcılık gibi tüm sahtekârlık teşkil eden eylemleri içerecek şekilde daha geniş bir çatı kavram olarak kullanıldığını da gözlemledik. Kelimenin hem genellikle yolsuzlukla aynı anlamda ve/veya yolsuzluk da dâhil olmak üzere ya da haricinde tüm sahtekârlık teşkil eden eylemleri içerecek şekilde tamamlayıcı bir çatı kavram olarak kullanılması sebebiyle hem de çalışmamızdaki bütünlüğü korumak adına *fraud* kelimesini “sahtekârlık” olarak çevirmeyi uygun bulduk.

⁶³ OECD tarafından 2014 yılında hazırlanan Yurtdışı Rüşvet Raporu'na göre, 1999-2013 yılları arasında tespit edilen rüşvet olaylarının %57'si kamu ihalesi sonucunda akdedilecek olan yatırım sözleşmelerini elde etmek için gerçekleştirilmiştir. **OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials**, OECD, 2014, s. 8. 2012 yılında 30 ülkede toplam üç bin şirket yöneticisiyle yapılan başka bir araştırma ise bu şirket yöneticilerinden bir önceki yıl kamu ihalesine katılanların dörtte birinden fazlasının, katıldıkları kamu ihalesini rakiplerinin rüşvet vermesi sonucu kaybettiğine inandığını ortaya koymuştur. Bu yönde verilen yanıtların oranı, Japonya'da %2 iken Malezya'da %50'ye kadar çıkmaktadır. Türkiye'den verilen yanıtların oranı ise %18'dir. İlgili araştırma için bkz.: (Çevrimiçi, 2024), <https://blog.transparency.org/2012/09/06/bribery-is-bad-for-business/>

⁶⁴ Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Rose-Ackerman, Palifka, **Corruption and Government**, s. 93 vd. Söz konusu yolsuzluk eylemlerinin görüldüğü durumların sektörel değerlendirmesi için ayrıca bkz.: Heimann, Pieth, **Confronting Corruption**, böl. III.

⁶⁵ Fisman, Golden, **Corruption**, s. 136 vd.

⁶⁶ Bkz.: (Çevrimiçi, 2024), <https://www.sec.gov/enforcement-litigation/litigation-releases/lr-20829>

Yolsuzluk yoluyla elde edilen yatırım sözleşmelerinin öncesinde her zaman konusu yolsuzluk teşkil eden bir diğer sözleşme veya sözleşmeler bulunmaktadır.

B. Konusu Yolsuzluk Teşkil Eden Sözleşmeler

Milletlerarası ticari tahkimde konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmeler karşımıza genellikle üç farklı şekilde çıkmaktadır.

1. Rüşvet Anlaşmaları

Birincisi, ev sahibi devlet veya ilgili kamu kurumuyla yatırım sözleşmesi akdetmek isteyen yatırımcı tarafın, sözleşmeyi kendisiyle akdetmeleri için ev sahibi devletteki kamu görevlilerine doğrudan rüşvet teklif etmesi ya da ev sahibi devletteki kamu görevlilerinin, yatırım sözleşmesinin kendisine bahşedilmesi için yatırımcıdan doğrudan rüşvet talep etmesi hâlidir. Bu hâllerde, yatırımcının rüşvet teklifinin veya kamu görevlisinin rüşvet talebinin kabul edilmesiyle taraflar arasında bir rüşvet anlaşması yapılmış olur.

2. İrtikâp Anlaşmaları

İkincisi, ev sahibi devletteki kamu görevlilerinin, yatırım sözleşmesinin akdedilebilmesi için görevlerinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendilerine veya bir başkasına menfaat sağlanmasına yatırımcıyı doğrudan icbar etmesi hâlidir. Bu durumda yatırımcı ve kamu görevlileri arasında bir irtikâp anlaşması yapılmış olur.

Çalışmamız kapsamında incelediğimiz hakem ve mahkeme kararlarından hareketle belirtmek gerekir ki, yolsuzluk iddia ve savunmalarının gündeme geldiği milletlerarası ticari tahkim uyuşmazlıklarında, içerisinde tahkim şartı da bulunan dava konusu yazılı bir rüşvet veya irtikâp anlaşmasıyla neredeyse hiç karşılaşmamaktadır⁶⁷. Bu durumun sebeplerinden biri, tarafların açıkça hukuka

⁶⁷ Aynı yönde bkz.: Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 29, para. 52; Sayed, **Corruption**, s. 348.

aykırı olan ve suç teşkil eden fiillerine ilişkin geride herhangi bir kanıt bırakmak istememeleridir⁶⁸.

3. Nüfuz Ticareti Anlaşmaları

Üçüncüsü, ev sahibi devlet veya ilgili kamu kurumuyla bir yatırım sözleşmesi akdetmek isteyen tarafın, söz konusu sözleşmeyi akdetmeye yetkili kamu görevlilerinin kararlarını etkileme nüfuzuna sahip olan kişi veya kişilerle, ilgili kamu görevlilerine menfaat sağlanarak yatırım sözleşmesinin kendisiyle akdedilmesinin sağlanması için bir anlaşma yapmasıdır. Konusu nüfuz ticareti teşkil eden bu anlaşmalar milletlerarası ticari tahkimde karşımıza aracılık sözleşmeleri (*intermediary contract*) olarak çıkmaktadır⁶⁹.

Aracılık sözleşmeleri iki durumda karşımıza çıkabilir. Birinci durumda, ev sahibi devletteki ihale yetkilisi kamu görevlileri, kamu ihale süreci sonucunda hazırlanacak olan yatırım sözleşmesini akdetmeye istekli yatırımcıya bir aracı kişi göndererek sözleşmenin bu yatırımcıyla yapılması için aracıya belirli bir ücret ödenmesini talep edebilir. İkinci durumda ise yatırımcı, ev sahibi devletle söz konusu sözleşmeyi akdedebilmek için bir gerçek veya tüzel kişiden belirli bir ücret karşılığında kendisine aracılık etmesini isteyebilir⁷⁰.

Yukarıda belirtilen her iki durumda da yatırımcı ile nüfuz sahibi kişi arasında konusu nüfuz ticareti teşkil eden bir aracılık sözleşmesi akdedilmektedir. Yatırımcıyla

⁶⁸ Fisman, Golden, **Corruption**, s. 30. Bu durumun ilginç bir örneğiyle Venedik'teki meşhur yolsuzluk skandalında karşılaşıldığı iddia edilmiştir. İddiaya göre, kanal kentini yükselen deniz seviyesinden kurtarmak için sel bariyerleri inşa edilmesine ilişkin inşaat sözleşmeleri için on binlerce avro rüşvet alan kamu görevlilerinin ismini içeren listeler, bir polis baskını hâlinde yok edilmek üzere yenilebilir kağıtlar üzerine yazılmıştır. İlgili haber için bkz.: (Çevrimiçi, 2024), <https://www.thelocal.it/20140606/venice-bribes-were-written-on-edible-paper>

⁶⁹ Kreindler, **Illegality**, s. 97; Igboke, **Bribery and Corruption**, s. 19, para. 30 vd. Söz konusu sözleşmeler doktrinde “agency contract” şeklinde de adlandırılabilir. Ayrıca bu alandaki eserlere bakıldığında *intermediary* ve *agent* kelimelerinin birbiri yerine sıklıkla kullanıldığı gözlemlenmiştir. Bkz.: Hilmar Raeschke-Kessler, Dorothee Gottwald, “Corruption”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, New York, Oxford University Press, 2008, s. 607 vd.

⁷⁰ Antonio Crivellaro, “Chapter 7. Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence”, **Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud**, ed. Kristine Karsten, Andrew Berkeley, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2003, s. 109.

ev sahibi devletteki kamu görevlileri arasında ise aracı vasıtasıyla bir rüşvet veya irtikâp anlaşması akdedilmektedir.⁷¹

Milletlerarası ticari tahkimde konusu yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıklara bakıldığında sıklıkla aracılık sözleşmeleriyle karşılaşmaktadır. Bunun birkaç sebebi bulunmaktadır. Birincisi yolsuzluğun meydana gelmesinde aracılık faaliyetlerinin çok büyük bir rol oynamasıdır⁷². Nitekim *OECD* tarafından 2014 yılında hazırlanan bir rapor, 1999-2013 yılları arasında gerçekleşen her dört yabancı yolsuzluk vakasından üçünde aracılardan yer aldığını ortaya koymuştur⁷³. İkincisi taraflar, rüşvet ve irtikâp anlaşmalarının aksine konusu nüfuz ticareti teşkil eden aracılık sözleşmelerini yazılı olarak akdetmekten kaçınmamaktadırlar.

Tarafların konusu nüfuz ticareti teşkil eden aracılık sözleşmelerini yazılı olarak akdetmek istemelerinin ise temelde iki sebebi bulunmaktadır. Birincisi, her iki tarafın da karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ihtilaf hâlinde hukuki olarak icra edilebilecek bir araçla belirlemek istemesidir⁷⁴. İkincisinin ise lobicilik gibi hukuka uygun eylemlerle nüfuz ticaretini ustaca birleştirerek bu ikisi arasındaki sınırı ayırt etmeyi neredeyse imkânsız hâle getiren tarafların,⁷⁵ söz konusu aracılık sözleşmelerinin hukuka aykırı niteliğinin mahkemeler veya hakem heyetleri tarafından tespit edilemeyeceğine duydukları inanç olduğu kanaatindeyiz.

Söz konusu aracılık sözleşmeleri birtakım özellikler arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yaptıkları aracılık sözleşmesinin gerçek amacını ve niteliğini açıklamak istemeyen taraflar, bu sözleşmeleri sıradan bir ticari işlem olarak göstermektedirler⁷⁶. Bazı ev sahibi devletlerin kamu ihale hukukunun yatırım sözleşmelerinin akdedilmesinde aracılara başvurulmasını yasaklayabilmesi,⁷⁷

⁷¹ Karş. Kathrin Betz, **Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence**, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 43; Bonell, Meyer, “Corruption”, s. 6; Wendler, “Corruption”, s. 11. Yolsuzluk teşkil eden aracılık faaliyetlerinin yönetsel içeriği hakkında detaylı bilgi için bkz.: Sayed, **Corruption**, s. 315 vd.

⁷² Raeschke-Kessler, Gottwald, “Corruption”, s. 592.

⁷³ **OECD Foreign Bribery Report**, s. 8 ve 29.

⁷⁴ Crivellaro, “Bribery”, s. 110.

⁷⁵ Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 17, para. 24; Bonell, Meyer, “Corruption”, s. 12.

⁷⁶ Crivellaro, “Bribery”, s. 109.

⁷⁷ Bu ülkelere Cezayir, Libya, Suriye ile askeri silah ve teçhizat tedariki sözleşmeleriyle sınırlı olmak üzere Suudi Arabistan örnek verilebilir. Bkz.: Sayed, **Corruption**, s. 192, dn. 545.

sınırlandırabilmesi⁷⁸ ve ciddi yaptırımlara tabi tutabilmesi nedeniyle de taraflar, sözleşmelerini “aracılık sözleşmesi” şeklinde adlandırmaktan özellikle kaçınmaktadırlar⁷⁹. Dolayısıyla da söz konusu sözleşmeleri genellikle danışmanlık (*assistance, consultancy*), simsarlık (*brokerage*) veya sponsorluk (*sponsorship*) sözleşmesi şeklinde adlandırmaktadırlar⁸⁰.

Anılan sözleşmelerde aracı, ev sahibi devletin ihale edeceği bir veya daha fazla sözleşmeyi yatırımcıya kazandırmak için sözde birtakım hizmetleri sunmayı taahhüt etmektedir⁸¹. Sözleşmede belirtilen hizmetler arasında pazar araştırması, ihale teklifinin hazırlanmasına yardım, toplantıların organizasyonu, ihale konusu projeye ilişkin bilgi temini, projenin ticari, hukuki, teknik ve sözleşmesel niteliğine ilişkin incelemeler, projenin maliyetini etkileyebilecek ulusal mevzuat veya düzenlemelere ilişkin danışmanlık gibi özetle yatırımcının ihaleyi kazanma olasılığını artırmak için gerekli görülen her türlü yardım yer alabilmektedir.⁸²

Anılan sözleşmelerde, yatırımcının söz konusu kamu ihalesini kazanması için aracıya başlangıçta önemli miktarda bir avans ödeyeceği de kararlaştırılmaktadır⁸³. Ancak, kural olarak aracının ücretinin ödenmesi mutlak surette yatırım sözleşmesinin sözde hizmetleri alan yatırımcıyla akdedilmesine bağlıdır⁸⁴. Anılan sözleşmelerde, ilgili yatırımcının söz konusu kamu ihalesini kazanamaması hâlinde aracıya herhangi bir ödeme yapılmayacağı, hatta aracı tarafından sözleşme konusu ihalenin kazanılması için yapılan masrafların dahi geri ödenmeyeceği de açıkça belirtilebilmektedir⁸⁵.

⁷⁸ Bahreyn, Birleşik Arap Emirlikleri, Kuveyt, Katar ile silah ve teçhizat tedariki sözleşmeleri hariç olmak üzere Suudi Arabistan, yalnızca kendi ülke vatandaşlarının aracılık faaliyetleri yapabileceğine cevaz vermektedir. Bkz.: Sayed, **a.e.**, s. 192, dn. 544. Mısır ve Kuveyt’te de aracılık faaliyetlerini yalnızca ülkede kayıtlı danışmanlık şirketleri yapabilmektedir. Bkz.: Sayed, **a.e.**, s. 193 vd., dn. 548.

⁷⁹ Crivellaro, “Bribery”, s. 109.

⁸⁰ Crivellaro, **a.y.**; Kreindler, **Illegality**, s. 63; Michael Hwang SC, Kevin Lim, “Corruption in Arbitration Law and Reality”, **Selected Essays On International Arbitration**, Singapore, Academy Publishing, 2013, s. 601, para. 35.

⁸¹ Bonell, Meyer, “Corruption”, s. 7.

⁸² Crivellaro, “Bribery”, s. 110. Aynı yönde bkz.: Raeschke-Kessler, Gottwald, “Corruption”, s. 593; **Typologies on the Role of Intermediaries In International Business Transactions: Final Report**, OECD, 2009, s. 7, para. 8 vd.

⁸³ Igboke, **Bribery and Corruption**, s. 27 vd., para. 46.

⁸⁴ Crivellaro, “Bribery”, s. 112; **TRACE Due Diligence Guidebook: Doing Business With Intermediaries Internationally**, TRACE International Inc., 2010, s. 5.

⁸⁵ Crivellaro, “Bribery”, s. 111; **TRACE Due Diligence Guidebook**, s. 5.

Aracının alacağı ücret ise ev sahibi devlet tarafından yatırımcıya bahşedilecek yatırım sözleşmesinin değeri üzerinden hesaplanan yüzdelik bir miktar şeklinde kararlaştırılmaktadır⁸⁶. Bu yüzdelik miktar, sözleşmenin görünürdeki hükümleri uyarınca aracı tarafından üstlenilecek hizmetlerin içeriği ve niteliğiyle hiç orantılı olmayan önemli bir meblağa tekabül edebilmektedir. Çünkü bu ücretin bir kısmı, ev sahibi devletteki kamu görevlilerine ödeme yapmak için kullanılacaktır⁸⁷. Aracı, önceki deneyimlerine ve bu konudaki teamüle dayanarak yolsuzluk gelirlerinin nasıl paylaştırılacağına ilişkin yöntemleri belirler⁸⁸.

Anılan sözleşmelerde, özellikle yatırım sözleşmesinin ifa edileceği devlette aracılık hizmetlerine cevaz verilmediği durumlarda olmak üzere, çoğunlukla uygulanacak hukuk olarak yatırım sözleşmesinin ifa edileceği devletten farklı bir üçüncü devlet hukuku seçilmektedir⁸⁹. Bu üçüncü devlet hukuku ise genellikle İsviçre Hukukudur⁹⁰. Bunun sebebi, yukarıda da belirtildiği üzere İsviçre Hukuku'nda, kamu görevlisine bir menfaat sağlanmadığı sürece kamu görevlisi üzerinde etki yaratması için aracı kullanılmasına ve bu aracıya ödeme yapılmasına cevaz verilmesi veya bu sözleşmelerde yer alan tahkim şartında tahkim yerinin çoğunlukla İsviçre olarak belirtilmesi olabilir⁹¹.

C. Yolsuzluk İçeren Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası ticari tahkimde, yolsuzluk teşkil ettiği iddia edilen veya bu yönde şüphe duyulan fiillerle yukarıda belirttiğimiz üzere, yolsuzluk içeren sözleşmeler vasıtasıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklarla karşılaşmaktadır. Dolayısıyla bir fiilin yolsuzluk teşkil edip etmediği belirlenirken, başka bir deyişle, hukuki nitelendirmesi yapılırken ve bu nitelendirmenin sözleşmeye etkisine karar verilirken ilk olarak sözleşmeye uygulanacak hukuka bakılmalıdır.

⁸⁶ Crivellaro, "Bribery", s. 111; Raeschke-Kessler, Gottwald, "Corruption", s. 593.

⁸⁷ Crivellaro, "Bribery", s. 112; Bonell, Meyer, "Corruption", s. 7 vd.; Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 24 vd., para. 42.

⁸⁸ Sayed, **Corruption**, s. 317.

⁸⁹ Crivellaro, "Bribery", s. 112. Benzer yönde bkz.: Raeschke-Kessler, Gottwald, "Corruption", s. 607.

⁹⁰ Crivellaro, "Bribery", s. 112.

⁹¹ Crivellaro, a.y.; Kreindler, **Illegality**, s. 97 vd. Karş. Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 2 vd.

1. Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebileceği kuralı, günümüzde, milletlerarası özel hukukta ve milletlerarası ticari tahkimde yerleşmiş bir hukuk ilkesidir⁹². Dolayısıyla, bir sözleşmenin yolsuzluk içerip içermediğinin tespiti, öncelikle tarafların sözleşmeye uygulanması için seçtikleri hukuka göre yapılacaktır⁹³. Taraflar arasında bir hukuk seçimi mevcut olmadığı takdirde ise hakemlerin sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku kendilerinin belirleyebilecek olması nedeniyle,⁹⁴ sözleşmenin yolsuzluk içerip içermediğinin tespiti hakemlerce seçilen hukuka göre yapılacaktır.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlendikten sonra yolsuzluğa uygulanacak hukuk bakımından temelde iki tartışmalı konu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, sözleşmeye uygulanacak hukukun yanısıra üçüncü bir devlet hukukunun kamu düzenine ve doğrudan uygulanan kurallarına hakemler tarafından etki tanınıp tanınmayacağıdır. İkincisi ise hakemlerin yolsuzluk hakkında karar verirken milletlerarası kamu düzenini⁹⁵ uygulayıp uygulamayacağıdır. Çalışmamızın devamında sırasıyla bu iki husus ele alınacaktır.

⁹² Bkz.: Gary B. Born, **International Commercial Arbitration: Three Volume Set**, 3. bs., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, böl. 19.04; Nigel Blackaby KC, Constantine Partasides KC, Alan Redfern, **Redfern and Hunter On International Arbitration Student Version**, 7. bs., New York, Oxford University Press, 2022, para. 3.11 vd.; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, The Hague, Kluwer law international, 2003, s. 413 vd.; Mauro Rubino-Sammartano, **International Arbitration Law and Practice**, 2. bs, The Hague, Kluwer Law International, 2001, s. 417.

⁹³ Christoph Müller, “The Impact of Corruption on the Contract, Including the Issue of Applicable Law”, C. 47, **Arbitration and Corruption**, ed. Andrea Meier, Christian Oetiker, ASA Special Series, Kluwer Law International, 2021, s. 39; Kreindler, **Illegality**, s. 169.

⁹⁴ Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk seçimini yapmadıkları takdirde hakemlerce hukuk seçiminin nasıl yapılacağı hakkında bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 19.03; Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 3.225 vd.; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 424 vd.; Rubino-Sammartano, **International Arbitration Law and Practice**, s. 426 vd.; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, 2. bs., İstanbul, Legal, 2024, s. 160 vd.

⁹⁵ Bu kavram yabancı literatürde *international public policy*, *transnational public policy* ya da *truly international public policy* şeklinde ifade edilebilmektedir. Türk literatüründe de söz konusu kavram için milletlerarası kamu düzeni ve ulusötesi kamu düzeni tabirleri kullanılmaktadır. Çalışmamızda bazı yazarlar tarafından “ulusötesi kamu düzeni” şeklinde ifade edilen hukuki kavramı da içine alacak şekilde milletlerarası kamu düzeni kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Pierre Lalive, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, **Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration**, ed. Pieter Sanders, Kluwer Law International; ICC, 1987; Özel, **Tahkim**, s. 209 vd.

2. Üçüncü Bir Devlet Hukukunun Kamu Düzeninin ve Doğrudan Uygulanan Kurallarının Uygulanması

Kamu düzeni, bir toplumun belirli bir dönemdeki siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki yapısını şekillendiren, temel çıkarlarını gözetken kurumlar ve kurallar bütünüdür⁹⁶. Doğrudan uygulanan kurallar (*overriding mandatory provisions*) ya da diğer adıyla müdahaleci kurallar ise bir devletin siyasi, sosyal veya ekonomik örgütlenmesi gibi kamu çıkarlarını korumak için uyulmasının elzem olduğu kabul edilen hükümlerdir⁹⁷. Doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeniyle yakından ilgilidirler. Bu kurallar, uyumsuzluğun tabi olduğu hukuka bakılmaksızın somut olaya doğrudan uygulanmayı gerektiren bir kamu düzeni politikasını yansıtır⁹⁸.

Milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kuralları ile kamu düzenini uygulaması gerektiği görüşü ağırlıktadır⁹⁹. Peki hakemler, sözleşmeye uygulanacak hukukun yanısıra üçüncü bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile kamu düzenini uygulayacaklar mıdır?

Yolsuzluk bağlamında bu tartışma *Hilmarton* davasında tahkim yargılamasına konu olmuştur. Karara konu olayda bir simsar olan davacı İngiliz *Hilmarton* şirketi, müteahhit olan davalı Fransız *Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)* şirketiyle bir simsarlık sözleşmesi akdetmiştir. Sözleşmeye göre *Hilmarton*, *OTV*'ye

⁹⁶ Kamu düzeni kavramının tanımı hakkında bkz.: Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. bs., İstanbul, Beta, 2024, s. 86; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 18. bs., İstanbul, Beta, 2024, s. 145; Sibel Özel vd., **Milletlerarası Özel Hukuk**, 3. bs., İstanbul, Beta, 2024, s. 122; Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz, Leyla Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. bs., Savaş Kitabevi, 2025, s. 261; Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 23. bs., İstanbul, Beta, 2021, s. 163.

⁹⁷ Doğrudan uygulanan kurallar hakkında bkz.: Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 8 vd.; Çelikel, Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 160 vd.; Özel vd., **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 134 vd.; Doğan, Yılmaz, Ayhan İzmirli, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 280 vd.; Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 8 vd.

⁹⁸ Pierre Mayer, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", **Arbitration International**, C. 2, No: 4, 1986, s. 275; Andrew Barraclough, Jeff Waincymer, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", **Melbourne Journal of International Law**, C. 6, No: 2, 2005, s. 206.

⁹⁹ Born, **Arbitration**, böl. 19.04[B][5]. İbrahim Doğan Takavut, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar**, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 124; Nazlı Albayrak Ceylan, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 21.

hukuki ve mali danışmanlık sağlayacak ve *OTV*'nin ihaleyi kazanması hâlinde belirlenen komisyonu alacaktı. Ancak *OTV*, sözleşmeye konu olan ihaleyi kazanmasına rağmen komisyon bedelinin yalnızca yarısını ödemiş ve kalan kısmı ödemeyi reddetmiştir. Bunun üzerine *Hilmarton*, sözleşmede yer alan tahkim şartı uyarınca Cenevre'de *ICC* tahkimini başlatmıştır.¹⁰⁰

Davaya bakan tek hakem, öncelikle *Hilmarton*'un sözleşme kapsamında hangi faaliyetleri gerçekleştirdiğini incelemiş, ancak *Hilmarton* tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen faaliyetlere ilişkin herhangi bir yazılı kanıt bulamamıştır. Tanık ifadelerine göre ise *Hilmarton*'un faaliyetlerinin %85'i, *OTV*'nin ihaleye sunduğu teklifin kabul edilmesi amacıyla bazı Cezayir makamları üzerinde nüfuzunu kullanmasına dayanıyordu.¹⁰¹

Tahkim yargılaması sırasında *OTV*, *Hilmarton*'un sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirebilmek için Cezayirli kamu görevlilerine rüşvet ödediğini iddia etmiştir. Her hâlükârda da sözleşmenin Cezayir'in tüm aracılık faaliyetlerini yasaklayan¹⁰² 78-02 sayılı Kanunu'nu ihlal ettiğini öne sürmüştür. Bu nedenlerle de mevcut sözleşmenin İsviçre kamu düzenine veya milletlerarası kamu düzenine aykırı olduğunu savunmuştur.¹⁰³

OTV'nin ileri sürdüğü rüşvet iddialarını kanıtlayamadığına kanaat getiren Hakem, Cezayir'in 78-02 sayılı Kanunu'nun amacının her türlü nüfuz ticaretini yasaklamak olduğunu ve *Hilmarton*'un faaliyetlerinin bu kanunu ihlal ettiğini belirtmiştir¹⁰⁴.

Mevcut durumda hakeme göre asıl sorun, sözleşmenin ifa yeri olan Cezayir Hukuku'nun, esasa uygulanacak olan İsviçre Hukuku'nun uygulanmasını nasıl etkileyeceğiydi. Öncelikle Hakem, İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 20/1 uyarınca,

¹⁰⁰ Betz, **Proving Bribery**, s. 162 vd.

¹⁰¹ Betz, **a.e.**, s. 163.

¹⁰² Kararın verildiği tarihte Cezayir'de sözleşmelerin akdedilmesinde aracı kullanımını yasaklayan en kapsamlı kanunlardan biri bulunmaktaydı. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Paul Homsy, "Agency Law in the Arabian Peninsula and North Africa", **Northwestern Journal of International Law and Business**, C. 5, No: 2, 1983, s. 297 vd.

¹⁰³ Betz, **Proving Bribery**, s. 164.

¹⁰⁴ Betz, **a.e.**, s. 165.

hukuka ve ahlaka aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu ancak bir sözleşmenin hukuka aykırılığının yalnızca İsviçre Hukuku'nun ihlali durumunda söz konusu olacağını vurgulamıştır. Öte yandan hakeme göre, yabancı bir hukuk hükmünün ihlal edilmesi hâlinde, İBK'nın ilgili maddesine dayanabilmek için bu durumun aynı zamanda ahlaka aykırılık teşkil edip etmediğine bakılmalıdır.¹⁰⁵

Hakeme göre, Cezayir'in 78-02 sayılı Kanunu, yolsuzlukla mücadele etmek isteyen tüm hukuk sistemlerinin uyması gereken genel bir ilkeyi ortaya koymakta, dolayısıyla da milletlerarası kamu düzenini ilgilendirmektedir. Bundan ötürü anılan kanunun ihlali, İsviçre kamu düzeninin de bir parçası olan İBK m. 20'de yer alan ahlak kavramına aykırı olmaktadır. Açıklanan nedenlerle hakem, yalnızca küçük bir parçası bilgi toplama, hukuki ve mali danışmanlık faaliyetleri olan ve %85'i *Hilmarton*'un Cezayir makamları üzerinde nüfuzunu kullanmasını içeren dava konusu sözleşmenin kesin hükümsüz olduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁶

Hilmarton, hukukun yanlış uygulandığını iddia ederek hakem kararının iptali talebiyle Cenevre Mahkemesi'ne başvurmuştur. Rüşvet ödendiğine dair somut bir kanıt bulunmadığını belirten mahkeme, tek başına Cezayir'in 78-02 sayılı Kanunu'nun ihlalinin İsviçre kamu düzenine aykırı olmadığına kanaat getirerek hakem kararının iptaline hükmetmiştir.¹⁰⁷

OTV, iptal kararını temyiz etmiş, ancak İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi bu kararı onaylamıştır. Hakem kararının iptalinin kesinleşmesi üzerine *Hilmarton*, *ICC* tahkimini yeniden başlatmış ve 1992 tarihli ikinci bir tahkim kararıyla *OTV*'nin kalan ücreti ödemesine hükmedilmiştir.¹⁰⁸

Hilmarton davası, taraflarca bir hukuk seçimi yapıldığı takdirde uyuşmazlıkla sıkı ilişkili üçüncü devlet hukukunun kamu düzenine ve doğrudan uygulanan kurallarına hakemler tarafından etki tanınıp tanınmayacağı tartışması bakımından

¹⁰⁵ Betz, a.y.

¹⁰⁶ Betz, a.e., s. 166.

¹⁰⁷ Betz, a.e., s. 166 vd.

¹⁰⁸ Betz, a.e., s. 167 vd.

oldukça önemlidir. On yıllardır süren yoğun tartışmalara rağmen hakemlerin, taraflarca seçilen hukukun dışında kalan sıkı ilişkili üçüncü bir devlet hukukunun kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallarını nasıl ele alması gerektiği konusunda bir fikir birliği bulunmamakta ve tartışma devam etmektedir¹⁰⁹.

Doktrinde bir görüşe göre, hakkaniyete ve nesafete göre karar verilmesi kararlaştırılan tahkimler saklı kalmak kaydıyla hakemlerin yargılama görevi, tarafların uyuşmazlıklarını uygulanacak hukuka uygun olarak karara bağlama yükümlülüğünü içermektedir. Bu yükümlülük, tarafların sözleşme hükümlerini ve onlarca seçilen hukuku uygulamanın yanısıra esasa uygulanacak hukuk dışındaki yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları ve kamu düzeni de dahil olmak üzere hukuku bir bütün olarak uygulamayı gerektirmektedir.¹¹⁰ Bu doğrultuda milletlerarası ticari tahkimde hakemler, sözleşmeye uygulanacak hukukun ve tahkim yerinin yanısıra özellikle sözleşmenin ifa edileceği ülke gibi uyuşmazlıkla veya taraflarla sıkı ilişkisi bulunan üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını ve kamu düzenini dikkate almalıdır¹¹¹. Buna göre hem ilgili üçüncü devlet hukukunun icap etmesi hem de tahkime uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının¹¹² bu devlet hukukun müdahaleci kurallarının (*mandatory law*) uygulanmasına cevaz vermesi hâlinde ilgili

¹⁰⁹ Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 180, para. 328. Bu konuda detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz.: Mayer, “Mandatory Rules”, s. 277 vd.; Okezie Chukwumerije, “Mandatory Rules of Law of International Commercial Arbitration”, **African Journal of International and Comparative Law**, C. 5, No: 3, 1993, s. 567 vd.; Barraclough, Waincymer, “Mandatory Rules”, s. 224 vd.; Anne-Sophie Papeil, “Conflict of Overriding Mandatory Rules in Arbitration”, **Conflict of Laws in International Arbitration**, ed. Franco Ferrari, Stefan Kröll, Berlin, Sellier European Law Publishers, 2010, s. 343 vd.; Jan Kleinheisterkamp, “Overriding Mandatory Laws in International Arbitration”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 67, No: 4, 2018, s. 905 vd.; Emmanuel Gaillard, “The Emergence of Transnational Responses to Corruption in International Arbitration”, **Arbitration International**, C. 35, No: 1, 2019, s. 15 vd.; Özel, **Tahkim**, s. 201 vd.; Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 123 vd.; Jean-François Poudret, Sébastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, 2. bs., London, Thomson Sweet & Maxwell, 2007, s. 609 vd.; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 420 vd.; Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, ed. Emmanuel Gaillard, John Savage, The Hague, Kluwer Law International, 1999, s. 848 vd.; Takavut, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 153-175; Albayrak Ceylan, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 125-136; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 237-239.

¹¹⁰ Born, **Arbitration**, böl. 13.04[A][6] ve 19.04[B][4].

¹¹¹ Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 142, para. 266; Sigvard Jarvin, “The Sources and Limits of the Arbitrator’s Powers”, **Arbitration International**, C. 2, No: 2, 1986, s. 155; Crivellaro, “Bribery”, s. 118.

¹¹² Yazara göre, milletlerarası ticari tahkimde kural olarak tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmalıdır. Bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 19.03[E].

kurallar uygulanabilecektir¹¹³. Böylece bu kuralların arkasından dolanmak isteyen taraflar da engellenmiş olacaktır¹¹⁴.

Karşıt görüşte olan yazarlara göre ise kanunlar ihtilafı kuralları hakem heyetini bağlamamaktadır. Dolayısıyla kanunlar ihtilafı bağlamında bir bağlantı üçüncü devletin müdahaleci hukuk kurallarının belirlenmesinde rol oynamayacaktır. Bu hâlde sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir devlet hukukunun müdahaleci hukuk kurallarına öncelik verilmemelidir. Hakemler, uyuşmazlığı tarafların seçtiği hukukun maddi hukuk kurallarına göre çözmelidir. Yalnızca bu seçimin kanuna karşı hile (*fraus legis* ya da *fraude à la loi*) teşkil etmesi ve sıkı ilişkili üçüncü devlet hukukunun müdahaleci kurallarının ihlalinin aynı zamanda milletlerarası kamu düzeninin de ihlalinin oluşturması hâlinde taraflarca seçilen hukuk yerine ilgili müdahaleci kurallar milletlerarası kamu düzenine dayanılarak uygulanmalıdır¹¹⁵.

Kanaatimizce de doktrinde belirtildiği üzere hem ilgili üçüncü devlet hukukunun icap etmesi hem de tahkime uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının bu devlet hukukunun müdahaleci kurallarının uygulanmasına cevaz vermesi hâlinde ilgili kurallar, bunların milletlerarası kamu düzeninin bir parçasını teşkil edip etmediğine bakılmaksızın uygulanabilecektir. Karşıt görüşte olan ve sıkı ilişkili üçüncü devlet hukukunun müdahaleci kurallarının ihlalinin aynı zamanda milletlerarası kamu düzeninin de ihlalinin oluşturması hâlinde bu kuralların uygulanması gerektiğini savunan yazarlar, aslında, yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıklarda doğrudan milletlerarası kamu düzeninin uygulanmasını savunmaktadır¹¹⁶.

3. Milletlerarası Kamu Düzeninin Uygulanması

Milletlerarası kamu düzeni terimi genellikle, gelişmiş hukuk düzenleri arasında ortak olduğu düşünülen ve tarafların anlaşmasına bakılmaksızın zorunlu olarak

¹¹³ Born, **a.e.**, böl. 19.04[B][5][c].

¹¹⁴ Crivellaro, “Bribery”, s. 118.

¹¹⁵ Kreindler, **Illegality**, s. 171 vd. Ayrıca bkz.: Gaillard, “Corruption”, s. 15 ve 18; Poudret, Besson, **Arbitration**, s. 608 vd., para. 706; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 421, para. 17-20; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 848, para. 1520.

¹¹⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 850 vd., para. 1520.

uygulanan bazı temel hukuk ilkelerine atıfta bulunmak için kullanılmaktadır¹¹⁷. Milletlerarası kamu düzenine; konusu suç teşkil eden sözleşmelerin icrasının, kölelik ile köle ticaretinin, terörist gruplara silah tedarikinin ve korsanlığın yasaklanması örnek olarak verilebilir¹¹⁸. Günümüzde kamu görevlilerinin yolsuzluğunun önlenmesi de milletlerarası kamu düzeninin bir parçası olarak görülmektedir¹¹⁹.

Doktrinde, hakemlerin yolsuzluğa ilişkin meselelerde sözleşmeye uygulanacak hukukun yanısıra milletlerarası kamu düzenini de uygulamaları gerektiği savunulmuştur¹²⁰. Buna göre, taraflarca seçilen hukukun uygulanması milletlerarası kamu düzeniyle çelişen bir karara yol açabilecekse milletlerarası kamu düzenine üstünlük tanınmalıdır¹²¹. Bu durum, özellikle taraflarca seçilen hukukun belirli rüşvet ve yolsuzluk biçimlerini tanımaması nedeniyle milletlerarası kamu düzenine aykırı olması hâlinde söz konusu olmalıdır¹²².

Doktrinde bir yazar tarafından, milletlerarası ticari tahkimde maddi vakıaların yolsuzluğun gerçekleştiğini göstermesi hâlinde hakemlerin ilgili yolsuzluk eylemlerinin uygulanacak hukuka göre yasal olup olmadığına bakmasının gerekmediği, çünkü milletlerarası kamu düzeninin yolsuzluk içeren her türlü sözleşmenin icra edilmesine yeknesak olarak ve şiddetle karşı olduğu dahi ifade edilmiştir¹²³.

¹¹⁷ Born, **Arbitration**, böl. 19.04[B][6]; Poudret, Besson, **Arbitration**, s. 615 vd., para. 708; Barraclough, Waincymer, "Mandatory Rules", s. 218.

¹¹⁸ Born, **Arbitration**, böl. 19.04[B][6]; Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 169, para. 308; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 433 vd., para. 17-36; Barraclough, Waincymer, "Mandatory Rules", s. 218.

¹¹⁹ Born, **Arbitration**, böl. 19.04[B][6]; Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 169, para. 308; Gaillard, "Corruption", s. 13 vd.; Betz, **Proving Bribery**, s. 260; Lalive, "Transnational Public Policy", s. 276 vd.; Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 3.152; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 433 vd., para. 17-36; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 851, para. 1521; Özel, **Tahkim**, s. 215 vd.; Barraclough, Waincymer, "Mandatory Rules", s. 218; Vladimir Khvalei, "Using Red Flags to Prevent Arbitration from Becoming a Safe Harbour for Contracts that Disguise Corruption", **Tackling Corruption in Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement**, C. 24, Paris, ICC, 2013, s. 19; Taşkın, "Yolsuzluk", s. 106.

¹²⁰ Gaillard, "Corruption", s. 18; Özel, **Tahkim**, s. 160; Chukwumerije, "Mandatory Rules", s. 577.

¹²¹ Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 860 vd., para. 1533.

¹²² Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 176, para. 320.

¹²³ Igbokwe, **a.e.**, s. 171, para. 312.

Nitekim hakemler de yolsuzluk içeren uyuşmazlıklar üzerinde karar verirken milletlerarası kamu düzenini sıklıkla uygulamışlardır¹²⁴. Örneğin, yolsuzluk hakkında bilinen ilk milletlerarası ticari tahkim kararı olan ICC'nin 1110 numaralı ve 1963 tarihli kararında Yargıç *Lagergren*, konusu yolsuzluk teşkil eden bir sözleşme hakkındaki kararını milletlerarası kamu düzenine ve milletlerarası hukuka hâkim olan genel prensiplere dayandırmıştır. Yargıç *Lagergren*, ahlaka aykırı olan ve milletlerarası kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal eden bu tür uyuşmazlıkların hiçbir medeni ülkede mevcut mahkemeler veya yabancı hakem heyetleri tarafından kabul görmeyeceğini savunmuştur.¹²⁵

Yolsuzluğa ilişkin nispeten yakın tarihli kararlardan biri olan ICC'nin 13515 sayılı kararında da hakem heyeti, özellikle rüşvetin ve yolsuzluğun ortaya çıktığı durumlarda milletlerarası ticari sözleşmelerin sadece taraflarca uygulanması için seçilen milli hukuka göre değil aynı zamanda milletlerarası kamu düzenine de tabi olduğunu ve milletlerarası kamu düzeninin hakem tarafından uygulanması gereken maddi bir hukuk kuralını temsil ettiğini belirtmiştir¹²⁶.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, hakemler yolsuzluğu re'sen araştırmak için de milletlerarası kamu düzenine dayanabileceklerdir¹²⁷. Yolsuzluk ihtimalini yok sayan bir hakem kararının milletlerarası kamu düzenini ihlal edeceği göz önüne alındığında, hakemlerin yolsuzluğu re'sen araştırmaması, sözleşmeye uygulanabilir bir hukuk kuralı olarak milletlerarası kamu düzenini uygulamaması nedeniyle hukuku yanlış uygulama olarak değerlendirilebilecektir¹²⁸. Dolayısıyla hakemler, yolsuzluktan şüphelendiği durumlarda kendi bağımsız hukuki araştırmasını yapmalıdır¹²⁹. Böyle bir yaklaşım, tahkimin kötü niyetli taraflara kamu düzenini ihlal edebilecekleri ve

¹²⁴ Betz, **Proving Bribery**, s. 248.

¹²⁵ J. Gillis Wetter, "Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110", **Arbitration International**, C. 10, No: 3, 1994, s. 294.

¹²⁶ Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 174, para. 317.

¹²⁷ Igbokwe, **a.e.**, s. 178, para. 324. Ayrıca bkz.: Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 864, para. 1533; Khvalei, "Red Flags", s. 18 vd. Öte yandan doktrinde hakemlerin yolsuzluk iddialarını re'sen araştırmasına karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır. Bkz.: Pierre Mayer, "Duty and Power of Arbitrators to Investigate and Evidentiary Issues", C. 47, **Arbitration and Corruption**, ed. Andrea Meier, Christian Oetiker, ASA Special Series, Kluwer Law International, 2021, s. 65-66.

¹²⁸ Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 174, para. 317.

¹²⁹ Igbokwe, **a.e.**, s. 112, para. 209.

herhangi bir sonuç olmaksızın kamu menfaatini baltalayabilecekleri bir yol sağladığı yönündeki endişelerin giderilmesine de katkıda bulunacaktır¹³⁰.

D. Yolsuzluk İçeren Sözleşmelerin Geçerliliği

Yolsuzluk içeren sözleşmelerin geçerliliğini incelerken ilk olarak yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeler ve konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmeler bakımından bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Zira çalışmamızın devamında görüleceği üzere yolsuzluğun, yolsuzluk içeren sözleşmenin geçerliliğine etkisi bu iki sözleşme bakımından farklı olabilecektir. İkinci olarak, uygulanacak hukuk bakımından da bir ayırım yapılması gerekmektedir, çünkü yolsuzluk içeren sözleşmeye uygulanacak hukuka göre yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin geçerli olup olmadığı değişebilecektir.

1. Konusu Yolsuzluk Teşkil Eden Sözleşmeler Bakımından

Yolsuzluğun, konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin geçerliliğine etkisi kesin hükümsüzlüktür¹³¹. Zira hükümsüzlüğün teorik temellerindeki bazı farklılıklara

¹³⁰ Igbokwe, a.e., s. 189, para. 347.

¹³¹ Bonell, Meyer, "Corruption", s. 10; Olaf Meyer, "The Formation of a Transnational Ordre Public against Corruption: Lessons for and from Arbitral Tribunals", **Anti-Corruption Policy**, ed. Susan Rose-Ackerman, Paul D. Carrington, North Carolina, Carolina Academic Press, 2013, s. 237; Gaillard, "Corruption", s. 10; Low, "Corruption", s. 341 vd.; Raeschke-Kessler, Gottwald, "Corruption", s. 609; Müller, "Corruption", s. 39. İngiliz mahkeme kararlarında genellikle konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin "unenforceable" olduğuna hükmedilmektedir. Bkz.: *Pearce v Brooks (1866) Law Reports 1 Exchequer Division 213*. Belirtilen ifade, bazen anılan sözleşmelerin kesin hükümsüz olmadığı yönünde bir izlenim yaratsa da doktrinde İngiliz mahkeme kararlarında "unenforceable" ve "void ab initio" kelimelerinin birbiri yerine kullanılabildiği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz.: Matthew Gearing, Roanna Kwong, "Chapter 10: The Common Law Consequences and Effects of Allegations or a Positive Finding of Corruption", **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 160, dn. 23; Nelson Enonchong, "Effects of Illegality: A Comparative Study in French and English Law", **The International and Comparative Law Quarterly**, C. 44, No: 1, 1995, s. 198-199. Belirttiğimiz üzere teorik temellerindeki bazı farklılıklara rağmen, İngiliz Hukuku'nda da konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Bu konuda bkz.: Gearing, Kwong, "Chapter 10: The Common Law Consequences and Effects of Allegations or a Positive Finding of Corruption", s. 160; Müller, "Corruption", s. 40; Gaillard, "Corruption", s. 10, dn. 36. Amerikan Hukukunda da konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmeler hukuka aykırı olmaları nedeniyle kesin hükümsüzlerdir. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesi kamu ihalesine fesat karıştırmak amacıyla akdedilen bir sözleşmenin hukuka aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüz olduğuna karar vermiştir. Bkz.: *McMullen v. Hoffman, 174 U.S. 639, 666 (1899)*. Bu konuda detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Juliet P. Kostitsky, "Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory", **Iowa Law Review**, C. 74, No: 1, 1988, s. 115-164.

rağmen milli hukuklarda, yolsuzluğun bu sözleşmelerin geçerliliğine etkisi bakımından evrensel bir mutabakat var gibi görünmektedir¹³². Konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu aynı zamanda maddi bir milletlerarası kamu düzeni kuralı olarak da kabul edilmektedir¹³³. Nitekim milletlerarası ticari tahkim uygulaması da konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin ya sözleşmeye uygulanacak milli hukuk ya da milletlerarası kamu düzeni veya her ikisi uyarınca kesin hükümsüz kılındığını göstermektedir¹³⁴.

Konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı kuralı, Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi m. 8/1’de, *“Taraflardan her biri, konusu yolsuzluk teşkil eden herhangi bir sözleşmenin veya sözleşme maddesinin kesin hükümsüz olduğunu kendi iç hukukunda düzenleyecektir”* şeklinde hüküm altına

¹³² Bkz.: Bonell, Meyer, “Corruption”, s. 10.

¹³³ Bonell, Meyer, a.y.; Meyer, “Corruption”, s. 237; Juan Fernández-Armesto, “Chapter 11: The Effects of a Positive Finding of Corruption”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 168, para. 8.

¹³⁴ Richard H. Kreindler, Francesca Gesualdi, “The Civil Law Consequences of Corruption Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Analysis in Light of International Arbitration Practice”, **The Impact of Corruption on International Commercial Contracts**, ed. Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer, Heidelberg, Springer, 2015, s. 402. Örnek davalar için bkz.: ICC Dava No. 3913, ICC Dava No. 3916, ICC Dava no. 6497, ICC Dava No. 8891, ICC Dava No. 12990, ICC Dava No. 13914.

alınmıştır¹³⁵. Bununla birlikte Trans-lex ilkeleri¹³⁶ m. IV.7.2(a)’da da konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı ifade edilmiştir.

Konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin kesin hükümsüz olmasının altında yatan neden hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olmasından kaynaklanmaktadır¹³⁷. Nitekim Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27/1’de de kanunun emredici hükümlerine ve ahlaka aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla sözleşmeye Türk hukukunun uygulanacağı varsayımında, sözleşme konusunun yolsuzluk teşkil ettiğinin tespit edilmesi hâlinde ilgili yargı merci, milletlerarası kamu düzeninin yanısıra TBK m. 27/1’e dayanarak da sözleşmenin kesin hükümsüz olduğuna karar verebilecektir.

Kesin hükümsüz bir işlem, yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanmaz ve herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Böyle bir işlemin kesin hükümsüz sayılması için mahkemeye başvurulması, mahkeme kararıyla tespit edilmesi veya taraflardan biri

¹³⁵ Sözleşme maddesinin orijinali şu şekildedir: “Each Party shall provide in its internal law for any contract or clause of a contract providing for corruption to be null and void”. Ancak sözleşmenin resmi çevirisinde “null and void” ifadesi hatalı olarak “yoklukla malul” şeklinde çevrilmiştir. Bkz.: (Çevrimiçi, 2025), https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/ak/turkce/174_tur.pdf Hâlbuki, “Null and void” kelimesi Türkçe’ye çevrilirken bu ifade için “kesin hükümsüz” kavramının kullanılması daha yerindedir. Zira yabancı literatürde bir sözleşmenin “yoklukla malul” olduğunu ifade etmek için “non-existent (contract)” veya “no contract” ifadeleri kullanılmaktadır. Örneğin Amerikan sözleşme hukukunun genel ilkelerine ilişkin en çok tanınan ve sıkça atıfta bulunulan hukuki çalışmalardan biri olan *Restatement (Second) of the Law of Contracts*’ta, bir sözleşmenin kurulmasına yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunulmamasının yaptırımı olarak yokluğu ifade edecek şekilde “no contract” kavramına yer verilmiştir. Bkz.: *Restatement (Second) of the Law of Contract, comment c to §12, comment b to §16, comment c to §18 ve comment c, d to §20*, (Çevrimiçi, 2025), <https://instituteoflaw.com/Preview/Law101-1b/Restatement2ndContracts-DONOTPRINT-week1b.pdf>

Öte yandan, 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi’nin İngilizce metni m. V/1’de “(...) the arbitration agreement was either non-existent or null and void (...)” ifadesine yer verilmiş, Türkçe resmi çeviride de bu ifade doğru olarak “hakemlik anlaşmasının yokluğuna, butlanına” şeklinde çevrilmiştir. Buna göre, “no contract”, “non-existent” ve “null and void” ifadeleri farklı kavramlar olup önceki iki kavram yokluğu ifade ederken sonraki kesin hükümsüzlüğü ifade etmektedir. 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi’nin İngilizce metni için bkz.: (Çevrimiçi, 2025), https://treaties.un.org/doc/treaties/1964/01/19640107%2002-01%20am/ch_xxii_02p.pdf Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi için bkz.: (Çevrimiçi, 2025), <https://www.kanunum.com/files/3730-1.pdf>

¹³⁶ Trans-Lex İlkeleri, milletlerarası ticaret hukukunun (*lex mercatoria*) genel ilkelerini derlemeyi ve düzenlemeyi amaçlayan bilimsel, açık erişimli bir projedir. Proje, Almanya’nın Köln Üniversitesi’ndeki Milletlerarası Hukuk Merkezi tarafından yönetilmektedir. Trans-lex ilkeleri için bkz.: (Çevrimiçi, 2025), [https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria))

¹³⁷ Bonell, Meyer, “Corruption”, s. 10-11; Derya Ateş, Gülin Süleymanlar, “Sözleşmelerde Amaç ve Genel Ahlaka Aykırılık Değerlendirmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71, No: 4, 2022, s. 1640.

tarafından bildirilmesi gerekmez. İşlem kendiliğinden geçersizdir. Kamu yararını koruma amacıyla öngörülen kesin hükümsüzlük, mahkemeler tarafından re'sen dikkate alınır ve taraflar ileri sürmese bile yargı mercileri tarafından göz önünde bulundurulur. Kesin hükümsüzlük bir itiraz niteliğinde olup herhangi bir süreye tabi değildir. Ayrıca geçersiz bir işlem nedeniyle hakları zarar gören üçüncü kişiler de bu işlemin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürebilir.¹³⁸

2. Yolsuzluk Yoluyla Elde Edilen Sözleşmeler Bakımından

Her ne kadar konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu bir milletlerarası kamu düzeni kuralı olarak ifade edilse de yolsuzluğun, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin geçerliliğine etkisinin ne olacağı tartışmalıdır¹³⁹. Bu hususta milli hukuklarda uygulanmakta olan üç temel yaklaşım bulunmaktadır. Birincisi, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeleri, tıpkı konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerde olduğu gibi her zaman ve her koşulda kesin hükümsüz kabul etmektir. İkincisi, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeleri iptal edilebilir (*voidable*) kabul ederek sözleşmenin geçerliliğine ilişkin kararı yolsuzluktan zarar gören tarafın¹⁴⁰ takdirine bırakmaktır. Üçüncüsü ise sözleşmeyi geçerli kabul ederek yolsuzluktan zarar gören tarafın haklarını tazminat veya sözleşme bedelinin indirimi gibi diğer taleplerle sınırlandırmaktır.¹⁴¹

Konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin aksine yolsuzluğun, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin geçerliliğine etkisinin uygulanacak hukuka göre birbirinden farklılaşacak olması, bu sözleşmelere hangi hukukun uygulanacağına göre bir inceleme yapmayı zorunlu kılmaktadır. Çalışmamızın devamında yolsuzluk

¹³⁸ Mustafa Ünlütepe, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 100.

¹³⁹ Meyer, "Corruption", s. 240.

¹⁴⁰ Çalışmamız bağlamında yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeler, genellikle, yatırımcı ile ev sahibi devlet veya kamu kurumları arasında akdedilen ve temelde bir kamu hizmetinin görülmesini içeren yatırım sözleşmelerini içermektedir. Bkz.: yuk., birinci bölüm, III/A. Bu sözleşmelerde ev sahibi devlet yolsuzluktan zarar gören olarak kabul edilmektedir. Kural olarak, kamu görevlilerinin yolsuzluk teşkil eden eylemleri ev sahibi devlete atfedilememektedir. Bkz.: Kreindler, **Illegality**, s. 286 vd.

¹⁴¹ Bonell, Meyer, "Corruption", s. 20; Meyer, "Corruption", s. 240; Raeschke-Kessler, Gottwald, "Corruption", s. 593-601. Doktrinde bir yazara göre, ev sahibi devletlerin veya ilgili kamu kurumlarının bu durumdan haksız menfaat sağlayabilecek olması nedeniyle bu tür sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin katı ve genel geçer bir kural öngörülmemelidir. Her somut uyumsuzluk, kendi koşulları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bkz.: Taşkın, "Yolsuzluk", s. 19.

yoluyla elde edilen bir sözleşmeye Türk Hukuku'nun uygulandığı varsayımında bu sözleşmenin geçerliliğini inceleyeceğiz.

Yolsuzluk yoluyla elde edilen bir sözleşmeye Türk Hukuku uygulandığı varsayımında, yolsuzluğun sözleşmenin geçerliliğine etkisinin ne olacağını kesin olarak ifade etmek mümkün değildir, çünkü doğrudan bu konuda bir kanun hükmü bulunmadığı gibi emsal bir mahkeme kararına da şu an için rastlanmamıştır¹⁴². Bu nedenle Türk Hukuku'nda yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin geçerliliğini incelerken ilk olarak, bu hususta hüküm içeren milletlerarası düzenlemelere bakacağız. İkinci olarak, Türk Hukuku'yla yakın bağlantısı nedeniyle İsviçre Hukuku'nun bu konudaki yaklaşımını ifade edeceğiz. Son olarak milletlerarası düzenlemeler ve İsviçre Hukuku'ndaki mutlak uygulamadan hareketle Türk Hukuku'nda yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin kanaatimizi paylaşacağız.

Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 2. fıkrası, âkit devletlere, yolsuzluk teşkil eden bir fiil nedeniyle iradesi sakatlanan tarafın sözleşmenin iptal edilmesi için mahkemeye başvurabilmesine olanak sağlayan bir hüküm kendi iç hukukunda düzenleme yükümlülüğü getirmiştir. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi m. 34'e göre ise sözleşmeye taraf devletler, kendi iç hukuklarının temel ilkelerine uygun olarak yolsuzluğun sonuçlarını ortaya koyan önlemler almalıdırlar. Maddede, bu doğrultuda devletlerin, yolsuzluğu sözleşmenin iptal edilmesinde bir etken olarak değerlendirebileceği belirtilmiştir. Türkiye'nin taraf olmadığı ancak milletlerarası hukukun en önemli belgelerinden biri olarak ifade edilen 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin¹⁴³ “*devlet temsilcisinin yolsuzluğu*” başlıklı 50. maddesinde, “*Diğer bir müzakereci Devlet tarafından doğrudan veya dolaylı olarak bir Devletin herhangi bir antlaşmayla bağlı olma yönündeki irade beyanı, temsilcisinin yolsuzluğu yoluyla elde edilmişse bu Devlet, yolsuzluğun antlaşmayla bağlı olma iradesini sakatladığını ileri sürebilir.*” hükmüne

¹⁴² Yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelere ilişkin emsal mahkeme kararlarının bulunmaması yalnızca Türk Hukuku'na özgü değildir. Yolsuzluğun çok yaygın bir durum olmasına rağmen, diğer milli hukuklarda da bu konuda çok az sayıda mahkeme kararı bulunmaktadır. Bkz.: Bonell, Meyer, “Corruption”, s. 20.

¹⁴³ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations Treaty Series, vol. 1155, s. 331-512.

yer verilmiştir¹⁴⁴. Son olarak, Trans-lex ilkeleri m. IV.7.2(b)'de de zarar gören tarafın, yolsuzluk yoluyla elde edilen bir sözleşmeyi Trans Lex ilkeleri m. IV.7.3.'de düzenlenen yanılma hükümlerine dayanarak iptal edebileceği öngörülmüştür¹⁴⁵.

İsviçre Hukuku'na baktığımızda ise konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmeler, İBK m. 20/1 uyarınca hukuka ve ahlaka aykırı olmaları nedeniyle kesin hükümsüz iken,¹⁴⁶ İsviçre Hukuku'nda yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeler kendiliğinden kesin hükümsüz kabul edilmemektedir¹⁴⁷. Somut olayın özelliklerine göre anılan sözleşmeler, dürüstlük kuralına, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına veya irade sakatlıklarına dayanılarak yolsuzluktan zarar gören tarafça iptal edilebilecektir¹⁴⁸. Yolsuzluktan zarar gören tarafın iptal hakkını kullanmasıyla birlikte sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır, ancak iptale konu sözleşme sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmeysen ve sözleşmenin ifasına başlanmışsa bu hâlde iptal hakkının kullanılması sözleşmenin feshi niteliğinde olacak ve hükümsüzlük ileri etkili olarak sonuç doğuracaktır¹⁴⁹.

İsviçre Hukuku'nda yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin kendiliğinden kesin hükümsüz olmamasının sebebi, sözleşmenin kurulmasındaki ahlaka ve hukuka aykırılığın bu sözleşmelerin içeriği bakımından söz konusu olmamasıdır¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Her ne kadar Türkiye sözleşmeye taraf olmasa da sözleşmedeki örf ve adet hukukuna ilişkin hükümler, uluslararası teamül hukuku kuralları olarak uygulanabilir. Bkz.: Mukaddes Korkmaz Süner, "1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 1, 2018, s. 36. Nitekim yolsuzluğa ilişkin meşhur bir ICSID davası olan *Niko Resources* davasında da hakem heyeti, Bangladeş Hukuku'nun uygulandığı uyuşmazlıkta BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi m. 34'e ve Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 50'ye dayanarak yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin iptal edilebilir olduğuna hükmetmiştir. Hakem heyeti, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 50'de yer alan kuralın sadece milletlerarası kamu hukukunun genel bir ilkesi olarak değil, hukukun genel bir ilkesi olarak da kabul edilebileceğini ve devletler tarafından akdedilen sözleşmelere uygulanabileceğini ifade etmiştir. Bkz.: ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction of 19 August 2013, para. 446

¹⁴⁵ Bkz.: (Çevrimiçi, 2025), [https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria))

¹⁴⁶ Christa Kissling, "Impact of Bribery on Contracts Under Swiss Civil Law", **The Impact of Corruption on International Commercial Contracts**, ed. Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer, Heidelberg, Springer, 2015, s. 360 vd.

¹⁴⁷ Kissling, **a.e.**, s. 374.

¹⁴⁸ Kissling, **a.e.**, s. 374-389.

¹⁴⁹ Kissling, **a.e.**, s. 388.

¹⁵⁰ BGE 129 III 320, s. 324.

Sözleşmenin kurulmasındaki bu ihlal sözleşmenin içeriğini değil, daha ziyade irade beyanını ve sözleşme unsurlarının somutlaştırılmasını etkilemektedir¹⁵¹.

Yukarıda bahsedilen ayrımın daha iyi anlaşılması için farklı bir bağlamda şu örneği verebiliriz: pandemi döneminde sıfır araç tedarikinde yaşanan sıkıntılar nedeniyle bayilerden sıfır araç alamayan bir kişinin, uyuşturucu kullandığını bildiği bir bayi çalışanına, araç teslim listesinde kendisini ilk sıraya yazması şartıyla çok cüzi bir fiyata uyuşturucu satma vaadinde bulunduğunu ve bu yolla bir araç alım-satım sözleşmesi akdettiğini varsayalım. İsviçre Hukuku'ndaki ayrıma göre, konusu ve hükümleri uyuşturucu ticaretini içeren sözleşmeler hukuka ve ahlaka aykırıdır. Ancak, bayi çalışanı olan temsilciye çok cüzi bir fiyata uyuşturucu satma vaadinde bulunularak, temsil olunan ile sözleşmenin karşı tarafı arasında bir standart araç alım-satım sözleşmesi akdedilmesinin sağlanması hâlinde, bu sözleşme konusu ve hükümleri itibarıyla hukuka ve ahlaka aykırı olmayacaktır. Diğer taraftan, bu örnekte anılan kişinin, sözleşme konusu aracı olağan liste fiyatından daha düşük bir bedelle kendisine satması için bayi çalışanına cüzi bir fiyata uyuşturucu temin etme vaadinde bulunduğunu düşünelim. Bu örnekte de her ne kadar standart araç alım-satım sözleşmesinin satım bedeline ilişkin hükmü, uyuşturucu temin etme vaadi nedeniyle temsil olunan zararına değişikliğe uğrasa da bu anlaşmanın veya araç alım-satım sözleşmesinin içeriğinin hukuka ve ahlaka aykırı olduğu söylenemez. Dolayısıyla, sözleşme kendiliğinden kesin hükümsüz değildir. Her iki hâlde de temsil olunan, İsviçre Hukuku uyarınca şartlarının varlığına göre dürüstlük kuralına, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına veya irade sakatlığına dayanarak sözleşmeyi iptal edebilecektir.

Kanaatimizce, milletlerarası düzenlemeler, Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi m. 8/2'nin açık hükmü¹⁵² ve İsviçre Hukuku'ndaki mutlak uygulama dikkate alındığında, Türk Hukuku'nda da yolsuzluğun, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin geçerliliğine etkisi iptal edilebilirlik olmalıdır. Bu durumda

¹⁵¹ BGE 129 III 320, s. 325.

¹⁵² Sözleşme 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen Türkiye, bu maddede öngörüldüğü üzere yolsuzluğun, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin geçerliliğine etkisine ilişkin kanuni bir düzenleme yapmamıştır. Kanaatimizce bunun sebebi, belirttiğimiz görüşe uygun olarak zaten Türk hukukunda mevcut düzenlemeler kapsamında yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin durumunun iptal edilebilirlik olmasıdır.

yolsuzluktan zarar gören tarafın iptal hakkını kullanmasıyla kural olarak sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır. Sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması hâlinde ise doktrindeki baskın görüşe göre iptal hakkı olağanüstü fesih hakkına dönüşerek hükümsüzlük ileriye etkili olarak sonuç doğuracaktır.¹⁵³



¹⁵³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve diğer kaynaklar için bkz.: Güzide İrem Can, “Türk Borçlar Hukukunda İrade Sakatlıkları Nedeniyle İptal Hakkı ve Sonuçları”, Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2023, s. 92 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

YOLSUZLUĞUN İSPATI

I. GENEL BİLGİ

Yolsuzluk doğası gereği ispatlanması oldukça zor bir hukuki vakiadır¹⁵⁴. Bu durumun iki temel sebebi bulunmaktadır. Birincisi, yolsuzluk teşkil eden eylemleri gerçekleştirenler arkalarında hiçbir iz bırakmamaya özen gösterirler¹⁵⁵. Bundan ötürü, bir sözleşmenin yolsuzluk içerdiğini iddia eden tarafın bu iddiasını kanıtlayan yazılı belgeler sunması oldukça zordur¹⁵⁶. Bu tarafın tanık deliline dayanabilmesi de pek mümkün gözükmemektedir, çünkü kovuşturmayla uğrama korkusu, yolsuzluğa dahil olan herkesi bu konuda ifade vermekten caydıracaktır¹⁵⁷. İkincisi ise hukuki sonuçlarının çok ciddi olması itibarıyla yolsuzluğa ilişkin hukuk davalarında da ceza yargılamalarında aranan (veya buna yakın) yüksek ispat ölçüsünün uygulanması gerektiğinin savunulmasıdır¹⁵⁸.

Milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluğun ispatı, tahkimin niteliği itibarıyla daha da zorlaşmaktadır. Hakemlerin tarafları delil sunmaya zorlama gücünden yoksun olması ve delillerin elde edilmesinde ulusal mahkemelerin yardımının sınırlı olması, tahkime giden tarafları iddia ve savunmalarını etkili bir biçimde yapamama riskiyle karşı karşıya bırakmaktadır.¹⁵⁹

Tüm bu sebeplerle milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluğun ispatı konusunda analitik, adil ve tatmin edici sonuçlar sağlayacağı ve yargılamanın öngörülebilirliği ile

¹⁵⁴ Uluç, **Corruption**, s. 114.

¹⁵⁵ Martin Della Valle, Pedro Schilling De Carvalho, “Corruption Allegations in Arbitration: Burden and Standard of Proof, Red Flags, and a Proposal for Systematization”, **Journal of International Arbitration**, C. 39, No: 6, 2022, s. 828. Aynı yönde bkz.: Gaillard, “Corruption”, s. 3; Khvalei, “Red Flags”, s. 18.

¹⁵⁶ Khvalei, **a.y.**

¹⁵⁷ Khvalei, **a.y.**

¹⁵⁸ Valle, De Carvalho, “Corruption”, s. 828 vd. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: a.ş., ikinci bölüm, II/B

¹⁵⁹ Jeremy K. Sharpe, “Drawing Adverse Inferences from the Non-Production of Evidence”, **Arbitration International**, C. 22, No: 4, 2006, s. 549. Aynı yönde bkz.: Simon Greenberg, Felix Lautenschlager, “Adverse Inferences in International Arbitral Practice”, C. 22, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Paris, ICC, 2011, s. 44; Betz, **Proving Bribery**, s. 267; Khvalei, “Red Flags”, s. 18.

tutarlılığını tesis edeceği düşünölen birtakım yöntemler geliştirilmiştir¹⁶⁰. Geliştirilen yöntemler arasında yolsuzluk hâlinde kural (yasal) ispat ölçüsünün yukarı çekilmesi, ispat yükünün farklı uygulanarak delil sunamayan taraf hakkında aleyhe çıkarımlar yapılması ve yolsuzluk teşkil eden bir eylemin gerçekleştiğine dair olası bir riske işaret eden kırmızı bayraklarla ispatın gerçekleştirilmesi şeklindeki yöntemler bulunmaktadır. Çalışmamızın devamında milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluğun tespitinde kullanılan bu yöntemler incelenecektir.

II. İSPAT ÖLÇÜSÜ (STANDARD of PROOF)

A. Genel Bilgi

İspat ölçüsü kavramı, yargıcı (hakem veya hâkim), belirli bir maddi vakıanın veya durumun gerçekleştiğine ikna etmek için ortaya konması gereken delillerin ağırlığını ve ispat derecesini ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁶¹.

Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nde, medeni hukuk yargılaması için kullanılan üç tane ispat ölçüsü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, hukuk davalarında kural olarak aranmakta olan ve üç ispat ölçüsü arasında en düşük seviyeyi ifade eden "ihtimallerin tartılması" (*balance of probabilities*) veya "delillerin baskınlığı" (*preponderance of the evidence*) ispat ölçüsüdür. Bu ispat ölçüsünün sağlanması için yargıç veya jüri, iddia edilen olayın veya durumun doğru olma ihtimalinin, doğru olmama ihtimaline göre ağır bastığını belirlemelidir. İkinci ispat ölçüsü ise ceza yargılamalarında aranmakta olan ve üç ispat ölçüsü arasında en yüksek seviyeyi ifade eden "makul şüphenin ötesinde" (*beyond a reasonable doubt*) ispat ölçüsüdür. Bu ispat ölçüsünün sağlanması için ise yargıçta veya jüride, sanığın suçlu olduğuna dair öznel bir kesinlik oluşmalıdır. Üçüncü ispat ölçüsü ise anılan her iki ispat ölçüsünün

¹⁶⁰ Yolsuzluğun tespitinde kullanılan söz konusu yöntemlerin amacı, yolsuzluğun ispatını kolaylaştırmak veya zorlaştırmak değildir. Bu yöntemlerle amaçlanan hukukun üstünlüğünü korumaktır. Bkz.: "ICC Commission Document on Red Flags or Other Indicators of Corruption in International Arbitration", **ICC Dispute Resolution Bulletin**, C. 2, ICC, 2024, s. 39.

¹⁶¹ Bkz.: Uluç, **Corruption**, s. 115 vd.; Marek Pivoda, Kateřina Zabloudilová, "Proving Corruption: International Arbitration Perspective", **Cofola International 2018: Conference Proceedings**, Brno, Masaryk University, 2018, s. 68 vd.; Mateus Aimoré Carreteiro, "Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Predictability", **Revista Brasileira de Arbitragem**, C. 13, No: 49, 2016, s. 86 vd.; Ekin Hacıbekiroğlu, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 12.

ortasında bir seviyeyi ifade etmek için kullanılan “açık ve inandırıcı delil” (*clear and convincing evidence*) ispat ölçüsüdür¹⁶². Bu ispat ölçüsünün sağlanması için sunulan delillerin tüm makul şüpheleri ortadan kaldırması gerekmez. Ancak yargıç veya jüri, iddia edilen olayın veya durumun doğru olma ihtimalinin, doğru olmama ihtimalinden kayda değer derecede daha yüksek olduğuna ikna olmalıdır.¹⁶³

Öte yandan Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nde hâkimler, “vicdani kanaatlerine” (*conviction intime* ya da *inner conviction*) göre karar verirler¹⁶⁴. Her ne kadar doktrinde bazı yazarlarca vicdani kanaat bir ispat ölçüsü olarak ifade edilmişse de¹⁶⁵ Kıta Avrupası hukuk sisteminde ispat ölçüsünden anlaşılan hâkimdeki söz konusu kanaatin derecesi olmalıdır. Dolayısıyla vicdani kanaat prensibi tek başına bir ispat ölçüsünü ifade etmez. Örneğin Türk Hukuku’nda, medeni yargılama hukuku bakımından aranan kural ispat ölçüsü, dava konusu olay ve durumların gerçekleşip gerçekleşmediğine tam olarak inanmayı, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphenin bulunmamasını ifade eden tam ispattır¹⁶⁶. Ancak ispat konusu olayın veya durumun niteliğine göre kural ispat ölçüsünden uzaklaşabilmektedir. Örneğin Türk Hukuku’nda ihtiyati tedbir taleplerine karar verilebilmesi için iddia edilen olayın veya durumun doğru olma ihtimalinin ağır bastığına ilişkin yeterli kanaati ifade eden “yaklaşık ispat ölçüsü” ile ispat şartı bulunmaktadır.¹⁶⁷

Milletlerarası ticari tahkim bakımından ispat ölçüsüne bakıldığında ise şaşırtıcı olan milletlerarası tahkim konvansiyonlarının, milli tahkim kanunlarının, tahkim

¹⁶² İngiliz Hukuku’nda ise yalnızca anılan iki ispat ölçüsü bulunmakta olup “açık ve inandırıcı delili” karşılayan bir ispat ölçüsü bulunmamaktadır. Bkz.: Betz, **Proving Bribery**, s. 58.

¹⁶³ Bkz.: Uluç, **Corruption**, s. 117; Pivoda, Zabloudilová, “Proving Corruption”, s. 69; Carreteiro, “Burden and Standard of Proof”, s. 84; Andrea Menaker, “Chapter 5: Proving Corruption in International Arbitration”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 82 vd.

¹⁶⁴ Bkz.: Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası m. 138: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak **vicdani kanaatlerine** göre hüküm verirler.” (Vurgu eklendi)

¹⁶⁵ Bkz.: Uluç, **Corruption**, s. 116 vd.; Pivoda, Zabloudilová, “Proving Corruption”, s. 69; Menaker, “Proving Corruption”, s. 83; Ömer Kesikli, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2024, s. 346-347.

¹⁶⁶ Tam ispat kavramıyla eşdeğer olacak şekilde “tam vicdani kanaat” kavramı da kullanılmaktadır.

¹⁶⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve diğer kaynaklar için bkz.: Ahmet Başözen, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde ‘Yaklaşık İspat’ ve ‘İhtimal’ Kavramı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, C. 16, 2014, s. 655-659. Ayrıca bkz.: Carreteiro, “Burden and Standard of Proof”, s. 88-91.

kurallarının ve hatta hakem heyeti kararlarının dahi ispat ölçüsü konusunda neredeyse tamamen sessiz kalmasıdır¹⁶⁸. Anılan mevzuatın bu konuda herhangi bir hüküm getirmemiş olması nedeniyle ispat ölçüsü bakımından hangi hukukun uygulanacağı sorusu önem arz etmektedir¹⁶⁹. İspat ölçüsüne hangi hukukun uygulanacağı tespit edilirken de ispat ölçüsünün maddi mi yoksa usuli mi bir mesele olduğu sorusunun cevaplanması gerekecektir¹⁷⁰. Anılan sorunun cevabı oldukça tartışmalı olup¹⁷¹ bu konuda genel-geçer bir uzlaşma mevcut değildir¹⁷². Üstelik ispat yükünün aksine, ispat ölçüsü bakımından yaygın olarak kabul gören temel bir hukuk prensibi de bulunmamaktadır¹⁷³.

Doktrindeki pek çok yazar, milletlerarası ticari tahkim davalarında hakemlerin yaygın olarak “ihtimallerin tartılması” veya “delillerin baskınlığı” olarak ifade edilen ispat ölçüsünü kullandığını öne sürmektedir¹⁷⁴. Başka bir yazar ise hakemlerin kendi hukuk geçmişlerinden aşına oldukları ispat ölçüsünü uygulayacaklarını ifade etmiştir¹⁷⁵. Örneğin, Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi’nde yetişmiş bir hakem muhtemelen “ihtimallerin tartılması” veya “delillerin baskınlığı” ispat ölçüsünü uygulayacakken Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nde yetişmiş bir hakem tam ispat ölçüsünü kullanacaktır.

Çalışmamız bakımından önem arz eden husus ise milletlerarası ticari tahkime tabi bir davada yolsuzluğun iddia edilmesi veya hakemlerce yolsuzluktan

¹⁶⁸ Robert Pietrowski, “Evidence in International Arbitration”, **Arbitration International**, C. 22, No: 3, 2006, s. 379; Hacibekiroğlu, **Tahkim Hukukunda Deliller**, s. 13 vd.

¹⁶⁹ Born, **Arbitration**, böl. 15.09[B].

¹⁷⁰ Carretero, “Burden and Standard of Proof”, s. 99.

¹⁷¹ Carretero, **a.e.**, s. 93. Aynı yönde bkz.: Betz, **Proving Bribery**, s. 71.

¹⁷² Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Carretero, “Burden and Standard of Proof”, s. 99 vd.; Menaker, “Proving Corruption”, s. 78 vd.

¹⁷³ Pietrowski, “Evidence”, s. 379.

¹⁷⁴ Bkz.: Betz, **Proving Bribery**, s. 71; Pivoda, Zabloudilová, “Proving Corruption”, s. 72; Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 6.83; Born, **Arbitration**, böl. 15.09[B]; Carlos F. Concepción, “Combating Corruption and Fraud from an International Arbitration Perspective”, **Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones**, C. 9, No: 1, 2016, s. 390; Robert B. von Mehren, “Burden of Proof in International Arbitration”, **Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable**, Kluwer Law International, 1996, s. 126; Hacibekiroğlu, **Tahkim Hukukunda Deliller**, s. 14.

¹⁷⁵ Kesikli, **Tahkimde Deliller**, s. 346; Pietrowski, “Evidence”, s. 379.

şüphelenilmesi hâlinde hangi ispat ölçüsünün kullanılacağı olup bu konu oldukça tartışmalıdır.

B. Yolsuzluk Hâlinde İspat Ölçüsünün Uygulanması

Doktrinde bazı yazarlar¹⁷⁶ ve hakemler¹⁷⁷ yolsuzluk hâlinde ispat ölçüsünün yükseltilerek “açık ve inandırıcı delil” veya “makul şüphenin ötesinde” ispat ölçüsünün kullanılması gerektiğini savunmaktadırlar. Diğer yazarlar¹⁷⁸ ve hakemler¹⁷⁹ ise bu durumda dahi kural ispat ölçüsü olan “ihtimallerin tartılması” veya “delillerin baskınlığı” ispat ölçüsünden sapılmaması gerektiğini ileri sürmektedir.

Mevcut milletlerarası ticari tahkim uygulamasına bakıldığında ise yolsuzluğa ilişkin davalarda hakemlerin daha yüksek bir ispat ölçüsü uygulama eğiliminde olduğu görülmektedir¹⁸⁰. Kanaatimizce bunun sebebi Anglo-Amerikan ve Anglo-Sakson

¹⁷⁶ Bkz.: J. Rosell, H. Prager, “Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof”, *Arbitration International*, C. 15, No: 4, 1999, s. 348 vd.; Bernardo M. Cremades, David J.A. Cairns, “Chapter 5. Trans-national Public Policy in International Arbitral Decisionmaking: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud”, *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, ed. Kristine Karsten, Andrew Berkeley, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2003, s. 83; Khvalei, “Red Flags”, s. 75.

¹⁷⁷ Yolsuzluk hâlinde ispat ölçüsünün yükseltilmesi gerektiğini savunan hakem kararları için bkz.: Betz, *Proving Bribery*, s. 276; Menaker, “Proving Corruption”, s. 84 vd. Yazarlar tarafından listelenen ICC kararları şu şekildedir: ICC Dava No. 4145 (çok yüksek olasılık); ICC Dava No. 5622 (şüphenin ötesinde ispat); ICC Dava No. 6320 (açık ve inandırıcı delil); ICC Dava No. 6401 (açık ve inandırıcı delilin de ötesinde bir ispat); ICC Dava No. 13914 (açık ve inandırıcı delil); ICC Dava No. 6497; ICC Dava No. 8891; ICC Dava No. 12472; ICC Dava No. 13384; ICC Dava No. 13515; ICC Dava No. 14470; ICC Dava No. 14878 ve ICC Dava No. 16090.

¹⁷⁸ Betz, *Proving Bribery*, s. 279; Menaker, “Proving Corruption”, s. 89; C. Partasides, “Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World”, *ICSID Review*, C. 25, No: 1, 2010, s. 57, para. 50; Michael Hwang SC, Kevin Lim, “Corruption in Arbitration Law and Reality”, *Selected Essays On International Arbitration*, Singapore, Academy Publishing, 2013, s. 609, para. 42; Valle, De Carvalho, “Corruption”, s. 854; Cecily Rose, “Questioning The Role of International Arbitration in The Fight Against Corruption”, Leiden Law School Research Paper, 2013, s. 39, (Çevrimiçi, 2025) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2374452 Ayrıca bkz.: Florian Haugeneder, Christoph Liebscher, “Chapter V: Investment Arbitration - Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof”, *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, ed. Christian Klausegger, Peter Klein, et al., C.H. Beck, Stämpfli & Manz, 2009, s. 555; Born, *Arbitration*, böl. 15.09[B]. Yazara göre, her ne kadar bazı milli hukuklarda suç teşkil eden eylemlere ilişkin iddiaların dayanağını oluşturan maddi vakıaların ispatı için diğerlerinden daha inandırıcı deliller aransa da bu yaklaşımın haklılığını ortaya koymak oldukça zordur. İspat hukukuna ilişkin kuralların amacı, hukuka aykırı davranışın genel olarak gerçekleşme olasılığı hakkında herhangi bir önyargıya kapılmaksızın doğru sonuca ulaşmak olmalıdır.

¹⁷⁹ Yolsuzluk hâlinde kural ispat ölçüsünü uygulayan hakem kararları için bkz.: Betz, *Proving Bribery*, s. 276; Menaker, “Proving Corruption”, s. 88 vd. Yazarlar tarafından listelenen ICC kararları şu şekildedir: ICC Dava No. 12732 (ihtimallerin tartılması); ICC Dava No. 10518; ICC Dava No. 12990.

¹⁸⁰ Betz, *Proving Bribery*, s. 277; Assad Bishara, “The Standard of Proof for Corruption in International Arbitration”, *Manchester Journal of International Economic Law*, C. 16, No: 3, 2019, s. 451; Ayrıca

Hukuk Sistemleri'nin milletlerarası ticari tahkime olan etkisinden kaynaklanmaktadır. Amerikan Hukuku'nda medeni hukuk yargılamasına konu olan sahtekârlık ve yolsuzluk iddiaları için “açık ve inandırıcı delil” ispat ölçüsü aranmaktadır¹⁸¹. İngiliz Hukuku'nda ise durum biraz daha tartışmalıdır. Doktrinde kimi yazarlar, sahtekârlık vb. hukuka aykırılıklar karşısında İngiliz Hukuku'nda kural ispat ölçüsü değişmeyecekse de yargıçların daha “inandırıcı” delil araması gerektiğini belirtmişlerdir¹⁸². Ancak geçmişte bu tarz hukuka aykırılıklar bakımından Amerikan Hukuku'ndaki “açık ve inandırıcı delil” ispat ölçüsüne benzer bir ispat ölçüsünün uygulanması gerektiğini savunan bir mahkeme kararı da bulunmaktadır¹⁸³.

İster kural ispat ölçüsü ister yüksek ispat ölçüsü kullanılsın, bir maddi vakıanın doğrudan delillerle (*direct evidence*) ispatının mümkün olmadığı hâllerde ispatın dolaylı deliller (*indirect evidence*) vasıtasıyla yapılabileceği genel bir hukuk prensibi olarak ifade edilmektedir. Bu prensip, Uluslararası Adalet Divanı'nın Korfu Boğazı Davası'nda, ölüm cezasını gerektiren bir suçun dahi dolaylı delillerle ispatlanabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Maddi vakılardan çıkarım yaparak ispatın sağlanabileceğini zikreden mahkeme, bir meselenin ispatında dolaylı delillerin kullanılmasının tüm hukuk sistemlerinde kabul edildiğini vurgulamıştır. Dolaylı delillerin birbiriyle bağlantılı ve mantıksal olarak tek bir sonuca götüren bir dizi olguya dayandığında özel bir ağırlığının olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁴

Milletlerarası ticari tahkimde de hakemler, yolsuzluk içeren sözleşmelerle karşı karşıya kalmaları hâlinde dolaylı delilleri dikkate alıp, uygun çıkarımlar yaparak aranan ispat ölçüsüne göre yolsuzluğun kanıtlanıp kanıtlanmadığına karar

bkz.: Crivellaro, “Bribery”, s. 115 vd. Yazar, yolsuzluğa ilişkin incelemiş olduğu 25 hakem kararından 14'ünde yüksek ispat ölçüsünün uygulandığına dikkat çekmiştir.

¹⁸¹ Rosell, Prager, “Illicit Commissions”, s. 347.

¹⁸² Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 6.85.

¹⁸³ Rosell, Prager, “Illicit Commissions”, s. 347.

¹⁸⁴ Bkz.: Bin Cheng, **General Principles of Law: As Applied by International Courts and Tribunals**, Cambridge, Grotius, 1987, s. 322; Carolyn B. Lamm, B. K. Greenwald, K. M. Young, “From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption”, **ICSID Review**, C. 29, No: 2, 2014, s. 338.

vermektedirler¹⁸⁵. Nitekim hakemler, yüksek ispat ölçüsünü uyguladıkları davalarda dahi yolsuzluğun dolaylı delillerle ispatlanabileceğini kabul etmişlerdir¹⁸⁶.

Çalışmamızın devamında yolsuzluk hâlinde milletlerarası ticari tahkimde ispat yükünden ve ispat yükü üzerinde bulunan tarafın yolsuzluğun ispatını dolaylı deliller vasıtasıyla nasıl sağlayabileceğinden bahsedeceğiz.

III. İSPAT YÜKÜ (BURDEN of PROOF)

A. Genel Bilgi

Yolsuzluğun ispatında karşımıza çıkan ilk mesele yolsuzluğu kimin ispatlayacağıdır. Bu konu ispat yüküne ilişkin bir meseledir, çünkü ispat yükü, yargılama sırasında öne sürülen bir iddianın kim tarafından ispatlanacağını ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁸⁷.

İspat yükü iki farklı bileşenden oluşmaktadır. Birincisi, delil ikame yüküdür (*burden of production*)¹⁸⁸. Delil ikame yükü, bir tarafın iddialarını desteklemek için yeterli delili sunma yükümlülüğünü ifade etmektedir¹⁸⁹. İkinci bileşen ise ikna etme yüküdür (*burden of persuasion*)¹⁹⁰. İkna etme yükü, ihtilaflı bir konuda ispat yüküne sahip tarafın kendi iddialarının üstün gelmesi gerektiği konusunda yargıcı ikna etme yükümlülüğünü belirtmektedir¹⁹¹.

Taraflardan her biri dayandığı maddi vakıaları ispatlama yükümlülüğüne sahiptir. Bu, hukukun temel bir ilkesi olarak kabul edilmekte ve çeşitli hukuk sistemlerindeki ulusal mahkemeler tarafından da yaygın olarak uygulanmaktadır¹⁹². Anılan ilke, “*iddia eden kimse, o ispatlamalıdır*” anlamına gelen *onus probandi*

¹⁸⁵ Menaker, “Proving Corruption”, s. 91.

¹⁸⁶ Menaker, **a.y.**

¹⁸⁷ Carreteiro, “Burden and Standard of Proof”, s. 84; Kesikli, **Tahkimde Deliller**, s. 340.

¹⁸⁸ Uluç, **Corruption**, s. 116.

¹⁸⁹ “Burden of production”, **Legal Information Institute**, (Çevrimiçi, 2025), https://www.law.cornell.edu/wex/burden_of_production

¹⁹⁰ Uluç, **Corruption**, s. 116.

¹⁹¹ Uluç, **a.y.**

¹⁹² Pivoda, Zabloudilová, “Proving Corruption”, s. 63; Valle, De Carvalho, “Corruption”, s. 832; Uluç, **Corruption**, s. 116; Hacıbekiroğlu, **Tahkim Hukukunda Deliller**, s. 9.

incumbit veya *actori incumbat probation* şeklindeki Latince bir hukuki özdeyişle de ifade edilmektedir¹⁹³.

Milletlerarası ticari tahkimde ispat yüküne hangi hukukun uygulanacağı sorusu da ispat ölçüsünde olduğu gibi önem arz etmektedir¹⁹⁴. Ancak doktrinde, milletlerarası ticari tahkim mevzuatında genel olarak ispat yüküne ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması karşısında,¹⁹⁵ hakemlerin “*iddia eden kimse, o ispatlamalıdır*” ilkesini temel bir hukuk ilkesi olarak herhangi bir ulusal hukuka veya tahkim kurallarına atıf yapmaksızın uygulayabileceği savunulmaktadır¹⁹⁶. Nitekim hakemler de söz konusu ilkeyi temel bir hukuk ilkesi olarak milletlerarası tahkim davalarında yaygın olarak uygulamaktadırlar¹⁹⁷.

Hakemler, yolsuzluğa ilişkin tahkim davalarında da bu ilkeye dayanarak iddia eden tarafın yolsuzluğun gerçekleştiğini ispatla mükellef olduğunu vurgulamışlardır. Örneğin, yolsuzluğa ilişkin meşhur bir ICSID davası olan *Metal-Tech Ltd. v. Özbekistan* davasında hakem heyeti bu hususu şu şekilde teyit etmiştir: “*Taraflardan her birinin dayandığı maddi vakıaları ispatlama yükümlülüğüne sahip olduğu ilkesi, uluslararası mahkemeler ve hakem heyetleri tarafından yaygın olarak kabul edilmekte*

¹⁹³ Hiroyuki Tezuka, “Chapter 3: Corruption Issues in the Jurisdictional Phase of Investment Arbitrations”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 58; Günseli Öztekin Gelgel, “İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 9, No: 1, 1989, s. 38.

¹⁹⁴ Born, **Arbitration**, böl. 15.09[B]. Bu soruyu cevaplarken de yine ispat ölçüsünde olduğu gibi ispat yükünün maddi mi yoksa usuli mi bir mesele olduğu sorusunun cevaplanması gerekecektir. Bkz.: Carreiro, “Burden and Standard of Proof”, s. 99; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 560, para. 22-25. Doktrindeki bir görüşe göre, ispat yükünün Türk Hukuku’nda esasa ilişkin bir mesele olarak değerlendirilmesi nedeniyle milletlerarası tahkimde ispat yüküne uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk uygulanmalıdır. Bkz.: Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı**, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 33.

¹⁹⁵ Carreiro, “Burden and Standard of Proof”, s. 92; Betz, **Proving Bribery**, s. 69; Demir Gökyayla, **Tahkim**, s. 34. Ancak bu durumun istisnaları da bulunmaktadır. Örneğin, 2021 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 27/1 ve 2022 tarihli ICSID Tahkim Kuralları m. 36/2’de taraflardan her birinin iddiasını veya savunmasını desteklemek için dayandığı maddi vakıaları ispatlama yükümlülüğüne sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu istisnalar haricinde genel olarak milletlerarası tahkimde ispat yüküne dair az sayıda düzenleme bulunmasının nedenleri, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaları ispat etmesi gerektiğine ilişkin kuralın genel kabul görmesi ve ispat yüküne ilişkin kuralların usul hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ait olduğu konusunda bir uzlaşma bulunmamasıdır. Bkz.: İnci Akın, “Milletlerarası Tahkimde Delillerin Toplanması ve IBA Kuralları ile PRAG Kurallarının Karşılaştırılması”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 13; Kesikli, **Tahkimde Deliller**, s. 343.

¹⁹⁶ Cheng, **General Principles**, s. 327; Demir Gökyayla, **Tahkim**, s. 33 vd.

¹⁹⁷ Bu konuda bkz.: Carreiro, “Burden and Standard of Proof”, s. 92 vd.

ve uygulanmaktadır”¹⁹⁸. ICC’nin 7047 sayılı davasında da hakem heyeti, rüşvet nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süren tarafın, rüşvet eylemine ilişkin maddi vakıaları açıklamak ve buna ilişkin delilleri sunmakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir¹⁹⁹.

B. Yolsuzluk Hâlinde İspat Yükünün Uygulanması

Yolsuzluğun doğası gereği ispatının zor olması ve milletlerarası ticari tahkimde bu zorluğun daha da artması, yolsuzluk içeren uyuşmazlıklarda ispat yükünün farklı bir şekilde uygulanmasını gerektirmiştir. Doktrinde kimi yazarlar, ispat yükünü taşıyan tarafın ileri sürdüğü yolsuzluk iddiasını kanıtlamaya yeterli delillerin ilk bakışta bulunması hâlinde (*prima facie evidence*, *prima facie* delil),²⁰⁰ ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiğini savunmuşlardır²⁰¹. Ancak diğer yazarlar bu görüşe karşı çıkmış, ispat yükünü yer değiştirmenin “kabul etmesi zor”²⁰² ve “radikal”²⁰³ bir yöntem olacağını ifade etmişlerdir²⁰⁴.

Milletlerarası ticari tahkim uygulamasına bakıldığında ise suç teşkil eden bir eylemin iddia edilmesi hâlinde ispat yükünün kural olarak değişmediği, suç teşkil eden davranışı ispat yükünün yargılama boyunca iddia eden tarafta kaldığı görülmektedir²⁰⁵.

¹⁹⁸ ICSID Dava no. ARB/10/3, Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, para. 237.

¹⁹⁹ Bkz.: Pivoda, Zabloudilová, “Proving Corruption”, s. 64.

²⁰⁰ *Prima facie* delil, iddia konusu maddi vakıalar için nihai bir ispat sağlamayan ancak bu vakıaların doğruluğuna inanmanın makul görünmesi için yeterli bir gerekçe teşkil eden delillerdir. *Prima facie* delillerle ortaya konan iddialar, aksi yöndeki delillerle çürütülebilirler. Bkz.: Cheng, **General Principles**, s. 323 vd. “Prima facie evidence” kavramı ile Alman hukukundaki “*prima facie beweis*” (ilk görünüş ispatı) kavramı, özdeş kavramlar değildir. Bu konuda bkz.: Hakan Albayrak, “Medeni Usul Hukukunda İspat Kolaylığı Kavramı”, **Kırıkkale Hukuk Mecmuası**, C. 4, No: 2, 2024, s. 954, dn. 121.

²⁰¹ Ayrıca bkz.: Khvalei, “Red Flags”, s. 24; Karen Mills, “Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto”, **International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions**, The Hague, Kluwer Law International, 2003, s. 295 vd.; Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham, Rahim Moloo, “Fraud and Corruption in International Arbitration”, **Liber Amicorum Bernardo Cremades**, ed. Miguel Angel Fernández-Ballesteros, David Arias, Madrid, La Ley, 2010, s. 701; Cecily Rose, “Corruption”, s. 39-42. Yazara göre yolsuzluğun gerçekleştiğine ilişkin göstergelerin mevcut olması hâlinde ispat yükü yer değiştirmelidir. Bu durumda hakem heyeti, karşı taraf aksini ispat edemediği sürece yolsuzluğun gerçekleştiği karinesine dayanmalıdır.

²⁰² C. Partasides, “Proving Corruption”, s. 53, para. 28.

²⁰³ Hwang SC, Lim, “Corruption”, s. 608, para. 41.

²⁰⁴ Bkz.: Alexis Mourre, “Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator”, **Arbitration International**, C. 22, No: 1, 2006, s. 103; Menaker, “Proving Corruption”, s. 82.

²⁰⁵ Betz, **Proving Bribery**, s. 265 vd.; Sharpe, “Adverse Inferences”, s. 552; ICC, “Red Flags”, s. 62; Mayer, “Evidentiary Issues”, s. 68.

Burada yer değiştiren ispat yükünün iki bileşeninden biri olan delil ikame yüküdür²⁰⁶. Bu durumda *prima facie* delilleri sunan taraf, delil sunmama riskini diğer tarafa devretmiş olacaktır²⁰⁷. Diğer tarafın yeterli karşı delil sunamaması hâlinde de ispat yükü üzerinde bulunan tarafın iddiasına üstünlük saęlanabilecektir²⁰⁸.

Milletlerarası tahkimde, yolsuzluğa ilişkin davalarda birtakım kırmızı bayrakların mevcut olması hâlinde, hakemlerin delil ikame yükünü yer değiştirerek karşı taraftan yolsuzluk iddialarını çürütücü deliller sunmasını isteyeceği bir uygulama geliřtirilmiřtir²⁰⁹. Bu uygulama neticesinde, yolsuzluk iddialarını çürütecek delilleri sunamayan taraf, hakkında aleyhe çıkarım yapılması tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Çalışmamızın devamında sırasıyla aleyhe çıkarımdan ve yolsuzluğun tespitinde kullanılan kırmızı bayraklardan bahsedilecektir.

IV. ALEYHE ÇIKARIM (ADVERSE INFERENCE)

A. Genel Bilgi

Delil ikame yükünün yer değiştirmesinin mantıksal bir sonucu olarak ifade edilen aleyhe çıkarım,²¹⁰ bir tarafın elinde bulunmasına rağmen sunmadığı delillerin o tarafın menfaatlerine aykırı olduğuna kanaat getirilmesidir²¹¹. Aleyhe çıkarım bir

²⁰⁶ Nathan D. O'Malley, **Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide**, 2. bs., Oxon, Informa Law from Routledge, 2019, s. 221, para. 7.32; ICC, "Red Flags", s. 62 vd.; Mayer, "Evidentiary Issues", s. 68; Partasides, "Proving Corruption", s. 60, para. 66. Yazar, hukuka aykırılık iddiasında bulunan tarafın yolsuzluğun varlığına ilişkin makul deliller sunması hâlinde karşı tarafın da yolsuzluğun olmadığına ilişkin yeterli delilleri göstermesinin gerektiğini öne sürmüştür. Ayrıca bkz.: Musa Aygöl, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller**, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 217.

²⁰⁷ O'Malley, **Evidence in Arbitration**, s. 221 vd., para. 7.33.

²⁰⁸ O'Malley, **a.e.**, s. 221 vd., para. 7.33; Sharpe, "Adverse Inferences", s. 552. Karşı görüş için bkz.: Greenberg, Lautenschlager, "Adverse Inferences", s. 45. Yazarlar, bu durumun çoğu dava için doğru olmakla birlikte bazı hâllerde ispat yükünün gerçekten de delil sunmayı reddeden tarafa geçtiğini savunmuştur.

²⁰⁹ Betz, **Proving Bribery**, s. 266; Menaker, "Proving Corruption", s. 92 vd.; Hwang SC, Lim, "Corruption", s. 618, para. 50.

²¹⁰ Betz, **Proving Bribery**, s. 266. Doktrinde kimi yazarlar ise aleyhe çıkarımı "*iddia eden kimse, o ispatlamalıdır*" ilkesinin bir istisnası olarak nitelendirmişlerdir. Bkz.: Valle, De Carvalho, "Corruption", s. 832 vd.; Carreteiro, "Burden and Standard of Proof", s. 102 vd.

²¹¹ Vera Van Houtte, "Adverse Inferences in International Arbitration", **Written Evidence and Discovery in International Arbitration**, ed. Teresa Giovannini, Alexis Mourre, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, ICC, 2009, s. 195; Süheylâ Balkar Bozkurt, **Milletlerarası Ticari Tahkim ve Etik**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 237; Aygöl, **Tahkim**, s. 216.

yaptırım değil,²¹² bir tür dolaylı delil (*indirect evidence*) olup²¹³ aleyhe çıkarım hâlinde de ispat yükü iddia eden taraf üzerinde kalmaya devam etmektedir²¹⁴.

Doktrinde aleyhe çıkarıma şu şekilde bir örnek verilmiştir:²¹⁵

A şirketi, B şirketinden 10 ayrı sevkiyatla ham metal satın almıştır. B şirketinin, sevk edilecek ham metalin sözleşme şartlarına uygun olduğuna ilişkin analiz raporunu her bir sevkiyat için ayrı ayrı sunma zorunluluğu bulunmaktadır. A şirketi, B şirketinden ilk 6 sevkiyatta temin ettiği ham metali deposundaki mevcut metallere karıştırıp müşterilerine satmıştır. Ancak A şirketinin müşterileri kendilerine satılan ham metalin kalitesinin düşük olduğuna ilişkin şikayette bulunmuşlardır. Gelen şikayetler üzerine B şirketinin gönderdiği son 4 sevkiyattaki ham metal üzerinde analiz yaptıran A şirketi, söz konusu sevkiyatlardaki ham metal kalitesinin sözleşme şartlarının çok altında olduğunu tespit etmiştir. Bu tespit üzerine A şirketi, B şirketinin “hazırladığı sahte analiz raporları vasıtasıyla 10 ayrı sevkiyatta da ayıplı ürün sattığı” iddiasıyla tahkimde dava açmıştır.

A şirketinin elinde, ilk 6 sevkiyatın ayıplı olduğu iddiasını ispatlayacak doğrudan deliller mevcut değildir. Zira A şirketinin uhdesinde anılan sevkiyatlara ilişkin B şirketince hazırlanmış ve sahte olduğunu iddia ettiği analiz raporlarının kopyaları haricinde hiçbir analiz raporu bulunmamaktadır. Ancak A şirketi veya hakem heyeti, sahtelik incelemesi yapılması amacıyla ilk 6 sevkiyata ilişkin elindeki analiz raporlarının asıllarını sunmasını B şirketinden talep edebilirler. B şirketinin bu raporları sunmaktan imtina etmesi hâlinde ise hakem heyeti, B şirketinin ilk 6 sevkiyata ilişkin sunmuş olduğu analiz raporlarının gerçeği yansıtmadığına ve bu

²¹² Betz, **Proving Bribery**, s. 267; Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 48. Karşı görüş için bkz.: Van Houtte, “Adverse Inferences”, s. 199; Balkar Bozkurt, **Tahkim ve Etik**, s. 237 vd.; Demir Gökyayla, **Tahkim**, s. 204.

²¹³ Betz, **Proving Bribery**, s. 267; Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 48; Van Houtte, “Adverse Inferences”, s. 195; Akın, “Tahkimde Deliller”, s. 36.

²¹⁴ Sharpe, “Adverse Inferences”, s. 552. Karşı görüş için bkz.: Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 45. Aleyhe çıkarımı “gerçek aleyhe çıkarım” (*proper adverse inference*) ve “görünüşte aleyhe çıkarım” (*improper adverse inference*) olarak ikiye ayıran yazarlar, gerçek aleyhe çıkarım hâlinde ispat yükünün yer değiştirdiğini öne sürmüşlerdir.

²¹⁵ Örnek için bkz.: Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 47.

sevkiyatlarda gönderilen ham metalin de son 4 sevkiyattaki gibi sözleşme şartlarının altında olduğuna dair aleyhe çıkarım yapabilecektir.

Aleyhe çıkarım yapma yetkisi, hakemlerin delilleri değerlendirme yetkisinin doğal bir uzantısı olarak kabul edilmekte olup²¹⁶ milletlerarası tahkimde yerleşmiş bir uygulamadır²¹⁷. Buna karşın, uluslararası tahkim mevzuatının büyük çoğunluğu hakemlerin aleyhe çıkarım yapabileceğine ilişkin bir hüküm içermemektedir²¹⁸.

Öte yandan 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu (İTK)²¹⁹ m. 41/7-b’de ve Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Delil Kuralları²²⁰ m. 9/6 ile 9/7’de aleyhe çıkarıma ilişkin hükme yer verilmiştir. İTK m. 41/7-b uyarınca hakemler, verilen kesin süre içerisinde herhangi bir hakem emrini yerine getirmeyen taraf hakkında aleyhe çıkarımda bulunabilecektir. IBA Delil Kuralları m.9/6 ve 9/7 uyarınca ise hakemler, ibraz istemine süresi içinde itiraz etmeksizin ve tatmin edici bir açıklama yapmaksızın talep edilen delilleri sunmaktan imtina eden taraf hakkında aleyhe çıkarım yapabilecektir. IBA Delil Kuralları’ndaki aleyhe çıkarıma ilişkin bu hükümler, yerleşik milletlerarası tahkim uygulamasının bir yansıması olarak da görülmektedir²²¹.

İTK’nın ve IBA Kuralları’nın ilgili maddeleri, aleyhe çıkarımın yapılabileceği ilkesini ortaya koymaktadır, ancak aleyhe çıkarımın ne zaman ve nasıl yapılacağını

²¹⁶ O’Malley, **Evidence in Arbitration**, s. 224, para. 7.37; Kesikli, **Tahkimde Deliller**, s. 148; Demir Gökyayla, **Tahkim**, s. 204-205. Ancak konuyu adil yargılanma hakkı bakımından ele alan bir yaklaşım, aleyhe çıkarımın uygulanabilmesi için *lex arbitri* veya tahkim kurallarında bunu açıkça öngören bir düzenleme bulunması ya da taraflarca imzalanmış görev belgesinde bu yetkinin kabul edilmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşe göre hakemler, özel olarak yetkilendirilmedikleri sürece aleyhe çıkarım yapamayacaklardır. Aleyhe çıkarım konusundaki farklı yaklaşımların bir değerlendirmesi ve hakemlerin aleyhe çıkarım yapmaya yönelik çekincelerinin altında yatan sebepler için bkz.: Balkar Bozkurt, **Tahkim ve Etik**, s. 238.

²¹⁷ Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 44.

²¹⁸ O’Malley, **Evidence in Arbitration**, s. 224 para. 7.37.

²¹⁹ *Arbitration Act 1996*, (Çevrimiçi, 2025), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

²²⁰ *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, (Çevrimiçi, 2025), <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>

²²¹ Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 48. Nitekim IBA Delil Kuralları’na alternatif olarak oluşturulan Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında Prag Kuralları m. 10’da da aleyhe çıkarımın daha geniş bir çerçevede uygulanması kabul edilmiştir. Prag Kuralları m. 10’a göre, bir tarafın haklı bir gerekçe olmaksızın hakemlerin herhangi bir emrine uymaması durumunda, hakemler ilgili konuda aleyhe çıkarım yapabileceklerdir. Bkz.: Akın, “Tahkimde Deliller”, s. 131 vd.; Kesikli, **Tahkimde Deliller**, s. 155-156.

açıklamamaktadır²²². Buna karşın doktrinde, hakemlerin aleyhe çıkarım yapabilmesi için beş tane şartın sağlanması gerektiği öne sürülmüştür²²³. Söz konusu şartları açıklarken kolaylık olması adına aleyhe çıkarım yapılmasını talep eden ve/veya ispat yükü üzerinde bulunan taraftan davacı, elinde bulunan delilleri sunmadığı takdirde aleyhine çıkarım yapılacak taraftan ise davalı olarak bahsedeceğiz.

Aleyhe çıkarım yapabilmesi için doktrinde öne sürülen beş şarttan birincisine göre davacı, hakemlerin talep ettiği aleyhe çıkarımı destekleyen kendi uhdesinde mevcut tüm delilleri sunmalıdır²²⁴. Bu şart gereğince hakemler, istenilen çıkarımı kanıtlamaya elverişli delillerin hâlihazırda davacının elinde bulunması hâlinde aleyhe çıkarım talebini reddedebilecektir²²⁵.

İkincisi, davacının sunduğu deliller veya dosyada mevcut tüm deliller, davacının iddiasını ilk bakışta ispatlamaya yeterli olmalı, başka bir ifadeyle, *prima facie* delilleri oluşturmalıdır²²⁶. Dava dosyasındaki delilleri doğru bir şekilde değerlendirmekten ziyade tahmin ve varsayımlara dayanan aleyhe çıkarımlar yapmak uygunsuz olacaktır²²⁷.

Üçüncüsü, sunulmadığı takdirde davalı hakkında aleyhe çıkarım yapılmasına sebebiyet verecek deliller davalının uhdesinde bulunmalıdır²²⁸. Hakemler, talep edilen delillerin davalının uhdesinde bulunduğu kanaat getirmelidir, aksi hâlde, aleyhe çıkarım talebi reddedilecektir²²⁹.

Dördüncüsü, aleyhe çıkarım, dava dosyasındaki maddi vakıalarla tutarlı, makul ve sunulmayan delillerin olası niteliğiyle mantıksal olarak ilişkili olmalıdır²³⁰. Davacı istenen aleyhe çıkarımı açıkça ifade etmeli,²³¹ somut olaydaki genel durum ilgili

²²² Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 48.

²²³ Sharpe, “Adverse Inferences”, s. 551.

²²⁴ Sharpe, *a.e.*, s. 554.

²²⁵ Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 52.

²²⁶ Sharpe, “Adverse Inferences”, s. 564.

²²⁷ Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 54.

²²⁸ Sharpe, “Adverse Inferences”, s. 557.

²²⁹ Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 52.

²³⁰ Sharpe, “Adverse Inferences”, s. 558.

²³¹ Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 53. Yazarlar, davacının hangi maddi vakıalara ilişkin aleyhe çıkarım yapılmasını talep ettiğini belirtmemesi nedeniyle bir hakem heyetinin davacının aleyhe çıkarım talebini değerlendirmeye dahi almadığını ifade etmiştir.

çıkarımı desteklemeli ve dava dosyasındaki deliller bu çıkarımla çelişmemelidir²³². Ayrıca hakemler, sunulmasından imtina edilen delilin talep edilen çıkarımı destekleyecek bilgiyi içerdiğinden de emin olmalıdırlar²³³.

Beşincisi, hakkında aleyhe çıkarım yapılmadan önce davalıya delillerini sunması için yeterli imkân tanınmalıdır²³⁴. Şöyle ki, davalıya delillerini sunmadığı takdirde aleyhine çıkarım yapılacağı bildirilmeli, delil sunamamasının nedenlerini açıklamak için de yeterli süre sağlanmalıdır²³⁵. Böylece davalının beklenmeyen bir durumla karşılaşmasının önüne geçilecek ve adil yargılanma (*due process*) ilkesine uygun davranılmış olacaktır²³⁶.

Diğer taraftan, hakemlerin delil sunma emri olmaksızın aleyhe çıkarım yaptığı emsal kararlar da mevcuttur²³⁷. Doktrinde, IBA Delil Kurallarının uygulandığı bir tahkim davasına ilişkin Paris Temyiz Mahkemesi tarafından verilen kararda “*aleyhe çıkarım yapılacağının taraflara bildirilmesinin gerekli olmadığına hükmedildiği*” ifade edilmiştir²³⁸. Mahkemeye göre taraflar, IBA Delil Kuralları’nın uygulandığının açık olduğu bir davada karşı tarafın veya hakem heyetinin talebi üzerine uhdelerinde mevcut bir delili tatmin edici bir gerekçe olmaksızın sunmadıkları takdirde, hakemlerin IBA Delil Kuralları m. 9/5 (şimdiki IBA Delil Kuralları m. 9/6) uyarınca aleyhe çıkarım yapacağını beklemek zorundadır²³⁹. Yine İsviçre Federal Mahkemesi’nin bazı kararlarında da hakemlerin davalıya yeterli imkân tanımaksızın aleyhe çıkarım yapmasının delilleri değerlendirme yetkilerine uygun olduğuna hükmedildiği ifade edilmiştir²⁴⁰. Buna karşın doktrindeki kimi yazarlar, hakem kararlarının tarafların adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilmemesi

²³² O’Malley, **Evidence in Arbitration**, s. 228.

²³³ O’Malley, **a.y.**

²³⁴ Sharpe, “Adverse Inferences”, s. 568.

²³⁵ Greenberg, Lautenschlager, “Adverse Inferences”, s. 54.

²³⁶ Sharpe, “Adverse Inferences”, s. 569.

²³⁷ Bkz.: Sharpe, **a.e.**, s. 570, dn. 125.

²³⁸ Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 281, para. 545.

²³⁹ Igbokwe, **a.e.**, s. 282, para. 546.

²⁴⁰ Kararlar için bkz.: Ferda Nur Güvenalp, **Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 70-71.

için²⁴¹ hakemlerin aleyhe çıkarımı büyük bir dikkatle²⁴² ve anılan 5 şarta uygun olarak kullanmalarının daha doğru bir uygulama olacağını belirtmiştir²⁴³. Aksi hâlde davalı, iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle hakem kararının iptali veya tenfiz talebinin reddi için mahkemeden lehe bir karar alma hususunda avantajlı bir konuma erişebilecektir²⁴⁴.

B. Yolsuzluk Hâlinde Aleyhe Çıkarımın Uygulanması

Milletlerarası ticari tahkimde hakemler, yolsuzluğun ispatında da aleyhe çıkarımdan faydalanmaktadırlar²⁴⁵. Örneğin, ICC'nin 3916 numaralı davasında hakem heyeti, davacı-aracının faaliyetlerinin niteliği hakkında bilgi vermeyi reddetmesinden aleyhe çıkarımda bulunarak sözleşmenin amacının kamu görevlilerine rüşvet vermek olduğuna karar vermiştir²⁴⁶. ICC'nin 6497 numaralı davasında da hakem heyeti, davacının alt yüklenicilere yaptığı ödemelerin kayıtlarını bağımsız bir uzmanın incelemesine izin vermemesi nedeniyle dava konu sözleşmenin yolsuzluk teşkil ettiğine hükmetmiştir²⁴⁷. *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan* davasında da *Metal-Tech*, aralarında o dönemki Özbekistan başbakanının erkek kardeşi ve başbakanlık ofisinde görevli üst düzey bir kamu görevlisinin de bulunduğu kişilerle akdettiği danışmanlık sözleşmeleri²⁴⁸ kapsamında yaptığı ödemeler karşılığında aldığı hizmeti belgelendirememiştir²⁴⁹. Bunun üzerine hakem heyeti, “(...) davacı hizmetlere ilişkin hiçbir delil sunamamaktadır, çünkü hiçbir hizmet ya da en azından davacının yatırımının kurulduğu tarihte hiçbir yasal hizmet gerçekleştirilmemiştir”²⁵⁰

²⁴¹ Doktrindeki bir görüşe göre tahkim yargılamasında meydana gelen adil yargılanma hakkı ihlaline istinaden ilgili taraf AİHM'e bireysel başvuru da yapabilir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Hatice Selin Pürselim, Emre Çetin, “Tahkim Yargılamasında Meydana Gelen Adil Yargılanma Hakkı İhlaline İstinaden AİHM'e Yapılabilecek Bireysel Başvurular”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 44, No: 1, 2024, s. 1-23.

²⁴² Kesikli, **Tahkimde Deliller**, s. 150.

²⁴³ Betz, **Proving Bribery**, s. 269; Hwang SC, Lim, “Corruption”, s. 618, para. 51.

²⁴⁴ Doktrinde bir görüşe göre, aleyhe çıkarım yapılmadan önce davalıya delillerini sunması için yeterli imkân tanınması, iddia ve savunma hakkının bir gereğidir. Bkz.: Güvenalp, **Tahkim**, s. 70.

²⁴⁵ Menaker, “Proving Corruption”, s. 82.

²⁴⁶ Igboke, **Bribery and Corruption**, s. 282, para. 547.

²⁴⁷ Igboke, **a.e.**, s. 283, para. 550.

²⁴⁸ ICSID Case no. ARB/10/3, *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, para. 28 vd.

²⁴⁹ Hakem heyeti, *Metal-Tech*'ten, yaptığı ödemeler karşılığında aldığı hizmetin gerçek ve meşru olduğunu kanıtlamasını istemiş ve çeşitli ara kararlar yayınlayarak buna ilişkin delillerini sunmasını talep etmiştir. Bkz.: ICSID Case no. ARB/10/3, *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, para. 244 vd.

²⁵⁰ ICSID Case no. ARB/10/3, *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, para. 265.

çıkarımında bulunmuştur. Bu davada da hakem heyeti, somut olayda yolsuzluğun işlendiğine kanaat getirmiştir²⁵¹.

Sonuç olarak, davacının iddiasını ilk bakışta ispatlamaya yeterli ancak aranan ispat ölçüsünü karşılamayan *prima facie* delilleri sunması veya bu tür delillerin dosyada mevcut bulunması hâlinde hakem heyeti, davacının talebi üzerine ya da re'sen aleyhe çıkarım yaparak yolsuzluğun gerçekleştiğine kanaat getirebilecektir. Nitekim doktrinde bir yazar, aleyhe çıkarımın yolsuzluk davaları için meşru ve elverişli bir dolaylı delil türü olduğunu belirtmiştir²⁵². Diğer yazarlar da yolsuzluk hâlinde hakemlerin aleyhe çıkarımdan faydalanması gerektiğini savunmuşlardır²⁵³.

Milletlerarası tahkimde, yolsuzluğa ilişkin davalarda hakemlerin aleyhe çıkarım yapabilmesi için genellikle kırmızı bayrak olarak adlandırılan birtakım göstergelerin bulunması gerekmektedir. Çalışmamızın devamında yolsuzluğun ispatında kullanılan kırmızı bayraklardan ve kırmızı bayrak yönteminden bahsedeceğiz.

V. KIRMIZI BAYRAKLAR (RED FLAGS)

A. Genel Bilgi

Yolsuzluk iddiaları bağlamında “kırmızı bayrak” kavramı, yolsuzluk teşkil eden bir fiilin gerçekleştiğine dair olası bir riske işaret eden bir olay veya durumu ifade etmek için kullanılmaktadır²⁵⁴.

Çeşitli belgelerde yolsuzluğun tespiti amacıyla kullanılması için kırmızı bayrak listeleri yayınlanmıştır²⁵⁵. Söz konusu kırmızı bayrak listelerine, özellikle hakemlerin

²⁵¹ ICSID Case no. ARB/10/3, Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, para. 372 vd.

²⁵² Betz, **Proving Bribery**, s. 269.

²⁵³ Partasides, “Proving Corruption”, s. 61, para 77; Hwang SC, Lim, “Corruption”, s. 619 vd., para. 52; Menaker, “Proving Corruption”, s. 93; Khvalei, “Red Flags”, s. 24; Igbokwe, **Bribery and Corruption**, s. 273, para. 525.

²⁵⁴ ICC, “Red Flags”, s. 40.

²⁵⁵ Bu belgelere örnek olarak bkz.: **Preventing Corruption in Public Procurement**, OECD, 2016, s. 9; Brian A. Benczkowski, Stephanie Avakian, Steven Peikin, **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**, 2. bs, U.S DOJ&SEC, 2020, s. 23; Woolf Committee, “Business ethics, global companies and the defence industry, Ethical business conduct in BAE Systems plc – the way forward”, 2008, s. 26.

iddia edilen veya şüphelenilen yolsuzluk eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamlı ve yöntemli bir şekilde çözüme kavuşturabilmeleri için hazırlanan belgelerde de yer verilmektedir²⁵⁶. Bu belgelerden biri de ICC tarafından hazırlanan “Milletlerarası Tahkimde Kırmızı Bayraklar veya Diğer Yolsuzluk Göstergeleri Hakkında ICC Komisyon Belgesi”dir²⁵⁷.

Anılan belgede kırmızı bayraklar ikiye ayrılmıştır: genel kırmızı bayraklar ve özel kırmızı bayraklar. Genel kırmızı bayraklar; ülke, devlet idaresi, coğrafya ve iş kolu gibi unsurlarla ilgilidirler. Özel kırmızı bayraklar ise inceleme konusu hukuki işlem ve bu işlemin taraflarıyla ilgilidirler.²⁵⁸ Çalışmamızın devamında söz konusu belgede yer alan ve yolsuzluğun tespitinde sıkça kullanılan kırmızı bayraklara değineceğiz.

B. Genel Kırmızı Bayraklar

Belirli bir devlet, bölge veya hükümete ilişkin genel kırmızı bayraklar şu şekildedir:

- Belirli bir devletin veya bölgenin yolsuzluk konusunda kötü bir şöhrete sahip olması. Örneğin Libya, Sudan ve Somali gibi Afrika Devletleri veya Türkmenistan, Kırgızistan veya Rusya gibi eski Sovyetler Birliği Devletleri²⁵⁹.
- Belirli bir hükümetin yolsuzluk konusunda kötü bir şöhrete sahip olması.

Belirli bir iş koluna ilişkin genel kırmızı bayrak ise şu şekildedir:

- İlgili iş kolunun yolsuzlukla ilgili kötü bir şöhrete veya sicile sahip olması ya da niteliği itibarıyla yolsuzluğa daha yatkın olması. Örneğin; savunma

²⁵⁶ Bkz.: Mark Pieth, Kathrin Betz, **Corruption and Money Laundering in International Arbitration: A Toolkit for Arbitrators**, Basel Institute on Governance, 2019.

²⁵⁷ ICC, **a.e.**, s. 45-46.

²⁵⁸ ICC, **a.e.**, s. 45.

²⁵⁹ Bir devletin veya bir bölgenin yolsuzluk konusunda kötü bir şöhrete sahip olup olmadığına bakılırken genellikle Uluslararası Şeffaflık Örgütü’nün Yolsuzluk Algı Endeksi’nden faydalanılmaktadır. Örnek olarak bkz.: ICC Dava No. 13914. Endeks için bkz.: (Çevrimiçi, 2025), <https://www.transparency.org/en/cpi/2024>

ve güvenlik, enerji ve inşaat, sağlık ve sosyal hizmetler sektörleri bu iş kollarındandır.

C. Özel Kırmızı Bayraklar

Özel kırmızı bayraklar belirli bir tarafa veya hukuki işleme ilişkin olabilirler.

1. Belirli bir tarafa ilişkin özel kırmızı bayraklar

Belirli bir tarafa ilişkin özel kırmızı bayraklar; bu tarafın özgeçmiş veya itibarına, kim veya kimler tarafından önerildiğine, kamu görevlileriyle olan bağına, şirket yapısına, ilgili iş kolundaki tecrübesine ve niteliklerine, yerleşim yerine ve şeffaf yönetimine ilişkin olabilir.

Belirli bir tarafa ilişkin olan ve yolsuzluğun tespitinde sıkça karşılaşılan özel kırmızı bayraklar şu şekildedir:

- Aracının²⁶⁰ yakın zamana kadar veya hâlihazırda kamu görevlisi olması.
- Aracının, bir kamu görevlisiyle özellikle de hedeflenen iş olanağı üzerinde takdir yetkisine sahip bir kamu görevlisiyle yakın bir kişisel, iş veya aile ilişkisinin olması.
- Aracı şirketin bir paravan şirket olması ve/veya *offshore* cenneti gibi şeffaflık ve hesap verilebilirlik konusunda problemlili olan ülkelerde mukim ya da buradaki kuruluşlarla ilişkili olması²⁶¹.

²⁶⁰ ICC, yolsuzluğa ilişkin yayınlamış olduğu eserlerde istikrarlı olarak aracılar ve diğer üçüncü kişiler için “*third party*” kavramını kullanmaktadır. Ancak biz çalışmamızdaki bütünlüğü korumak adına bu kavramı aracı olarak çevirmekteyiz. Bu konuda bkz.: **ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties**, ICC, 2010.

²⁶¹ Konusu yolsuzluk teşkil eden bir sözleşmeden elde edeceği ücretin yüksek vergilere tabi olmasını istemeyen aracılar, genelde, vergilerin diğer devletlere kıyasla çok daha düşük olduğu *off-shore* ülkelerini tercih etmektedirler. Ayrıca bu ülkelerde konusu suç teşkil edebilecek şüpheli işlemlerin denetiminin daha gevşek olması da aracılar için bir tercih sebebi olmaktadır. Bkz.: Khvalei, “Red Flags”, s. 21.

- Aracı şirketin ortaklık yapısının şeffaf olmaması. Şirketin gizli ortaklarının kamu görevlileri olduğu söylentilerinin bulunması ya da şirketteki asıl hak sahiplerinin belirli olmaması.
- Aracının, kimliğine ilişkin gizliliği korumakta ısrar etmesi ve/veya durum tespiti (*due dilligence*) taleplerine yanıt vermemesi.
- Aracının sözleşme kapsamındaki faaliyetleri gerçekleştirmek için kendisinden doğal olarak beklenecek deneyim ve niteliklere sahip olmaması.

2. Belirli bir hukuki işleme ilişkin kırmızı bayraklar

Bazı özel kırmızı bayraklar ise belirli bir hukuki işlemin konusu olan hizmetin niteliğine, ücretlendirilmesine, ödeme koşullarına, zamanlamasına veya hukuki işlemin bir kamu ihalesi sonucu yapılması hâlinde bu kamu ihale sürecine ilişkin olabilirler. Belirli bir hukuki işleme ilişkin olan ve yolsuzluğun tespitinde sıkça karşılaşılan özel kırmızı bayraklar şu şekildedir:

- Sözleşme kapsamında sağlanacak hizmetlerin belirsiz ve/veya belgelenmemiş olması ya da temel olarak nüfuzun kullanılmasından (lobicilik gibi) ibaret olması.
- Aracının hak edeceği ücretin alınacak mal veya hizmetlerin değerine kıyasla fahiş olması ve/veya sözleşmede önemli bir başarı ücretinin²⁶² kararlaştırılması.
- Herhangi bir sebeple yatırım sözleşmesinin akdedilememesi hâlinde aracıya hiçbir ücret ödenmeyeceğinin ve aracının yaptığı tüm masrafların üzerinde kalacağının belirtilmesi.

²⁶² Yolsuzluğun tespitinde başarı ücretleri ayrı bir zorluk oluşturur, çünkü bazı sektörlerde yaygın olup hukuka aykırı sayılmazlar. Ancak işlemin başarısı idarenin takdirine bağlıysa bu tür ücretler yüksek yolsuzluk riski taşır ve bağlama göre kırmızı bayrak niteliğinde olabilirler. Özellikle kamu varlıklarını ilgilendiren ve idarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda başarı ücreti aracıyı uygunsuz davranışlara teşvik edebilir. Bkz.: ICC, “Red Flags”, s. 54.

- Aracının, sözleşme bedelinin nakit ödenmesini veya *offshore* cenneti bir ülkedeki banka hesabına gönderilmesini talep etmesi.
- Aracının, sözleşme bedelinin üçüncü bir kişiye ait banka hesabına gönderilmesini talep etmesi.
- Ödemelerin sözleşmede kararlaştırılan banka hesabından başka bir hesaba yapılması.
- Aracıya duyulan ihtiyacın bir sözleşmenin akdedilmesinden hemen önce veya sonra ortaya çıkması.
- Kamu ihalesine yalnızca tek bir tarafın katılması.
- İhale şartnamesinin belirli bir teklif sahibinin lehine olacak şekilde düzenlendiği izlenimi oluşturmaması
- Gerekli yeterlilikleri sağlamayan şirketlerin ihaleye katılımına izin verilmesi ve/veya ihaleyi kazanmaları

Yukarıda doktrinde büyük ölçüde bilinen ve kabul gören kırmızı bayraklara yer verilmiştir, ancak bunlar sınırlı sayıda değildir. Olası bir yolsuzluk eylemi riskine işaret eden her türlü olay veya durum kırmızı bayrak olarak kabul edilebilecektir.²⁶³

D. Kırmızı Bayrakların Delil Niteliği

Kırmızı bayrakların delil olarak nitelikleri tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş kırmızı bayrakları “dolaylı delil” olarak değerlendirirken,²⁶⁴ diğer bir görüşe göre ise kırmızı bayraklar yalnızca yolsuzluk riskinin göstergeleridir²⁶⁵. Bahsedilen ikinci görüşe göre kırmızı bayraklar, söz konusu yolsuzluk eyleminin kanuni unsurlarından bir ya da daha fazlasının gerçekleştiğine ilişkindirler,²⁶⁶ belirli yolsuzluk eylemlerini kanıtlamak için suçun unsurlarına yöntemli bir şekilde değinilmesi ihtiyacını

²⁶³ ICC, **a.e.**, s. 46.

²⁶⁴ Bkz.: Lamm, Greenwald, Young, “Corruption”, s. 338; Menaker, “Proving Corruption”, s. 91 vd.; Khvalei, “Red Flags”, s. 23.

²⁶⁵ ICC, “Red Flags”, s. 38.

²⁶⁶ ICC, **a.e.**, s. 43.

karşılarlar²⁶⁷. Kırmızı bayrakların hangi tür delil oluşturduğunun ayrıca belirlenmesi gerekir²⁶⁸.

Yukarıda anılan ikinci görüşe göre kırmızı bayraklar, bir tarafça iddia edilen veya hakemlerce şüphelenilen yolsuzluk eylemini tek başlarına kanıtlamamaktadırlar²⁶⁹. Belirlenen her bir kırmızı bayrak, yalnızca doğrulanması, değerlendirilmesi ve delil niteliği gözden geçirilmesi gereken olası bir risk göstergesidir²⁷⁰. Kırmızı bayrakların yolsuzluk eylemine ilişkin ispat gücünün değerlendirilebilmesi için diğer tüm maddi vakıalar gibi önce doğrulanmaları, ardından da doğrulanmış kırmızı bayrakların bir bütün olarak ele alınarak delil niteliğine karar verilmesi gerekmektedir²⁷¹.

Kırmızı bayraklar (delil olarak) hem niteliksel özelliklere hem de niceliksel etkilere sahiptirler. Kırmızı bayrakların yolsuzluk teşkil eden bir eylemin gerçekleştiğine ilişkin tek başına bir anlam ifade etmemesi, ancak, bir araya geldiklerinde ve diğer tüm delillerle birlikte değerlendirildiklerinde yolsuzluğun delilini teşkil etmesi kırmızı bayrakların niceliksel etkisini ortaya koymaktadır²⁷².

Niteliksel olarak ise güçlü bir kırmızı bayrak, uyumsuzluk konusu yolsuzluk eyleminin bir veya birkaç unsurunun gerçekleştiğinin daha muhtemel olduğunu ortaya koyar. Bu kırmızı bayraklar, belirli koşullar altında bir yolsuzluk eyleminin delili olacak ispat gücüne sahiptirler. Aracıya fahiş bir ücret ödenmesine rağmen bunun karşılığında aracının hangi yasal hizmetleri sunduğunun belgelendirilememesi niteliksel olarak güçlü kırmızı bayraklara örnek verilebilir.²⁷³

Özel kırmızı bayraklar, genel kırmızı bayraklara kıyasla yolsuzluk riskinin daha güçlü göstergeleridir,²⁷⁴ çünkü, genel kırmızı bayrakların bir yolsuzluk fiilinin

²⁶⁷ Aloysius P. Llamzon, "Chapter 14: Arbitrating Corruption", **Managing 'Belt and Road' Business Disputes: A Case Study of Legal Problems and Solutions**, ed. Michael Moser, Chiann Bao, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021, s. 299.

²⁶⁸ Low, "Corruption", s. 341.

²⁶⁹ ICC, "Red Flags", s. 43; Menaker, "Proving Corruption", s. 92.

²⁷⁰ ICC, "Red Flags", s. 43.

²⁷¹ ICC, **a.e.**, s. 38.

²⁷² ICC, **a.e.**, s. 44 vd.

²⁷³ ICC, **a.e.**, s. 44.

²⁷⁴ ICC, **a.e.**, s. 45.

gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemedeki etkisi nitelikleri gereği oldukça sınırlıdır²⁷⁵. Örneğin, bir ülkede yolsuzluğun yaygın olması dava konusu sözleşmenin yolsuzluk içerdiğine ilişkin tek başına çok az bir anlam ifade eder. Öte yandan, aracının ev sahibi devletteki ihale üzerinde takdir yetkisine sahip kamu görevlileriyle yakın ilişkisinin bulunması veya sözleşme kapsamındaki işleri yürütecek yeterli deneyim ve niteliğe sahip olmaması, yolsuzluk ihtimalini güçlü bir şekilde destekleyen göstergeler olarak kabul edilebilir. Sonuç olarak genel kırmızı bayraklar, belirli bir tarafa veya hukuki işleme özgü özel kırmızı bayraklara göre ispat gücü bakımından daha az ağırlık taşırlar²⁷⁶.

E. ICC'nin Kırmızı Bayrak Yöntemi

Yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıklarda kırmızı bayrakların etkili kullanımı için ICC tarafından üç aşamalı bir yöntem önerilmiştir. Bu yöntem birinci aşamada muhtemel kırmızı bayrakların tespiti, ikinci aşamada tespit edilen bireysel kırmızı bayrakların doğrulanmasını ve üçüncü aşamada ise kırmızı bayrakların etrafıca değerlendirilmesini içermektedir.²⁷⁷

Birinci aşama, muhtemel kırmızı bayrakların tespiti aşamasıdır. Bu aşamada hangi olayların veya durumların söz konusu yolsuzluk eylemiyle ilgili olduğu belirlenmektedir²⁷⁸. Kırmızı bayraklar taraflardan biri tarafından öne sürülebilir veya hakem heyeti tarafından kendiliğinden tespit edilebilir²⁷⁹.

İkinci aşama, kırmızı bayrakların doğrulanması veya çürütülmesi aşamasıdır²⁸⁰. Bu aşamada, ileri sürülen kırmızı bayrakların olgusal olarak desteklenip

²⁷⁵ ICC, a.e., s. 54.

²⁷⁶ ICC, a.y.

²⁷⁷ ICC, a.e., s. 48 vd. Doktrinde kırmızı bayrakların kullanımı için önerilen diğer bir yöntem için bkz.: Valle, De Carvalho, "Corruption", s. 852 vd. Yazarların önerdiği yönteme göre hakemler, yolsuzluğun iddia edilmesi hâlinde veya en az bir kırmızı bayrağı tespit ettikleri takdirde yolsuzluğu araştırmaya başlamalı ve konuyu derinlemesine incelemelidirler. Yaptıkları araştırma ve inceleme neticesinde iki tane varlığı tartışmasız kırmızı bayrağın veya somut olay bakımından kritik, özel bir kırmızı bayrağın bulunması hâlinde hakemler, ispat yükünü farklı uygulayarak aleyhe çıkarım yapmalıdırlar. Öte yandan yapılan araştırma ve inceleme neticesinde söz konusu kırmızı bayrakların makul olmadıkları ortaya çıkabilir ya da ilgili taraf, gerçekleştirdiği eylemlerin hukuka uygun olduğuna ilişkin doğrudan veya dolaylı ikna edici deliller sunabilir. Bu hâllerde ise hakemler aleyhe çıkarım yapamayacaktır.

²⁷⁸ ICC, "Red Flags", s. 36.

²⁷⁹ ICC, a.e., s. 49.

²⁸⁰ ICC, a.e., s. 50.

desteklenmediğine bakılmaktadır²⁸¹. Kırmızı bayraklar olduğu gibi kabul edilmemeli, olgusal olarak desteklenip desteklenmediklerini tespit etmek için önce bireysel, sonra da toplu olarak (üçüncü aşama) incelenmelidir²⁸².

Üçüncü aşama, tespit edilen ve doğrulanan kırmızı bayrakların etraflıca değerlendirilmesi aşamasıdır²⁸³. Bu aşamada, kırmızı bayrakların ispat gücü ve birbirleriyle olan ilişkileri, aksi yöndeki göstergeler de dikkate alınarak değerlendirilir²⁸⁴. Yeşil bayrak (*green flags*) olarak da adlandırılan bu göstergeler, bazı kırmızı bayrakların mevcut olmasına rağmen iddia edilen veya şüphelenilen yolsuzluk eylemlerinin gerçekleşmediğine işaret etmektedirler²⁸⁵. Aracının danışmanlık sözleşmesinde yer alan görevleri yerine getirebilecek nitelikte personelinin bulunması ve bu personelin hangi tür hizmetleri ne zaman ve nasıl gerçekleştirdiğine ilişkin delillerin bulunması yeşil bayraklara örnek olarak verilebilir²⁸⁶.

Kırmızı bayrak yönteminin uygulanması neticesinde pek çok kırmızı bayrağın dolaylı delil teşkil ettiği kanaatine varılacaktır. Buna karşın bazı durumlarda kırmızı bayrakların “doğrudan delil” olarak kabul edilmeleri de mümkündür. Burada önemli olan nokta başlangıçta yalnızca yolsuzluğun gerçekleştiğine ilişkin bir gösterge olan kırmızı bayrakların yöntemli bir şekilde değerlendirilmesidir. Böylece yolsuzluğa ilişkin hukuki bir çıkarımı desteklemeye yetecek dolaylı veya doğrudan delillerin oluşturulmasını sağlayan kritik bir süreç gerçekleştirilmiş olacaktır.²⁸⁷

F. Kırmızı Bayrakların Kullanıldığı Hakem Kararları

ICC’nin 1998 tarih ve 8891 numaralı davasından beri hakemler, yolsuzluğun tespitinde kırmızı bayraklar listesine dayanmaktadır²⁸⁸. Kırmızı bayrak listelerinin yayınlanması nispeten yakın tarihli olsa da bu listelerde yer alan ve kırmızı bayrak

²⁸¹ ICC, **a.e.**, s. 36.

²⁸² ICC, **a.e.**, s. 50.

²⁸³ ICC, **a.e.**, s. 56.

²⁸⁴ ICC, **a.y.**

²⁸⁵ ICC, **a.e.**, s. 47 vd.; Khvalei, “Red Flags”, s. 23 vd.; Valle, De Carvalho, “Corruption”, s. 851.

²⁸⁶ Khvalei, “Red Flags”, s. 24.

²⁸⁷ ICC, “Red Flags”, s. 56.

²⁸⁸ Betz, **Proving Bribery**, s. 283.

olarak ifade edilen göstergeler daha önceki hakem kararlarında da kullanılmıştır²⁸⁹. Örneğin yolsuzluğa ilişkin ICC'nin 1963 tarihli ve 1110 numaralı meşhur davasında tek hakem olarak görev yapan Yargıç *Lagergren*, taraflar arasında kararlaştırılan komisyon ücretinin çok yüksek olması sebebiyle bu komisyon ücretinin bir kısmının kamu görevlilerine rüşvet olarak verileceği çıkarımında bulunmuştur²⁹⁰.

Çalışmamızın devamında, doğrudan bu şekilde adlandırılmış olsun veya olmasın, kırmızı bayrakların kullanıldığı hakem kararlarından bahsedeceğiz.

ICC'nin 1982 tarih ve 3916 numaralı davasında tek hakem, davacı-aracı İranlı taraf ile davalı Yunan taraf arasında, İran Devleti'nin çeşitli idari kurumlarından iş alınması için yapılan danışmanlık sözleşmesinden kaynaklanan komisyon ücretlerinin tahsiline ilişkin uyuşmazlık üzerinde karar vermiştir. Hakem, davacı-aracının; davalı-müvekkilinin İran Devleti'ne bağlı idari kurumlarla sözleşmeler akdetmesini şaşırtıcı bir hızla sağlaması, buna karşın, söz konusu sözleşmelerin akdedilmesindeki müdahalesinin niteliğini veya adına hareket ettiği grubunun yapısını açıklamayı reddetmesi, davalı Yunan şirketinin İran'da faaliyet gösterdiği yıllarda rüşvet ödenmeksizin veya nüfuz ticareti yapılmaksızın idari kurumlarla iş yapmanın neredeyse imkânsız olması nedeniyle somut olayda yolsuzluğun ispatlandığına kanaat getirmiştir.²⁹¹

ICC'nin 1994 tarih ve 6497 numaralı davasında hakem heyeti, davalı-müteahhidin Orta Doğu ülkesi X'le bir inşaat sözleşmesi akdetmesine destek olan davacı-danışmanın niteliği açıkça belirtilmeyen olağanüstü hizmetleri karşılığında yüzde 33,33 gibi son derece sıra dışı bir komisyon almasını öngören anlaşmayı incelemiştir. Davacı, anlaşma kapsamında hak ettiği komisyon alacaklarını tahsil edememesi nedeniyle anılan tahkim davasını başlatmıştır. Davalı ise söz konusu anlaşma da dahil olmak üzere davacıyla yaptıkları tüm anlaşmaların amacının Orta Doğu ülkesi X'teki kamu görevlilerine rüşvet vermek olduğunu iddia etmiştir. Davalı, davacıya ait şirketler grubu yapısının şeffaf olmadığını, bu durumun, davacıya ait

²⁸⁹ Lamm, Greenwald, Young, "Corruption", s. 339.

²⁹⁰ Lamm, Greenwald, Young, **a.y.**

²⁹¹ Bkz.: Betz, **Proving Bribery**, s. 158 vd.

şirketler grubundaki kimi şirketlerden bazı kamu görevlilerinin maddi fayda sağladığının bir işareti olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca davacının şirketler grubunun çalışan sayısının oldukça az olduğunu, mevcut çalışanların da kamu görevlileriyle yakın ilişkileri olan kişiler olduğunu öne sürmüştür. Hakem heyeti ise davacının şirketler grubu yapısı hakkında daha açık ve net bilgiyi vermeyi reddetmesinin tek başına iddia edilen rüşvet eylemlerini ispatlamadığını ancak bu konuda davacının elini zayıflattığını belirtmiştir. Bunun üstüne davacının yöneticisi de tahkikat aşamasında taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğine ilişkin kafa karıştırıcı ve çelişkili açıklamalar yapmıştır. Tüm bu hususları birlikte değerlendiren hakem heyeti, taraflar arasındaki anlaşmanın asıl amacının rüşvet vermek olduğuna ilişkin ihtimalin yolsuzluk yapıldığını kanıtlamaya yetecek kadar yüksek olduğuna karar vermiştir.²⁹²

ICC'nin 1998 tarih ve 8891 numaralı davasında hakem heyeti, davacı-danışman ile X ülkesine ihracat yapan davalı arasında akdedilen danışmanlık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığı incelemiştir. Söz konusu danışmanlık sözleşmesine göre davacı, davalının daha önce X ülkesiyle akdetmiş olduğu iki ayrı sözleşmede davalı lehine ücret artışının sağlanması için destek verecekti. Davacı, sözleşmede kararlaştırılan danışmanlık ücretini tahsil edememesi nedeniyle anılan tahkim davasını başlatmıştır. Davalı ise davaya konu sözleşmenin konusunun yolsuzluk teşkil ettiğini öne sürerek sözleşmenin geçersizliğine karar verilmesini talep etmiştir. Hakem heyeti, davacının gerçekleştirmiş olduğu danışmanlık faaliyetlerine ilişkin yeterli delilleri sunamaması, çok kısa bir süre görev almasına rağmen istenilen ücret artışını sağlayabilmesi, sözleşme ediminin başarı ücreti olarak kararlaştırılmış olması ve sözleşmede davacının faaliyetlerine oranla yüzde 18,5 gibi yüksek bir ücret belirlenmesi şeklindeki dört adet kırmızı bayrağa dayanarak taraflar arasındaki sözleşmenin yolsuzluk teşkil ettiğine kanaat getirmiştir.²⁹³

ICC'nin 2005 tarih ve 12990 numaralı davasında hakem heyeti, bir petrol şirketi olan davacı ile bir Afrika Devleti olan davalı arasında akdedilen protokolden kaynaklanan uyuşmazlığı incelemiştir. Anılan protokol, Afrika Devleti'yle diğer üç

²⁹² Bkz.: Betz, **a.e.**, s. 178 vd.; Gaillard, "Corruption", s. 5.

²⁹³ Bkz.: Betz, **Proving Bribery**, s. 194 vd.; Gaillard, "Corruption", s. 6.

petrol şirketi arasında kurulan karmaşık sözleşmeler bütününe bir parçasıdır. Protokolün görüşteki amacı, davacının ham petrol elde etmesi karşılığında davalı Afrika Devleti'nin mali durumunun düzeltilmesi için ülkede yapısal reformların yapılmasına destek olmaktır. Ancak davalı Afrika Devleti'nde mevcut hükümetin bir iç savaşta devrilmesinin ardından yeni başa geçen hükümet, protokolün gerçek amacının devrik hükümet zamanındaki kamu görevlilerine rüşvet vermek olduğunu iddia ederek protokolden kaynaklanan borçlarını ödemeyi reddetmiştir. Bunun üzerine davacı, protokol kapsamındaki alacaklarının tahsili amacıyla anılan tahkim davasını başlatmıştır. Hakem heyeti, ICC'nin 1998 tarih ve 8891 numaralı davasında yolsuzluğun tespiti için kullanılan ve dört unsurdan oluşan kırmızı bayraklar listesine sözleşme konusu faaliyetlerin gerçekleştirildiği ülkede yolsuzluğun yaygın olmasını da ekleyerek somut olayda yolsuzluğun varlığına karar vermiştir. Hakem heyeti; davacının protokol kapsamında gerçekleştirdiği hizmetlerin delillerini sunamamasını, -somut olay bakımından- olağandışı bir şekilde sözleşme ücretinin yüzdelik olarak belirlenmesini, davacıya %15 gibi yüksek bir komisyon ücreti tayin edilmesini ve son olarak da söz konusu Afrika ülkesinde yolsuzluğun yaygın olmasını bir bütün olarak değerlendirerek dava konusunu sözleşmenin yolsuzluk içerdiğine hükmetmiştir.²⁹⁴

ICC'nin 2006 tarih ve 13515 numaralı davasında hakem heyeti, bir Kuzey Afrika ülkesinde mukim davacı şirket ile Avrupalı bir üretici olan davalı şirket arasındaki distribütörlük sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın yolsuzluk içerdiğine karar vermiştir. Davacı, distribütörlük sözleşmesinden kaynaklanan alacakları için anılan tahkim davasını başlatmıştır. Davalı ise distribütörlük sözleşmesinin yolsuzluk teşkil ettiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti kararında doğrudan delillerin yokluğunda hukuka aykırı ödemelerin gerçekleştiğine işaret eden güçlü ve belirli bir noktada toplanan göstergeleri dikkate alacağını belirtmiştir. Bir ülkede yolsuzluğun yaygın olmasının iddia edilen rüşvet eylemlerini tek başına ispat etmeyeceğini vurgulayan hakem heyeti, sözleşme kapsamında sunduğu hizmetlerin içeriği konusunda açık ve net deliller sunamayan davacıya o iş kolunda uygulanan rayice oranla aşırı yüksek olan yüzde 40'lık bir komisyon ücreti takdir edilmesini, sözleşmede komisyon ücretinin ödeneceği hesabın bilgisine yer verilmemesini ve

²⁹⁴ Bkz.: Betz, **Proving Bribery**, s. 209 vd.

davalının ödemeleri davacı şirketin hesabı yerine bir çalışanın hesabına ve *off-shore* hesaplara yapmasını bir bütün olarak değerlendirerek dava konusu sözleşmenin yolsuzluk içerdiğine hükmetmiştir.²⁹⁵

ICC'nin 2008 tarih ve 13914 numaralı davasında hakem heyeti, ilgili Afrika Devleti'nde uzun yıllar çalışmış olan davacı-iş adamı ile petrol çıkarmak amacıyla bu Afrika Devleti'nin kıyılarında sismik araştırma yapmak isteyen Amerikan şirketi arasında akdedilen danışmanlık sözleşmesinin yolsuzluk içerdiğine hükmetmiştir. Teksas Hukuku'na tabi uyuşmazlıkta Hakem Heyeti, Amerikan Yurtdışı Yolsuzluk Uygulamaları Kanunu'na²⁹⁶ ilişkin rehberde²⁹⁷ yer alan bir dizi kırmızı bayraktan bir kısmının somut uyuşmazlıkta mevcut olduğunu tespit etmiştir. Hakem heyetine göre ilk olarak, 2007 tarihli Uluslararası Şeffaflık Örgütü Yolsuzluk Algı Endeksi uyarınca ilgili Afrika Devleti'nde yolsuzluk yaygındı. İkincisi, davacı sunduğu hizmetler karşılığında alışılmadık derecede yüksek bir komisyon almıştı. Üçüncüsü, davacı makul bir sebep göstermeksizin özellikle de banka kayıtları olmak üzere talep edilen belgeleri sunmamış ve sunduğu belgelerden bazılarında da tahrifat yapmıştı. Dördüncüsü, davacı danışmanlık sözleşmesinde belirtilen hizmetleri yerine getirmek için yeterli niteliklere sahip olduğunu ispatlayamamıştı. Beşincisi, ilgili Afrika Devleti'ne bağlı bir kurum olan A şirketinin yetkilileri, davalı Amerikan şirketine davacıyla çalışmasını teklif etmiş, üstelik davacının alacağı komisyonu da davalıyla müzakere etmiş ve bu komisyonların ödenip ödenmediğine özel bir ilgi duymuşlardı. Hakem heyeti, anılan kırmızı bayrakları dikkate alarak davacıya yapılan komisyon ödemelerinin önemli bir kısmının Afrika Devleti'ne bağlı bir kurum olan A şirketinde yetkili kamu görevlilerine iletildiği sonucuna varmış, somut olayda yolsuzluğun gerçekleştiğini tespit etmiştir.²⁹⁸

²⁹⁵ Bkz.: Betz, **a.e.**, s. 217 vd; Gaillard, "Corruption", s. 6.

²⁹⁶ *U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, (Çevrimiçi, 2025), <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/statutes-regulations>

²⁹⁷ Söz konusu rehberin güncel uyarlaması için bkz.: Benczkowski, Avakian, Peikin, **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**.

²⁹⁸ Bkz.: Betz, **Proving Bribery**, s. 220 vd.; Gaillard, "Corruption", s. 6.

Kırmızı bayrak yönteminin uygulandığı diğer bazı davalarda ise hakemler, somut olaydaki göstergelerin yolsuzluğun gerçekleştiğini ispatlamaya yeterli olmadığını belirterek yolsuzluk iddialarını reddetmişlerdir²⁹⁹.

Sonuç olarak aracılık sözleşmelerine ilişkin emsal hakem kararlarının zenginliği, hakemlerin yolsuzluğun tespitinde kırmızı bayrak yöntemini yaygın olarak kullandıklarını kanıtlamaktadır³⁰⁰. Hakemler, yolsuzluğu ispatlamanın doğasında var olan zorluklara karşı ilkesel bir duruş sergileyerek kırmızı bayrak yöntemini istikrarlı bir şekilde uygulamışlardır³⁰¹.

²⁹⁹ Gaillard, “Corruption”, s. 6. Bu kararlara örnek olarak bkz.: ICC Dava No. 7047; ICC Dava No. 9333; ICC Dava No. 12472, ICC Dava No. 13384; ICC Dava No. 16090.

³⁰⁰ Gaillard, **a.e.**, s. 4.

³⁰¹ Gaillard, **a.e.**, s. 9.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YOLSUZLUK HÂLİNDE TAHKİM ANLAŞMASININ DURUMU

I. YOLSUZLUĞUN TAHKİME ELVERİŞİLİLİĞE ETKİSİ

A. Genel Bilgi

Tahkime elverişlilik, hangi uyuşmazlıkların konusu itibariyle tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olduğunu ve kimlerin tahkim yargılamasının tarafı olabileceğini ifade etmek için kullanılan bir çatı kavramdır³⁰². Tahkime elverişlilik kendi içinde de iki alt kavrama ayrılarak incelenmektedir: “objektif tahkime elverişlilik” ve “subjektif tahkime elverişlilik.” Hangi uyuşmazlıkların konusu itibariyle tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olduğu objektif tahkime elverişlilik olarak ifade edilirken, hangi gerçek ve tüzel kişilerin ya da kişi veya mal topluluklarının tahkim yargılamasına taraf olabileceği ise “subjektif tahkime elverişlilik” olarak ifade edilmektedir.³⁰³

Çalışmamız bakımından önem arz eden hususun konusu yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği olması nedeniyle bu bölümün devamında objektif tahkime elverişlilik kavramını incelemeye devam edeceğiz.

Objektif tahkime elverişlilik, öz olarak hangi türdeki uyuşmazlıkların ve konuların tahkimde çözülebileceğini ifade etmektedir³⁰⁴. Esasen âkit taraflar, tahkime hâkim temel ilkelerden biri olan taraf özgürlüğü prensibi gereğince diledikleri

³⁰² Burak Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 13 vd.; Ayrıca bkz.: Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 187 vd., para. 9-2; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 312, para. 532. Amerikan anglo-sakson hukukunda ise tahkime elverişlilik kavramı, hangi uyuşmazlıkların konusu itibariyle tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olduğunu ve kimlerin bir tahkim yargılamasının tarafı olabileceğini ifade etmesinin yanı sıra tahkim anlaşmasının varlığını, geçerliliğini ve kapsamını da içine alacak şekilde daha geniş kapsamlı bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu konuda bkz.: Uluç, **Corruption**, s. 76; Huysal, **Tahkime Elverişlilik**, s. 12; Bernard Hanotiau, “The Law Applicable to Arbitrability”, **Singapore Academy of Law Journal**, C. 26, 2014, s. 875, para. 2; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 188, para. 9-4; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 312, para. 532.

³⁰³ Huysal, **Tahkime Elverişlilik**, s. 15; Ayrıca bkz.: Hanotiau, “The Law Applicable to Arbitrability”, s. 875, para. 3; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 187 vd., para. 9-2; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 312 vd., para. 533.

³⁰⁴ Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 187, para. 9-1.

uyuşmazlığı tahkime götürebilirler³⁰⁵. Ancak objektif tahkime elverişlilik kavramı, tarafların anılan sözleşme serbestisinin sınırını çizmekte ve uyuşmazlığın ne zaman devlet yargılamasının görev alanına gireceğini belirtmektedir³⁰⁶.

Birçok ülkedeki tahkim mevzuatı ve yargı kararları belirli türdeki uyuşmazlıkların veya konuların tahkim yoluyla çözülemeyeceğini, başka bir deyişle, tahkime elverişli olmadığını öngörmektedir³⁰⁷. Kanun koyucular, bazı uyuşmazlık türlerinin ve konularının içerikleri itibarıyla kamu politikasına ilişkin çok hassas meselelere temas etmesi nedeniyle bu uyuşmazlıkların çözümünde sadece devlet mahkemelerinin görevli olmasını istemişlerdir³⁰⁸.

Devletlerin sosyal, siyasal ve ekonomik yapılarındaki farklılıklar ise kamu politikalarını şekillendirdiğinden tahkime elverişlilik devletten devlete farklılık arz etmektedir³⁰⁹. Bu durum da tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanacağı sorusunu önemli hâle getirmektedir³¹⁰. Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun belirlenmesi davanın hangi yargı mercinde görüldüğüne bağlı olarak da farklılık göstermektedir. Eğer bu konu hakem heyeti önünde ele alınıyorsa uygulanacak hukuk olarak genellikle tahkim sözleşmesine uygulanan hukuk, tahkim yeri hukuku veya

³⁰⁵ Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 2.32 ve 2.126; Aynı yönde bkz.: Huysal, **Tahkime Elverişlilik**, s. 13; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 187, para. 9-1.

³⁰⁶ Thomas E. Carbonneau, Francois Janson, “Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability”, **Tulane Journal of International and Comparative Law**, C. 2, No: 1, 1994, s. 194.

³⁰⁷ Born, **Arbitration**, böl. 6.01; Hanotiau, “The Law Applicable to Arbitrability”, s. 874, para. 1; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 187, para. 9-2. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun kapsamında kalan uyuşmazlıklar bakımından tahkime elverişlilik değerlendirmesi hakkında detaylı bilgi için bkz.: Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 8. bs., İstanbul, Beta, 2023, s. 308-316; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 94-141; Hüseyin Afşin İlhan, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 234-249. Bu konuda detaylı bilgi için genel olarak bkz.: Huysal, **Tahkime Elverişlilik**.

³⁰⁸ Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 187, para. 9-2.; Fatih Aydemir, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 219.

³⁰⁹ Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 2.32 ve 2.128; Huysal, **Tahkime Elverişlilik**, s. 14.; Aydemir, **Tahkim**, s. 221.

³¹⁰ Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk hakkında detaylı bilgi için bkz.: Mustafa Cemre Can, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, No: 2, 2020, s. 1349-1370; Stavros L. Brekoulakis, “Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori”, **Arbitrability: International & Comparative Perspectives**, ed. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009; Hanotiau, “The Law Applicable to Arbitrability”, s. 874-885; Bernard Hanotiau, “What Law Governs the Issue of Arbitrability?”, **Arbitration International**, C. 12, No: 4, 1996, s. 391-404.

muhtemel tenfiz ülkesi hukuku ön plana çıkmaktadır³¹¹. Buna karşılık, tahkime elverişlilik sorunu ulusal mahkemeler önünde tartışıldığında meseleye genellikle mahkemenin hukuku (*lex fori*) uygulanmaktadır³¹².

Tahkime elverişliliğe ilişkin düzenlemelere milletlerarası tahkim konvansiyonlarında yer verilmektedir. Bu düzenlemeler genel olarak birbirleriyle örtüşmektedir³¹³. Dolayısıyla tahkime elverişliliğin hukuki sonuçlarını anlamamız bakımından milletlerarası tahkim mevzuatına bakmak yeterli olacaktır.

1923 tarihli Tahkim Şartına İlişkin Cenevre Protokolü'nün³¹⁴ (Cenevre Protokolü) I. maddesi "*ticari konulara veya tahkim yoluyla çözüme kavuşturulabilecek diğer konulara*" ilişkin milletlerarası tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin tanınmasını öngörmektedir. Benzer şekilde, 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi³¹⁵ m. VI/2'de de "*uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmeye elverişsiz olması*" hâlinde hakem kararlarının tanınması ve tenfizi talebinin reddedilebileceği düzenlenmiştir³¹⁶.

Cenevre Protokolü'nü temel alan 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında *New York* Konvansiyonu³¹⁷ (*New York* Konvansiyonu) m. II/1 uyarınca bir milletlerarası tahkim anlaşması ancak "*tahkim yoluyla çözüme kavuşturulabilecek bir konuya ilişkin olması*" hâlinde tanınacaktır. Konvansiyon m. V/2-a'da ise "*uyuşmazlığın konusunun tanıma ve tenfiz talep edilen ülke hukuku uyarınca tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmaya elverişli olmaması*" hâlinde hakem kararının tanınmasının ve tenfizinin reddedilebileceği düzenlenmektedir.

1985 tarihli *UNCITRAL* Milletlerarası Ticari Tahkim Model Kanunu³¹⁸ (*UNCITRAL* Model Kanunu) m. 34/2-b(i)'de ise "*uyuşmazlığın konusunun tahkim yeri*

³¹¹ Can, "Tahkime Elverişlilik", s. 1354 vd.

³¹² Can, **a.e.**, s. 1362 vd.

³¹³ Born, **Arbitration**, böl. 6.02.

³¹⁴ *Protocol on Arbitration Clauses, Signed at Geneva, 24 September 1923, League of Nations, Treaty Series*, vol. XXVII, p. 158, No. 678 (1924).

³¹⁵ R.G.: T. 21.5.1991, S. 20877.

³¹⁶ Ayrıca bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 6.02[A].

³¹⁷ R.G.: T. 21.5.1991, S. 20877.

³¹⁸ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, (Çevrimiçi, 2025)
https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

ülke hukuku uyarınca tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmaya elverişli olmaması" hâlinde hakem kararının iptal edilebileceği düzenlenmiştir. *UNCITRAL* Model Kanunu m. 36/1-b(i)'de de -*New York* Konvansiyonu'na paralel olarak- "*uyuşmazlığın konusunun tanıma ve tenfiz talep edilen ülke hukuku uyarınca tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmaya elverişli olmaması"* hâlinde hakem kararının tanınmasının ve tenfizinin reddedilebileceği belirtilmiştir.

B. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği

1. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliğinin Hakemler Tarafından Değerlendirilmesi

a. ICC Dava No. 1110

ICC'nin 1963 tarih ve 1110 numaralı davasında, yolsuzluk iddialarının tahkime elverişliliğinin konu edildiği bilinen ilk tahkim kararı verilmiştir³¹⁹. Doktrinde kimi yazarlarca bir dönüm noktası olarak ifade edilen³²⁰ bu karar kadar sıklıkla alıntılan, atıf yapılan ve eleştiri konusu yapılan pek az milletlerarası ticari tahkim kararı bulunmaktadır³²¹. Dava, uyuşmazlığa bakan tek hakem Yargıç *Lagergren*'in ismiyle de sıklıkla anılmaktadır.

Anılan karara konu olan uyuşmazlıkta davacı, Buenos Aires'te yaşayan Arjantinli bir mühendis ve iş adamı olan Bay X'tir. Davalı ise Birleşik Krallık'ta mukim bir şirket olan A'dır. A şirketinin paylarının tamamına B şirketi, B şirketinin hisselerinin tamamına ise C Şirketi sahiptir. 1950 yılında Arjantinli yetkililer Buenos Aires bölgesinde elektrik enerjisi üretimini arttırmayı planlamıştır. Davalı şirket A, bu proje için elektrik teçhizatı tedarik etmekle ilgilenmiştir. A şirketi, Bay X'ten *Peronista* hükümetindeki siyasetçiler ve diğer etkili kişiler üzerindeki nüfuzunu kullanarak, şirketin proje kapsamında sipariş almasını sağlamasını talep etmiştir. Bu doğrultuda taraflar, Bay X'in çabaları sonucunda A şirketiyle akdedilecek her bir sözleşme için Bay X'e komisyon ödeneceğine dair karşılıklı mektup yazışmalarıyla da desteklenen

³¹⁹ Born, *Arbitration*, böl. 6.04[C]; Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, *Arbitration*, para. 2.150.

³²⁰ Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, *Arbitration*, para. 2.151.

³²¹ Wetter, "Corruption", s. 277.

sözlü bir anlaşma yapmışlardır. 1953 yılında anlaşma yine sözlü olarak teyit edilmiştir. Bu anlaşma uyarınca Bay X'in hak edeceği yüzde on komisyon ücretinin sadece yüzde ikisi Bay X'in kendisine, geri kalanı ise iş ortaklarına ödenecekti.³²²

Bay X, 1958 yılında Arjantin Devleti tarafından bir sözleşmenin davalı şirket A'ya, diğer bir sözleşmenin de A'nın hisselerini dolaylı olarak elinde bulunduran C Şirketine verilmesinin ardından, bahsedilen anlaşma uyarınca hak ettiği komisyonunu talep etmiştir. Davalı ise komisyonu ödemeyi reddetmiştir. Bunun üzerine taraflar, aralarındaki ihtilafı ICC Kuralları uyarınca tahkime götürmek üzere yazılı, ayrı bir tahkim sözleşmesi yapmış, tahkim yeri olarak da Paris'i seçmişlerdir.³²³

Bay X, sağlık nedenlerinden ötürü 1955 yılında Arjantin'den ayrılarak Almanya'ya gittiğini ancak Arjantin'den ayrılmadan önce 1955 yılının Haziran ayında gösterdiği çabaların 1958 tarihli sözleşmelerin imzalanmasını temin ettiğini iddia etmiştir. Hem davalı A Şirketi'ne hem de C Şirketi'nin akdetmiş olduğu sözleşmeler dolayısıyla yüzde 10 komisyon ücretini alması gerektiğini öne sürmüştü, bu isteminin reddi hâlinde ise sadece A Şirketi'nin akdetmiş olduğu sözleşmeden doğan komisyon ücreti alacağını talep etmiştir. Öte yandan davalı A Şirketi, Arjantin Devlet Başkanı Peron'un Eylül 1955'te devrilmesinden sonra Bay X'in Arjantin'de kalmaya devam etmesi hâlinde iktidara gelen yeni askeri rejim tarafından kendisinin istenmeyen kişi (*persona non grata*) ilan edileceğini öne sürmüştür. A şirketine göre dava konusu 1958 tarihli sözleşmeler hiçbir şekilde Bay X'in çabaları sonucu elde edilmemiştir. Kaldı ki, bu sözleşmeler Bay X ile yapılan 1950 ve 1953 tarihli anlaşmaların da kapsamı dışındadır.³²⁴

Yargıç Lagergren, öncelikle uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını hem Fransız hem Arjantin Hukuku bakımından incelemiştir. Tahkime elverişlilik konusunda ICC Tahkim Kurallarının herhangi bir hüküm içermediğini belirten Yargıç Lagergren, o dönemki Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre Fransız kamu düzenini ilgilendiren davaların ulusal mahkemeler tarafından görülmesi

³²² Betz, **Proving Bribery**, s. 153-154.

³²³ Betz, **a.e.**, s. 154.

³²⁴ Betz, **a.y.**

gerektiğini vurgulamıştır. Başka bir devlet hukukunun, örneğin, yabancı vergi kanunlarının ihlali gibi durumlarda ise Fransız kamu düzenine değinilmediğini, ancak, ahlaka aykırı daha ağır suçlara ilişkin davaların Fransız kamu düzenini ilgilendireceğini ifade etmiştir.³²⁵

Yargıç *Lagergren*, Fransız Hukuku’nda konusu yolsuzluk teşkil eden suçları içeren davaların tahkim yoluyla çözülmesine cevaz verilmediğine, başka bir deyişle, Fransız Hukuku uyarınca yolsuzluğa ilişkin davaların tahkime elverişli olmadığına hükmetmiştir. O dönemki Arjantin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ahlaka aykırı tüm konuların tahkim dışında tutulması nedeniyle de Arjantin Hukuku uyarınca da dava konusu uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğuna kanaat getirmiştir.³²⁶

Hem Fransız hem de Arjantin Hukukundaki düzenlemelere değinerek yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğunu savunan Yargıç *Lagergren* hükmünü, milletlerarası kamu düzenine ve milletlerarası hukuka hâkim olan genel prensiplere dayandırmıştır. Ahlaka aykırı olan ve milletlerarası kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal eden bu tür uyuşmazlıkların ne Arjantin de ne Fransa da hiçbir medeni ülkede mevcut mahkemeler veya yabancı hakem heyetleri tarafından kabul görmeyeceğini öne sürmüştür. Yargıç *Lagergren*, tarafların bu tür ahlaka aykırı girişimlerde bulundukları takdirde ne ulusal mahkemeler ne de hakem heyetleri, hiçbir adalet mekanizmasına uyuşmazlıklarının çözümü için başvuramayacaklarının bilincinde olması gerektiğini savunmuştur. Sonuç olarak, tahkime elverişliliğe ilişkin herhangi bir ulusal kuraldan ziyade, hakemlerin bu nitelikteki uyuşmazlıkları ele almasını reddeden genel prensipleri gerekçe göstererek önündeki davayı yargılama yetkisi olmadığına hükmetmiştir.³²⁷

Yargıç *Lagergren* kararı, bugün pek çok sayıda milletlerarası anlaşma ve ulusal hukuk metinlerinde kendine yer bulan hem kamu hem de özel sektörün genel menfaatinin yolsuzluğun önlenmesini gerektirdiğine dair uluslararası çağdaş fikir

³²⁵ Betz, **a.e.**, s. 155.

³²⁶ Betz, **a.e.**, s. 155 vd.

³²⁷ Wetter, “Corruption”, s. 294.

birliğini kendi zamanının çok ötesinde somutlaştırdığı için takdir görmüştür³²⁸. Yolsuzluk iddialarının tahkime elverişliliğinin basitleştirilmiş bir şekilde ele alınmayarak Yargıç *Lagergren*'in yapmış olduğu gibi tahkim yargılaması bakımından aşılması gereken bir eşik olarak değerlendirilmesi gerektiği öne sürülmüştür³²⁹. Bu kararın, tahkim yargılamasının başından itibaren taraflar arasındaki uyuşmazlığın yolsuzluk teşkil ettiğinin açık ve şüpheye mahal bırakmayacak delillerle ortada olması hâlinde uygulanabilir bir içtihat olduğu belirtilmiştir³³⁰. Benzer doğrultudaki bir başka görüşe göre ise Yargıç *Lagergren*, önündeki davada yolsuzluk teşkil eden fiillerin apaçık ortada olması nedeniyle tahkim yargılamasına ilişkin birkaç usuli adımı atlamakta bir sakınca görmemiştir³³¹. Yargı yetkisini tesis ettikten sonra uyuşmazlığın esasına geçip dava konusu sözleşmenin kesin hükümsüz olduğuna karar vermek yerine yargı yetkisini en başından reddetmiştir³³².

Öte yandan, Yargıç *Lagergren*'in kararı doktrinde sert eleştirilere de maruz kalmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, bu karardan 20 yıl sonra vermiş olduğu bir hükümde Yargıç *Lagergren*'in görüşlerini “modası geçmiş” düşünceler olarak itham etmiş, hakemlerin yolsuzluğun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vermeye ehil olduklarını belirtmiştir³³³. ICC'nin 3916 numaralı davasına bakan tek hakem de yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıklarda hakemlerin yargılama yetkileri olmadığına hükmetmeleri hâlinde tarafların bir hüküm elde etmelerinin imkânsızlaşacağını, bunun adalete erişim hakkının reddi anlamına geleceğini savunarak Yargıç *Lagergren*'in kararını tenkit etmiştir³³⁴.

Doktrindeki kimi yazarlar ise Yargıç *Lagergren*'in her ne kadar yolsuzluk iddialarının tahkime elverişliliğini tahkim yeri hukuku ve esas sözleşmeye

³²⁸ Yas Banifatemi, “Chapter 1: The Impact of Corruption on ‘Gateway Issues’ of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 18, para. 10.

³²⁹ Wetter, “Corruption”, s. 279.

³³⁰ Allan Philip, “Chapter 8. Arbitration, Corruption, Money Laundering and Fraud: The Role of the Tribunals”, **Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud**, ed. Kristine Karsten, Andrew Berkeley, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2003, s. 148.

³³¹ Cremades, Cairns, “Trans-national Public Policy”, s. 82.

³³² Cremades, Cairns, **a.y.**

³³³ BGE 119 II 380, s. 385

³³⁴ Betz, **Proving Bribery**, s. 157.

uygulanacak hukuk kapsamında tartışmış olsa da hükmünü genel bir hukuk prensibi olan *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (hiç kimse kendi hukuka aykırı fiiline dayanarak hak iddia edemez) ilkesini gerekçe göstererek kurduğunu öne sürmüşlerdir. Bu görüşteki yazarlara göre Yargıç *Lagergren* uyuşmazlığı tahkime elverişsiz bulmamış, konusu yolsuzluk teşkil eden bir sözleşmeden kaynaklanan talepleri kabul edilemez bulmuştur.³³⁵

b. ICC Dava No. 3913

Davalı, bir Afrika devletiyle iş yapmaya çalışan Fransız menşeli bir şirkettir. Davacı ise bu sürece yardımcı olmak amacıyla davalı şirketle danışmanlık sözleşmesi imzalamış İngiliz menşeli bir şirkettir.³³⁶

Davacı tarafından sağlanan hizmetler arasında davalıya bilgi sağlamak, iş anlaşmalarının kazanılmasını kolaylaştırmak ve davalı şirketle Afrikalı devlet yetkilileri arasındaki anlaşmayı müzakere etmek yer alıyordu. Danışmanlık sözleşmesi uyarınca davalı şirket, malzeme ve masraflar hariç olmak üzere Afrikalı devletle yapacağı anlaşmanın bedelinin %8'ini davacıya ödemeyi kabul etmişti. Sözleşme metninde hukuka veya ahlaka aykırı bir faaliyet görülmemekteydi. Ancak tarafların ve tanıkların bazı ifadeleri ile tahkimde sunulan diğer deliller, sözleşmesel yükümlülüklerin tarafların gerçek niyetinden oldukça farklı olduğunu ortaya koymuştur. Tanıklardan biri, sözleşmede öngörülen komisyonun Afrikalı paydaşlara yapılacak ödemeleri içerdiğini belirtmiştir. Dosyadaki mevcut deliller, davacı şirketin, Afrikalı devletin iş anlaşmalarını akdetmede yetkili kişilerden oluşan bir ağa ödeme yapmak için görevlendirilmiş bir aracı olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle, danışmanlık sözleşmesi kapsamında davacıya ödenecek komisyonun rüşvet olarak dağıtılması amaçlanmıştır.³³⁷

³³⁵ Banifatemi, "Corruption", s. 18, para. 12; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 353 vd., para. 585; Murre, "Arbitration and Criminal Law", s. 98. Karşı görüş için bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 6.04[C], dn. 289. Yazara göre elbetteki böyle bir çözümleme daha uygun bir sonuç olurdu. Ancak karar metninin çoğunluğuyla bu çıkarımın uzlaştırılması çok zordur.

³³⁶ A. Timothy Martin, "International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard", **Transnational Dispute Management**, C. 1, No: 2, 2004, s. 14.

³³⁷ Martin, **a.y.**

Bu davada hakemler, Yargıç *Lagergren*'in aksine yolsuzluk iddialarının tahkime elverişli olduğuna ve davayı esastan görmeye yetkili olduklarına karar vermişlerdir³³⁸.

Hakem heyeti, sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Fransız Hukukuna göre rüşvetin hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca heyet kararında, yolsuzluğu hukuka aykırı kılan Fransız cezai hükümlerinin yanı sıra Fransa'da konusu rüşvet teşkil eden sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu tespit eden kapsamlı özel hukuk içtihadına da dikkat çekmiştir. Hakem heyeti, rüşvetin hukuka ve ahlaka aykırılığına ilişkin hukuk ilkelerinin sadece Fransız iç kamu düzenine değil aynı zamanda milletlerarası kamu düzenine de uygun olduğunu ifade etmiştir. Nitekim heyet, *New York* Konvansiyonu m. V/2-a ve b hükümlerine aykırı bir hakem kararının tenfizinin, tenfiz devletinin adli makamları tarafından reddedilebileceğini vurgulamıştır. Sonuç olarak hakem heyeti, dava konusu danışmanlık sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunu ilan ederek tarafların taleplerini kabul edilemez bulmuştur.³³⁹

c. ICC Dava No. 3916

Davacı, İran Devleti'nde görevli bir müdürdür. Davalı ise bir Yunan şirkettir. Bir grup adına hareket eden davacı, taraflar arasında Tahran'da imzalanan sözleşmeye göre davalı şirkete İran Devleti'nin çeşitli idari kurumlarından iş almak için danışmanlık yapacaktı. Davalı ise idari kurumlarla imzalanan her bir sözleşmenin değerinin en az yüzde ikisi oranında bir komisyonu davacıya ödeyecekti. Davalı Yunan şirketi İran Devletiyle birçok sözleşme imzalamıştır, ancak 1979 İran Devrimi sonucunda davalının İran'daki faaliyetlerine son verilmiştir. Faaliyetlerine son verilmesi nedeniyle önemli ölçüde bir zarara uğrayan davalı şirket, davacıya vaat ettiği komisyonların yalnızca bir kısmını ödeyebilmiştir.³⁴⁰

Dava konusu uyuşmazlığa bakan tek hakem, davalının İran Devleti'ne bağlı idari kurumlarla sözleşmeler akdetmesini davacının şaşırtıcı bir hızla sağladığını, buna

³³⁸ Uluç, *Corruption*, s. 84.

³³⁹ Martin, "Corruption", s. 14 vd.

³⁴⁰ Betz, *Proving Bribery*, s. 158.

karşın, davacının söz konusu sözleşmelerin akdedilmesindeki müdahalesinin niteliğini veya adına hareket ettiği grubunun yapısını açıklamayı reddettiğini belirtmiştir. Ayrıca hakem, davalı şirketin İran'da faaliyet gösterdiği yıllarda rüşvet ödenmeksizin veya nüfuz ticareti yapılmaksızın idari kurumlarla iş yapmanın neredeyse imkânsız olduğunu vurgulamıştır. Bu çerçevede hakem, davacının sözleşme kapsamındaki yükümlülüğünün yalnızca İran Devleti'ne bağlı idari kurumların kimlere iş vereceğini belirleyen merciler üzerinde nüfuzunu kullanmaktan ibaret olduğu kanaatine vararak, dava konusu sözleşmenin bir nüfuz ticareti anlaşması olduğunu tespit etmiştir.³⁴¹

Davadaki tek hakem, Yargıç *Lagergren*'in taraflar arasındaki sözleşmenin konusunun rüşvet ödenmesi gibi genel ahlakı veya milletlerarası kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal eden bir edim olması hâlinde yargılama yetkisinin reddedilmesi gerektiği görüşüne katılmamıştır³⁴². Kararda savunulan görüşe göre, yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıklarda hakemlerin yargılama yetkileri olmadığına hükmetmeleri hâlinde, tarafların bir hüküm elde etmeleri imkânsızlaşacak ve tarafların adalete erişim hakkı ihlal edilecektir³⁴³.

Neticede Hakem, konusu yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu savunarak davayı esastan görmüştür. Mevcut davada uygulanabilir olduğuna karar verdiği hem Fransız Hukuku hem de bir dizi yolsuzlukla mücadele kanununun yürürlükte olduğu İran Hukuku uyarınca taraflar arasındaki nüfuz ticareti anlaşmasının kesin hükümsüz olduğuna karar vermiştir. Ayrıca hakem, Yargıç *Lagergren*'in kararına atıfta bulunarak nüfuz ticareti anlaşmalarının milletlerarası kamu düzenine de aykırı olduğunu ve bu nedenle de geçersiz olduğunu belirtmiştir. Davacının sözleşmeden kaynaklanan taleplerini reddeden hakem, taraflar arasındaki anlaşmaya göre davalının, avukatlık ücretleri hariç olmak üzere tüm tahkim masraflarını ödemesine hükmetmiştir.³⁴⁴

³⁴¹ Betz, **a.e.**, s. 159.

³⁴² Wetter, "Corruption", s. 278.

³⁴³ Betz, **Proving Bribery**, s. 157.

³⁴⁴ Betz, **a.e.**, s. 159.

2. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliğinin Ulusal Mahkemeler Tarafından Değerlendirilmesi

a. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişli Olduğunu Kabul Eden Ulusal Mahkemeler

Paris İstinaf Mahkemesi (*Paris Cour d'appel*) 29 Mart 1991 tarihli *Ganz v. Société Nationale des de Chemins de Fers* kararında her ne kadar doğrudan yolsuzlukla ilgili olmasa da konusu yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde hukuka aykırı olan ve kamu düzenini ihlal eden uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna hükmetmiştir³⁴⁵. İstinaf mahkemesi kararında, milletlerarası tahkimde hakemlerin kamu düzeni ilkelerini ve kurallarını uygulama yetkisine sahip olduğunu, bu ilkeler ihlal edildiğinde ise çözüm yolları sunabileceklerini belirtmiştir³⁴⁶. Yabancı hakemlerin görevlerinden birinin de milletlerarası kamu düzenine uyulmasını sağlamak olduğunu vurgulayan mahkeme, hakemlerin milletlerarası ticari ilişkilerde gerekli olan dürüstlüğü ihlal eden fiilleri yaptırıma tabi tutma yetkisine sahip olduklarını ifade etmiştir³⁴⁷. Bu analizi uygulayan mahkeme, “sahtekârlık veya suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme iddialarının hakem heyetinin yargı yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte olmadığı” sonucuna varmıştır³⁴⁸.

Doktrinde kimi yazarlara göre bu karar, Fransız Hukuku’nda yabancı hakemlere kamu düzeni ve tahkime elverişliliğin uygulanması konusunda kapsamlı ve tamamen özerk yetkiler verilmesinde ilk adımı temsil etmektedir. Anılan karar doğrultusunda hakemler, milletlerarası kamu düzeninin koruyucusu olarak ilan edilmiş ve cezai yaptırım uygulamadıkları sürece kamu düzeni ihlallerine karar verebilecekleri hüküm altına alınmıştır.³⁴⁹

³⁴⁵ Uluç, **Corruption**, s. 84 vd.; Born, **Arbitration**, böl. 6.03[C][3].

³⁴⁶ Carbonneau, Janson, “Arbitrability”, s. 218.

³⁴⁷ Carbonneau, Janson, **a.y.**

³⁴⁸ Born, **Arbitration**, böl. 6.03[C][3], dn. 124.

³⁴⁹ Carbonneau, Janson, “Arbitrability”, s. 218.

Gerçekten de Fransa'da, uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine ilişkin 19. yüzyıla kadar dayanan mevcut kanuni kısıtlamalar, kelimesi kelimesine okunduğunda kamu düzenine ilişkin tüm uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine önemli sınırlamalar getirmekteydi. Bunun sebebi, Fransız Medeni Kanunu m. 2059'un "*herkesin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konuların tahkime sunulabileceğini*" öngörürken, m. 2060/1'in ise "*gerçek kişilerin hak ve ehliyetine ilişkin konular, boşanma ve ayrılık davaları, kamu kurum ve kuruluşlarını ilgilendiren uyuşmazlıklar ile genel olarak kamu düzenini ilgilendiren tüm konularda tahkim anlaşması yapılamayacağını*" belirtmesiydi. Ancak Fransa'da son elli yılda yaşanan yargısal gelişmeler neticesinde özellikle milletlerarası bağlamda tahkime elverişsizlik sınırları önemli ölçüde gerilemiştir. Günümüzde, yalnızca kanunun emredici hükümlerinin açıkça tahkime elverişsizliği öngördüğü hâllerde uyuşmazlıklar tahkim yargılamasının dışında bırakılmaktadır.³⁵⁰

Yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda İsviçre³⁵¹ ve İngiliz³⁵² mahkemeleri de Fransız mahkemelerine benzer bir yaklaşım sergilemiş ve yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu içtihat etmişlerdir. Pakistan mahkemelerinin ise yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda ayrıksı kararlar verdiği doktrinde bilinmektedir. Çalışmamızın devamında Pakistan mahkemeleri özelinde yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğunu değerlendiren ulusal mahkemelerin yaklaşımını inceleyeceğiz.

³⁵⁰ Born, **Arbitration**, böl. 6.03[C][3].

³⁵¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2 Eylül 1993 tarihli *Westinghouse v. National Power Corporation* kararında, hakem heyetinin yolsuzluğun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vermeye ehil olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: BGE 119 II 380, s. 385. Federal Mahkeme'nin 19 Şubat 2007 tarihli başka bir kararında da hakem heyetinin ön mesele olarak esas sözleşmeyi etkileyen ve suç teşkil eden fiillerin işlenip işlenmediğini inceleme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Bkz.: DFT 133 III 139, s. 142. Nakleden: Born, **Arbitration**, böl. 6.04[C].

³⁵² İngiliz İstinaf Mahkemesi, 24 Ocak 2007 tarihli *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* kararında, "*eğer hakemler bir sözleşmenin başlangıçtaki hukuka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğuna karar verebiliyorlarsa sözleşmenin rüşvet yoluyla elde edilip edilmediğine karar vermemeleri için de hiçbir neden yoktur*" diyerek yolsuzluk iddialarının tahkime elverişli olduğunu kabul etmiştir. Bkz.: [2007] EWCA Civ 20, para. 29. Mahkeme 2015 tarihli *London S.S. Owners' Mutual Ins. Ass'n Ltd v. Spain* kararında ise daha da kesin bir tavır sergilemiş ve şu şekilde karar vermiştir: "*olağan olarak hakemler, cezaî bir suç teşkil eden vakıaları tespit etme yetkisini haizdir (dolandırıcılık buna çok yaygın bir örnektir) veya ilgili bir davada konusu suç teşkil eden bir fiilin gerçekleştiğini hakemlerin tespit etme yetkisi de vardır (...) konusu suç teşkil eden bir fiilin gerçekleştiğini tespit etmek ile cezaî bir yaptırıma temel oluşturan mahkumiyet kararı arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir.*" Bkz.: [2015] EWCA Civ 333, para. 78. Nakleden: Born, **Arbitration**, böl. 6.04[C].

b. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişsiz Olduğunu Değerlendiren Ulusal Mahkemeler

Yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğunu ifade eden nadir kararlardan biri, Pakistan Yüksek Mahkemesi'nin 14 Haziran 2000 tarihli *The Hub Power Company Ltd (HUBCO) v Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan* ilamıdır.

Karara konu olan olaya göre, davacı ve karşı davalı olan *The Hub Power* limitet şirketi Pakistan'da bir elektrik santrali inşa etmiş ve bu santrali işletmektedir. Pakistan Devleti'ne bağlı bir kuruluş olan Pakistan Su ve Elektrik Geliştirme İdaresi (PSEGİ) ile *The Hub Power* arasında elektrik satın alımına ilişkin bir sözleşme imzalanmıştır. Davalı ve karşı davacı PSEGİ, bu sözleşmede sonradan yapılan ve elektriğin daha yüksek fiyattan satın alınmasına sebep olan bazı değişikliklerin Pakistanlı kamu görevlilerine rüşvet verilerek sağlandığını iddia etmiştir.³⁵³

Pakistan Yüksek Mahkemesi, sadece yolsuzluk iddialarının dile getirilmesinin uyuşmazlıkları tahkime elverişsiz hâle getirmeyeceğini vurgulamıştır. Ancak mahkemeye göre, iddia edilen suçların gerçekleştiğini gösteren *prima facie* delillerin bulunması hâlinde kamu düzeninin, iddia edilen suçların araştırılmasını ve tespit edilmesini gerektirmesi nedeniyle bu tür uyuşmazlıklar tahkimde çözülemeyecektir.³⁵⁴

Doktrinde bir görüşe göre bu kararın altında yatan mantık, içerdikleri suç unsurları nedeniyle yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıkların ulusal mahkemelerce çözümlenmesi gerektiği inancıdır. Bu mantığa göre, ulusal mahkemeler söz konusu iddiaları araştırmak için daha üstün imkânlarla sahiptir, dolayısıyla da bu tür uyuşmazlıkların çözümünde kamu yararına daha iyi hizmet edebilirler.³⁵⁵

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise Pakistan'ın, *New York* Konvansiyonu'nu 14 Temmuz 2005 tarihinde onaylamasından sonra söz konusu kararın emsal niteliğini korumaması gerekir. Çünkü *New York* Konvansiyonu'na taraf devletler, tahkime

³⁵³ N. B. Majeed, "Hubco Judgment Transcript: In the Supreme Court of Pakistan (Appellate Jurisdiction)", *Arbitration International*, C. 16, No: 4, 2000, s. 456 vd.

³⁵⁴ Majeed, *a.e.*, s. 458.

³⁵⁵ Lew, Mistelis, Kröll, *Arbitration*, s. 215, para. 9-79.

elverişsizlik içtihatlarını sadece belirli ulusal kamu düzeni kurallarına hizmet etmek amacıyla belirleme ve *New York* Konvansiyonu'na taraf olan diğer devletlerin uygulamalarından ayıksı ve tutarsız olmayan dar kapsamlı bir yorum yapma yükümlülüğü altındadır. Anılan karar ise bu yükümlülükle açıkça çelişmektedir. Bu görüşe göre, yolsuzluk da dâhil olmak üzere sahtekârlık veya haksız fiil iddialarının tahkime elverişliliğine ilişkin bir yasak, neredeyse tüm taraf devletlerin bu tür uyuşmazlıkları tahkime elverişli kabul etmesinden dolayı mevcut uygulamayla örtüşmeyecektir. Böyle bir yasak, *New York* Konvansiyonu'na hâkim olan ilkeler doğrultusunda tahkime elverişsizliğin dar yorumlanmasının icap ettiği yönündeki temel gerekliliğe de aykırı olacaktır.³⁵⁶

Öte yandan çalışmamız kapsamında yapmış olduğumuz araştırmalar, Pakistan Yüksek Mahkemesi'nin *HUBCO* kararında ortaya koyduğu “*prima facie* delillerin bulunması hâlinde yolsuzluğun tahkime elverişli olmadığı” içtihadını, 2003 tarihli *Sindh v Tausif* ve 2011 tarihli *Nelofar v Saiban* kararlarında da koruduğunu göstermiştir. Bu durumda Yüksek Mahkeme'nin, Pakistan'ın *New York* Konvansiyonu'nu onaylamasından sonra dahi yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğuna karar verdiği görülmektedir.³⁵⁷

³⁵⁶ Born, **Arbitration**, böl. 6.04[C].

³⁵⁷ Bkz.: Muhammad Mumtaz Ali Khan, Ikram Ullah, Aisha Tariq, “Assumption of Jurisdiction by Supreme Court of Pakistan in Reko Diq Case: Another Violation of International Investment Law”, **Journal of Business and Social Review in Emerging Economies**, C. 7, No: 3, 2021, s. 652. İlginç bir şekilde Pakistan Yüksek Mahkemesi, 2000 tarihli *Societe Generale De Surveillance* kararında ise yolsuzluğa ilişkin tartışmasız delillerin varlığı durumunda davanın tahkimde görülmesine izin vermiştir. Karara konu olayda davalı taraf, uyuşmazlık konusu sözleşmenin yolsuzluk yoluyla elde edildiğini iddia etmesine rağmen davanın tahkime havale edilmesini talep etmiştir. Tahkim yeri Pakistan'dır. Davacı taraf ise Yüksek Mahkeme'nin *HUBCO* kararına atıfta bulunarak yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını belirtmiş, dava konusu sözleşmenin yolsuzluk yoluyla akdedilmiş olması nedeniyle davanın tahkimde görülemeyeceğini savunmuştur. Dolayısıyla her iki tarafta somut olayda yolsuzluğun var olduğunu kabul etmiş, ancak yolsuzluk içeren uyuşmazlığın hangi yargı mercinde görüleceği hususunda ihtilafa düşmüşlerdir. Yüksek Mahkeme, yolsuzluğun tahkim edilecek talebin bir parçası olmaması hâlinde, yolsuzluk yoluyla akdedilen sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olacağını belirtmiştir. Mevcut dava ile *HUBCO* davasında bir ayırım yapan mahkeme, “*HUBCO* davasında, orijinal sözleşmenin hüküm ve koşulları veya bu sözleşmede daha sonra yapılan tartışmalı değişiklikler kapsamında belirlenebilir herhangi bir talebe ilişkin bir ihtilaf bulunmadığını, uyuşmazlığın iddia edilen suç fiilinin işlenip işlenmediği noktasında toplandığını, bu nedenle de tahkime elverişli olmadığına karar verildiğini” belirtmiştir. Bkz.: Khan, Ullah, Tariq, **a.e.**, s. 653.

C. Değerlendirme

Çalışmamızda yer vermiş olduğumuz kararlardan da anlaşılacağı üzere yolsuzluğun tahkime elverişliliği uzun süre tartışılmış, bu tartışmalar bazı hakem ve mahkeme kararlarına da konu olmuştur. Her ne kadar *ICC*'nin 1110 numaralı davasında Yargıç *Lagergren* yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğuna karar verse de bu karar tahkim çevrelerince destek bulmamış, daha sonraki tarihli hakem kararlarında yolsuzluğun tahkime elverişli olduğu kabul edilmiştir³⁵⁸. Hakemlerce benimsenen yolsuzluk iddialarının tahkime elverişli olduğu görüşü ulusal mahkemelerce de desteklenmiştir³⁵⁹. Pakistan mahkemelerin tahkime elverişliliğe ilişkin ayrık kararlarına rağmen de günümüzde, cezai ve idari yükümlülükler ile bağlantılı yaptırımlar haricinde, yolsuzluk veya benzeri hukuka aykırılıklara ilişkin özel hukuk kapsamında kalan bütün taleplerin tahkimde çözüme kavuşturulabileceği hemen hemen tüm ulusal hukuklarda kabul edilmektedir³⁶⁰.

II. YOLSUZLUĞUN KOMPETENZ-KOMPETENZ DOKTRİNİ VE AYRILABİLİRLİK PRENSİBİNE ETKİSİ

A. Kompetenz-Kompetenz Doktrini Hakkında Genel Bilgi

Kompetenz-kompetenz doktrini, hakemlerin yargı yetkisine yönelik itirazları değerlendirme ve karara bağlama yetkisinin hakem heyetleri ile ulusal mahkemeler arasında nasıl paylaştırılacağıyla yakından ilgilidir³⁶¹. Doktrin, en geniş anlamıyla, hakemlerin kendi yargı yetkilerine yönelik itirazları inceleme ve karara bağlama yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir³⁶².

³⁵⁸ Bkz.: Born, *Arbitration*, böl. 6.04[C]; Uluç, *Corruption*, s. 84; Banifatemi, “Corruption”, s. 17 vd., para. 8 ve 13; Martin, “Corruption”, s. 3; Crivellaro, “Bribery”, s. 115; Lew, Mistelis, Kröll, *Arbitration*, s. 215, para. 9-81; Fouchard, Gaillard, Goldman, *Arbitration*, s. 354, para. 586.

³⁵⁹ Born, *Arbitration*, böl. 6.04[C].

³⁶⁰ Bkz.: Born, *a.y.*; Banifatemi, “Corruption”, s. 17 vd., para. 8 ve 13.

³⁶¹ Born, *Arbitration*, böl. 7.01.

³⁶² Born, *a.y.*; Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, *Arbitration*, para. 5.110; Lew, Mistelis, Kröll, *Arbitration*, s. 331 vd., para. 14-12; Fouchard, Gaillard, Goldman, *Arbitration*, s. 213, para. 416. *Kompetenz-kompetenz* doktrini hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 94; Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk*

Kompetenz-kompetenz doktrini, sadece tahkim anlaşmasının varlığına veya geçerliliğine itiraz edilerek tarafların tahkim iradesinin kolayca etkisiz hâle getirilmesini veya tahkim sürecinin ciddi bir zaman kaybına uğratılmasını engellemek için geliştirilmiştir³⁶³.

Farklı milli hukuklar, *kompetenz-kompetenz* doktrinine farklı anlamlar yüklemektedir³⁶⁴. Fransa, Singapur, Hindistan gibi bazı milli hukuklar, nihai yargısal denetime tabi olmak kaydıyla hakem heyetlerinin neredeyse tüm yetki uyuşmazlıklarını öncelikle karara bağlama yetkisine sahip olduğunu öngörmektedir³⁶⁵. Bu durum “*kompetenz-kompetenz*’in pozitif etkisi” ya da “pozitif *kompetenz-kompetenz*” olarak da anılmaktadır³⁶⁶.

Kompetenz-kompetenz’in pozitif etkisini kabul eden milli hukuklarda, genellikle, ulusal mahkemelerin müstakil olarak hakemlerin yargı yetkisine ilişkin itirazları değerlendirmesine izin verilmez. Hakemin, kendi yargı yetkisi üzerinde bir karar vermesi beklenir. Ulusal mahkemelerin bağımsız değerlendirme yapma yetkisine getirilen bu sınırlama ise “*kompetenz-kompetenz*’in negatif etkisi” veya “negatif *kompetenz*” olarak adlandırılmaktadır.³⁶⁷

UNCITRAL Model Kanunu’nu benimseyen bazı devletler ile ABD ve İngiltere, hakemlerin “pozitif *kompetenz*” yetkisini tanımakla birlikte, belirli durumlarda yetki itirazlarının yargısal denetime tabi tutulmasına olanak tanıyan ara çözümler geliştirmiştir. Bu milli hukuklar, tarafların tahkim anlaşmasını ve yetki itirazlarının

Fakültesi Dergisi, C. 10, No: 1, 2011, s. 355-380; Işıl Egemen Demir, “Kompetenz-kompetenz İlkesi ve Olumsuz Etkisi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, No: 1, 2021, s. 255-288; Ahmet Onur Çataklı, “Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve ‘Kompetenz-Kompetenz’ İlkesi”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.

³⁶³ Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 332 vd., para. 14-15 ve 14-16; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 401, para. 660. Çataklı, “Tahkim”, s. 113. Esen, “Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, s. 359; Egemen Demir, “Kompetenz-kompetenz İlkesi”, s. 258.

³⁶⁴ Born, **Arbitration**, böl. 7.01; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 395, para. 650.

³⁶⁵ Born, **Arbitration**, böl. 7.01.

³⁶⁶ Born, a.y.; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 401, para. 660. Çataklı, “Tahkim”, s. 113. Egemen Demir, “Kompetenz-kompetenz İlkesi”, s. 268.

³⁶⁷ Born, **Arbitration**, böl. 7.01; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 401, para. 660. Çataklı, “Tahkim”, s. 114; Egemen Demir, “Kompetenz-kompetenz İlkesi”, s. 268.

niteliğini dikkate alarak her bir davada en verimli ve adil değerlendirmeyi sağlayacak merciyi belirlemek için farklı yaklaşımlar benimsemektedir.³⁶⁸

Hakem heyetlerinin kendi yargı yetkisine ilişkin kararlarının etkisi konusunda da milli hukuklar arasında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bazı milli hukuklarda bu tür hakem kararları yargısal denetim sürecinde hiç dikkate alınmazken veya bu kararlara kesin hüküm etkisi tanınmazken, diğer milli hukuklarda belirli durumlarla sınırlı da olsa bu kararlar kesin hüküm oluşturmaktadır.³⁶⁹

Doktrinin ortaya çıktığı Almanya'da *kompetenz-kompetenz* doktrini, hakemlerin kendi yargı yetkisine ilişkin sorulara müteakip bir yargısal denetime tabi olmaksızın nihai olarak karar verme otoritesi olarak anlaşılmıştır³⁷⁰. Bu durum “kesin veya gerçek *kompetenz-kompetenz*” olarak da adlandırılmaktadır³⁷¹.

Birçok milli hukuk ise *kompetenz-kompetenz* doktrini çerçevesinde hakemlerin öncelikle kendi yargı yetkisi hakkında karar verme otoritesini kabul etmektedir, ancak bu kararları, itirazların esastan değerlendirilmesi (*de novo review*) de dâhil olmak üzere önemli ölçüde müteakip yargısal denetime tabi tutmaktadır³⁷². Bu müteakip yargısal denetimlerde, hakemlerin kendi yetkisine ilişkin kararlarına farklı ölçülerde saygı gösterilmekte olup bu konuda taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının niteliği de önem arz etmektedir³⁷³. Bazı devletlerde,³⁷⁴ tarafların hakemlere kendi yargı yetkisine ilişkin itirazları müteakip yargı denetimine tabi olmaksızın, “nihai” olarak karara bağlama yetkisi verdikleri tahkim anlaşmaları geçerliken diğerlerinde ise taraflar böyle bir tahkim anlaşması yapamayacaklardır³⁷⁵. Tarafların hakemlerin yargı

³⁶⁸ Born, **Arbitration**, böl. 7.01. Türk Hukuku bakımından konunun değerlendirmesi için bkz.: Esen, “Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, s. 376 vd.; Egemen Demir, “Kompetenz-kompetenz İlkesi”, s. 280 vd.

³⁶⁹ Born, **Arbitration**, böl. 7.01.

³⁷⁰ Born, **a.y.**; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 338, para. 14-29; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 396, para. 651. Ancak Almanya, *UNCITRAL* Model Kanunu’nun kabul edilmesiyle birlikte bu yaklaşımını terk etmiş görünmektedir. Bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 7.03[D]; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 338, para. 14-29; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 396, para. 651.

³⁷¹ Born, **Arbitration**, böl. 7.01.

³⁷² Born, **a.y.**; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 406 vd., para. 671 ve 672.

³⁷³ Born, **Arbitration**, böl. 7.01.

³⁷⁴ Amerika örneği için bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 7.03[E][7][c]; İngiltere örneği için bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 7.03[F][3].

³⁷⁵ Born, **Arbitration**, böl. 7.01.

yetkisini de tahkime tabi tuttuğu bu anlaşmaların varlığı hâlinde, mahkemeler hakemlerin yargı yetkisini denetleyemeyeceklerdir³⁷⁶.

Kompetenz-kompetenze uygulanacak hukuk ise davanın hangi yargı merci önünde olduğuna göre değişmektedir. Hakem heyetleri, *kompetenz-kompetenz* doktrinine tahkim yeri hukukunu uygularken ulusal mahkemeler ise meseleye mahkemenin hukukunu uygulamaktadırlar.³⁷⁷

Bu çalışma bakımından *kompetenz-kompetenz* doktrini, yolsuzluk içeren sözleşmelerde bulunan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine dair itirazları hangi yargı mercinin değerlendireceğini, hakem heyetlerinin bu konuda verdiği kararların ulusal mahkemeler tarafından ne ölçüde bağlayıcı kabul edileceğini ve bu kararların nasıl bir yargısal denetime tabi tutulacağını belirlememiz açısından önem taşımaktadır.

B. Ayrılabilirlik Prensibi Hakkında Genel Bilgi

Ayrılabilirlik prensibi, en geniş anlamıyla, esas sözleşmede yer alan tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsız ve ayrı bir sözleşme olarak kabulünü ifade eder³⁷⁸. Ancak, tahkim şartını tarafların esas sözleşmesinden tamamen “bağımsız” veya “ayrı” olarak tanımlamak doğru değildir. Gerçekte tahkim şartı tarafların esas sözleşmesiyle yakından ilgilidir, bu sözleşmeyle ilişkili ve onu destekleyici bir işleve sahiptir. Tahkim şartı, karine olarak esas sözleşmeden “ayrı” olmakla birlikte hiçbir zaman bu sözleşmeden tamamen “bağımsız” veya “ayrı” değildir.³⁷⁹

³⁷⁶ Özel, **Tahkim**, s. 129.

³⁷⁷ Born, **Arbitration**, böl. 7.04. Karş. Özel, **Tahkim**, s. 134. Yazar, *Kompetenz-kompetenz* prensibinin etkisinin, tahkimin temel alındığı hukuk sistemine göre belirleneceğini ifade etmiştir. Yazara göre, tahkim yeri önemli bir bağlantı noktası olmakla birlikte, taraflara milletlerarası tahkim kanunu seçme hakkı tanınan durumlarda (örneğin MTK) bu prensibin etkisi, tahkimin tabi olduğu hukuka göre şekillenir. Ayrıca, kompetenz-kompetenz ile ilgili hükümler emredici nitelikte olduğundan taraflar bu konuda hukuk seçimi yapamayacaktır.

³⁷⁸ Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 2.107; Born, **Arbitration**, böl. 3.01; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 102, para. 6-9; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 198, para. 389; Cansu Yener Keskin, **Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi**, 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023, s. 53; Nazlı Töre, **Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri**, Turhan Kitabevi, 2019, s. 62; Erkan, **Tahkimde Yetki**, s. 82.

³⁷⁹ Born, **Arbitration**, böl. 3.01; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 104, para. 6-14.

Tahkim şartının ayrılabilirliği prensibi, tahkim anlaşmasının bütünlüğünü korur ve tarafların uyuşmazlıkları tahkime götürme iradesinin kolayca bertaraf edilmesinin önüne geçilmesinde önemli bir rol oynar³⁸⁰.

Ayrılabilirlik prensibi, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka tabidir. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku ise taraflar seçebilecektir³⁸¹. Ancak, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde tahkim anlaşmasının esasına hangi hukukun uygulanacağı oldukça tartışmalıdır. Bu hâlde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk; esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukuku, mahkemenin hukuku, milletlerarası teamüller ve milletlerarası düzeyde kabul gören prensiplere göre belirlenebilmektedir³⁸².

Ayrılabilirlik prensibinin, milletlerarası ticari tahkim için son derece önemli bir dizi sonuçları vardır³⁸³. Bu sonuçlardan biri, taraflar arasındaki esas sözleşmenin yokluğunun veya geçersizliğinin bu sözleşmede yer alan ayrılabilir tahkim şartının geçerliliğini genellikle etkilemeyeceğidir³⁸⁴. Bu durumun da aşağıda açıklanacağı üzere birbiriyle ilişkili ancak iki ayrı sonucu vardır.

Birincisi, esas sözleşmenin yokluğu veya geçersizliği, ilgili tahkim şartının da yok veya geçersiz olduğu anlamına gelmez. Taraflar arasındaki esas sözleşme yok veya geçersiz olmasına rağmen bu sözleşmede yer alan tahkim şartı varlığını korumaya ve geçerli olmaya devam edebilir.³⁸⁵ Ancak belirtelim ki, tahkim şartının

³⁸⁰ Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 5.105; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 102, para. 6-10. Yener Keskin, **Tahkim**, s. 59 vd.; Töre, **Tahkim**, s. 66; Erkan, **Tahkimde Yetki**, s. 82 vd.

³⁸¹ Born, **Arbitration**, böl. 4.04[A].

³⁸² Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk hakkında detaylı bilgi için bkz.: Özel, **Tahkim**, s. 85 vd.; Selin Ece Tekin, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esasın Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 85 vd.; Esen Aydın, “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 39, No: 1, 2019, s. 33-61; Gülser Banu Uslu, “Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, No: 1, 2021, s. 167-193.

³⁸³ Bu sonuçlar hakkında detaylı bilgi için bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 3.03.

³⁸⁴ Born, **a.y.**; Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 2.108; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 104, para. 6-14; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 210, para. 410; Hacı Can, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 182; Yener Keskin, **Tahkim**, s. 55; Tekin, **Tahkim**, s. 52.

³⁸⁵ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A]; Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 5.106; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 104, para. 6-14; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 210, para. 410; Çatakli, “Tahkim”, s. 94. Ancak yazar, esas sözleşmenin yokluğu hâlinde durumun

esas sözleşmeden tamamen bağımsız ve ayrı olmaması nedeniyle sözleşmenin yokluğunun veya geçersizliğinin bu sözleşmede yer alan tahkim şartının varlığını ve geçerliliğini etkileyeceği durumlar da olabilecektir³⁸⁶.

İkincisi, tarafların esas sözleşmenin varlığına veya geçerliliğine yönelik itirazları, bağlantılı fakat ayrılabilir olan tahkim şartının varlığını veya geçerliliğini etkilemeyeceğinden uyuşmazlık tahkime havale edilebilir³⁸⁷.

Ayrılabilirlik prensibinin bu iki sonucunu birbirinden açık ve kesin bir şekilde ayırmak önemlidir. Birbiriyle bağlantılı olsa da geçerli bir tahkim şartının var olup olmadığı problemi ve bu problemi hangi yargısal mercinin çözeceği sorunu birbirinden farklıdır³⁸⁸. Fakat ne ulusal mahkeme kararlarında ne de doktrinde bu farklılık her zaman ayırt edilememiş, aksine, *kompetenz-kompetenz* doktrinin ve ayrılabilirlik prensibinin sonuçları sıklıkla birbirine karıştırılmıştır³⁸⁹. Bu nedenle kimilerince, tahkim şartının ayrılabilirliği prensibinin hakem heyetinin kendi yargı yetkisinin varlığını ve kapsamını değerlendirmesine olanak tanıdığı ileri sürülmüştür³⁹⁰. Tahkim şartının ayrılabilirliğinin, esas sözleşmenin herhangi bir nedenle feshedildiği durumlarda dahi hakem heyetine kendi yargı yetkisi hakkında karar vermesi için bir dayanak sağladığı ifade edilmiştir³⁹¹.

Ne var ki, birbirlerinden farklı hukuki sonuçlara temel teşkil eden ayrılabilirlik prensibi ve *kompetenz-kompetenz* doktrini aynı zamanda birbirleriyle de

tartışmalı olduğunu ifade etmiştir. Bu yöndeki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz.: Çataklı, **a.e.**, s. 97 vd.; Mustafa Erkan, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, No: 2, 2013, s. 547 vd.

³⁸⁶ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A]; Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 2.116; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 104, para. 6-14; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 210, para. 411; Çataklı, “Tahkim”, s. 94. Bu durumlara ilişkin örnek mahkeme kararları için bkz.: Tekin, **Tahkim**, s. 55-56.

³⁸⁷ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A]; Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 5.106; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 102, para. 6-9 ve 6-10; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 213, para. 416.

³⁸⁸ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A]; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 213 vd., para. 416. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz.: Çataklı, “Tahkim”, s. 124-126.

³⁸⁹ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A].

³⁹⁰ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[F].

³⁹¹ Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, **Arbitration**, para. 2.116; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 102, para. 6-10; Özel, **Tahkim**, s. 127 vd.; Erkan, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği”, s. 546.

bağlantılıdır³⁹². Esas sözleşmenin yokluğunun veya geçersizliğinin öne sürüldüğü çoğu durumda dahi tahkim şartı yoklukla malul veya geçersiz olmayacağından yargı yetkisine ilişkin itirazlar değerlendirilmek üzere hakem heyetine sunulmalıdır³⁹³. Bu doğrultuda, kompetenz-kompetenz doktrini ve ayrılabilirlik prensibi birbirini tamamlamaktadır³⁹⁴.

Ayrılabilirlik prensibi ile *kompetenz-kompetenz* doktrinin niteliğinin ve aralarındaki ilişkinin doğru anlaşılması, konusu yolsuzluk teşkil eden veya yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerde yolsuzluğun tahkim şartına etkisinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği bakımından önem arz etmektedir. Çalışmamızın devamında görüleceği üzere hakem heyetleri ve ulusal mahkemeler yolsuzluk içeren uyuşmazlıklarla karşılaştıklarında söz konusu değerlendirmeyi her zaman doğru olarak yapamamış ve hatalı sonuçlara ulaşmışlardır.

C. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıklarda Kompetenz-Kompetenz Doktrini ve Ayrılabilirlik Prensibinin Uygulanması

1. Westinghouse and others v. National Power Corporation of the Philippines Davası

a. ICC Dava No. 6401

Davaya bakan hakem heyeti, İsviçre’de mukim *Westinghouse Electric SA* ile Filipin merkezli *National Power Corporation (NPC)* arasında Filipinler’de bir nükleer enerji santralının inşası amacıyla 9 Şubat 1976’da akdedilen sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları incelemiştir. Sözleşme, Cenevre’de ICC kurallarınca yürütülecek olan bir tahkim şartını da içermekteydi.³⁹⁵ *Westinghouse Electric SA*, söz konusu

³⁹² Born, *Arbitration*, böl. 3.03[F]; Blackaby KC, Partasides KC, Redfern, *Arbitration*, para. 2.119; Fouchard, Gaillard, Goldman, *Arbitration*, s. 213, para. 416.

³⁹³ Born, *Arbitration*, böl. 3.03[F]; Lew, Mistelis, Kröll, *Arbitration*, s. 334, para. 14-19; Fouchard, Gaillard, Goldman, *Arbitration*, s. 213 vd., para. 416.

³⁹⁴ Yener Keskin, *Tahkim*, s. 63; Tekin, *Tahkim*, s. 56.

³⁹⁵ Betz, *Proving Bribery*, s. 169. Davada diğer bir davacı olan *Burns & Roe’nun* talepleri de uyuşmazlık konusu olmuştur. Ayrıca Filipinler Devleti de davalı olarak tahkim yargılamasına taraf gösterilmiştir. Ancak anılan taraflara ilişkin hususlar konumuz bakımından önem arz etmediği için biz bu başlık altında yalnızca *Westinghouse Electric SA* ile *NPC* arasında akdedilen sözleşmeden doğan talepleri inceleyeceğiz.

sözleşmeyi daha sonra *Delaware*, ABD’de mukim bir şirket olan *Westinghouse International Projects Company*’ye, bu şirket de sözleşmenin bir kısmını *Pennsylvania*, ABD’de mukim bir şirket olan *Westinghouse Electric Corporation*’a devretmiştir. Anılan üç şirket de söz konusu davada Davacı olarak birlikte yer almışlardır ve toplu olarak “*Westinghouse*” olarak anılacaklardır.³⁹⁶

Sekiz yıldır devlet başkanlığı görevini sürdüren ve sıkıyönetim ilan ederek devlet yetkilerinin çoğunu kendisine devretmiş olan Filipinler Devlet Başkanı *Ferdinand Marcos*, ülkede bir nükleer enerji santrali kurma planını 1973 yılında ortaya atmıştır. Bu planı gerçekleştirmek için görevlendirilen *NPC*, *Marcos* tarafından yönetilen Başkanlık Ofisi’nin doğrudan denetimi altında olan devlete ait bir kuruluştur.³⁹⁷

NPC, inşası planlanan nükleer santral için mühendislik ve müşavirlik hizmetlerini temin etmek amacıyla ABD merkezli *Burns & Roe* ile bir danışmanlık sözleşmesi imzalamıştır³⁹⁸. *Burns & Roe*, özellikle santralin inşasına yönelik tekliflerin değerlendirilmesi sürecinde *NPC*’ye danışmanlık hizmeti sunacaktı³⁹⁹.

Westinghouse’un nükleer enerji santrali inşaatı sözleşmesi için Fransız, Alman, Japon ve diğer bir Amerikan şirketiyle daha rekabet etmesine rağmen *NPC*, anılan sözleşmeyi 1974 yılında *Westinghouse*’a vermiştir. *Westinghouse*, nükleer enerji santralinin inşasını 1985 yılında tamamlamış gibi gözüktse de 1986 yılında *Marcos* Hükümeti’nin devrilmesi ve Çernobil felaketinin gerçekleşmesi üzerine yeni göreve gelen *Aquino* hükümeti, 2,3 milyar ABD dolarına mâl olan santrali işletmemeye karar vermiştir.⁴⁰⁰ *Bataan* Nükleer Enerji Santrali olarak da anılan tesis, yeniden açılmasına yönelik tartışmalara rağmen hâlen atıl vaziyette beklemektedir⁴⁰¹.

1988 yılında davacı *Westinghouse* hem *NPC*’ye hem de Filipinler Devleti’ne karşı *ICC* tahkimini başlatmıştır. *Westinghouse*, inşaat sözleşmesi kapsamında

³⁹⁶ Betz, **a.e.**, s. 169, dn. 61.

³⁹⁷ Betz, **a.e.**, s. 169 vd.

³⁹⁸ Sayed, **Corruption**, s. 77.

³⁹⁹ Sayed, **a.y.**

⁴⁰⁰ Betz, **Proving Bribery**, s. 170.

⁴⁰¹ Rupert Wingfield-Hayes, “Philippines: The 70s Nuclear Relic That May Open at Last”, **BBC News**, (Çevrimiçi, 2025) <https://www.bbc.com/news/world-asia-64634816>

ödenmeyen masraf kalemleri, ücret ayarlamaları ve mazur görülebilecek gecikmelerden kaynaklanan maliyet artışları dolayısıyla davalıların kendisine milyonlarca dolar borçlu olduğunu iddia etmiştir. Davalılar ise diğer hususların yanı sıra, *Westinghouse*'un dava konusu inşaat sözleşmesini yolsuzluk yoluyla elde ettiği iddiasında bulunmuştur.⁴⁰²

NPC hem inşaat sözleşmesinin hem de bu sözleşmede yer alan tahkim şartının, rüşvet yoluyla elde edildiği için geçersiz olduğunu savunmuştur. *Westinghouse*'dan rüşvet alan eski devlet Başkanı *Marcos*'un baskısıyla anılan sözleşmeyi kabul etmek zorunda kaldığını iddia eden *NPC*,⁴⁰³ bu durumun kendi tahkim iradesini sakatladığını öne sürmüştür⁴⁰⁴. *NPC*, Başkan *Marcos*'un baskısı olmadan usulüne uygun gerçekleşecek bir ihale sürecinin *Westinghouse*'un rakiplerinden biri lehine sonuçlanacağını ima etmiştir. Zira aynı durum *Burns&Roe*'ya verilen danışmanlık sözleşmesi için de söz konusu olmuştur. Yapılan ihale sonucunda danışmanlık sözleşmesi ilk başta daha avantajlı teklif sunan diğer bir şirkete verilmiş, ancak sözleşmeyi *Burns&Roe*'ya verebilmek amacıyla söz konusu ihale iptal edilmiştir.⁴⁰⁵

Davalıların yolsuzluğa ilişkin iddiaları nedeniyle hakem heyeti, ilk olarak yargı yetkisini incelemiştir. Her ne kadar hakem heyeti tahkim şartının ayrılabilirliği prensibinin doktrinde genel kabul gördüğünü vurgulamış olsa da tarafların prensibin uygulanması konusunda farklı görüşler ortaya sunması üzerine konuyu şu şekilde gerekçelendirmiştir:⁴⁰⁶ “*Davacılar her hâlikârda [ayrılabilirlik] prensibinin geçerli olduğunu iddia etmekteyken, davalılar ise tam tersine esas sözleşmenin rüşvet yoluyla elde edildiğinin tespit edilmesi hâlinde bu prensibin uygulanamayacağını savunmaktadır. İlkel olarak hakem heyeti, davacıların iddiasının aksine ayrılabilirlik prensibinin her durumda mutlak olarak uygulanamayacağını kabul etmeye hazırdır. Taraflar arasındaki sözleşmenin köklerine kadar inen bir kusurun hem esas sözleşmeyi hem de tahkim şartını etkilediği durumlar olabilir. Tehdit yoluyla elde edilen bir sözleşme buna bariz bir örnektir. Rüşvetin etkisiyle ilgili olarak ise kanıtlanması hâlinde hem esas sözleşmeyi hem de tahkim şartını*

⁴⁰² Betz, *Proving Bribery*, s. 170.

⁴⁰³ Betz, *a.e.*, s. 172.

⁴⁰⁴ Uluç, *Corruption*, s. 95.

⁴⁰⁵ Sayed, *Corruption*, s. 79.

⁴⁰⁶ Betz, *Proving Bribery*, s. 170.

etkileyip etkilemediğinin ve her ikisini de hükümsüz kılıp kılmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.”⁴⁰⁷

Açık ve inandırıcı delil ispat ölçüsünü uygulayan hakem heyeti, *NPC*’nin, kendisini *Westinghouse* ile nükleer santral inşaatı sözleşmesini imzalamaya *Marcos*’un zorladığını ve bunun karşılığında da *Marcos*’un rüşvet aldığını veya almayı kabul ettiğini kanıtlayamadığını belirtmiştir. Sözleşmedeki tahkim şartının müzakere geçmişini araştıran hakem heyeti, *Marcos*’un tahkim şartının kabul edilmesi için de *NPC*’ye baskı yaptığının dair herhangi bir bulguya rastlamamıştır.⁴⁰⁸ Dolayısıyla da hakem heyeti, rüşvetin hem esas sözleşmeyi hem de tahkim şartını etkileyip etkilemediğine ilişkin “hassas konuyu” incelemelerinin bir gereği olmadığına kanaat getirmiş,⁴⁰⁹ davayı yargılama yetkisi olduğuna hükmederek hem tahkim şartının hem de inşaat sözleşmesinin geçerli olduğuna karar vermiştir⁴¹⁰.

Doktrinde bir görüşe göre, kararın görünüşte kafa karıştırıcı olmasına rağmen hakem heyetinin rüşvet iddialarını öncelikle incelemesi, açıkça rüşvetin hem esas sözleşmeyi hem de tahkim anlaşmasını geçersiz kılabileceğini değerlendirdiklerini göstermektedir. Hakem heyeti, rüşvetin tahkim anlaşmasını geçersiz kılmayacağını, her hâlükârda uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisinin mevcut olduğunu düşünseydi öncelikle rüşvet iddialarını incelemeksizin meselenin soruşturulmasını davanın esasının ele alınacağı zamana kadar erteleyebilirdi.⁴¹¹

Yukarıda yer verilen görüşün aksine, davalı *NPC*’nin özellikle rüşvet nedeniyle tahkim şartının geçersiz olduğu iddiasını ortaya atması nedeniyle hakem heyetinin uyuşmazlığı öncelikle yargı yetkisi yönünden incelediğinin kabulü de mümkün değildir. Zira dava konusu maddi vakıalar dikkatli bir şekilde incelendiğinde hem esas sözleşmenin hem de tahkim şartının rüşvet yoluyla elde edildiğine ilişkin olguların birbirinden ayrılabilmesi ve sadece sonrakinin yargı yetkisi sorunlarıyla bağlantılı

⁴⁰⁷ “ICC Case No. 6401, Westinghouse International Projects Company, Westinghouse Electric SA, Westinghouse Electric Corporation, and Burns & Roe Enterprises, Inc. v. National Power Corporation, The Republic of Philippines, Preliminary Award, December 19, 1991”, **Mealey’s International Arbitration Report**, C. 7, No: 1, böl. B, 1992 para. 20; naklen: Betz, **Proving Bribery**, s. 170 vd.

⁴⁰⁸ Betz, **Proving Bribery**, s. 174 vd.

⁴⁰⁹ Sayed, **Corruption**, s. 79.

⁴¹⁰ Betz, **Proving Bribery**, s. 175.

⁴¹¹ Sayed, **Corruption**, s. 79.

olarak ele alınabileceği anlaşılmaktadır. Ancak, esas sözleşmenin rüşvet yoluyla elde edilmesinin içindeki tahkim şartı da dâhil olmak üzere tüm sözleşmeyi geçersiz kılabileceğini öngören mahkeme, her iki konuyu da öncelikle ele almış ve meseleyi ara kararında hükme bağlamıştır.⁴¹²

b. İptal Davası

Hem nükleer enerji santrali inşaatı sözleşmesinin hem de bu sözleşmede yer alan tahkim şartının rüşvet yoluyla elde edildiği için geçersiz olduğunu savunan *NPC*, hakem heyetinin yargı yetkisine ilişkin vermiş olduğu ara kararın iptalini, tahkim yeri yetkili merci olan İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi’nden talep etmiştir.

Mahkeme, esas sözleşmenin rüşvet yoluyla elde edildiği hakem heyeti tarafından tespit edilseydi dahi sözleşmede yer alan tahkim şartının sırf bu sebeple geçersiz hâle gelmeyeceğini vurgulamıştır. Zira İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanunu⁴¹³ m. 178/3 uyarınca bir tahkim anlaşmasının geçerliliğine, esas sözleşmenin geçersiz olduğu gerekçesiyle itiraz edilememektedir. Mahkemeye göre, anılan madde hükmü ve yerleşik içtihat, evrensel olarak kabul edilen tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibini İsviçre Hukuku’nun da kabul ettiğini göstermektedir. Öte yandan mahkeme, bu prensibin esas sözleşmenin geçersiz olduğu her durumda tahkim şartının geçerli kalmaya devam edeceği anlamına gelmediğini de ifade etmiştir. Örneğin mahkeme, korkutma gibi iradeyi sakatlayan bazı hâller dolayısıyla esas sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda ayrılabilirlik prensibinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Bu hâllerde esas sözleşmenin geçersizliği, tahkim şartını da etkileyecektir.⁴¹⁴

Ne var ki mahkeme, yolsuzluğun söz konusu durumlardan biri olmadığını ve esas sözleşmenin yolsuzluk nedeniyle geçersiz olması hâlinde dahi tahkim şartının etkisini koruyacağını belirtmiştir. Ayrılabilirlik prensibinin, rüşvetin esas sözleşme üzerindeki etkisine hakemlerin karar vermesine olanak sağladığını vurgulayan

⁴¹² Sayed, **a.e.**, s. 80, dn. 254.

⁴¹³ *Federal Act on Private International Law (PILA)*, (Çevrimiçi, 2025), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en

⁴¹⁴ BGE 119 II 380, s. 384

mahkeme, yolsuzluğun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinin hakemlerce yapılması gerektiğine hükmetmiştir.⁴¹⁵

c. New Jersey Bölge Mahkemesi Önündeki Dava

Cenevre'deki tahkim yargılaması devam etmekteyken *NPC* ve Filipin Devleti, ABD New Jersey Bölge Mahkemesi önünde de *Westinghouse*'a karşı bir dava açmıştır. *Westinghouse* devam eden tahkim yargılaması nedeniyle tarafların ulusal mahkemelerde dava açamayacağını ileri sürmüştür.

Davaya bakan federal yargıç, 1925 tarihli ABD Federal Tahkim Kanunu'nun (FTK)⁴¹⁶ 3. ve 4. maddeleri ile Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yerleşik içtihat hâlini alan *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co*⁴¹⁷ kararına atıfta bulunarak kararını oluşturmuştur. Federal yargıca göre, FTK m. 3 uyarınca yazılı bir tahkim anlaşmasına tabi bir konu hakkında federal mahkemede dava açılması hâlinde mahkeme, dava konusunun tahkime elverişli⁴¹⁸ olduğunu tespit ettiği takdirde tahkim

⁴¹⁵ BGE 119 II 380, s. 385

⁴¹⁶ *U.S. Federal Arbitration Act*, 12.02.1925, (Çevrimiçi, 2025), <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title9&edition=prelim>

⁴¹⁷ 12 Haziran 1967 tarihli bu kararda Amerikan Yüksek Mahkemesi, taraflar arasında aksine bir anlaşma olmadıkça sözleşmede yer alan tahkim şartının ayrılabilir olduğunu beyan etmiştir. Yüksek mahkeme kararını oluştururken tarafların karine olarak tahkim anlaşmalarını, esas sözleşmeye yönelik itirazlardan korumak istedikleri görüşüne ve FTK'nin tahkim sürecinin hızlı ve mahkemeler tarafından herhangi bir gecikmeye ya da engellemeye maruz bırakılmadan gerçekleştirilmesi yönündeki politikasına dayandırmıştır. Böylelikle mahkeme, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda taraflar arasındaki esas sözleşmenin aldatma yoluyla elde edildiğine ilişkin bir itirazın federal mahkemeler tarafından değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre FTK, federal mahkemenin esas sözleşmenin aldatma yoluyla elde edildiğine ilişkin genel iddiaları değerlendirmesine izin vermemektedir. Anılan kanun uyarınca yalnızca tahkim anlaşmasının yapılmasına ve icrasına ilişkin konuları federal mahkeme değerlendirebilecektir. Başka bir deyişle, ancak doğrudan tahkim şartının kendisi akdedilirken aldatmanın gerçekleştirildiğinin iddia edilmesi hâlinde ortada geçerli bir tahkim anlaşmasının yapılmasıyla ilgili bir konu olacağından federal mahkeme yetkili olacaktır. Öte yandan, kanunun açık lafzı ve tarafların seçtikleri uyuşmazlık çözüm mekanizmasının mahkemelerce gecikmeye ve engellemeye maruz bırakılmaması yönündeki iradeleri göz önüne alındığında, hem esas sözleşmenin hem de tahkim şartının geçerliliğine yönelik bir itirazın bulunması hâlinde uyuşmazlığın tahkime havale edilmesi gerekmektedir. Bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 3.02[B][3][c].

⁴¹⁸ Amerikan anglo-sakson hukukunda tahkime elverişlilik kavramı, hangi uyuşmazlıkların konusu itibarıyla tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olduğunu ve kimlerin bir tahkim yargılamasının tarafı olabileceğini ifade etmesinin yanı sıra tahkim anlaşmasının varlığını, geçerliliğini ve kapsamını da içine alacak şekilde daha geniş kapsamlı bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu konuda bkz.: Uluç, **Corruption**, s. 76; Huysal, **Tahkime Elverişlilik**, s. 12; Lew, Mistelis, Kröll, **Arbitration**, s. 188, para. 9-4; Hanotiau, "The Law Applicable to Arbitrability", s. 875, para. 2; Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 312, para. 532.

yargılaması sona erene kadar davayı durdurmalıdır. FTK m. 4 uyarınca ise yazılı bir tahkim anlaşmasına rağmen, karşı tarafın ihmali veya kusuru dolayısıyla tahkime gitmemesi ya da tahkimi reddetmesi nedeniyle mağdur olan taraf, mahkemenin geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını ve buna uyulmadığını tespit etmesi hâlinde uyuşmazlığın tahkime havale edilmesini isteyebilecektir.⁴¹⁹

Federal yargıç, *Prima Paint* içtihadı uyarınca tahkim şartının sözleşmenin geri kalanından ayrılabilir olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu içtihada göre, federal mahkemenin yalnızca tahkim anlaşmasının yapılmasında aldatma olduğunun iddia edilmesi hâlinde davayı karara bağlama yetkisi olduğunu, öte yandan esas sözleşmenin aldatma yoluyla elde edildiğine ilişkin genel iddiaları değerlendiremeyeceğini vurgulamıştır.⁴²⁰

Federal yargıç, *Prima Paint* içtihadını tamamen mantıklı bulmadığını açıkça dile getirmiştir. Bu içtihadın federal mahkemeleri, aldatmanın yalnızca tahkim şartına yönelik mi olduğuna ilişkin oldukça nadir görülen ve dar kapsamlı bir sorunla baş başa bıraktığını vurgulamıştır. Öte yandan, aldatmanın sözleşmenin bütününe yönelik olup olmadığına ilişkin daha sık karşılaşılan ve genellikle daha karmaşık olan soruyu hukuki becerilerinden ziyade teknik bilgileri için seçilen bir grup olan hakem heyetine bıraktığını belirtmiştir. Federal Yargıç bu durumun aynı zamanda FTK m. 2’de hüküm altına alınan “*herhangi bir sözleşmenin geçersiz kılınması için hukukta veya hakkaniyette var olan sebepler dışında yazılı bir tahkim anlaşmasının geçerli, gayrikabili rücu ve icra edilebilir olacağına*” ilişkin geniş kapsamlı ifadeye de ters düşebileceğini ifade etmiştir.⁴²¹

Ne var ki *Prima Paint* içtihadının hayatta ve sağlıklı olduğunun sonraki yüksek mahkeme kararlarında da teyit edildiğini kabul eden federal yargıç, bu durumun yüksek mahkemenin tarafların özgürce seçtiği tahkim anlaşmalarını icra etme konusundaki militan kararlılığını gösterdiğini belirtmiştir. Aldatma teşkil eden bir fiilin kurbanı olduğuna inanan ve mahkemede mücadele etmek isteyen tarafın, söz

⁴¹⁹ *Republic of the Philippines v. Westinghouse, et al.*, 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1367.

⁴²⁰ 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1367.

⁴²¹ 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1367-1368.

konusu aldatmanın yalnızca tahkim şartına yönelik olduğunu göstermekten veya herhangi bir nedenle mevcut uyuşmazlığın *Prima Paint* içtihadının bir istisnası olduğuna mahkemeyi ikna etmekten başka bir çaresi olmadığını söylemiştir⁴²².

Nitekim *NPC*, rüşvetin iradeyi sakatlayan bir aldatma (*fraud in the inducement*) değil de iradeyi tamamen geçersiz kılarak taraflar arasındaki sözleşmeyi başından itibaren hükümsüz bırakan bir aldatma (*fraud in factum*) olduğunu savunmuştur. *NPC, Cancanon v. Smith, Barney, Harris, Upham & Co* kararına atıfta bulunarak bu tür bir aldatmanın tahkim şartı da dâhil olmak üzere tüm sözleşmeyi kesin hükümsüz kıldığını, böylece de *Prima Paint* içtihadının bir istisnasını oluşturduğunu öne sürmüştür.⁴²³

Cancanon kararında mahkeme, teklif edilen sözleşmenin niteliğine veya esaslı unsurlarına ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunulması hâlinde karşı tarafın bu sözleşmeyi kurma iradesi olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu durumda ortada bir sözleşme yoktur. Dolayısıyla *fraud in factum* teşkil eden bir fiilin olması hâlinde bu durum karşı tarafın sözleşme kurma iradesini ortadan kaldıracığından uyuşmazlık sözleşmede yer alan tahkim şartı uyarınca çözülemeyecektir.⁴²⁴

Federal yargıç ise *fraud in factum* doktrini, *Prima Paint* içtihadının bir istisnası olsa dahi *NPC*'nin öne sürdüğü iddiaların bu doktrin kapsamında olmadığını belirtmiştir. Çünkü *fraud in factum*un söz konusu olabilmesi için sözleşmenin niteliğine veya esaslı unsurlarına ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanların bulunması ve karşı tarafın bunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekmektedir. Öte yandan, dava konusu sözleşmeyi müzakere eden *NPC* yetkililerinin sözleşmenin niteliğinin tamamen farkında oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle de *fraud in factum*a dayanmak için sözleşmenin niteliği veya unsurları konusunda aldatıldıklarını iddia etmemektedirler.⁴²⁵

⁴²² 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1368.

⁴²³ 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1368.

⁴²⁴ 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1368.

⁴²⁵ 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1368-1369.

Federal yargıç, *NPC*'nin iddia ettiği fiillerin aslında korkutma savunmasına işaret ettiğini ifade etmiştir. Öne sürülen iddiaya göre rüşvet alan *Marcos*, gücünü ve nüfuzunu kullanarak *NPC*'yi nükleer enerji santrali inşaatı sözleşmesini kabul etmesi için zorlamıştır. Ancak federal yargıç, bizzat *NPC*'nin dayandığı *Cancanon* kararında mahkemenin korkutma savunmasını *fraud in factum*dan ayırmaya özen gösterdiğini vurgulamıştır. Kararda, korkutma iddialarının iradeyi ortadan kaldıran bir durum olmadığına aksine iradeyi sakatlayan bir durum olduğuna hükmedildiğini belirtmiştir. Buna karşılık *NPC* ise dava konusu korkutma fiilinin derece ve tür bakımından olağanın dışında olduğunu, bu nedenle de *fraud in factum* teşkil ettiğini savunmuştur. Federal yargıç, irade yokluğuna eşdeğer olacak kadar aşırı bir korkutma türü olabileceğini ancak dava konusu olayların böyle olmadığını dile getirmiştir.⁴²⁶

Diğer taraftan federal yargıç, eğer *NPC* korkutmanın yalnızca tahkim şartına yönelik olduğunu gösterebilseydi, bu durumun *Prima Paint* içtihadına uygun olarak meseleyi federal mahkemenin incelemesine imkân verebileceğini ifade etmiştir. Federal yargıç, rüşvet ödemelerinin *NPC*'yi bilhassa tahkim şartını kabul etmeye teşvik edip etmediği konusunda önemli bir sorunun açıkça ortada olduğunu belirtmiştir.⁴²⁷ Ancak aşağıda görüleceği üzere federal yargıç bu soruna farklı bir açıdan yaklaşarak işin içinden sıyrılmıştır.

Federal yargıç, dava konusu bilgi ve belgelere dayanarak *Marcos*'un *NPC* üzerinde tam bir yönetme ve temsil gücüne sahip olduğuna kanaat getirmiştir. Aldatmanın veya korkutmanın gerçekleşebilmesi için sözleşmenin diğer tarafının veya üçüncü bir kişinin müdahalesi gerektiğinden, başka bir deyişle, kişi kendisini aldatıp korkutamayacağından *Marcos*'un aldığı herhangi bir ödemenin sözleşmeyi veya herhangi bir maddesini geçersiz kılmak için bir dayanak oluşturamayacağını belirtmiştir.⁴²⁸ Dolayısıyla, davacıların rüşvet iddiaları doğru olsa bile *Marcos*'un *NPC*'yi, *Westinghouse* ile sözleşme yaptırtma yetkisi olduğu için bunun sözleşmeyi hükümsüz veya iptal edilebilir kılmayacağına karar vermiştir.⁴²⁹

⁴²⁶ 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1369.

⁴²⁷ 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1369.

⁴²⁸ 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1369-1371.

⁴²⁹ 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1372.

Sonuç olarak federal yargıç, yukarıda açıklanan gerekçelerle iki konu dışında⁴³⁰ genel olarak nükleer enerji santrali inşaatı sözleşmesinin rüşvet yoluyla elde edildiği iddialarının ve *Westinghouse*'a yönelik diğer tüm iddiaların tahkimde karara bağlanması gerektiğine hükmetmiştir.⁴³¹

2. ICC Dava No. 6474

Dava konusu olayda Avrupalı bir şirket ile X Cumhuriyeti arasında tarım ürünleri tedarik edilmesi için çeşitli sözleşmeler akdedilmiştir⁴³². Sözleşmeler, traktör ile diğer tarımsal araç ve gereçlerin parçalarının satın alınmasının yanı sıra bölgedeki tarımın makineleştirilmesi ve ülkenin teknolojik gelişimi gibi konuları içermektedir⁴³³. Sözleşmelere uygulanacak hukuk olarak İsviçre Hukuku seçilmiştir. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar üzerine gerçekleştirilen müzakereler başarısız olunca şirket, sözleşmelerdeki tahkim maddesine dayanarak İsviçre'nin Zürih kentinde ICC tahkimini başlatmıştır⁴³⁴.

⁴³⁰ Birinci konu, Başkan *Marcos*'un Filipin halkına olan yükümlülüklerini (*fiduciary duty*) yerine getirmemesi için *Westinghouse*'un hukuka aykırı müdahalelerde bulunduğu iddiasıdır. İkinci konu ise *Marcos*'un hem Filipin Devleti'ne hem de *NPC*'ye olan yükümlülüklerini hukuka aykırı fiillerde bulunarak ihlâl etmesi amacıyla *Westinghouse*'un, *Marcos* ile bir anlaşma (*conspiracy*) yaptığı iddiasıdır. Federal yargıca göre bu iddialar, rüşvet aldığı iddia edilen *Marcos*'un nükleer enerji santrali inşaatı sözleşmesinin akdedilmesi sürecine *Westinghouse* lehine dâhil edilmesiyle ilgilidir. Bu tür iddialar, Filipin halkının adil ve şeffaf bir ihale sürecinden elde edeceği hak ve menfaatlerinin ihlâl edilmesiyle alakalıdır. Federal yargıç, söz konusu iddiaların kanıtlanması hâlinde bu durumun sözleşmenin ifasıyla ilgili olmayan ve iradeyi bozan, basit bir fiilin ötesine geçen konuları içerdiğini ifade etmiştir. Federal yargıç söz konusu iddialar vasıtasıyla *Marcos*'un, Filipin halkına karşı ayrı ve önceden var olan yükümlülüklerini ihlâl ettiğinin öne sürüldüğünü vurgulamıştır. Açıklanan nedenlerle federal yargıç, hem bu iddiaların altında yatan olgusal durumların hem de hukuki teorilerin sözleşmenin ifası kapsamındaki taleplerden ya da tahkim şartına tabi olan sözleşmenin imzalanması ve icra edilmesi sürecinde yolsuzluk yapıldığı iddialarından ayrı ve farklı konular olduğuna kanaat getirmiştir. Bkz.: 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1374

⁴³¹ 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989), s. 1375-1376. Her ne kadar *Westinghouse*, hakem heyetinin ICC'nin 6401 numaralı davasında yargı yetkisine ve sözleşmenin geçerliliğine ilişkin konular üzerinde verdiği ara kararın, mahkemenin ayrı tuttuğu iki konu bakımından da kesin hüküm etkisine sahip olacağını ileri sürmüştü de federal yargıç *Westinghouse*'un bu talebini reddetmiştir. Bkz.: *Republic of the Philippines v. Westinghouse, et al.*, 782 F. Supp. 972 (D.N.J. 1992), s. 974. Dolayısıyla bu iki konu bakımından yargılama devam etmiş ve nihayetinde taraflar sulh anlaşması imzalamışlardır. Anlaşmaya göre *Westinghouse*, Filipinler'e 100 milyon ABD doları ödeyecek ve karşılığında da nükleer enerji santralini onarmak, mevcut standartlara yükseltmek ve otuz yıla kadar işletmek üzere görevlendirilecekti. Bkz.: Betz, *Proving Bribery*, s. 175.

⁴³² Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains, Dominique Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1996-2000*, Paris, ICC Publishing S.A; Kluwer Law International, 2003, s. 341.

⁴³³ Arnaldez, Derains, Hascher, *a.e.*, s. 367 vd., para. 137.

⁴³⁴ Arnaldez, Derains, Hascher, *a.e.*, s. 341.

Davalı X Cumhuriyeti, hem yazılı hem de sözlü beyanlarında davacının X Cumhuriyet’inde görevli kamu görevlilerine rüşvet verdiğini kanıtlayan *prima facie* delillerin bulunduğunu öne sürmüş, aksinin kabulü hâlinde ise makul bir üçüncü kişinin rüşvetle teşvik edilmedikçe dava konusu sözleşmeleri akdetmeyeceğini göstermeye yeterli delillerin somut olayda var olduğunu iddia etmiştir⁴³⁵. Davalı, tahkim şartının sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğunu ve sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulayarak, rüşvetin tahkim şartı da dâhil olmak üzere tüm sözleşmeyi geçersiz kıldığını ileri sürmüştür.⁴³⁶ Neticede Davalı, dava konusu sözleşmelerin yolsuzluk veya sahtekârlık yoluyla yapıldığı ya da hukuka aykırılıkla kirletildiği gerekçesiyle hakem heyetinin yargı yetkisine itiraz etmiştir.

Hakem heyeti, davalının yolsuzluk iddialarının *PILA* m. 178/3⁴³⁷ uyarınca ve gerektiği takdirde milletlerarası tahkim hukukunun, milletlerarası hukukun (*transnational law*) genel ilkeleri ve milletlerarası ticaret teamülleri bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴³⁸

Davalının *ICC* Tahkim Kuralları ve *PILA* m. 178’de yer alan tahkim şartının ayrılabilirliği prensibini büyük ölçüde göz ardı ettiğini vurgulayan hakem heyeti,⁴³⁹ yolsuzluk ve sahtekârlık nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedilebilmesi için davalının önce tahkim şartının yalnızca yolsuzluk ve sahtekârlık yoluyla akdedildiğini iddia etmesi ve ardından bunu ispatlaması gerektiğine hükmetmiştir. Hakem heyeti, Davalı X Cumhuriyeti’nin bu ikisini de yapmadığını belirtmiştir.⁴⁴⁰

Sonuç olarak hakem heyeti, davalının ne iddia ettiği rüşvet veya sahtekârlığın gerçekleştiğini kanıtlayan *prima facie* delilleri sunabildiğini ne de böyle bir varsayımda dahi *PILA* m. 178 uyarınca tamamen geçerli olan bir tahkim şartının

⁴³⁵ Arnaldez, Derains, Hascher, **a.e.**, s. 368, para. 139.

⁴³⁶ Arnaldez, Derains, Hascher, **a.e.**, s. 369, para. 145.

⁴³⁷ Maddenin çevirisi şu şekildedir: “Bir tahkim anlaşmasının geçerliliğine, esas sözleşmenin geçersizliği veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış bir uyumsuzluğa ilişkin olduğu gerekçesiyle itiraz edilemez.” Bkz.: *PILA* m. 178/3, (Çevrimiçi, 2025), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en

⁴³⁸ Arnaldez, Derains, Hascher, **Collection of ICC Arbitral Awards, 1996-2000**, s. 369, para. 143.

⁴³⁹ Arnaldez, Derains, Hascher, **a.e.**, s. 369, para. 145.

⁴⁴⁰ Arnaldez, Derains, Hascher, **a.e.**, s. 369, para. 144.

bundan etkileneceğini gösterebildiğini vurgulayarak⁴⁴¹ davalının itirazını reddetmiştir⁴⁴².

Söz konusu kararda da hakem heyetinin yaklaşımı, ancak tarafların tahkim iradesini “doğrudan” zedeleyen bir yolsuzluğun tahkim şartının akdedilmesine sebebiyet vermesi hâlinde yargı yetkisini mahkemelere bırakılacağı yönünde olmuştur.⁴⁴³

3. Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov Davası

a. İngiliz İlk Derece Mahkemesi Kararı

İngiliz İlk Derece Mahkemesi’nin 20 Ekim 2006 tarihli *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* kararına konu olay şu şekildedir:

Sovcomflot, Rusya Devleti’ne ait bir şirketti. *Sovcomflot*, *Fiona Trust and Holding Corp. (Fiona)* şirketinin de sahibiydi ve *Fiona* şirketi de *FML*’in sahibiydi. *Sovcomflot*, grubun sahip olduğu bir dizi tekil gemi şirketleri (*one-ship company*) aracılığıyla Dünya’daki en büyük gemi filolarından birini işletmekteydi.⁴⁴⁴

Sovcomflot, Bay *Nikitin*’in sahip olduğu bir dizi tekil gemi şirketi yanında *Nikitin*’in kendisi ve *Privalov* ile *Skarga* isimli iki kişiye daha İngiliz İlk Derece Mahkemesi önünde dava açmıştır. *Sovcomflot*, Bay *Nikitin*’in, *FML*’nin başkanı Bay *Privalov* ile her üç şirkette de (*Sovcomflot*, *Fiona* ve *FML*) yetkili olan Bay *Skarga*’ya ve *Sovcomflot*’ta üst düzey yönetici olan Bay *Borisenko*’ya rüşvet vererek⁴⁴⁵ *Sovcomflot* grubuna ait gemileri imtiyazlı fiyatlarla kiraladığını iddia etmiştir.⁴⁴⁶ *Sovcomflot*, bu kiralama sözleşmelerinin rüşvet yoluyla elde edildiği için kesin

⁴⁴¹ Arnaldez, Derains, Hascher, a.e., s. 369, para. 146.

⁴⁴² Arnaldez, Derains, Hascher, a.e., s. 369, para. 147.

⁴⁴³ Uluç, **Corruption**, s. 95.

⁴⁴⁴ A. Samuel, “Agora: Thoughts on Fiona Trust: Separability and Construing Arbitration Clauses: The House of Lords’ Decision in Premium Nafta and the Fiona Trust”, **Arbitration International**, C. 24, No: 3, 2008, s. 489 vd.; [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 2.

⁴⁴⁵ Davacılar, Bay *Privalov*’la ve muhtemelen Bay *Borisenko* ile sulh olmuşlardır çünkü her iki kişi de sonradan davacılar *Sovcomflot*’un büyük bir yolsuzluğun (rüşvet iddiaları) mağduru olduğunu düşündükleri durumu çözüme kavuşturmak için destek vermeye başlamışlardır. Bkz.: [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 8.

⁴⁴⁶ Samuel, “Fiona Trust”, s. 489 vd.; [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 4.

hükümsüz ya da iptal edilebilir olduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla, sözleşmelerin feshinin veya iptalinin tespitini mahkemeden talep etmiştir.⁴⁴⁷

Dava konusu olan standart sözleşmelerde tahkim şartı bulunmaktaydı⁴⁴⁸. Bu tahkim şartına dayanan Bay *Nikitin*, standart sözleşmelerle kiralanan gemilerden birinin bağlanmasıyla ilgili olan iki uyuşmazlık için tahkimde dava açmıştı. Bu davada sözleşmelerin geçerli olduğunun tespitini de tahkim yargılamasına bakan hakemden talep etmişti.⁴⁴⁹ Bay *Nikitin*, kendisine karşı İngiliz İlk Derece Mahkemesi önünde açılan davada ise İTK m. 9 uyarınca mevcut davanın bekletilmesini talep etmişti⁴⁵⁰.

Sovcomflot ise rüşvet yoluyla elde edilen sözleşmelerin geçersizliğinin aynı zamanda bu sözleşmelerde yer alan tahkim şartını da geçersiz kıldığını savunmuştur⁴⁵¹. *Sovcomflot*'a göre, şirket çalışanlarınca ilgili sözleşmelerin akdedilmesi için alınan rüşvet, şirketin iradesini sakatlamıştı. Dolayısıyla, bu sözleşmeler geçerli olarak kurulmamıştı ve *Sovcomflot* tahkim şartı da dâhil olmak üzere sözleşmenin hiçbir hükmüyle bağlı değildi.⁴⁵²

Davaya bakan İngiliz İlk Derece Mahkemesi hâkimi Yargıç *Morison*, İngiliz İstinaf Mahkemesi tarafından verilen *Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.* kararına atıf yapmış ve bu kararda esas sözleşmeyi geçersiz kılan her hâlin tahkim şartını da geçersiz kılmayacağı yönünde ortaya konulan içtihadı vurgulamıştır⁴⁵³. Ancak, bu içtihadın sözleşmeyi geçersiz kılan her durum için söz konusu olmayacağını belirtmiş ve rüşvetin tahkim anlaşmasını geçersiz kıldığı iddialarının varlığı hâlinde davaya mahkemelerce bakılması gerektiğine karar vermiştir⁴⁵⁴. Zira Yargıç *Morison*'a göre rüşvet; sözleşmesel olmayan, dolayısıyla da tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyen, haksız fiile dayanan bir konudur⁴⁵⁵.

⁴⁴⁷ Samuel, "Fiona Trust", s. 490.

⁴⁴⁸ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 9.

⁴⁴⁹ Samuel, "Fiona Trust", s. 490; [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 10.

⁴⁵⁰ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 9.

⁴⁵¹ Samuel, "Fiona Trust", s. 491; [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 9.

⁴⁵² [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 21.

⁴⁵³ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 22.

⁴⁵⁴ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 25.

⁴⁵⁵ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 36.

Kaldı ki, rüşvet iddialarının tahkim şartını geçersiz kıldığına yönelik talebe tahkim yargılamasında karar verilmesi gerektiğine hükmetse dahi, somut olayda sözleşmelerin rüşvet yoluyla elde edilmiş olmasının daha muhtemel olduğu ve tahkim anlaşmasının da bundan etkilendiği kanaatine vardığını belirtmiştir⁴⁵⁶.

Esas sözleşmeyi geçersiz hâle getiren rüşvetin, sözleşmenin varlığını temelinden sarstığını ve bunun tahkim şartının geçerliliğinin sorgulanmaksızın yapılamayacağını vurgulamıştır. Rüşvet nedeniyle sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunun tespit edilmesi hâlinde tahkim şartı da dâhil olmak üzere tüm sözleşmenin geçersiz olacağını içtihat etmiştir.⁴⁵⁷

Sonuç olarak Yargıç *Morison*, Bay *Nikitin* tarafından başlatılan tahkim yargılamasının durdurulmasına ve davanın esastan görülmesine karar vermiştir⁴⁵⁸. Ardından dava önce İngiliz İstinaf Mahkemesine, sonrasında ise Lordlar Kamarası'na⁴⁵⁹ taşınmıştır.

b. İngiliz İstinaf Mahkemesi Kararı

İngiliz İstinaf Mahkemesi, tahkim şartının geçerliliğine itiraz etmek için sözleşmenin bir bütün olarak geçersiz olduğunu söylemenin yeterli olmadığına, tahkim şartının geçersizliği için bundan daha fazlasının gerektiğine karar vererek tahkim şartının ayrılabilirliği prensibini katı bir şekilde uygulamıştır⁴⁶⁰.

Mahkeme'ye göre, doğrudan ve yalnızca tahkim şartının geçerliliğine itiraz edilmesi hâlinde ulusal mahkemece bir hükme varılncaya kadar hakem heyeti, esas sözleşmeyle ilgili uyuşmazlıkları karara bağlayamayacaktır. Mahkeme, tahkim

⁴⁵⁶ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 29.

⁴⁵⁷ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 34.

⁴⁵⁸ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 48

⁴⁵⁹ *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* kararının verildiği tarihte Birleşik Krallıktaki en yüksek temyiz merci Lordlar Kamarası Yargı Komitesi'ydi (*Judicial Committee of the House of Lords*). Ancak, 1 Ekim 2009'da yapılan reformla birlikte Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi kurulmuş olup anılan mercinin yerini almıştır. Bu konuda bkz.: "UK Supreme Court", **Courts and Tribunals Judiciary**, (Çevrimiçi, 2025) <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/our-justice-system/the-supreme-court/>

⁴⁶⁰ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A][2][c]; [2007] EWCA Civ 20, para. 25.

anlaşmasının geçerliliğine doğrudan itiraz teşkil eden durumlara örnek olarak sahte imza atılmasını veya esaslı yanılma hâllerini örnek göstermiştir.⁴⁶¹

Sonuç olarak mahkeme, tahkim şartının ayrılabilirliği prensibi uyarınca, taraflar arasındaki esas sözleşmesinin rüşvet yoluyla elde edilmiş olmasının ayrılabilir tahkim şartının geçerliliğine yönelik bir itiraz teşkil etmediğine hükmetmiş ve uyuşmazlığı tahkime havale etmiştir⁴⁶². Böylece İngiliz istinaf mahkemesi, rüşvet nedeniyle esas sözleşmenin geçersiz olduğunun iddia edilmesi hâlinde uyuşmazlığa hangi yargısal mercinin bakacağı sorusuna da cevap vermiştir.

c. Lordlar Kamarası Kararı

İngiliz İstinaf Mahkemesi’nce kararın temyizine izin verilmesi üzerine *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* davası *Premium Nafta Products Limited v. Fili Shipping Company Limited* ismiyle Lordlar Kamarası’nın önüne gelmiştir⁴⁶³.

Lordlar Kamarası, ilk olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bağlamına dikkat çekmiştir. Bu doğrultuda taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi meydana getiren sözleşmeyi akdedenlerle aynı konumdaki makul bir kişinin neyi amaçlamış olabileceğini sorgulamıştır.⁴⁶⁴ Lordlar Kamarası’na göre, taraflar, özellikle milletlerarası ticari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarını tahkimde çözüme kavuşturmayı tercih etmektedirler⁴⁶⁵. Bu tercihleriyle taraflar, sözleşmenin geçerliliği de dâhil olmak üzere aralarındaki tüm uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesini amaçlamaktadırlar⁴⁶⁶. Dolayısıyla eğer taraflar, esas sözleşmede yer alan tahkim şartı üzerinde anlaşmaya varmışsa sözleşmenin geçerli olarak akdedilip akdedilmediği sorusunun da tahkim yargılamasında karara bağlanmasını istemişlerdir⁴⁶⁷.

Lordlar Kamarası, Amerikan ve Alman içtihatlarına⁴⁶⁸ atıfta bulunmak suretiyle aynı İngiliz İstinaf Mahkemesi gibi tahkim şartının ayrı bir anlaşma olarak

⁴⁶¹ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A][2][c]; [2007] EWCA Civ 20, para. 23.

⁴⁶² Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A][2][c].

⁴⁶³ [2007] UKHL 40, para. 1

⁴⁶⁴ Samuel, “Fiona Trust”, s. 489.

⁴⁶⁵ Samuel, **a.e.**, s. 491; [2007] UKHL 40, para. 6.

⁴⁶⁶ Samuel, “Fiona Trust”, s. 491 vd.; [2007] UKHL 40, para. 6.

⁴⁶⁷ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A][2][c]; [2007] UKHL 40, para. 18.

⁴⁶⁸ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A][2][c]; [2007] UKHL 40, para. 14 ve 30-32.

değerlendirilmesi gerektiğini ve yalnızca doğrudan tahkim şartıyla ilgili gerekçelerle geçersiz kılınabileceğini vurgulamıştır⁴⁶⁹.

Lordlar Kamarası, esas sözleşmeyi akdetmek için bir kişinin rüşvet almasının tahkim anlaşmasını yapmak için de rüşvet aldığı anlamına gelmeyeceğini, üstelik tarafların standart gemi kiralama sözleşmesinde yer alan tahkim anlaşması olmaksızın sözleşmeyi akdetmelerinin olağanüstü bir durum olacağını ifade etmiştir⁴⁷⁰. Sonuç olarak Lordlar Kamarası'na göre, mevcut uyuşmazlıkta esas sözleşmenin rüşvet yoluyla elde edildiği iddiaları ne doğrudan tahkim anlaşmasıyla ilgilidir ne de salt bu anlaşmaya yöneliktir⁴⁷¹.

Lordlar Kamarası, eğer rüşvet vakası olmasaydı gemi sahiplerinin kiracılarla herhangi bir sözleşme akdetmeyeceği, dolayısıyla bir tahkim anlaşması da yapmayacakları savunmasına da itibar etmemiştir. Çünkü bu türden bir savunma, esas sözleşmenin ve tahkim şartının birbirine bağlı olduğunu varsayarak esas sözleşmenin geçersizliğinin kendiliğinden tahkim anlaşmasının da geçersizliği sonucunu doğuracağını söylemekle eşdeğer olacaktır. Başka bir ifadeyle, bu iki sözleşme hiçbir zaman ayrı ayrı akdedilemeyeceklerinden biri diğeriyle birlikte batacaktır. Ancak Lordlar Kamarası'na göre, İTK m. 7⁴⁷² tam da bunu engellemek istemiştir. Bu madde uyarınca, esas sözleşmenin ve tahkim şartının ayrı ayrı akdedilmiş gibi muamele görmesi gerekmektedir. Bu nedenle de tahkim anlaşması, ancak kendisine özgü olan ve yalnızca esas sözleşmenin geçersizliğinin bir sonucu olmayan gerekçelerle geçersiz kılınabilir.⁴⁷³

Lordlar Kamarası da, tahkim anlaşmasının hukuki sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için ayrılabilirlik prensibi uyarınca yalnızca ve doğrudan tahkim şartının geçerliliğine itiraz edilmesinin gerektiğini teyit etmiştir. Lordlar Kamarası'na

⁴⁶⁹ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A][2][c]; [2007] UKHL 40, para. 9-17.

⁴⁷⁰ [2007] UKHL 40, para. 19

⁴⁷¹ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A][2][c].

⁴⁷² Madde hükmü şu şekildedir: “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, başka bir sözleşmenin (yazılı olsun veya olmasın) bir parçasını oluşturan veya oluşturma amaçlanan bir tahkim anlaşması; diğer sözleşmenin yokluğu, geçersizliği veya icra edilemez olması nedeniyle yok, geçersiz veya icra edilemez olarak kabul edilmeyecek ve bu amaçla ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilecektir.” Bkz.: İTK m. 7, (Çevrimiçi, 2025), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/7>

⁴⁷³ [2007] UKHL 40, para. 19.

göre bu çok dikkat edilmesi gereken titiz bir konudur. Tartışmanın tahkim anlaşmasına özgü vakıalara dayanması gerekmektedir. Esas sözleşmenin geçerliliğine yönelik itirazların uzantısı niteliğindeki iddialar, tahkim anlaşmasının geçerliliğine halel getirmeyecektir.⁴⁷⁴

Sonuç olarak Lordlar Kamarası, taraflar arasındaki esas sözleşmenin yolsuzluk (özellikle bir tarafın çalışanına rüşvet verilmesi) yoluyla elde edildiği iddiasının yalnızca ve doğrudan tahkim anlaşmasına yönelik olmadığı sürece ihtilaflı esas sözleşmede yer alan tahkim şartını etkilemeyeceğine ve bu iddialara, müteakip yargısal denetime tabi olmak üzere hakem heyetince karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁷⁵. Böylece aynı İngiliz İstinaf Mahkemesi gibi rüşvet nedeniyle esas sözleşmenin geçersiz olduğunun iddia edilmesi hâlinde uyuşmazlığa hangi yargısal mercinin bakacağı sorusuna da cevap vermiştir.

İngiliz hukukunda benimsenen tahkim şartının ayrılabilirliği prensibinin tarihi kapsamı, İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin ve Lordlar Kamarası'nın anılan kararlarıyla teyit edilmiş ve aynı zamanda bu kapsam genişletilmiştir⁴⁷⁶.

4. Honeywell v. Meydan Group LLC Davası

2007 yılında Dubai'de mukim *Meydan Group LLC (Meydan)*, *Arabtec* şirketiyle Dubai'deki *Meydan* Hipodromu'na ilişkin belirli işleri yapması için bir

⁴⁷⁴ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A][2][c]; [2007] UKHL 40, para. 35.

⁴⁷⁵ Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A][2][c]. Buna karşın Lordlar Kamarası, esas sözleşmeye yönelik bazı itirazların tahkim anlaşmasının geçerliliğini de etkileyeceğini belirtmiştir. Lordlar Kamarası'na göre, bazı uyuşmazlıklarda esas sözleşmeyi geçersiz hâle getiren durum aynı şekilde tahkim anlaşmasını da geçersiz hâle getirebilir. Örneğin, esas sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının aynı belgede yer aldığı durumlarda, taraflardan biri belgedeki imzanın sahte olduğunu ve sözleşmede yazılı hiçbir hükmü kabul etmediğini öne sürerse bu durum tahkim anlaşmasının geçerliliğine de yönelik bir saldırı olacaktır. Ancak bu hâlde gerekçe, esas sözleşmenin geçersiz olması değildir. Ayrı bir sözleşme ihtiva eden tahkim anlaşmasına atılan imzanın da sahte olmasıdır. Aynı şekilde, bir kişinin hiç yetkilendirilmediği hâlde kendini temsilci olarak göstermek suretiyle bir sözleşmeyi akdetmesi hâlinde de tahkim anlaşmasının geçerliliği bundan etkilenecektir. Bkz.: [2007] UKHL 40, para. 17.

⁴⁷⁶ Zira bu kararlar erken dönem İngiliz Hukuku içtihadıyla ters düşmektedir. Söz konusu içtihat da ayrılabilirlik prensibini kabul etmiş ancak prensibi geniş bir şekilde uygulamamıştır. Bunun yerine genellikle esas sözleşmenin yokluğu ve geçersizliği iddialarının tahkim şartının geçerliliğini mutlaka etkilediğine hükmetmiştir. Bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 3.03[A][2][c]. Bir zamanlar İngiliz Hukukunda “hakemlerin bir sözleşmenin geçerli olup olmadığına karar verme yetkisine asla sahip olamayacağı yönünde bir görüş vardı. Sözleşme geçersizse, tahkim şartı da geçersizdi.” Bkz.: [2007] UKHL 40, para.9

sözleşme akdetmişti. Ayrıca *Meydan*, projeye destek olması için *Two A Khing Design (TAK)* adlı bir danışmanlık firmasıyla da anlaşmıştı. *TAK* ise *Honeywell* isimli başka bir şirketi, hipodromun ekstra düşük voltaj sisteminin tedariki ve kurulumu için yapılacak olan ihaleye teklif sunmaya davet etmiştir. *Honeywell*'in ihaleye katılabilmek için *TAK*'a, teklifinin başarısız olması hâlinde geri ödenecek olan teminat da dâhil olmak üzere dokümantasyon ve sair ücretler için yaklaşık 142.000 Amerikan doları ödemesi gerekmiştir. Haziran 2008'de *Meydan*, hipodromun ekstra düşük voltaj sisteminin kurulması kapsamında *Arabtec* tarafından görevlendirilmesi için *Honeywell*'i işaret etmiştir. *Arabtec* ile *Honeywell* arasında yazılı bir anlaşma yapılmamasına rağmen *Honeywell* kısa bir süre sonra işe başlamıştır. *Meydan*, hipodromda belirli işlerin yapılmasına ilişkin *Arabtec*'le olan sözleşmesini Ocak 2009'da feshetmiş, buna karşın *Honeywell* hipodromdaki çalışmalarına devam etmiştir. Haziran 2009'a gelindiğinde ise *Meydan*, *Honeywell* ile ekstra düşük voltaj sisteminin tedarik ve kurulumunu tamamlaması için yeni bir sözleşme imzalamıştır. *Honeywell*, *Meydan* tarafından kendisine Aralık 2009'dan beri ödeme yapılmaması üzerine, Temmuz 2010'da faaliyetini durdurmuş ve sözleşmeden kaynaklanan alacakları için *Meydan*'a karşı *Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi (Dubai International Arbitration Centre, DIAC)* kuralları uyarınca görülecek olan bir tahkim davası⁴⁷⁷ açmıştır. *Meydan* yargılamalara katılmamıştır. Buna rağmen teşkil eden hakem heyeti, davayı görmeye devam etmiş ve neticede *Meydan*'ın yaklaşık 20,4 milyon ABD dolarını *Honeywell*'e ödemesine hükmetmiştir. *Honeywell*, hakem kararının onaylanması için *Dubai İlk Derece Mahkemesi*'ne başvuru yapmıştır. *Meydan* bu başvuruya itiraz etmiş, *TAK* ve *Arabtec*'in yolsuzluk teşkil eden fiilleri nedeniyle hakem kararının geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁴⁷⁸

Kasım 2012'de *Honeywell*, mahkemece verilecek olan kararı beklemeksizin İngiliz mahkemelerine başvurarak kararın tenfizini talep etmiştir. İngiliz İlk Derece

⁴⁷⁷ DIAC Dava No. 201/2010

⁴⁷⁸ Bkz.: Uluç, **Corruption**, s. 94; Mike McClure, “Dubai Award Survives Bribery Challenge in England”, **Kluwer Arbitration Blog**, 2014, (Çevrimiçi, 2025), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/05/26/dubai-award-survives-bribery-challenge-in-england/>

Mahkemesince verilen tenfiz kararı üzerine *Meydan*, karara itiraz etmiş ve dava Yargıç *Ramsey*'in önüne gelmiştir.⁴⁷⁹

Şubat 2013'te, İngiliz İlk Derece Mahkemesi önündeki tenfiz davası hâlen devam etmekteyken *Dubai* İlk Derece Mahkemesi tarafından hakem kararı onaylanmıştır. Ancak *Meydan* kararı istinaf etmiştir. Kasım 2013'te ise *Meydan*'ın öne sürdüğü rüşvet iddialarına ilişkin olarak *Dubai*'de ceza soruşturması başlatılmış olması nedeniyle istinaf yargılaması durmuştur. Yargıç *Ramsey*'in tenfiz davasında karar verdiği tarihte de yargılama durmaktaydı.⁴⁸⁰

Meydan, Yargıç *Ramsey*'e Kasım 2012 tarihli tenfiz kararının bozulması için bir dizi argüman ileri sürmüştür. Birinci argümanı, tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuka göre geçerli olmaması hâlinde yabancı bir hakem kararının tenfizinin reddedebileceğini öngören İngiliz Tahkim Kanunu m. 103/2-b'ye dayanıyordu. Buna göre, bir kamu kurumu ve/veya kamu fonlarını yöneten bir kuruluş olan *Meydan*, davaya konu olan sözleşmenin *Honeywell*'in *Dubai*'deki kamu görevlilerine rüşvet vererek elde ettiği bir ihaleden kaynaklandığını, dolayısıyla da anılan sözleşmenin Birleşik Arap Emirlikleri (BAE) hukuku uyarınca geçerli olmadığını savunmuştur. *Meydan*, özellikle *TAK*'ın *Honeywell*'e gönderdiği ihale davetinin teminat, dokümantasyon ve sair ücretler gibi sahte kılıflar altında özünde bir rüşvet anlaşması olduğunu iddia etmiştir.⁴⁸¹

Tenfiz davasının hâkimi Yargıç *Ramsey* sair gerekçelerin yanında, *Honeywell*'in dava konusu sözleşmeyi *Dubai*'deki kamu görevlilerine rüşvet vererek elde etmiş olsa dahi BAE Hukuku'nda tahkim şartının ayrılabilirliği prensibinin mevcut olduğunu, dolayısıyla da sözleşmede yer alan tahkim şartının kendisinin rüşvetle sağlandığının ortaya konulmadığı sürece tahkim anlaşmasının geçerliliğini

⁴⁷⁹ Yargıç *Ramsey* tarafından verilen kararın tam metni için bkz.: *Honeywell International Middle East Ltd v Meydan Group Ltd*, [2014] EWHC 1344 (TCC) (30 Nisan 2014)

⁴⁸⁰ McClure, "Dubai Award".

⁴⁸¹ McClure, a.y.

koruyacağını, kaldı ki itiraz eden tarafından böyle bir iddianın da ileri sürülmediğini belirtmiştir⁴⁸².

5. Maulana Abdul Haque Baloch et al. v. Government of Balochistan Davası

Pakistan Yüksek Mahkemesi'nin 7 Ocak 2013 tarihli kararına⁴⁸³ konu olan dava konusu olay şu şekildedir:

Türkiye ve İran'dan Pakistan'a kadar uzanan *Tethyan* kuşağı, dünyanın en büyük beş altın maden rezervi arasında sayılmakta olup aynı zamanda yüksek miktarda bakır kaynağı barındırmaktadır.⁴⁸⁴ Bölgede bol miktarda değerli maden bulunmasına rağmen Pakistan'ın bu alanlarda gerekli finansal ve teknik uzmanlığa sahip olmaması nedeniyle bu kaynak kullanılamamıştır. Bundan ötürü yabancı madencilik şirketleriyle sözleşmeler imzalanmakta ve bu şirketler de elde edilen kârdan büyük paylar talep etmektedir.⁴⁸⁵

Güneybatı Asya'da Pakistan sınırları içerisinde bulunan Belucistan eyaletine bağlı Belucistan Kalkınma İdaresi (BKİ) Amerika'da mukim *Broken Hill Properties Minerals Intermediate Exploration Inc. (BHP Mineral)* ile *Tethyan* Kuşağı'nda yer alan *Chagai* Tepeleri'nde madencilik faaliyetleri yapılması için “*Chagai* Tepeleri Araştırmaları Adi Ortaklık Sözleşmesini” (CHAAOS) 1993 yılında imzalamıştır⁴⁸⁶. Sözleşmeye Pakistan Hukuku'nun uygulanması kararlaştırılmış ve taraflar arasında

⁴⁸² Bkz.: Uluç, **Corruption**, s. 94; McClure, “Dubai Award”; [2014] EWHC 1344 (TCC), para. 91-93. Yargıç *Ramsey*'in BAE Hukuku uyarınca somut uyumsuzluğa uygulanması gerektiğini tespit ettiği hüküm 2007 tarihli *DIAC* Tahkim Kuralları m. 6/1'dir. Bu hüküm İTK m. 7'nin hemen hemen aynısıdır. Bkz.: [2014] EWHC 1344 (TCC), para. 92.

⁴⁸³ PLD 2013 SC 641.

⁴⁸⁴ Bkz.: PLD 2013 SC 641, s. 4, para. 2; Abdul Rafay Siddiqui, “Pakistan's Need for Amicable Resolutions Concerning Foreign Investment Disputes: The Reko Diq Case”, **Lahore University of Management Sciences Law Journal**, C. 4, No: 1, 2017, s. 2; Sara E. Myirski, “Copper, Gold, Corruption, and No Arbitral Relief: A Recent Pakistan Supreme Court Calls Into Question the Doctrine of Separability”, **Yearbook on Arbitration and Mediation**, C. 6, 2014, s. 305 vd.

⁴⁸⁵ Siddiqui, “The Reko Diq Case”, s. 2.

⁴⁸⁶ Gul Hasan vd., “Natural Resource Management: Legal and Governance Issues of Reko Diq Project”, **Bulletin of Business and Economics**, C. 12, No: 4, 2023, s. 495; Khan, Ullah, Tariq, “The Reko Diq Case”, s. 650; Siddiqui, “The Reko Diq Case”, s. 2; Myirski, “Separability”, s. 305.

ortaya çıkan her türlü anlaşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceğini belirten bir hükme yer verilmiştir⁴⁸⁷.

CHAAOS ortaklık sözleşmesi, *Reko Diq* bölgesinde özellikle bakır ile altın olmak üzere değerli madenlerin araştırılması ve çıkarılmasıyla ilgilidir⁴⁸⁸. Sözleşmenin ardından Belucistan hükümeti *BHP Mineral*'e 10 adet maden arama ruhsatı vermiştir⁴⁸⁹. Sözleşmeye göre *BHP Mineral*, bölgede çıkarılan değerli madenlerden %75'lik bir paya sahip olurken, BKİ'nin payı ise %25'tir⁴⁹⁰.

İmzalanmasını müteakip yıllarda hem CHAAOS'da hem de Belucistan madencilik mevzuatında yabancı maden şirketleri lehine birçok değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler, bölgede maden arama kolaylığı sağlamak amacıyla CHAAOS'a yeni tarafların eklenmesi ve mevcut tarafların değiştirilmesi ile 1970 tarihli Belucistan Madencilik İmtiyaz Kuralları'nın (BMİK) gevşetilmesini içeriyordu. 1970 tarihli BMİK, yalnızca istisnai durumlarda madencilik şirketlerine birtakım özel kolaylıklar sağlamaktaydı. Ancak, *BHP Mineral*'in Belucistan Hükümeti'ne yaptığı talep üzerine 1994 yılında BMİK gevşetilerek maden arama faaliyetleri (genel olarak) kolaylaştırılmıştır.⁴⁹¹

BHP Mineral, CHAAOS'un çeşitli hukuki belirsizlikler içerdiğini öne sürerek mevcut anlaşmaya ek bir sözleşme yapılmasını da talep etmiştir⁴⁹². Sonuç olarak 2000 yılında BKİ ile Belucistan Hükümeti ve *BHP Mineral* arasında, ilk kez CHAAOS'a ilave ek bir sözleşme imzalanmıştır⁴⁹³. Bu sözleşmeyle Belucistan Hükümeti, BKİ yerine sözleşmeye taraf olurken⁴⁹⁴ taraflara hak, alacak ve borçlarının tamamını ya da bir kısmını üçüncü bir tarafa devretme ve temlik etme hakkı verilmiştir⁴⁹⁵. Nitekim

⁴⁸⁷ Myirski, "Separability", s. 305.

⁴⁸⁸ Bkz.: PLD 2013 SC 641, s. 12 vd., para. 4; Hasan vd., "The Reko Diq Project", s. 495; Myirski, "Separability", s. 305.

⁴⁸⁹ Hasan vd., "The Reko Diq Project", s. 495.

⁴⁹⁰ Siddiqui, "The Reko Diq Case", s. 2.

⁴⁹¹ Siddiqui, **a.y.**

⁴⁹² Hasan vd., "The Reko Diq Project", s. 495.

⁴⁹³ Bkz.: PLD 2013 SC 641, s. 12 vd., para. 4; Myirski, "Separability", s. 306.

⁴⁹⁴ Bkz.: PLD 2013 SC 641, s. 12 vd., para. 4; Myirski, "Separability", s. 306, dn. 7.

⁴⁹⁵ Hasan vd., "The Reko Diq Project", s. 495.

sözleşmenin akdedilmesinden bir süre sonra *BHP Mineral*, Avustralya’da mukim *Mincor Company* ile iş birliği anlaşması yapmıştır⁴⁹⁶.

Anılan anlaşmaya göre, *BHP Mineral* ve yerel ortakları tarafından sahip olunan maden kaynaklarını arama, geliştirme, işletme ve edinme hakları ile mevcut ve daha sonradan alınacak maden arama ruhsatlarına *Mincor* şirketi de sahip olacaktı. Ayrıca anlaşma, *Mincor*’a veya aday göstereceği kişiye bölgede bakır ve altın aramak için *BHP Mineral* ile iş birliği yapma konusunda da münhasır bir hak veriyordu. *Mincor* bu hüküm uyarınca Avustralya’da mukim bir şirket olan *Tethyan Bakır Şirketi*’ni (TBŞ) aday göstermiştir.⁴⁹⁷

2006 yılında Belucistan Hükümeti ile *BHP Mineral* ve TBŞ arasında bir Yenileme Sözleşmesi (*Novation Agreement*) imzalanmıştır. Bu sözleşme uyarınca TBŞ, *BHP Mineral*’e 60 Milyon dolar ödeyerek onun yerini almış ve CHAAOS kapsamında *BHP Mineral*’e tanınan tüm hak ve menfaatlardan yararlanmayı elde etmiştir.⁴⁹⁸ Dolayısıyla TBŞ, CHAAOS gereğince sözleşmeye taraf maden şirketine tanınan tüm hak ve menfaatlerin mutlak ve münhasır sahibi olmuştur⁴⁹⁹. CHAAOS uyarınca TBŞ, *Reko Diq* projesinden elde edilecek değerli madenlerden %75’lik bir paya sahip olurken, Belucistan Hükümeti’nin payı ise %25’te sabit kalmıştır⁵⁰⁰.

Sözleşmenin akdedilmesinin ardından TBŞ, bölgede araştırma ve keşif çalışmalarına başlamıştır. Bu çalışmalar sonucunda bölgede önemli miktarda bakır ile altın kaynağı olduğu sonucuna varılmıştır. Bunun üzerine, maden aramalarını daha da fazla kolaylaştırmak amacıyla Belucistan Hükümeti, 1970 tarihli BMİK’in 1994’te gevşetilmesine paralel olarak 2002 tarihli Belucistan Mineral Kuralları’nı (BMK) yürürlüğe koymuştur.⁵⁰¹

Müteakip birkaç yıl boyunca TBŞ, sözleşme kapsamındaki hak ve alacaklarından sorunsuz bir şekilde yararlanmıştır⁵⁰². Ocak 2009’da ise TBŞ hâlen

⁴⁹⁶ Hasan vd., a.y.

⁴⁹⁷ Hasan vd., a.y.; Myirski, “Separability”, s. 306.

⁴⁹⁸ Bkz.: PLD 2013 SC 641, s. 14 vd., para 6-7; Hasan vd., “The Reko Diq Project”, s. 496.

⁴⁹⁹ Hasan vd., a.y.

⁵⁰⁰ Bkz.: PLD 2013 SC 641, s. 14 vd., para. 7; Hasan vd., “The Reko Diq Project”, s. 496.

⁵⁰¹ Siddiqui, “The Reko Diq Case”, s. 2 vd.

⁵⁰² Myirski, “Separability”, s. 307.

bölgede madencilik faaliyetlerini yürütmekteyken Çin'de mukim *Metallurgical Group* Bakır Şirketi, *Reko Diq* projesine katılmak için Belucistan hükümetine teklif sunmaya davet edilmiştir. Neticede Çinli şirket ile Belucistan Hükümeti arasında bölgede madencilik faaliyeti yapılmasına ilişkin bir sözleşme imzalanmıştır.⁵⁰³

2011 yılına gelindiğinde ise Belucistan Hükümeti'nin TBŞ'ye verilen arama ruhsatlarını yenilemeyi reddetmesiyle taraflar arasında ihtilaf vuku bulmuştur.⁵⁰⁴ Bu ihtilaf aslında yeni olmayıp sözleşme dışı tarafların 2006 yılında CHAAOS'un ve ona ek olarak akdedilen müteakip sözleşmelerin geçersiz olduğunu ileri sürdüğü uyuşmazlığın ikinci aşamasıdır. Zira CHAAOS'un akdedilmesinden hoşnut olmayan sözleşme dışı taraflar, ilk aşama olarak ifade edilen 2006 tarihli ihtilafı ortaya çıkarmıştır. Bu taraflara göre CHAAOS, eyalet ve ülke için son derece dezavantajlı sonuçlar doğurmuştur. Nitekim sözleşme en başından itibaren siyasi partiler, hukukçular, sosyal aktivistler ve akademisyenlerin eleştirilerine maruz kalmıştır.⁵⁰⁵

Sonuç olarak 2006 yılında sözleşme dışı taraflar, Belucistan Mahkemesi'ne CHAAOS ve müteakip anlaşmaların geçerliliğine itiraz eden dilekçeler sunmuştur. Belucistan Mahkemesi, yapılan yargılamada BMİK'in yürürlüğe girmesinde, gevşetilmesinde ve davalıların diğer fiillerinde herhangi bir hukuka aykırılık olmadığı sonucuna ulaşmış, dolayısıyla da CHAAOS'un geçerli olduğuna karar vermiştir. Bunun üzerine Pakistan Yüksek Mahkemesi nezdinde Belucistan Mahkemesi'nin kararına itiraz eden anayasal başvurular yapılmıştır. Bu başvurularda, anılan sözleşmeler, yasal düzenlemeler ve bağlantılı fiiller neticesinde Belucistan ve Pakistan halkının hayati çıkarlarını koruyan milli hukukun ihlal edildiği, madencilik şirketlerine verilen ruhsatların şeffaf ve adil olmadığı öne sürülmüştür. Dilekçe sahipleri, maden arama ve çıkarma haklarının verilmesi süreci yolsuzlukla lekelendiği için sözleşmelerin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Bu taraflara göre, 1970 tarihli BMİK kapsamında ruhsat almaya uygun olmayan maden şirketleri, kuralların gevşetilmesi için lobicilik yaparak 1994 yılında talepleri doğrultusunda Belucistan madencilik mevzuatının keyfi bir şekilde kolaylaştırılmasını sağlamıştır. 2002 tarihli

⁵⁰³ Hasan vd., "The Reko Diq Project", s. 496.

⁵⁰⁴ Myirski, "Separability", s. 307.

⁵⁰⁵ Hasan vd., "The Reko Diq Project", s. 496.

BMK kapsamında yürürlüğe konan yeni kurallar da davalı şirketlerin lobicilik faaliyetlerinden büyük ölçüde etkilenmiştir. Dilekçe sahipleri, bu faaliyetlerin başlı başına yolsuzluk teşkil eden fiiller olduğunu, bununla birlikte, kamu ihale şartlarının sağlanması için herkese açık bir ihale çağrısı yapılmaksızın tüm maden arama haklarının TBŞ'ye verilmesinin de hukuka aykırı olduğunu savunmuştur. Dilekçe sahipleri, açıklanan gerekçelerle, CHAAOS ve müteakip sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmüştür.⁵⁰⁶

TBŞ de henüz söz konusu yargılama devam ederken Pakistan aleyhine iki tahkim davası başlatmıştır. Bunlardan birincisi CHAAOS anlaşması uyarınca ICC nezdinde başlatılan bir tahkim davasıyken⁵⁰⁷ ikincisi ise Avustralya-Pakistan *BIT*'i uyarınca *ICSID*'de başlatılan bir tahkim davasıdır⁵⁰⁸. Bu davalarda TBŞ, Belucistan Hükümeti'nin bölgeyi geliştirme taleplerini geçersiz ilan etmesi ve maden arama ruhsatı vermeyi reddetmesi nedeniyle maddi tazminat talebinde bulunmuştur. TBŞ'ye göre, Belucistan Hükümeti maden arama ruhsatı vermeyi reddederek şirketin bölgeyi araştırmaya ve keşfetme kabiliyetini sona erdirmiş, dolayısıyla da şirketin daha fazla kâr etmesini ciddi bir şekilde engellemiştir.⁵⁰⁹

Neticede, Belucistan Mahkemesi'nde görülen dava Pakistan Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Pakistan Anayasası m. 184/3 uyarınca yapılan çeşitli anayasal başvurular, Pakistan Yüksek Mahkemesi tarafından tek bir davada birleştirilerek CHAAOS ve müteakip sözleşmelerin geçerliliğinin değerlendirildiği *Reko Diq* davası olarak görülmüştür.⁵¹⁰

Mahkeme, CHAAOS'u imzalamak üzere BKİ'yi temsil eden yönetim kurulu başkanının 1999 tarihli Ulusal Hesap Verilebilirlik Kanunu kapsamında faaliyet gösteren bir mahkemede "imkânlarının ötesinde bir servete ve yaşama sahip olmak"

⁵⁰⁶ Bkz.: Hasan vd., *a.e.*, s. 496 vd.; Siddiqui, "The Reko Diq Case", s. 3 vd.; Myirski, "Separability", s. 307 vd.

⁵⁰⁷ ICC davası için bkz.: *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Province of Balochistan*, ICC Case No. 18347/VRO/AGF

⁵⁰⁸ *ICSID* davası için bkz.: *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, *ICSID Case No. ARB/12/1*.

⁵⁰⁹ Myirski, "Separability", s. 308.

⁵¹⁰ Hasan vd., "The Reko Diq Project", s. 498.

suçlamasıyla mahkum edildiğini vurgulamıştır⁵¹¹. 1983 tarihli Belucistan Devlet Memurları Kuralları uyarınca da “imkânlarının ötesinde bir servete ve yaşama sahip olmanın” bir yolsuzluk fiili olduğunu belirtmiştir⁵¹².

Belucistan Mahkemesi önündeki davada CHAAOS’un geçerliliğini başarıyla savunan Belucistan Hükümeti’nin, Pakistan Yüksek Mahkemesi önünde beyanlarını değiştirerek CHAAOS’un geçerliliğine itiraz etmesinin ise yolsuzluğa işaret eden bir diğer durum olduğu ifade edilmiştir. Zira Belucistan Hükümeti, beyanlarını değiştirmesinin sebebinin daha sonra CHAAOS’a ilişkin tüm kayıtlar üzerinde yaptığı incelemede kapsamlı usulsüzlüklere ve yolsuzluğa ilişkin şok edici tespitlere rastlaması olduğunu öne sürmüştür.⁵¹³

Yüksek Mahkemeye göre Belucistan hükümeti, herhangi bir yasal gerekçe olmaksızın *Reko Diq* bölgesinde yabancı maden şirketlerine BMİK uyarınca çeşitli kolaylıklar sağlamıştır⁵¹⁴. BMİK m. 42’de cevaz verilenden daha geniş bir alanı ve daha uzun bir süreyi kapsayan arama ruhsatları yabancı maden şirketlerine verilmiştir. Normalde ruhsatlar yalnızca üç yıllık bir süre için yenilenebilirken belirtilen şirketlerin talepleri doğrultusunda beş yıl için yenilenmiştir. BMK yürürlüğe girdiğinde de Belucistan Hükümeti, söz konusu şirketlerin maden arama ruhsatlarının süresi dolmasına rağmen kamuya ilanda bulunarak ihale için teklif almamış, arama ruhsatlarını keyfi olarak doğrudan TBŞ’ye vermiştir. Haksız ve olağanüstü bir lütuf yapılarak TBŞ dokuz yıl daha maden arama ruhsatlarından yararlandırılmıştır.⁵¹⁵

Sonuç olarak Pakistan Yüksek Mahkemesi, Belucistan’daki siyasi istikrarsızlıklardan faydalanan yabancı şirketlerin dava konusu sözleşmeleri yolsuzluk yoluyla elde ettiğine kanaat getirmiştir. Dolayısıyla da CHAAOS ve müteakip tüm sözleşmelerin kamu düzenine aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüz olduğuna hükmetmiştir⁵¹⁶. Mahkeme, bu sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarının da kesin

⁵¹¹ Bkz.: PLD 2013 SC 641, s. 64, para. 49; Khan, Ullah, Tariq, “The Reko Diq Case”, s. 651.

⁵¹² Bkz.: PLD 2013 SC 641, s.64, para. 50; Khan, Ullah, Tariq, “The Reko Diq Case”, s. 651.

⁵¹³ Bkz.: PLD 2013 SC 641, s. 78 vd., para. 68; Khan, Ullah, Tariq, “The Reko Diq Case”, s. 651.

⁵¹⁴ Hasan vd., “The Reko Diq Project”, s. 497.

⁵¹⁵ Siddiqui, “The Reko Diq Case”, s. 5.

⁵¹⁶ Bkz.: Hasan vd., “The Reko Diq Project”, s. 497; Khan, Ullah, Tariq, “The Reko Diq Case”, s. 651; Siddiqui, “The Reko Diq Case”, s. 4 vd.; Myirski, “Separability”, s. 309.

hükümsüz olduğuna karar vermiştir⁵¹⁷. Mahkemeye göre, CHAAOS'un esasa müessir tüm hükümleri hukuka aykırı mevzuat değişikliklerine dayandırıldığı için kesin hükümsüzlük sözleşmenin köküne kadar inmektedir. Bu nedenle de sözleşmenin yürürlükte olan hiçbir kısmı bağımsız olarak icra edilebilir nitelikte değildir ve ayrılabilirlik prensibi sözleşmenin herhangi bir kısmını kurtarmak için uygulanamayacaktır. Sözleşme bütünüyle kesin hükümsüzdür.⁵¹⁸

Pakistan Yüksek Mahkemesi, *Reko Diq* Davası'nda tahkim şartının ayrılabilirliği prensibini açıkça göz ardı etmiştir. Uyuşmazlığı ayrılabilirlik prensibi çerçevesinde incelemek yerine büyük ölçüde yolsuzluk iddialarına odaklanmıştır. Pakistan topraklarını ilgilendiren uyuşmazlığı ülke içi bir mesele olarak görüp milletlerarası hakem heyetleri yerine kendisi çözmek istemiştir.⁵¹⁹

D. Değerlendirme

Çalışmamız kapsamında incelediğimiz kararlar göstermektedir ki, yolsuzluk iddiaları yalnızca esas sözleşmeye yöneldiğinde ulusal mahkemeler, genellikle tahkim şartının ayrılabilirliği prensibini esas alarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini koruduğunu kabul etmektedir. Bu doğrultuda, *kompetenz-kompetenz* doktrini uyarınca uyuşmazlığın hakemler tarafından çözülmesi gerektiğine karar verilmektedir.

Hem esas sözleşmenin hem de tahkim şartının yolsuzluk yoluyla elde edildiği iddia edildiğinde ise mahkemeler, genellikle yolsuzluk iddialarının tahkim şartına ne ölçüde sirayet ettiğini değerlendirmektedir. Bu kapsamda, esas sözleşme yolsuzluk yoluyla yapılmamış olsaydı dahi tarafların tahkim şartını yine de akdedeceği varsayımı

⁵¹⁷ Myirski, "Separability", s. 310.

⁵¹⁸ PLD 2013 SC 641, s. 39, para. 24

⁵¹⁹ Myirski, "Separability", s. 313. Pakistan Yüksek Mahkemesi'nin ayrılabilirlik prensibini açıkça göz ardı etmesi ülke açısından önemli sonuçlar ortaya çıkarmıştır. İlk olarak, *Reko Diq* Davası, Pakistan'ın uluslararası düzeydeki imajını etkilemiş ve uluslararası yabancı şirketler nezdinde Pakistan'a yönelik olumsuz bir algı yaratarak gelecekteki yatırım anlaşmalarından kaçınılmasına sebebiyet vermiştir. Zira dava, Pakistan'da yabancı yatırımların güvende olmadığına ve yargı yoluyla her an bu yatırımların engellenebileceğine dair bir emsal oluşturmuştur. İkinci olarak ise zaten borç batağında olan Pakistan'ın hem *ICSID*'de hem de *ICC*'de görülen davaları kaybetmesi ülkeye önemli bir mali yük getirmiştir. 2011 yılında *Tethyan Bakır Şirketi*'ne maden ruhsatı verilmemesiyle başlayan süreç sonucunda Pakistan'ın zararının 11 milyar dolara ulaştığı doktrinde ifade edilmiştir. Bu konuda bkz.: Hasan vd., "The Reko Diq Project", s. 499; Sarah Ahmad, "The Role of Developing Countries in Investor-State Arbitration: Reflections on Tethyan Copper v Islamic Republic of Pakistan", *LSE Law Review*, C. 8, No: 3, 2023, s. 454.

temel bir kriter olarak benimsenmiştir. Bir diğer kriter de esas sözleşme için ödenen rüşvetin tahkim anlaşmasının akdedilmesi için de ödenip ödenmediğinin tespiti⁵²⁰. Ancak çalışmamız kapsamında yaptığımız araştırmalarda bu yönde açık bir tespit yapan mahkeme kararına rastlamadık. Dolayısıyla kural olarak, yolsuzluk ispatlansa dâhi hem esas sözleşmenin hem de tahkim şartının yolsuzluk yoluyla elde edildiği iddiası kabul görmemektedir. Bu durumda da ulusal mahkemeler, tahkim şartının ayrılabilirliği prensibi uyarınca tahkim anlaşmasını geçerli saymaktadır⁵²¹. *Kompetenz-kompetenz* doktrini çerçevesinde de uyuşmazlığın hakemler tarafından çözülmesine hükmetmektedir.

Öte yandan ulusal mahkemeler, yolsuzluk teşkil eden fiillerin doğrudan tahkim anlaşmasına yönelik olduğunun iddia edilmesi hâlinde bu durumun farklı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, baskın görüş *kompetenz-kompetenz* doktrininin aksine, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını ulusal mahkemelerin incelemesi gerektiği yönündedir.

III. YOLSUZLUĞUN TAHKİM ANLAŞMASININ KAPSAMINA ETKİSİ

A. Genel Bilgi

Tahkim anlaşmasının kapsamı kavramı, tarafların akdettikleri tahkim anlaşmasıyla hangi tür uyuşmazlıkları veya talepleri tahkime götürme iradesinde olduklarını ifade etmek için kullanılmaktadır. Tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin ihtilaflar, genellikle tarafların tahkim anlaşmasını kaleme alırken kullandıkları lafzın tüm sözleşmesel talepleri mi yoksa yalnızca bu tür taleplerin belirli bir alt kümesini mi kapsadığı, haksız fiilden veya kanundan kaynaklanan sözleşme dışı taleplerin sözleşmede mevcut tahkim anlaşması vasıtasıyla tahkime götürülüp götürülemeyeceği

⁵²⁰ Ancak milletlerarası ticari sözleşmeler, özellikle de yatırım sözleşmeleri genellikle tahkim şartı içerdiğinden rüşvetin tahkim şartının akdedilmesi üzerindeki etkisini tespit etmek neredeyse imkânsızdır. Bu yönde bkz.: Samuel, “Fiona Trust”, s. 494.

⁵²¹ Doktrinde bir yazar ise milletlerarası tahkimdeki yaygın uygulamanın aksine, esas sözleşmeyi akdeden tarafın iradesinin yanılma, aldatma veya korkutma hâllerinden biriyle sakatlanması hâlinde ayrılabilirlik prensibine rağmen bu sözleşmedeki tahkim şartının da iradeyi sakatlayan bu hâllerden etkilenmesi gerektiğini öne sürmüştür. Bu konuda bkz.: Aydemir, **Tahkim**, s. 370.

ya da bağımsız ancak ilgili sözleşmelerden veya eylemlerden doğan taleplerin de mevcut tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil edilip edilemeyeceği sorularıyla ilgilidir.⁵²²

Belirtilen sorular, diğer sözleşme türlerinde de olduğu gibi sık sık tahkim anlaşmalarının kapsamıyla ilgili yorum sorunlarına yol açmaktadır⁵²³. Milletlerarası tahkim konvansiyonları ve neredeyse tüm milli tahkim mevzuatları, tahkim anlaşmalarının nasıl yorumlanması gerektiği hususunda bir hüküm belirtmemektedir. Bu nedenle, milletlerarası tahkim anlaşmalarının yorumlanması çoğu durumda hakem heyetlerinin ve ulusal mahkemelerin görevi olmaktadır⁵²⁴.

Mevzuatta açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle, doğal olarak, tahkim anlaşmalarının yorumlanması için başlangıç noktası milli sözleşme hukukunun temel kaideleridir⁵²⁵. Tarafların gerçek iradelerine öncelik verilmesi (subjektif yorumlama), tarafların gerçek iradesi tespit edilemediği takdirde taraflarla aynı konumdaki makul üçüncü bir kişinin tarafların beyanından ne anlayacağını tespiti (objektif yorumlama), özel bir hükmün aynı konudaki genel bir hükme üstünlüğü, dürüstlük kuralı, *contra proferentem rule*,⁵²⁶ sözleşmenin tüm hükümlerine geçerlilik tanınması ve anlamı muğlak olan bir hükmün ayakta tutulması gibi temel yorumlama kuralları tahkim anlaşmasının kapsamının belirlenmesi için de kullanılmaktadır. Ayrıca, *New York* Konvansiyonu ve diğer milletlerarası tahkim konvansiyonlarının tahkim yanlısı siyaseti ile milli tahkim mevzuatının benzer politikaları, bu tür anlaşmaların yorumlanması üzerinde etkili olmaktadır.⁵²⁷

⁵²² Born, *Arbitration*, böl. 9.02.

⁵²³ Born, *Arbitration*, böl. 9.01.; Zeynep Feyza Eker Ayhan, *Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 261.

⁵²⁴ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[C].

⁵²⁵ İlhan, *Tahkim*, s. 186.

⁵²⁶ Bu yorumlama kuralı, anlamı muğlak bir sözleşme hükmünün o sözleşmeyi hazırlayanın veya ilgili hükmün sözleşmeye konulmasını talep edenin aleyhine yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kural, muğlak bir sözleşme hükmünün olumsuz sonuçlarını, başlangıçta bu muğlaklığı en iyi şekilde giderebilecek olan tarafa, başka bir deyişle, o hükmü yazan veya yazdıran kişiye yüklemek amacıyla ortaya konulmuştur. Bkz.: “Contra Proferentem”, *Legal Information Institute*, (Çevrimiçi, 2025) https://www.law.cornell.edu/wex/contra_proferentem

⁵²⁷ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[C].

Yukarıda bahsedilen yorum kurallarının yanısıra tahkim anlaşmalarının yorumlanmasında kullanılmak için geliştirilen birtakım faraziyeler de bulunmaktadır⁵²⁸. Bunlardan birincisi “tahkim yanlısı yorum faraziyesi”dir (*pro-arbitration presumption*). Önde gelen milletlerarası tahkim konvansiyonları ile milli tahkim mevzuatının politikalarından ve tarafların olası amaçlarından türetilen bu faraziye, geçerli bir tahkim şartının genellikle geniş yorumlanması ve şüphe durumunda tahkim anlaşmasının kapsamının ihtilaflı talepleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiğini öngörmektedir⁵²⁹.

Tahkim yanlısı yorum faraziyesi, tahkim anlaşması akdeden tarafların, ticari uyumsuzluklarının tümünü ulusal mahkemeler yerine tahkim yoluyla çözmeyi amaçladıkları varsayımına dayanmaktadır. Zira hiçbir basiretli tacir, birden fazla yargılamanın ortaya çıkaracağı masraf, gecikme ve belirsizliğe maruz kalmak istemeyecektir. Bu faraziye, tarafların, ulusal mahkemelerde karşılaşılabilecekleri riskler ve belirsizlikler yerine onlara adil, hızlı ve tarafsız bir çözüm mekanizması sunan tahkimden istifade etmeyi amaçladıkları varsayımını da göz önüne almaktadır.⁵³⁰

Milletlerarası tahkim anlaşmalarının yorumlanmasında kullanılmak için geliştirilen ikinci faraziye “kısıtlayıcı yorum faraziyesi”dir (*restrictive presumption*). Bu faraziye göre, bazı uyumsuzlukların tahkim anlaşmasının kapsamında olup olmadığına dair şüphe bulunması hâlinde tahkim anlaşması dar yorumlanmalıdır. Şüpheli ihtilaflar tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil edilmemelidir. Bu faraziye tahkimin devlet yargısının, diğer bir ifadeyle, sözleşmenin doğal yargıcına erişimin bir istisnası olduğu ve bu tür istisnaların da dar yorumlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Ayrıca bu faraziye, hukukçu olmayan uzmanların da hakemlik

⁵²⁸ Born, **Arbitration**, böl. 9.02[D].

⁵²⁹ Born, **Arbitration**, böl. 9.02[D][1]. Yazara göre, bu faraziye özellikle tahkim anlaşmasının bazı uyumsuzlukları kapsarken diğer ilgili taleplerin de bu tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil olup olmadığı tartışmasının ortaya çıktığı durumlarda uygulanmalıdır. Böylece uyumsuzluklar birden fazla davayla farklı yargı mercileri önünde görüleceğine tümü tek bir hakem heyeti tarafından çözülebilir.

⁵³⁰ Born, **Arbitration**, böl. 9.02[D][1][a].

yapabilmesi gibi çeşitli kusurları bulunan ve devlet yargısına göre daha masraflı olan tahkim yargılamasının teşvik edilmemesi gerektiği gerekçesiyle de açıklanmaktadır.⁵³¹

Tahkim anlaşmalarının yorumlanmasında kullanılan üçüncü faraziye ise “tarafsız yorum faraziyesi”dir. Bu faraziyeye göre, milletlerarası tahkim anlaşmalarının "tahkim yanlısı" veya "kısıtlayıcı" bir faraziyeye başvurulmadan yorumlanması gerekir. Tahkim anlaşmasının lafzına ve bağlamına bakılmalı, herhangi bir harici veya tahkime özgü faraziyeyle dayanmaksızın tarafların gerçek iradesi tespit edilmelidir.⁵³²

Gerçekten de tahkim anlaşmalarının lafzı, tahkim anlaşmalarının kapsamının yorumlanmasındaki en önemli unsurlardan biridir.⁵³³ Tahkim anlaşmaları akdedilirken anlaşmanın kapsamını belirtmek için kullanılan sınırlı sayıda bir dizi standart ifade bulunmaktadır. Bunlar: "tüm", “her türlü” veya "herhangi bir"; "uyuşmazlıklar", "farklılıklar", "istemler" veya "çekişmeler"; (sözleşme) “-den kaynaklanan", "ile ilişkili olan", "kapsamındaki" veya "ile ilgili"; (tarafların) "anlaşması", "sözleşmesi", veya "işleri" şeklindeki ifadelerdir. Bu ifadeler genellikle önde gelen tahkim kurumları tarafından önerilen örnek tahkim şartlarında da yer almaktadır.⁵³⁴

Tahkim anlaşmaları akdedilirken kullanılan lafza göre, tahkim anlaşmaları arasında “dar” ve “geniş” tahkim anlaşması olarak ikili bir ayrım yapılmış, tahkim anlaşmasının lafzının dar veya geniş olmasına farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Geniş tahkim anlaşmalarının tahkim yanlısı bir yaklaşımla daha fazla uyuşmazlığı kapsayacak şekilde yorumlanması ve tahkim anlaşmalarının kapsamına ilişkin

⁵³¹ Born, **Arbitration**, böl. 9.02[D][2].

⁵³² Born, **Arbitration**, böl. 9.02[D][3].

⁵³³ Benzer yönde bkz.: Eker Ayhan, **Tahkim**, s. 263 vd.

⁵³⁴ Born, **Arbitration**, böl. 9.02[E]. Örneğin, İstanbul Tahkim Merkezi tarafından önerilen örnek tahkim şartı şu şekildedir: “*Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar; İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.*” Bkz.: “Örnek Tahkim Şartı”, **İstanbul Tahkim Merkezi**, (Çevrimiçi, 2025) <https://istac.org.tr/tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/ornek-tahkim-sarti/>

İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi ise “*İşbu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilgili olan ya da bu sözleşmenin ihlali, feshi veya geçersizliğine ilişkin bulunan her türlü uyuşmazlık veya istem İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.*” şeklindeki örnek tahkim şartını tavsiye etmektedir. Bkz.: **İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları**, 2. bs, İstanbul, İTOTAM, 2017, s. 7.

kararları ulusal mahkemeler yerine hakemlerin vermesi gerektiği öne sürülmüştür. Buna karşılık, dar tahkim anlaşmalarının daha sınırlı yorumlanması gerektiği savunulmuştur.⁵³⁵ Ayrıca uygulamada, bazı tahkim anlaşmaları akdedilirken teknik konulara ilişkin birtakım istisnalara yer verilerek bu konulardan kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkim anlaşmasının kapsamı dışında bırakılmaktadır. Bazı mahkemeler istisnalar içeren tahkim anlaşmalarını geniş yorumlamayı reddedebilmektedir.⁵³⁶

Ulusal mahkemeler, genellikle ya tahkim anlaşmalarını hukukun genel ilkelerine atıfta bulunarak yorumlamış ve tahkim anlaşmasının yorumlanmasına uygulanacak hukuk sorununu dikkate almamış ya da doğrudan mahkemenin kendi hukukunu (*lex fori*) uygulamıştır⁵³⁷. Diğer taraftan Almanya, İsviçre ve diğer bazı ulusal mahkemeler ise tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının yorumlanmasına da uygulanacağına karar vermiştir⁵³⁸.

⁵³⁵ Born, **Arbitration**, böl. 9.02[E][8]; Ayrıca bkz.: Born, **Arbitration**, böl. 9.02[E]. Yazara göre ise "dar" ve "geniş" tahkim anlaşmaları arasında keskin bir ayrım yapılması meşru değildir. Tahkim şartlarının amacı, hukuki ifade biçimine bakılmaksızın tahkim şartını belirli bir sözleşmeyle ilgili tüm uyuşmazlıklara geniş kapsamlı olarak uygulamaktır. Bu amaç tacirlerin uyuşmazlıklarını etkin bir şekilde çözmek için tarafsız, uzman ve tek bir yargı merci tayin etme yönündeki pratik hedefleriyle de örtüşmektedir. Tahkim anlaşmalarında kullanılan ifadeler arasında yapılan ince ayrımlar tarafların amaçlarıyla bağdaşmamakta ve tahkim anlaşmasının akdedilmesiyle hedeflenen ticari kazanımları baltalamaktadır.

⁵³⁶ Born, **Arbitration**, böl. 9.02[E][8]. Tahkim anlaşmasının yorumlanmasına ilişkin karşılaştırmalı hukuka bakıldığında uluslararası eğilimin tahkim anlaşmalarının geniş yorumlanması ve metinsel ayrımlara çok fazla önem atfedilmemesi gerektiği yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmeyle bağlantılı olduğu sürece bir tazminat talebinin sözleşmeye mi yoksa haksız fiile mi dayandığı önemli değildir. Genel eğilim tarafların sözleşmeyi akdettikleri andaki ortak hedef ve amaçlarına bakmaktır. Böylece, tarafsız bir gözlemcinin, "kılı kırk yarma" ya da "hukuki teferruat" olarak nitelendireceği hukuki argümanlar ileri sürülerek tahkim yargılamasının sabote edilmesi engellenmektedir. Bkz.: Mads Bryde Andersen, Torsten Iversen, "The Scope of Arbitration Agreements: Is it Time for a New Approach to the Interpretation of Arbitration Clauses?", **Scandinavian Studies in Law**, C. 63, 2017, s. 103.

⁵³⁷ Born, **Arbitration**, böl. 9.05[A].

⁵³⁸ Born, **Arbitration**, böl. 9.05[B]. Yazara göre ise New York Konvansiyonu m. II uyarınca, tahkim anlaşmasının yorumlanmasına ulusal hukuklardan ziyade tahkim yanlısı yorum faraziyesi uygulanmalıdır. Bu doğrultuda tahkim anlaşmasının kapsamı genellikle geniş yorumlanmalı ve şüphe durumunda tahkim anlaşmasının kapsamının ihtilaflı talepleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Öte yandan, doktrinde ağırlıklı olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının yorumlanmasına da uygulanması gerektiği savunulmuştur. Bkz.: Fouchard, Gaillard, Goldman, **Arbitration**, s. 255, para. 475.

Tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların ortaya çıkaracağı hukuki sonuçları anlamamız bakımından milletlerarası tahkim mevzuatına bakmak yeterli olacaktır.

Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi m. V/1 uyarınca, hakemlerin tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyen bir uyuşmazlık hakkında tahkim yargılamasına başlamaları hâlinde bu duruma itiraz eden taraf, bu husus ortaya çıkar çıkmaz hakemlerin ilgili uyuşmazlık bakımından yargılama yetkisine haiz olmadığını ileri sürebilir.

UNCITRAL Model Kanunu m. 8/1 uyarınca ise tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlığın çözümü için ulusal mahkemelerde dava açılması hâlinde, karşı tarafın ilk cevap dilekçesinde talep etmesi şartıyla tahkim anlaşması hükümsüz, tesirsiz veya icrası imkânsız olmadıkça ilgili ulusal mahkeme yargılama yetkisini reddederek uyuşmazlığı tahkime havale etmelidir. Bu hüküm kapsamında uyuşmazlığın tahkime havale edilebilmesi için ilgili uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil olması gerekmektedir⁵³⁹.

Tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil olmayan bir uyuşmazlık hakkında verilen hakem kararları, *UNCITRAL* Model Kanunu m. 34/2-a(iii) ve Milletlerarası Ticari Hakemlik Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi m. IX/1-c uyarınca iptale tabidir. *UNCITRAL* Model Kanunu m. 36/1-a(iii)'de ve *New York* Konvansiyonu m. V/1-c'de de, söz konusu hakem kararlarının tanınması ve tenfizi talebinin reddedilebileceği düzenlenmiştir⁵⁴⁰.

B. Yolsuzluk İçeren Uyuşmazlıkların Tahkim Anlaşmasının Kapsamına Dâhiliyeti

Yolsuzluk teşkil eden eylemler haksız fiil niteliğinde olduğu için yolsuzluğa dayanan talepler, sözleşme dışı talep olarak kabul edilmektedir.

⁵³⁹ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[B].

⁵⁴⁰ *New York* Konvansiyonu m. V/1-c hükmünün detaylı bir incelemesi için bkz.: İlhan, *Tahkim*, s. 183-186.

New York Konvansiyonu m. II/1 ve milli tahkim mevzuatlarının eşdeğer hükümleri, sözleşme dışı taleplerin geçerli tahkim anlaşmalarının konusu olabileceğini kabul etmektedir. Ancak, tahkim anlaşmasının sözleşme dışı talepleri kapsayıp kapsamadığına ilişkin nasıl bir yorum faaliyeti yapılması gerektiği, bu konuda herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle belirsizdir. Bu belirsizlik, bazı sözleşme dışı taleplerin tahkim anlaşması kapsamında olup olmadığına ilişkin sorunları sıklıkla ortaya çıkarmaktadır.⁵⁴¹

Çalışmamız bakımından önem teşkil eden sorun da yolsuzluğa dayanan sözleşme dışı taleplerin tahkim anlaşması kapsamına dâhil olup olmadığıdır. Aşağıda görüleceği üzere, bu soruya verilecek cevap da anılan taleplerin yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerden mi yoksa konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerden mi kaynaklandığına göre değişmektedir.

1. Konusu Yolsuzluk Teşkil Eden Sözleşmeler Bakımından

Yukarıda milletlerarası ticari tahkimde konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerle sıklıkla nüfuz ticareti anlaşması, başka bir ifadeyle, aracılık sözleşmesi şeklinde karşılaşıldığından bahsetmiştik. Tarafların aralarındaki bu sözleşmeyi genellikle danışmanlık sözleşmesi olarak adlandırdığına da değinmiştik. Tarafların aralarındaki nüfuz ticareti anlaşmasını gizlemek amacıyla bir danışmanlık sözleşmesi akdettiği hâllerde, aslında taraflar arasında iki adet sözleşme bulunmaktadır. Birincisi görünüşteki danışmanlık sözleşmesi iken ikincisi ise gizlenen nüfuz ticareti anlaşmasıdır. Bu durumda danışmanlık sözleşmesi muvazaa, nüfuz ticareti anlaşması ise ahlaka ve kamu düzenine aykırı olması sebebiyle kesin hükümsüzdür.⁵⁴²

Danışmanlık sözleşmesi muvazaa nedeniyle kesin hükümsüz olmasına rağmen sözleşmede yer alan tahkim şartı, ayrılabilirlik prensibi nedeniyle geçerli olmaya devam edecektir. Ancak bu durumda taraflar arasında iki farklı sözleşme

⁵⁴¹ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[F][1].

⁵⁴² M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 19. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 136, para. 415; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. 1, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 357 vd., para. 22. Alman ve İsviçre hukuklarında da muvazaalı işlemlerin kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. Bkz.: İsmail Atamulu, **Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 115 ve dn. 21.

bulunmaktadır ve tahkim şartı yalnızca görünüşteki danışmanlık sözleşmesinde mevcuttur. Gizlenen nüfuz ticareti anlaşmasında herhangi bir uyuşmazlık çözüm maddesine yer verilmemektedir. Öyleyse, danışmanlık sözleşmesinde yer alan tahkim şartı nüfuz ticareti anlaşmasına da uygulanabilir mi? Gerçekte bir nüfuz ticareti anlaşması yapan ancak görünüşte bir danışmanlık sözleşmesi akdeden taraflar, danışmanlık sözleşmesindeki tahkim şartıyla aralarındaki nüfuz ticareti anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları da tahkime götürme iradesini ortaya koymuş mudur?

Birinci soru, bir sözleşmede yer alan tahkim şartının böyle bir uyuşmazlık çözüm maddesine yer vermeyen bağlantılı birden fazla sözleşmeye uygulanabilirliği tartışmasını gündeme getirmektedir.

Milletlerarası ticari sözleşmeler, bazen tarafların çeşitli sözleşmesel ilişkilerinin tümünü kapsayacak tek ve birleşik bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasını açıkça öngörmektedir. Eğer birbiriyle bağlantılı birden fazla esas sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için bağımsız bir tahkim sözleşmesi bulunuyorsa veya tek bir şemsiye ya da çerçeve sözleşmede tahkim şartına yer verilmiş ise ilgili tahkim anlaşması bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara da uygulanabilecektir. Taraflar bu şekilde kararlaştırdıktan sonra bir sözleşmedeki tahkim şartı, başka bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları veya talepleri kapsayacaktır. Ancak tarafların çeşitli sözleşmesel ilişkilerinin tümünü içerecek bir tahkim şartına yer vermediği durumlarda bir sözleşmede yer alan tahkim şartının diğer sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Bu durum tarafların iradesine ilişkin bir sorundur. Mahkemeler, bu sorun karşısında tarafların çeşitli sözleşmelerinden doğan ihtilafları için mümkün olduğunca tek ve merkezi bir uyuşmazlık çözüm mekanizması sağlayacak şekilde yorum yapmıştır. Dolayısıyla, tarafları aynı olan çeşitli sözleşmelerin tümü tek bir girişime veya iş ilişkisine ait olduğu sürece ulusal mahkemelerin ve hakem heyetlerinin, çoğunlukla bir sözleşmedeki tahkim şartının böyle bir uyuşmazlık çözüm maddesi bulunmayan ilgili sözleşmeleri de kapsadığını kabul ettiği doktrinde ifade edilmiştir.⁵⁴³

⁵⁴³ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[F][5].

Açıklanan nedenlerle kanaatimizce, görünüşteki danışmanlık sözleşmesinde yer alan tahkim şartı nüfuz ticareti anlaşmasına da uygulanabilecektir. Ancak bu durum, tahkim şartının nüfuz ticareti anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsayacağı anlamına gelmez. Bunun için yukarıda belirttiğimiz ikinci soruya da olumlu cevap verebilmemiz gerekir.

İkinci soru, gerçekte bir nüfuz ticareti anlaşması yapan ancak görünüşte bir danışmanlık sözleşmesi akdeden tarafların, sözleşmedeki tahkim şartıyla aralarındaki nüfuz ticareti anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları da tahkime götürme iradesini ortaya koyup koymadıklarını tartışmamızı gerektirmektedir.

Kanaatimizce, tarafların görünüşteki danışmanlık sözleşmelerine koydukları bir tahkim şartıyla gizledikleri nüfuz ticareti anlaşmasından kaynaklanacak uyuşmazlıkları da tahkimde çözüme kavuşturmak istedikleri söylenemeyecektir. Zira nüfuz ticareti anlaşması gibi konusu suç teşkil eden sözleşmeler, söz konusu nüfuz ticareti vakasının hiçbir zaman üçüncü bir kişi tarafından ortaya çıkarılmayacağı ve tarafların da bu durumu ifşa etmeyeceği güveni üzerine kuruludur. Çünkü ister üçüncü bir kişi tarafından ortaya çıkarılsın ya da taraflardan biri bu durumu ifşa etmiş olsun, nihayetinde her iki taraf da suç teşkil eden fiilleri nedeniyle cezai yaptırıma uğrayacaktır. Nüfuz ticareti anlaşmasından kaynaklanan suç fiillerinin tespit edilmesi hâlinde cezai müeyyideye tabi tutulacak taraflar, söz konusu suç fiillerinin ortaya çıkmasını istemeyeceklerdir. Bu sebeple de suç fiilinden kaynaklanan herhangi bir ihtilafı yargı mercileri önünde çözüme kavuşturma iradeleri mevcut değildir.

Açıklanan nedenlerle, konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkim anlaşmasının kapsamında değildir. Bu uyuşmazlıklar ulusal mahkemeler önünde çözüme kavuşturulmalıdır. Ulusal bir mahkeme önünde dava açılmasına rağmen bir tarafın tahkim itirazında bulunması durumunda da ilgili mahkeme, mevcut uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamında olmadığını belirterek tahkim itirazını reddetmelidir⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ Bkz.: *UNCITRAL* Model Kanunu m. 8/1 ve *New York* Konvansiyonu m. II/3

Hakemler ise konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasının kapsamında olmadığını belirterek yargı yetkisini reddetmelidir. Aksi hâlde, tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyen bir konuda verilen hakem kararı *UNCITRAL* Model Kanunu m. 34/2-a(iii) ve Milletlerarası Ticari Hakemlik Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi m. IX/1-c veya muadili hükümleri benimsemiş tahkim yeri hukuku uyarınca iptal edilebilecek ya da *UNCITRAL* Model Kanunu m. 36/1/a-(iii) ve *New York* Konvansiyonu m. V/1-c veya muadili hükümleri benimsemiş tenfiz yeri hukuku uyarınca kararın tanınması ve tenfizi talebi reddedilebilecektir.

Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar, suç teşkil eden fiillerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimde görülmesini istemeyen tarafların neden görünüşteki danışmanlık sözleşmesinde bir tahkim şartına yer verdiği sorusunu akıllara getirmektedir. Bu durumun birkaç temel sebebi bulunduğunu düşünüyoruz.

Birincisi, tarafların aralarındaki gizli nüfuz ticareti anlaşmasının hakemler tarafından tespit edilemeyeceğine güvenmesidir⁵⁴⁵. Bu durumda taraflar, rüşvet ve komisyon alacaklarının ödenmesine ilişkin ihtilafları sanki görünüşteki danışmanlık sözleşmesinden kaynaklanıyormuş gibi tahkimde çözüme kavuşturmak istemektedirler⁵⁴⁶. Taraflarda bu yönde bir güven oluşmasında hakemlerin, hâkimlerle aynı soruşturma gücüne sahip olmaması veya hâkimlerin sözleşmenin niteliğini re'sen araştırmayı daha çok istemesi olabilir⁵⁴⁷. Nitekim doktrinde hakemlerin yolsuzluğu re'sen araştırma yükümlüğü bulunmadıklarını düşünmeleri ve yolsuzluğun ispatında yüksek ispat ölçüsünü aramaları nedeniyle tahkimin yolsuz taraflara güvenli bir liman sağladığı öne sürülmüştür⁵⁴⁸.

İkinci sebebinin ise aralarındaki *Omerta*'nın⁵⁴⁹ bozulabileceğini öngören tarafların, bu durumda suç teşkil eden fiillerinin kamuya açık yargılama yapan ulusal

⁵⁴⁵ Bkz.: Taşkın, “Yolsuzluk”, s. 115.

⁵⁴⁶ Benzer yönde bkz.: Khvalei, “Red Flags”, s. 15 ve 18.

⁵⁴⁷ Crivellaro, “Bribery”, s. 112.

⁵⁴⁸ Khvalei, “Red Flags”, s. 17.

⁵⁴⁹ Türkçe’de “Suskunluk Yasası” olarak da ifade edilen *Omerta*, özellikle Güney İtalyan mafyası tarafından benimsenen bir sessizlik kuralıdır. Bu kurala göre hiç kimse işlenilen veya öğrenilen bir suçu yetkili makamlara ve üçüncü kişilere bildirmemeli, herhangi bir suçun işlenmesine de müdahale

mahkemeler yerine gizli⁵⁵⁰ yargılama yapan hakem heyeti önünde ortaya çıkmasını yeğlemesidir⁵⁵¹. Burada hakemlerin kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği takdirde bunu yetkili makamlara bildirmek zorunda olduğu, aksi hâlde, hakemlerin de cezai yaptırıma uğrayacağı, dolayısıyla hakemler tarafından da suç teşkil eden fiillerin kamuoyuyla paylaşılacağı öne sürülebilir. Ancak hakemlerin suçu bildirme yükümlülüğü, uygulanacak hukuka ilişkin bir mesele olup⁵⁵² bazı milli hukuklarda hakemlerin yolsuzluğu bildirme yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmektedir⁵⁵³. Uygulanacak hukukta böyle bir yükümlülük bulunmadığı takdirde de hakemlerin ahlaki olarak suçu bildirmek zorunda olmadıkları ileri sürülmektedir⁵⁵⁴. Nitekim,

etmemelidir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: (Çevrimiçi, 2025), <https://en.wikipedia.org/wiki/Omert%C3%A0>

⁵⁵⁰ Milletlerarası tahkimde gizlilik için bkz.: Faruk Kerem Giray, “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 4, No: 2, 2015, s. 65-121; Cemre Tüysüz, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 37, No: 2, 2019, s. 846-873.

⁵⁵¹ Aynı yönde bkz.: Rose, “Corruption”, s. 45; Crivellaro, “Bribery”, s. 113; Llamzon, **Corruption**, s. vii; Khvalei, “Red Flags”, s. 16. Doktrinde, tahkimin yeterli şeffaflığa sahip olmaması nedeniyle, hakemlerin yolsuzluk iddialarını adil ve etkili bir şekilde çözebileceğine dair ciddi şüpheler dile getirilmektedir. Bu nedenle bazı yazarlar, tahkimi yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların çözümü için güvenilir bir yöntem olarak görmemektedir. Bkz.: Uluç, **Corruption**, s. 10. Doktrinde bir diğer yazar da, milletlerarası ticari tahkimin taraflara hukuka aykırı anlaşmalarını gizleme ve bu anlaşmaları daha kolay uygulama imkânı tanıyan güvenli bir alan sunduğu gerekçesiyle eleştirildiğini vurgulamaktadır. Bkz.: Igboke, **Bribery and Corruption**, s. 2.

⁵⁵² Cremades, Cairns, “Trans-national Public Policy”, s. 85; Hwang SC, Lim, “Corruption”, s. 669, para. 107.

⁵⁵³ Amerikan, İngiliz ve İsviçre hukuklarında hakemlerin yolsuzluğu bildirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı oldukça tartışmalıdır. Doktrinde birtakım yazarlar, sayılan milli hukuklarda hakemlerin yolsuzluğu bildirme yükümlülüğünün bulunmadığını öne sürmüşlerdir. Bkz.: Mark Pieth, “Duty to Report Suspicion? Risk for Personal Liability (Aiding and Abetting)?”, C. 47, **Arbitration and Corruption**, ed. Andrea Meier, Christian Oetiker, ASA Special Series, Kluwer Law International, 2021, s. 84; Swee Yen Koh, “Duty or Right of Arbitrators to Report Suspicion of Corruption to Authorities?”, C. 47, **Arbitration and Corruption**, ed. Andrea Meier, Christian Oetiker, ASA Special Series, Kluwer Law International, 2021, s. 89. Diğer taraftan, Türk Hukukunda hakemler kamu görevlisi olarak kabul edilmektedirler ve TCK m. 279 uyarınca suçu bildirme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Orhan Emre Konuralp, “Hakemlerin Sır Saklama Yükümlülüğünün Suçu Bildirmeme Suçu ile İlişkisi”, **Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi**, C. 13, No: 38, 2017, s. 759-781.

⁵⁵⁴ Kreindler, **Illegality**, s. 334. Hatta doktrinde bazı yazarlar, hakemlerin suçu bildirme yükümlülüğüne tabi tutulmasının tarafların, AİHS m. 6’da düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali olacağını dahi savunmuşlardır. Bkz.: Cremades, Cairns, “Trans-national Public Policy”, s. 85. Buna paralel olarak diğer bir yazar da hakemlere suçu bildirme yükümlülüğü getirilmesinin, hakemlerin vazifelerinin özel niteliğiyle ve tarafların hakemlere duyduğu güvenle tamamen uyumsuz olacağını savunmuştur. Bkz.: Mourre, “Arbitration and Criminal Law”, s. 115. Öte yandan, yargı görevi ifa eden hakemlerin adaleti tesis etmekle yükümlü olmaları nedeniyle görevleriyle bağlantılı olarak öğrendikleri suçları bildirmeleri gerektiğinin doktrinde ifade edildiği de belirtilmektedir. Bkz.: Thomas K. Sprange, “Chapter 8: Corruption in Arbitration”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment**

hakemlerin yolsuzluğu tespit etmesi hâlinde suçu yetkili makamlara bildirmesinin pek olası olmadığı doktrinde ifade edildiği de belirtilmektedir⁵⁵⁵. Örneğin, Sudanlı bir taraf ve Çinli diğer taraf arasında akdedilen bir danışmanlık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığı inceleyen Finlandiyalı bir hakemin, bulunduğu ülkeden çok uzakta bir ülkede akdedilen sözleşmenin konusunun suç teşkil ettiğini tespit etmesi veya bundan şüphelenmesi hâlinde Sudanlı ve/veya Çinli makamlara suçu bildirmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan bu tür olaylarda tarafların hâlihazırda bir suç anlaşması yapmış kişiler olduğu ve hakemlerin de bu taraflarca seçildiği göz önüne alındığında, tarafların, uyuşmazlık konusu suçun bildirilmemesi için hakemlerle de bir anlaşma yapabilecekleri inancına sahip olması da pek muhtemeldir. Buna karşın, her ne kadar taraflar uyuşmazlık konusu suçun bildirilmemesi için hakemlerle bir anlaşma yapmış olsa da hakem kararının iptali ve tenfizi aşamalarında bu durumun kamuya yansıtacağı da öne sürülebilir. Ancak bu husus, tarafların hakem kararını gönüllü olarak yerine getirmedikleri durumlar için söz konusu olabilir. Uyuşmazlık konusu suçun bildirilmemesi için hakemlerle anlaşma yapmış olan taraflar, hakem kararını gönüllü olarak yerine getirdikleri takdirde yargılama hiçbir zaman kamuya yansımayacaktır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, görünüşteki danışmanlık sözleşmesinde yer alan tahkim şartının taraflar arasındaki nüfuz ticareti anlaşmasına uygulanabileceğini kabul etmekle birlikte, tarafların aksi yöndeki iradeleri nedeniyle nüfuz ticareti teşkil eden aracılık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim şartının kapsamında olmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerde durum daha farklıdır.

Arbitration, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 137. Bu doğrultuda diğer bir yazar da hakemlerin ahlaki sorumluluklarının yolsuzluğu bildirmelerini gerekli kıldığını ileri sürmüştür. Bkz.: Nick Neocleous, “Arbitrators’ Investigative Rights And Duties (and How They Relate to Corruption in Arbitration)”, 2014, s. 15, (Çevrimiçi, 2025) https://uba.ua/documents/doc/nick_neocleous.pdf

⁵⁵⁵ Edoardo Marcenaro, “Chapter 9: Arbitrators’ Investigative and Reporting Rights and Duties on Corruption”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 148; Ayrıca bkz.: Khvalei, “Red Flags”, s. 16. Yazar, hakemlerin yolsuzluğun gerçekleştiğini tespit etmesine rağmen bu durumu yetkili makamlara bildirmediği olaylara geçmişte rastlandığını vurgulamıştır.

2. Yolsuzluk Yoluyla Elde Edilen Sözleşmeler Bakımından

Çalışmamızın devamında inceleyeceğimiz mahkeme kararlarından anlaşılacağı üzere, yolsuzluğa dayanan taleplerin yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerdeki tahkim anlaşmasının kapsamına girip girmediğinin tartışmalı olmasının birkaç temel nedeni bulunmaktadır. Birincisi, yolsuzluğa ilişkin uyuşmazlıkların sözleşme “kapsamında” ortaya çıkmayan ve sözleşmeden “kaynaklanmayan” bir ihtilaf olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre sözleşmeden kaynaklanan olağan nitelikteki talepler ile rüşvet konusu arasında hiçbir örtüşme bulunmamaktadır. İkincisi, bir uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil olabilmesi için onun “sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifasının doğrudan ve öngörülebilir bir sonucu” olması gerektiği görüşüdür. Üçüncüsü, yolsuzluğa ilişkin uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil edilmesinin usul ekonomisine ve adil yargılanma hakkına aykırı olacağı görüşüdür. Dördüncüsü, kamu düzenine aykırı olması sebebiyle bu tür uyuşmazlıkların çözümünün tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil edilmeyerek ulusal mahkemelere bırakılması gerektiği görüşüdür. Beşinci ve bu tartışmada tahkim lehine öne sürülen tek argüman ise basiretli tacirlerin, aralarındaki tüm uyuşmazlıkların tek bir merci tarafından çözümlenmesini amaçlamadığı varsayımına dayanan "tek duraklı tahkim" (*one-stop arbitration*) ilkesi nedeniyle yolsuzluğa ilişkin uyuşmazlıkların da tahkim anlaşmasının kapsamında olduğunu savunan görüştür.

Sözleşme dışı taleplerin tahkim anlaşması kapsamına dâhil edilmemesi gerektiğine ilişkin yukarıda bahsettiğimiz görüşlerden bazılarına, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın⁵⁵⁶ (*European Union Court of Justice*) kartel zararı tazminatı taleplerinden (*cartel damage claims*) kaynaklanan bir uyuşmazlığa ilişkin olan *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV and Others* davasında verdiği kararda⁵⁵⁷ yetki şartı bakımından yer verilmiştir. Karara temel oluşturan içtihat, yolsuzluğa dayanan taleplerin yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerdeki tahkim

⁵⁵⁶ Bundan sonra Divan olarak anılacaktır.

⁵⁵⁷ Karar için bkz.: *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel and Others* (Case C-352/13) EU:C:2015:335. Bundan sonra karardan “CDC kararı” olarak bahsedilecektir.

anlaşmasının kapsamına dâhil olup olmadığına ilişkin tartışmaya kıyasen uygulanabilecektir. Bu sebeple anılan kararı çalışmamızın devamında inceleyeceğiz.

a. Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV and Others Davası

Davanın arka planında Avrupa Komisyonu'nun, birkaç teşebbüsün hidrojen peroksit tedariki pazarında tek ve sürekli bir kartel ihlaline katılarak Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA) m. 101'e aykırı davrandığını tespit eden kararı yer almaktadır. Kartel mağduru olduklarını iddia eden bir dizi şirket, bu durumdan doğan haklarını davacı *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*'ya⁵⁵⁸ devretmiştir. CDC, komisyonun kararında belirtilen ve çeşitli üye devletlerde ikamet eden altı şirkete karşı şirketlerden birinin Almanya'da mukim olması nedeniyle *Dortmund* Mahkemesi'nde tazminat davası açmıştır. Davalılar, bazı satış sözleşmelerindeki yetki şartının varlığına dayanarak mahkemenin yargı yetkisine itiraz etmiştir. Yetki şartında taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden doğan tüm uyumsuzluklara atıfta bulunulmaktaydı.⁵⁵⁹

Dortmund Mahkemesi, Brüksel I Tüzüğü⁵⁶⁰ uyarınca yargı yetkisine sahip bir ulusal mahkemenin yetkisini tüm davalılar ya da açılan davaların tamamı veya bir kısmı bakımından ortadan kaldıran tahkim veya yetki şartlarının ilgili ulusal mahkeme tarafından dikkate alınmasına “AB Hukuku'nun etkililiği ilkesinin” (*principle of effectiveness of EU law*) izin verip vermediği sorusu hakkında Divan'ın bir ön karar vermesini istemiştir⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Bundan sonra yalnızca “CDC” olarak anılacaktır. CDC, Brüksel'de mukim Belçika hukukuna tabi bir şirket olup kartelden etkilenen teşebbüslerin tazminat taleplerini takip etmek amacıyla kurulmuştur. Bu konuda bkz.: EU:C:2015:335, para. 9

⁵⁵⁹ Ben Rayment, “Agreements on jurisdiction after CDC Hydrogen Peroxide”, **Competition Law Journal**, C. 16, No: 1, 2017, s. 23.

⁵⁶⁰ Tüzük için bkz.: *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2001] OJ L 12/1*. Söz konusu tüzük yürürlükten kaldırılmış olup 10 Ocak 2015 tarihinde Brüksel I Tadil Tüzüğü yürürlüğe girmiştir. Bu tüzük için ise bkz.: *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) [2012] OJ L 351/1*.

⁵⁶¹ EU:C:2015:335, para. 14

Karara konu olan davada Hukuk Sözcüsü *Jaaskinen*, ABİDA m. 101'in ihlaline ilişkin kartel tazminatı taleplerinin tahkim veya yetki şartıyla yetkilendirilen yargı mercinde çözüme kavuşturulamayacağı yönünde görüş bildirmiştir⁵⁶².

Hukuk Sözcüsü *Jaaskinen*, görüşünü iki gerekçeye dayandırmıştır.

İlk olarak ABİDA m. 101 uyarınca rekabete aykırı anlaşmaların yasaklanmasının etkililiği ilkesiyle görüşünü desteklemiştir⁵⁶³. Hukuk Sözcüsü *Jaaskinen*, kartellerle ilgili uyuşmazlıkların genellikle çok sayıda taraf içerdiğini vurgulamıştır. Özellikle aynı grup şirket yapısı içinde yer alan farklı tüzel kişilikler tarafından imzalanan çeşitli sözleşmeler aracılığıyla kartelin hayata geçirilmesinin taraf sayısını arttırdığını belirterek karteli oluşturan grup içindeki farklı şirketlerle yapılan çok sayıdaki tedarik sözleşmesinin kartelin birden fazla kez uygulanmasına yol açtığını söylemiştir. *Jaaskinen*'e göre, bu durumda tahkim veya yetki şartı kartel mağdurlarının tazminata dayalı haklarını kullanmalarını daha da zorlaştırmaktadır.⁵⁶⁴ Ayrıca AB rekabet hukuku hükümleri, tahkim veya yetki şartı yoluyla yargı yetkisinin AB dışındaki bir merciye bırakılması hâlinde kamu düzeni vasıtasıyla dahi uygulanamayabilecektir⁵⁶⁵.

İkinci olarak ABİDA m. 101 uyarınca kartel tazminatına ilişkin bir uyuşmazlık, tahkim veya yetki şartının yapıldığı hukuki ilişkiyle bağlantılı olmayacaktır. Dolayısıyla da bu uyuşmazlıklar tahkim veya yetki şartının kapsamına girmeyecektir.⁵⁶⁶

⁵⁶² Hukuk Sözcüsü *Jaaskinen*'in görüşü için bkz.: *Opinion of Advocate General Jääskinen in Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel and Others (Case C-352/13)* ECLI:EU:C:2014:2443

⁵⁶³ Renato Nazzini, "Are Claims for Tortious Damages for Breach of the Antitrust Rules Arbitrable in the European Union? Some Reflections on the CDC Case in the Court of Justice", **Rivista Italiana Di Antitrust / Italian Antitrust Review**, C. 3, No: 1, 2016, s. 77. Ayrıca bkz.: ECLI:EU:C:2014:2443, para. 133

⁵⁶⁴ Nazzini, "CDC Case", s. 77 vd.; ECLI:EU:C:2014:2443, para. 125 ve 126.

⁵⁶⁵ Nazzini, "CDC Case" s. 77; Katarzyna Sadrak, "Arbitration Agreements and Actions for Antitrust Damages After the CDC Hydrogen Peroxide Judgment", **Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies**, C. 10, No: 16, 2017, s. 88. Ayrıca bkz.: ECLI:EU:C:2014:2443, para. 100

⁵⁶⁶ Nazzini, "CDC Case", s. 78; Sadrak, "The CDC Judgment", s. 91 vd.; ECLI:EU:C:2014:2443, para. 127 vd.

Hukuk Sözcüsü *Jaaskinen*'e göre, başvurulmuş tahkim veya yetki şartı ile belirli bir hukuki ilişki arasında yakın bağlantı olması koşulu, yargı yetkisinin öngörülebilirliğini garanti altına almak için gereklidir⁵⁶⁷. Alman mahkemesi önündeki davada öne sürülen talepler, gizlice düzenlenip uygulamaya konulan kartel anlaşmasından doğan ve haksız fiil teşkil eden eylemlerden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla da anılan davadaki uyuşmazlık, belirtilen hukuka aykırı fiilin sonuçlarına ilişkin olup bu durum başvurulmuş tahkim veya yetki şartının bulunduğu tedarik sözleşmelerinin yarattığı hukuki ilişkiden doğması gereği farklıdır. Bu tür durumlarda, kartel anlaşmasından ve onun ortaya çıkardığı zarardan haberdar olmayan kişilerle akdedilen tahkim veya yetki şartının geçerli olduğunun kabulü mümkün değildir.⁵⁶⁸

Yukarıda yer verilen açıklamalarına karşın Hukuk Sözcüsü *Jaaskinen*, rekabete aykırı anlaşmaların yasaklanmasının etkililiği ilkesinin kendi başına ve genel olarak ABİDA m. 101'in ihlaline ilişkin bir tazminat davasında tahkim veya yetki şartının uygulanmasını engellemediğini belirtmiştir. Bununla birlikte aleyhine tahkim veya yetki şartına başvurulmuş tarafın, anılan tedarik sözleşmelerini akdettiği sırada söz konusu kartel anlaşmasından habersiz olması nedeniyle bu anlaşmadan kaynaklanan haksız fiillere dayanan tazminat talebine ilgili tahkim veya yetki şartının uygulanacağını öngöremeyeceğini vurgulamıştır. Bu tür durumlarda, ulusal mahkemenin yargı yetkisini ortadan kaldıracak bir tahkim veya yetki şartına geçerlilik tanınmasının rekabete aykırı anlaşmaların yasaklanmasının etkililiği ilkesine aykırı olacağına kanaat getirmiştir.⁵⁶⁹

Hukuk Sözcüsü *Jaaskinen*'in görüşüne rağmen Divan, kartel tazminatı taleplerinin tahkim anlaşması kapsamında olup olmadığı tartışmasından kaçınarak bu hususta bir karar vermemiştir. Divan, yalnızca, yetki anlaşmasının lafzında açıkça belirtilmediği sürece bir yetki şartının ABİDA m. 101/1'in ihlaline ilişkin tazminat taleplerini kapsamadığına karar vermiştir. Ancak Amsterdam İstinaf Mahkemesi ise

⁵⁶⁷ ECLI:EU:C:2014:2443, para. 129

⁵⁶⁸ ECLI:EU:C:2014:2443, para. 130

⁵⁶⁹ Nazzini, "CDC Case", s. 77; ECLI:EU:C:2014:2443, para. 132.

Kemira Chemicals Oy v CDC Project kararında mevcut içtihadı tahkim anlaşmalarını da kapsayacak şekilde genişletmiştir.⁵⁷⁰

Divan’a göre yetkili bir ulusal mahkeme, yalnızca rekabete aykırı anlaşmaların yasaklanmasının etkililiği ilkesine dayanarak, Brüksel I Tüzüğü m. 21’e uygun bir yetki şartıyla yetkilendirilen mahkemenin kartel mağdurunun tam tazminat almasını temin edemeyeceği gerekçesiyle anılan yetki şartını, Tüzüğün amaçlarına zarar vermeksizin hükümsüz kılamayacaktır. Zira ABİDA m. 267’de öngörülen ön karar usulü ile birlikte her bir üye devletteki kanun yolları sistemi, bireylere bu konuda yeterli güvence sağlamaktadır.⁵⁷¹

Divan’a göre yetkili ulusal mahkeme, hangi uyuşmazlıkların yetki şartının kapsamına girdiğini belirlemek için yetki şartını yorumlamalıdır⁵⁷². Bir yetki şartı, yalnızca belirli bir hukuki ilişkiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan veya çıkabilecek uyuşmazlıklarla ilgilidir, dolayısıyla da yetki anlaşmasının kapsamı, yalnızca anlaşmanın yapıldığı hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlıdır. Bu yorumun amacı, tarafların, yetki anlaşmasının kaynaklandığı hukuki ilişkiden başka bir ilişkiden doğan tüm uyuşmazlıklarla ilgili olarak yetki şartında belirtilen mahkemeye mecbur bırakılmasının ortaya çıkaracağı sürpriz durumu önlemektir.⁵⁷³ Bu amaç doğrultusunda yetkili mahkeme, özellikle soyut bir şekilde, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklara uygulanacağı belirtilen bir yetki şartının taraflardan birinin hukuka aykırı bir karteğe katılımı sonucunda maruz kaldığı iddia edilen haksız fiil sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkları kapsadığını kabul etmemelidir.⁵⁷⁴

Divan’a göre, sözleşmedeki yetki şartını kabul ettiği sırada kartel hakkında hiçbir bilgisi olmayan zarar gören taraf, karteğe ilişkin bir uyuşmazlığın çıkacağını makul bir şekilde öngöremeyeceği için bu tür uyuşmazlıklar sözleşmesel ilişkiden kaynaklanmamaktadır. Sonuç olarak Divan, rekabet hukukunun ihlaliinden

⁵⁷⁰ Nazzini, “CDC Case”, s. 72.

⁵⁷¹ EU:C:2015:335, para. 63

⁵⁷² EU:C:2015:335, para. 67

⁵⁷³ EU:C:2015:335, para. 68

⁵⁷⁴ EU:C:2015:335, para. 69

kaynaklanan haksız fiile ilişkin ihtilafların sözleşmede yer alan yetki şartının kapsamına girdiğinin açıkça belirtilmediği sürece bir yetki şartının, ulusal mahkemenin yargı yetkisini geçerli bir şekilde ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir.⁵⁷⁵

CDC kararının konumuz açısından önemi, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerde tarafların bu tür uyuşmazlıkları tahkime götürme iradesine sahip olup olmadığının belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, bir yatırım sözleşmesinin tarafı olan ev sahibi devlet, tahkim anlaşmasını akdederken yolsuzluğa ilişkin uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde bir irade ortaya koymadığını iddia edebilir. Devlet, kamu görevlilerinin rüşvet aldığından habersiz olduğunu öne sürerek bu tür uyuşmazlıkların tahkime tabi olmasını hiçbir zaman öngörmediğini savunabilir⁵⁷⁶. Kısacası, ev sahibi devlet, “*Beni dolandıran bir tarafla, bu dolandırıcılıktan doğan ihtilafı tahkimde çözme yi asla düşünmedim.*” diyebilir.⁵⁷⁷

Gelecekte, yolsuzlukla ilgili uyuşmazlıklar ulusal mahkemeler veya hakem heyetleri önüne taşındığında, tarafların bu tür bir savunmaya sıkça başvurmaları muhtemeldir⁵⁷⁸. Bu durumda bazı yargı mercileri CDC kararındaki görüşü benimseyerek, ev sahibi devletin tahkim şartını kabul ettiği sırada yatırımcının yolsuzluk teşkil eden fiillerinden habersiz olduğunu ve dolayısıyla böyle bir ihtilafın doğacağını makul bir şekilde öngöremeyeceğini değerlendirerek, ilgili uyuşmazlığın sözleşmesel ilişkiden kaynaklanmadığı sonucuna varabilir. Yolsuzlukla ilgili uyuşmazlıkların sözleşmedeki tahkim şartının kapsamına açıkça dâhil edilmediği sürece, bir tahkim şartının ilgili ulusal mahkemenin yargı yetkisini geçerli bir şekilde ortadan kaldırmayacağına hükmedebilir.

⁵⁷⁵ EU:C:2015:335, para. 70. Kararın rekabet hukuku bağlamında bir eleştirisi için bkz.: Eker Ayhan, **Tahkim**, s. 270-278.

⁵⁷⁶ Kural olarak, kamu görevlilerinin yolsuzluk teşkil eden eylemleri ev sahibi devlete atfedilmemektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Kreindler, **Illegality**, s. 286 vd.

⁵⁷⁷ Karş. Stefan Kröll, “Corruption and Arbitration Proceedings: The Past, the Present, and the Future”, Indian Review of International Arbitration Distinguished Lecture Series on International Arbitration, Maharashtra National Law University Mumbai Centre For Arbitration and Research, 2023, (Çevrimiçi, 2025), <https://www.youtube.com/watch?v=v37VcfMMJS8&t=2620s>

⁵⁷⁸ Kröll, **a.y.**

Bazı yargı mercileri ise her ne kadar Avrupa Adalet Divanı tarafından benimsenmemiş olsa da Hukuk Sözcüsü *Jaaskinen*'in kartel tazminatı taleplerinin tahkim veya yetki şartının kapsamına girmediği yönündeki görüşünü yolsuzlukla ilgili uyuşmazlıklara uyarlayabilir. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının yalnızca yatırımcı ile ev sahibi devleti bağlamasına rağmen yolsuzluk iddialarının niteliği gereği üçüncü kişilerin de tahkim yargılamasına dâhil olmasının gerekebileceğini vurgulayabilir. Örneğin, yatırımcı tarafın bir aracı vasıtasıyla ev sahibi devletteki kamu görevlilerine rüşvet verdiği iddia edilen olayda hem rüşvet veren aracı hem de rüşvet alan kamu görevlileri, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla davaya müdahil olmak isteyebilirler ya da taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde rücu edeceği üçüncü kişiye davayı ihbar etmek isteyebilir. Bu durumda bazı merciler, Hukuk Sözcüsü *Jaaskinen*'in görüşüne paralel olarak, usul ekonomisi ilkesinin ve adil yargılanma hakkının tahkim anlaşmasının ulusal mahkemenin yargı yetkisini geçerli bir şekilde ortadan kaldırmasına engel olacağına hükmedebilir⁵⁷⁹. Ayrıca bazı ev sahibi devlet mahkemeleri, yatırım sözleşmesine yabancı bir hukukun uygulanmasının öngörüldüğü durumlarda yolsuzluktan zarar gören ev sahibi devletin hukukunun göz ardı edilme riski bulunduğunu belirterek, kamu düzeni gerekçesiyle yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil olmayacağını öne sürebilir.

⁵⁷⁹ Nitekim, UfR 2001.2392 VLK davasında Danimarka Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir karar bu duruma örnek teşkil etmektedir. Bu davada müteahhit (C), (F) Kooperatifi için bir konut inşaatı gerçekleştirecekti. (C), mimar (A) ile konut inşaatı projesiyle ilgili teknik danışmanlık ve yardım hizmetleri için tahkim şartı da içeren bir danışmanlık sözleşmesi imzalamıştır. Uyuşmazlık, toprak kayması nedeniyle inşa edilen binaların zarar görmesinin ardından ortaya çıkmıştır. Anılan binalar sigorta güvencesi altında olduğundan kooperatif (F)'ye halef olan Danimarka Bina Hasar Fonu (B), mimar (A) ve diğer üç teknik danışmana (H, I ve J) karşı tahkim davası başlatmıştır. Ancak, danışmanlık sözleşmesinin ve içindeki tahkim şartının tarafı yalnızca (A) olduğu için (B) diğer üç davalıya karşı başlattığı davadan vazgeçmek zorunda kalmıştır. Bunun üzerine (B), davayı aynı taraflara karşı Danimarka devlet mahkemesinde açmıştır. (A) ise tahkim anlaşması nedeniyle mahkemenin kendisi bakımından yetkisiz olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir. Ancak Danimarka Bölge Adliye Mahkemesi (A)'nın talebini reddetmiştir. Mahkeme, dava konusu zarardan müşterek ve müteselsil sorumlu tutulabilecekleri için her dört davalı bakımından da sorumluluğu değerlendirecek ve davalılar arasında paylaşılacak tek bir yargı mercinin olmasının önemini vurgulamıştır. Ardından da davanın tek bir yargı mercinde ele alınmasının usul ekonomisi açısından daha uygun olacağını belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, sözleşme dışı, haksız fiile dayanan talepler olması nedeniyle (A) aleyhindeki taleplerin tahkim anlaşmasının kapsamı dışında kaldığına kanaat getirmiştir. Sonuç olarak mahkeme, (A)'nın tahkim itirazını reddederek davanın Danimarka devlet mahkemelerinde görülmesini kararlaştırmış ve tahkim anlaşmasına geçerlilik tanımak yerine usul ekonomisi ilkesine üstünlük tanımıştır. Bkz.: Andersen, Iversen, "Arbitration", s. 108 vd.

Sonuç olarak, yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerdeki tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil olup olmadığı meselesi bir yorum sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda nihai sonucun belirlenmesi de ilgili hakem heyeti veya ulusal mahkemenin yorum tarzına bağlı olmaktadır⁵⁸⁰. Tahkim yanlısı yorum faraziyesini benimseyen yargı mercileri bu tür uyuşmazlıkları tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil ederken, kısıtlayıcı veya tarafsız yorum faraziyesini benimseyen yargı mercilerinin ise bu tür uyuşmazlıkları tahkim anlaşmasının kapsamı dışında bırakması muhtemeldir.

Nitekim yukarıda incelediğimiz *HUBCO* kararında Pakistan Yüksek Mahkemesi kısıtlayıcı bir yorum yaparak, yolsuzluğa ilişkin uyuşmazlıkların yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmede bulunan tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyeceğine hükmederken, *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* kararında Lordlar Kamarası, tahkim yanlısı yorum yaparak bu uyuşmazlıkların yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmede bulunan tahkim anlaşmasının kapsamında olduğu sonucuna varmıştır.

b. The Hub Power Company Ltd (HUBCO) v Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan Davası

Yukarıda tahkime elverişlilik bakımından incelediğimiz bu kararda davacı ve karşı davalı PSEGİ'ye göre, taraflar arasındaki tahkim anlaşması sınırlı bir kapsama sahipti. Tahkim anlaşması, yalnızca, taraflar arasındaki elektrik satın alımı sözleşmesinin anlamı, yorumu, hükmü ve ihlâline ilişkin uyuşmazlıkları içermekteydi. Pakistan Devleti ise tahkim anlaşmasında yer alan “*uyuşmazlık*” kelimesinin “ticari uyuşmazlık” olarak okunması gerektiğini öne sürmüştür. Anılan gerekçelerle hem PSEGİ hem de Pakistan Devleti, mevcut davada yolsuzluğa ilişkin uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasının kapsamına girmediğini savunmuştur.⁵⁸¹

Öte yandan *HUBCO*, tahkim şartına uygulanacak hukuk olan İngiliz Hukuku bakımından değerlendirildiğinde sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm maddesinin farklı

⁵⁸⁰ Bu konu hakkında kendi yorum ve görüşlerimiz için bkz.: aş., üçüncü bölüm, III/C

⁵⁸¹ Majeed, “Hubco Judgment Transcript”, s. 450, para. 25.

yerlerinde belirtilen “her ne türden olursa olsun herhangi bir uyuşmazlık veya ihtilaf hâlinde”, “bu sözleşmeden kaynaklanan veya bağlantılı olan herhangi bir uyuşmazlık” ve “herhangi bir uyuşmazlık” ifadelerinin kapsamının çok geniş olduğunu, PSEGİ tarafından ileri sürülen sınırlı yelpazenin çok ötesindeki uyuşmazlıkları kapsadığını savunmuştur⁵⁸². Kaldı ki HUBCO’ya göre, elektrik satın alımı sözleşmesi m. 17/12 yolsuzluğa ilişkin uyuşmazlıkların tahkime götürülebileceğini açıkça öngörmüştür. İlgili madde şu şekildedir: “Şirket (HUBCO); kendisinin farkında olduğu kadarıyla ilk hissedarlarının, şirket yöneticilerinin ve çalışanlarının, işbu sözleşmenin yürürlüğü süresince Rupî veya döviz cinsinden Pakistan’da veya yurtdışında herhangi bir hukuka aykırı komisyon, rüşvet, avanta, bahşîş ödemediğini veya ödemeyi taahhüt etmediğini, başka bir yoldan söz konusu veya benzer eylemlerde bulunmak amacıyla Pakistan’da veya yurtdışında herhangi bir kişiye hiçbir hediye ve armağan vermediğini ya da vermeyi teklif etmediğini beyan ve teyit eder”⁵⁸³.

Pakistan Yüksek Mahkemesi kararında, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların hukuki açıdan tartışmasız olarak geçerli kabul edilen bir sözleşmeden kaynaklanan veya böyle bir sözleşmeyle ilgili olan ticari bir uyuşmazlık olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, PSEGİ, söz konusu suç fiilleri nedeniyle ihtilafli belgelerin taraflar arasında hukuki olarak bağlayıcı herhangi bir sözleşme meydana getirmediğini iddia etmektedir. Bundan ötürü, uyuşmazlık öncelikle geçerli bir sözleşmenin varlığıyla ilgilidir ve böyle bir uyuşmazlık sözleşme kapsamında değildir.⁵⁸⁴

c. Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov Davası

İngiliz mahkemeleri geleneksel olarak tahkim şartlarının lafzına büyük önem vermiş ve birbirinden biraz farklı lafzî ifadeler arasında nispeten ince ayrımlar yapmıştır⁵⁸⁵. Bu mahkemeler, sözleşme “kapsamındaki” uyuşmazlıklar ifadesinin yalnızca ilgili sözleşmeye dayanan taleplerle sınırlı olarak yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu ifadenin, tarafların sözleşmeye dayalı yükümlülüklerini

⁵⁸² Majeed, a.e., s. 450 vd., para. 26-27.

⁵⁸³ Majeed, a.e., s. 450 vd., para. 28.

⁵⁸⁴ Majeed, a.e., s. 458.

⁵⁸⁵ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[D][3].

doğrudan uygulamayı içermeyen haksız fiile dayanan çeşitli talepler ile sözleşme öncesi beyanlara veya sözleşme sonrası yükümlülüklerle ilişkin talepleri kapsamadığı sonucuna varmıştır.⁵⁸⁶ Buna karşılık, (sözleşme) “-den kaynaklanan” ifadesinin, tarafların aralarındaki sözleşmeyle bağlantılı haksız fiil taleplerini de kapsayacağına hükmetmiştir⁵⁸⁷. Bu açıdan *Fiona Trust* kararı İngiliz Hukuku bakımından bir dönüm noktası olmuştur. Bu kararda Lordlar Kamarası, geleneksel ve bazen de kısıtlayıcı olan yorumlama yöntemlerini terk ederek milletlerarası ticari sözleşmelerde yer alan herhangi bir tahkim veya yetki şartının geniş yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁸⁸

(1) İngiliz İlk Derece Mahkemesi Kararı

Davaya bakan İngiliz İlk Derece Mahkemesi Yargıcı *Morison*, mevcut davada asıl sorunun tahkim anlaşmasında yer alan (sözleşme) “-den kaynaklanan” ve (sözleşme) “kapsamındaki” kelimelerinin, iddia edilen rüşvet olayı nedeniyle çarterpartinin geçersiz olup olmadığı konusundaki uyuşmazlığı içerip içermediği olduğunu belirtmiştir.⁵⁸⁹

Somut olayda davacı gemi sahipleri, çarterpartileri akdetme yolunda bir iradelerinin olmadığını iddia etmektedir. Zira gemi sahiplerinin gerçek ya da görünürdeki iradeleri iddia edilen rüşvet olayıyla alt üst edilmiş, dolayısıyla da taraflar arasında gerçekten bir irade uyuşması olmamıştır. Gemi sahipleri, belirtilen çarterparti sözleşmelerine gerçekten rıza göstermedikleri için bu sözleşmeleri hiçbir zaman akdetmediklerini, bunların hiçbir hükmüyle bağlı olmadıklarını savunmuşlardır. Yargıç *Morison*’a göre, bu bir anlamda bir tarafın aldatma sonucu esaslı yanılmaya düşürülmesi olan “*non est factum*” ya da karşılıklı veya tek taraflı bir esaslı yanılma durumundan farklı değildir.⁵⁹⁰

Sonuç olarak Yargıç *Morison*, gemi sahiplerinin çarterparti sözleşmesini geçerli olarak akdedip akdetmedikleri sorusunun kesinlikle sözleşme “kapsamında”

⁵⁸⁶ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[E][5].

⁵⁸⁷ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[E][6].

⁵⁸⁸ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[D][1][d].

⁵⁸⁹ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 21

⁵⁹⁰ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 21

ortaya çıkmayan ve sözleşmeden kaynaklanmayan bir ihtilaf olduğuna kanaat getirmiştir. Hakemlerin bu konuda karar verme yetkisi olmadığına, bu yetkinin yalnızca mahkemeye ait olduğuna hükmetmiştir. Zira sözleşme kapsamında ortaya çıkan veya sözleşmeden kaynaklanan olağan nitelikteki iddialar ile rüşvet konusu arasında hiçbir örtüşme yoktur.⁵⁹¹ İddia edilen rüşvet fiillerine dayanan talepler, tamamen haksız fiil niteliğinde olmaları nedeniyle sözleşmeyle örtüşmeyen, dolayısıyla da tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyen taleplerdir.⁵⁹²

(2) İngiliz İstinaf Mahkemesi Kararı

İngiliz İstinaf Mahkemesi ise kararında, “milletlerarası ticari bağlamda ortaya çıkan davalar için artık tahkim anlaşmalarının yorumu bakımından birbirinden biraz farklı lafzî ifadeler arasında yapılan nispeten ince ayrımlara bir tür sınır çizmenin ve yeni bir başlangıç yapmanın zamanının geldiğini” belirtmiştir.⁵⁹³

İngiliz İstinaf Mahkemesi’ne göre sıradan iş insanları, bu davalarda tahkim anlaşmalarının ifadeleri arasında çizilen ince ayrımlara ve belirli bir uyumsuzluğun bir kelime grubuna mı yoksa çok benzer başka bir kelime grubuna mı girdiğini tartışmak için harcanan zamana şaşıracaklardır. Sözleşmeyi yaparken uyumsuzluklarının belirli bir ülkenin mahkemelerinde ya da tahkimde görülmesini kabul etme zahmetine katlanan iş insanları, belirli bir uyumsuzluğun tahkim anlaşmasını akdederken kullandıkları ifadenin anlamı dâhilinde olup olmadığı hakkında uzun tartışmalarla harcanan zaman ve masrafı beklememektedirler. Eğer herhangi bir iş insanı sözleşmenin geçerliliğine ilişkin ihtilaflar gibi bir konuyu tahkim anlaşmasından hariç tutmak isterse bunu açıkça yapması daha kolay olacaktır.⁵⁹⁴

İngiliz İstinaf Mahkemesi, milletlerarası ticari sözleşmelerdeki herhangi bir tahkim veya yetki şartının geniş yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁹⁵ Mahkemeye göre bunun nedenlerinden biri tek duraklı tahkim (“one-stop arbitration”) lehine olan karinedir. Zira hiçbir bir iş insanından, önce ulusal

⁵⁹¹ [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 21

⁵⁹² [2006] EWHC 2583 (Comm), para. 36

⁵⁹³ [2007] EWCA Civ 20, para. 17

⁵⁹⁴ [2007] EWCA Civ 20, para. 17

⁵⁹⁵ [2007] EWCA Civ 20, para. 18

mahkemenin sözleşmenin geçerli olup olmadığına karar vermesini, sözleşmenin geçerli olduğunun tespiti hâlinde ise uyuşmazlığın çözülmek üzere tahkime havale edilmesini gerektiren bir sistemi bilerek yaratması beklenemez.⁵⁹⁶

Sonuç olarak mahkeme, esas sözleşmenin rüşvet iddiası nedeniyle geçersiz olduğunun tespitine ilişkin bir uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamında olduğuna hükmetmiştir⁵⁹⁷.

(3) Lordlar Kamarası Kararı

İngiliz İstinaf Mahkemesi'nce kararın temyizine izin verilmesi üzerine *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* davası *Premium Nafta Products Limited v. Fili Shipping Company Limited* ismiyle Lordlar Kamarası'nın önüne gelmiştir⁵⁹⁸.

Lordlar Kamarası kararında, tarafların ne tür uyuşmazlıkları tahkime götürmeyi amaçladıklarının sadece tahkim anlaşmasının kendisinden anlaşılabilirliğini belirtmiştir. Ancak, tarafların tahkim anlaşmasını akdederken kullandıkları kelimelerle ifade etmek istedikleri anlam, ticari bağlamdan ve anlaşmanın hangi amaçla yapıldığının tespitinden etkilenecektir. İş insanlarının bazı rasyonel ticari amaçlara ulaşmak için sözleşmeler akdettikleri varsayılır ve bu amacın anlaşılması, tarafların kullandıkları ifadelerin yorumlanma şeklini etkileyecektir.⁵⁹⁹

Lordlar Kamarası'na göre tahkim anlaşması akdeden tarafların amacı, tarafsızlığına, uzmanlığına ve gizliliğine güvendikleri bir hakem heyeti tarafından uyuşmazlıklarının çözülmesidir. Bunun yanı sıra taraflar, tahkim yerindeki hukuki hizmetlerden ve tahkim yeri hukukunun onlara sağladıkları faydalardan da istifade etmek isterler. Özellikle milletlerarası sözleşmeler söz konusu olduğunda taraflar, devlet mahkemeleri önünde maruz kalabilecekleri gecikme ve kayırmacılık tehlikesini savuşturarak hızlı ve etkin bir yargılamaya kavuşmak isterler.⁶⁰⁰

⁵⁹⁶ [2007] EWCA Civ 20, para. 19

⁵⁹⁷ [2007] EWCA Civ 20, para. 21

⁵⁹⁸ [2007] UKHL 40, para. 1

⁵⁹⁹ [2007] UKHL 40, para. 5

⁶⁰⁰ [2007] UKHL 40, para. 6

Lordlar Kamarası'na göre, bir tahkim şartının amacının yukarıda ifade edilenler olduğunun kabulü hâlinde iş insanlarının sözleşmenin geçerliliğiyle ilgili uyuşmazlıkların bir yargı merci tarafından, sözleşmenin ifası ile ilgili uyuşmazlıkların ise başka bir yargı merci tarafından karara bağlanması yönünde bir iradeye sahip oldukları yorumu mantıksız olacaktır. Tahkim anlaşmasını yorumlarken tarafların böyle bir iradeleri olduğuna karar vermek için anlaşmada buna dair çok açık bir lafız bulmak gerekir.⁶⁰¹ 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu m. 7'de hüküm altına alınan tahkim şartının ayrılabilirliği prensibi, iş insanlarının akdettikleri sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin ihtilafları tahkime sunma iradesinin ve bu hususta hukukun iş insanlarının önüne kavramsal engeller koymaması gerektiğinin İngiliz Parlamentosu tarafından da kabul edildiğini göstermektedir⁶⁰².

Lordlar Kamarası, İngiliz Hukukunda tahkim anlaşmalarının yorumu bakımından birbirinden biraz farklı lafzî ifadeler arasında yapılan nispeten ince ayrımları incelemenin bir önemi olmadığını, çünkü bu ayrımların İngiliz Ticaret Hukuku'na hiçbir itibar kazandırmadığını belirtmiştir. Lordlar Kamarası'na göre, çeşitli lafzi ifadeler arasındaki ince ayrımların etkilerini bu kadar dikkatli bir şekilde açıklayan yargıçlar, tarafların çok yaygın bir şekilde standart tahkim şartlarını kullandıklarını öğrenirlerse büyük bir hayal kırıklığı yaşayabilirler. Bu nedenle, İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin kararında ifade edilen *“artık tahkim anlaşmalarının yorumu bakımından birbirinden biraz farklı lafzî ifadeler arasında yapılan nispeten ince ayrımlara bir tür sınır çizmenin ve yeni bir başlangıç yapmanın zamanının geldiği”* görüşü takdire şayandır. Yeni bir başlangıç ihtiyacı, son yıllarda hukukun bu dalında meydana gelen gelişmeler ve özellikle de İTK m. 7'de ayrılabilirlik ilkesinin benimsenmesi ile meşrulaştırılmıştır. Bu ilkenin, tarafların tahkim yoluyla karara bağlanmasını istedikleri konulara ilişkin makul ticari beklentilerine mahkemeler tarafından etki tanınmasını sağlamayı amaçladığında duraksama yoktur. Ancak mahkemeler, birçok durumda bu beklentileri boşa çıkarması muhtemel bir yorum tarzı benimserse kanun amacına ulaşamayacaktır.⁶⁰³

⁶⁰¹ [2007] UKHL 40, para. 7

⁶⁰² [2007] UKHL 40, para. 10

⁶⁰³ [2007] UKHL 40, para. 12

Lordlar Kamarası'na göre de artık yeni bir yorum tarzının zamanı gelmiştir⁶⁰⁴. Bu yeni yorum tarzı gereğince, basiretli tacirler olarak tarafların aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlığın tek bir yargı merci tarafından karara bağlanmasını amaçladığı varsayımından hareketle tahkim şartının yorumlanmasına başlanmalıdır. Tahkim şartının lafzından belirli bazı uyuşmazlıkların hakemlerin yargı yetkisi dışında bırakılmasının amaçlandığı açıkça anlaşılmadığı sürece bu varsayıma uygun olarak yorum yapılmalıdır.⁶⁰⁵

Öte yandan Lordlar Kamarası, tahkim anlaşmasının akdedildiği sırada çarterparti sözleşmesinin rüşvet yoluyla elde edildiğinden habersiz olduğunu iddia eden *Sovcomflot*'un, tahkim anlaşmasının bu ihtilafı kapsamadığı yönündeki savunmasına itibar etmemiştir. Zira tahkim anlaşmasının amacı, sözleşmenin akdedildiği tarihte öngörülmüş olsun ya da olmasın, her türlü uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır. Sözleşmenin geçerliliğine ilişkin ihtilaflar da ortaya çıkabilecek diğer uyuşmazlık türleri gibi hakemler tarafından çözülmeye uygundur.⁶⁰⁶

Lordlar Kamarası, *Sovcomflot*'un, tahkim anlaşmasının yolsuzlukla ilgili uyuşmazlıkları kapsamamasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesindeki adil yargılanma hakkını ihlal ettiği yönündeki savunmasını da reddetmiştir. Mahkemeye göre, taraflar tahkim anlaşması yaparak mahkemeye erişim hakkından feragat edebilirler. Tahkim anlaşması doğru bir şekilde yorumlandığında, tarafların, belirli bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini kabul ettikleri anlaşılırsa AİHS'de yer alan hakların ihlali söz konusu olmayacaktır.⁶⁰⁷

Sonuç olarak Lordlar Kamarası, mevcut davadaki standart tahkim şartının, aldatma veya rüşvet gibi bir gerekçeyle elde edildiği iddia edilen sözleşmenin geçersizliğine ilişkin her türlü ihtilafı kapsadığına hükmetmiştir⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ [2007] UKHL 40, para. 12

⁶⁰⁵ [2007] UKHL 40, para. 13

⁶⁰⁶ [2007] UKHL 40, para. 27

⁶⁰⁷ [2007] UKHL 40, para. 20

⁶⁰⁸ [2007] UKHL 40, para. 15

C. Değerlendirme

Yukarıda, tarafların aksi yöndeki iradeleri nedeniyle konusu nüfuz ticareti teşkil eden aracılık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim şartının kapsamında olmadığını, buna karşın, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeler bakımından durumun farklı olduğunu ifade etmiştik.

Yolsuzluğa dayanan taleplerin yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerdeki tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil olup olmadığı sorusunun çalışmamızda yer verdiğimiz mahkeme kararları doğrultusunda birkaç açıdan ele alınması gerekmektedir. Birincisi, yolsuzluğa ilişkin uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil olup olmaması bakımından tahkim anlaşmasının lafzının önem arz edip etmeyeceğidir. İkincisi, yolsuzluğa ilişkin uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil edilmesinin usul ekonomisine, adil yargılanma hakkına ve kamu düzenine aykırı olup olmayacağıdır. Üçüncüsü ise tahkim anlaşmasını akdettiği sırada sözleşmenin yolsuzluk yoluyla elde edildiğinden habersiz olan tarafın, yolsuzluğa ilişkin bir ihtilafın ortaya çıkacağını öngöremeyecek olması nedeniyle bu ihtilaf bakımından bir tahkim iradesinin bulunmadığı, dolayısıyla da yolsuzluğa dayanan taleplerin tahkim anlaşmasının kapsamında olmadığı yönündeki savunmasına itibar edilip edilmeyeceğidir.

Kanaatimizce, yolsuzluk içeren uyuşmazlıklar, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerdeki tahkim anlaşmasının kapsamına dâhildir ve bu tür uyuşmazlıklar hakem önünde çözüme kavuşturulabilirler.

İlk olarak, tahkim anlaşmalarının lafızları, başka bir deyişle, tahkim anlaşmasında kullanılan ifadeler arasında yapılan ince ayrımlar meşru değildir⁶⁰⁹. Tarafların tahkim anlaşması akdederken ki amaçları, tahkim anlaşmasının hukuki ifade biçimine bakılmaksızın aralarındaki sözleşmeyle ilgili tüm uyuşmazlıkları tahkime götürmektir.

⁶⁰⁹ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[E].

İkinci olarak, usul ekonomisine, adil yargılanma hakkına ve kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkimde görülmesinin engellenmesi hukuka uygun değildir. Zira Lordlar Kamarası'nın da belirttiği üzere, taraflar tahkim anlaşması yaparak mahkemeye erişim hakkından feragat edebilirler. Gerçekten de tahkim anlaşmasının doğru bir şekilde yorumlanarak belirli bir uyuşmazlığın tahkim anlaşması kapsamında olduğuna hükmedilmesi, tarafların AİHS'de yer alan haklarının ihlali anlamına gelmeyecektir. Öte yandan, bazı uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesinin usul ekonomisi ve kamu düzeni açısından sakıncalar doğurabileceğini kabul etmekteyiz. Ancak modern milletlerarası tahkim uygulaması, tarafların uyuşmazlıklarını tahkimde çözüme yönündeki iradelerine saygı gösterilmesine ilişkin kamu politikasını, devletler tarafından usul ekonomisi ve/veya milli kamu düzeni gerekçesiyle bazı uyuşmazlıkların tahkime götürülmesinin engellenmesi amacından üstün tutmaktadır. Daha öz bir ifadeyle, belirtilen durumlarda yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkimde çözüme kavuşturulması milletlerarası kamu düzenine daha uygun olacaktır.

Son olarak ise tahkim anlaşmasını akdettiği sırada sözleşmenin yolsuzluk yoluyla elde edildiğinden habersiz olan tarafın, yolsuzluğa ilişkin bir ihtilafın ortaya çıkacağını öngöremeyecek olması nedeniyle bu ihtilaf bakımından bir tahkim iradesinin bulunmadığı yönündeki görüşe katılmıyoruz. Zira tahkim anlaşmalarının asıl amacı, henüz ortaya çıkmamış ve dolayısıyla sözleşme sırasında bilinmeyen ancak gelecekte ortaya çıkabilecek tüm uyuşmazlıkların tahkimde çözüme kavuşturulmasıdır⁶¹⁰. Haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, tarafların akdettikleri sözleşme bağlamında ortaya çıkan tüm uyuşmazlıkları tahkimde çözüme kavuşturmak istedikleri kabul edilmelidir, meğerki her iki taraf da (konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerde olduğu gibi) belirli bir uyuşmazlığı tahkime götürme iradesinde olmasın.

⁶¹⁰ Born, *Arbitration*, böl. 9.02[F][2]. Benzer yönde bkz.: Eker Ayhan, *Tahkim*, s. 275.

SONUÇ

Yolsuzluğun tanımlaması oldukça güç bir kavram olması nedeniyle bugüne kadar hem yolsuzluğa ilişkin çok taraflı milletlerarası konvansiyonlarda hem de doktrinde yolsuzluğun kapsamlı ve yeknesak bir tanımı yapılamamıştır. Kaldı ki yolsuzluk kavramını tek bir tanım da birleştirmek hem oldukça güç olacak hem de kavramı anlaşılabilir ve kullanışsız hâle getirecektir. Bu nedenle yolsuzluğa ilişkin genel-geçer bir tanım yapmak yerine kavramı, milletlerarası ticari tahkimde sıklıkla karşılaşılan yolsuzluk teşkil eden fiiller bakımından incelemek daha yerinde olacaktır. Bu fiiller ise rüşvet, irtikap ve nüfuz ticaretidir.

Milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluk teşkil eden fiillerle yolsuzluk içeren sözleşmeler vasıtasıyla karşılaşılmaktadır. Bu sözleşmeler, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeler ve konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmeler şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeler genellikle, yatırımcı ile ev sahibi devlet veya kamu kurumları arasında akdedilen ve temelde bir kamu hizmetinin görülmesini içeren yatırım sözleşmelerini içermektedir. Konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmeler ise genellikle rüşvet, irtikap ve nüfuz ticareti anlaşmaları olmak üzere üç farklı şekildedir. Yolsuzluk iddia ve savunmalarının gündeme geldiği milletlerarası ticari tahkim uyuşmazlıklarında içerisinde tahkim şartı da bulunan dava konusu yazılı bir rüşvet veya irtikap anlaşmasına neredeyse hiç rastlanmamaktadır. Öte yandan, konusu nüfuz ticareti teşkil eden aracılık sözleşmeleriyle milletlerarası ticari tahkimde sıklıkla karşılaşılmaktadır.

Taraflar, hem yolsuzluk yoluyla elde edilen yatırım sözleşmelerinde hem de konusu yolsuzluk teşkil eden aracılık sözleşmelerinde milletlerarası ticari tahkim şartına yer verebilmektedir. Bu sözleşmelerden kaynaklanan herhangi bir ihtilafın ortaya çıkması hâlinde ise çalışmamızın konusunu oluşturan şu soru gündeme gelmektedir: Yolsuzluğun milletlerarası ticari tahkim şartına etkisi nedir? Bu soruya cevap aranırken öncelikle yolsuzluğun tespitinin hangi hukuka göre yapılacağı ve yolsuzluğun, yolsuzluk içeren sözleşmenin geçerliliğine etkisinin ne olacağı belirlenmelidir. Ardından, yolsuzluğun nasıl ispatlanacağı ortaya konularak

yolsuzluğun tahkim şartına etkisi; tahkime elverişlilik, *kompetenz-kompetenz* doktrini, ayrılabilirlik prensibi ve tahkim anlaşmalarının kapsamı bağlamında ele alınmalıdır.

Bir sözleşmenin yolsuzluk içerip içermediğinin tespiti, öncelikle sözleşmeye uygulanacak hukuka göre yapılacaktır. Milletlerarası özel hukukta ve milletlerarası ticari tahkimde yerleşmiş temel prensip gereğince taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku kendileri belirleyebileceklerdir. Taraflar arasında bir hukuk seçimi mevcut olmadığı takdirde hakemler, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku kendileri belirleyeceklerdir. Bazen yolsuzluk yoluyla elde edilen yatırım sözleşmesine veya konusu yolsuzluk teşkil eden aracılık sözleşmesine uygulanacak hukuk ile bu sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devlet hukuku (genellikle sözleşmenin ifa yeri hukuku) birbirinden farklı olabilmektedir. Bu durumda hem sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devlet hukukunun icap etmesi hem de tahkime uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının bu devlet hukukun müdahaleci kurallarının uygulanmasına cevaz vermesi hâlinde ilgili kurallar uygulanabilecektir. Yolsuzluk içeren sözleşmelere, sözleşmeye uygulanacak hukuk ve sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devlet hukukunun müdahaleci kuralları yanısıra milletlerarası kamu düzeni de uygulanmaktadır ve uygulanmalıdır. Milletlerarası kamu düzeninin gerektirmesi nedeniyle de hakemler, taraflar bu yönde bir iddia veya savunmada bulunmasa dahi yolsuzluğu re'sen araştırmalıdır.

Hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğünün evrensel bir hukuk prensibi olması ve hemen hemen tüm milli hukuklarda bu yönde bir mutabakat bulunması nedeniyle yolsuzluğun, konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerin geçerliliğine etkisi kesin hükümsüzlüktür. Öte yandan yolsuzluğun, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin geçerliliğine etkisinin ne olacağı tartışmalıdır. Bu hususta milli hukuklarda uygulanmakta olan üç temel yaklaşım bulunmaktadır. Birincisi, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin tıpkı konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerde olduğu gibi her zaman ve her koşulda kesin hükümsüz kabul edilmesidir. İkincisi, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmeleri iptal edilebilir kabul ederek, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin kararı yolsuzluktan zarar gören tarafın takdirine bırakmaktır. Üçüncüsü ise, sözleşmeyi geçerli kabul ederek, yolsuzluktan zarar gören tarafın haklarını tazminat veya sözleşme bedelinin indirimi gibi diğer taleplerle sınırlandırmaktır. Yolsuzluk yoluyla elde edilen bir sözleşmeye Türk

Hukuku uygulandığı varsayımında, yolsuzluğun sözleşmenin geçerliliğine etkisinin ne olacağını kesin olarak ifade etmek mümkün değildir, çünkü doğrudan bu konuda bir kanun hükmü bulunmadığı gibi emsal bir mahkeme kararına da şu an için rastlanmamıştır. Ulaştığımız sonuca göre milletlerarası düzenlemeler, Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi m. 8/2'nin açık hükmü ve İsviçre Hukuku'ndaki mutata uygulama dikkate alındığında Türk Hukuku'nda yolsuzluğun, yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerin geçerliliğine etkisi iptal edilebilirlik olmalıdır.

Yolsuzluğun doğası gereği ispatlanması oldukça zor bir hukuki vakıa olması ve milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluğun ispatının tahkimin niteliği itibariyle daha da zorlaşması nedeniyle, milletlerarası ticari tahkimde yolsuzluğun ispatı konusunda analitik, adil ve tatmin edici sonuçlar sağlayacağı ve yargılamanın öngörülebilirliği ile tutarlılığını tesis edeceği düşünülen birtakım yöntemler geliştirilmiştir. Geliştirilen yöntemler arasında yolsuzluk hâlinde kural (yasal) ispat ölçüsünün yukarı çekilmesi, ispat yükünün farklı uygulanarak delil sunamayan taraf hakkında aleyhe çıkarımlar yapılması ve yolsuzluk teşkil eden bir eylemin gerçekleştiğine dair olası bir riske işaret eden kırmızı bayraklarla ispatın gerçekleştirilmesi şeklindeki yöntemler bulunmaktadır.

Hakemler, Anglo-Amerikan ve Anglo-Sakson Hukuk Sistemleri'nin milletlerarası ticari tahkime olan etkisi nedeniyle yolsuzluğun ispatı için daha yüksek bir ispat ölçüsü uygulama eğilimindedirler. Buna karşın, yolsuzluğun doğası gereği ispatının zor olması ve milletlerarası ticari tahkimde bu zorluğun daha da artması, yolsuzluk içeren uyuşmazlıklarda ispat yükünün farklı bir şekilde uygulanmasını gerektirmiştir. Yolsuzluğa ilişkin davalarda birtakım kırmızı bayrakların mevcut olması hâlinde hakemlerin ispat yükünün iki bileşeninden biri olan delil ikame yükünü yer değiştirerek karşı taraftan yolsuzluk iddialarını çürütücü deliller sunmasını isteyeceği bir uygulama ortaya konulmuştur. Yolsuzluk iddialarını çürütecek delilleri sunamayan taraf, bu uygulama neticesinde hakkında aleyhe çıkarım yapılması tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Delil ikame yükünün yer değiştirmesinin mantıksal bir sonucu olarak ifade edilen aleyhe çıkarım, bir tarafın elinde bulunmasına rağmen sunmadığı delillerin o

tarafın menfaatlerine aykırı olduğuna kanaat getirilmesidir. Yolsuzluğun gerçekleştiğini iddia eden taraf, iddiasını ilk bakışta ispatlamaya yeterli ancak aranan ispat ölçüsünü karşılamayan *prima facie* delilleri sunduğunda veya bu tür deliller dosyada mevcutsa hakem heyeti, davacının talebi üzerine ya da re'sen aleyhe çıkarım yaparak yolsuzluğun gerçekleştiğine kanaat getirebilecektir. Milletlerarası tahkimde, yolsuzluğa ilişkin davalarda hakemlerin aleyhe çıkarım yapabilmesi için genellikle kırmızı bayrak olarak adlandırılan birtakım göstergelerin bulunması gerekmektedir.

Yolsuzluk iddiaları bağlamında “kırmızı bayrak” kavramı, yolsuzluk teşkil eden bir fiilin gerçekleştiğine dair olası bir riske işaret eden bir olay veya durumu ifade etmek için kullanılmakta olup kırmızı bayraklar yalnızca yolsuzluk riskinin göstergeleridir. Kırmızı bayrakların yolsuzluk eylemine ilişkin ispat gücünün değerlendirilebilmesi için diğer tüm maddi vakıalar gibi önce doğrulanmaları, ardından da doğrulanmış kırmızı bayrakların bir bütün olarak ele alınarak delil niteliğine karar verilmesi gerekmektedir. Yolsuzluk teşkil eden uyuşmazlıklarda kırmızı bayrakların etkili kullanımı için ICC tarafından 3 aşamalı bir yöntem önerilmiştir. Bu yöntem birinci aşamada muhtemel kırmızı bayrakların tespitini, ikinci aşamada tespit edilen bireysel kırmızı bayrakların doğrulanmasını ve üçüncü aşamada ise kırmızı bayrakların etraflıca değerlendirilmesini içermektedir. Kırmızı bayrak yönteminin uygulanması neticesinde pek çok kırmızı bayrağın “dolaylı delil” teşkil ettiği kanaatine varılacaktır. Buna karşın bazı durumlarda kırmızı bayrakların “doğrudan delil” olarak kabul edilmeleri de mümkündür. Burada önemli olan nokta, başlangıçta yalnızca yolsuzluğun gerçekleştiğine ilişkin bir gösterge olan kırmızı bayrakların yöntemli bir şekilde değerlendirilmesidir. Böylece yolsuzluğa ilişkin hukuki bir çıkarımı desteklemeye yetecek dolaylı veya doğrudan delillerin oluşturulmasını sağlayan kritik bir süreç gerçekleştirilmiş olacaktır. Yolsuzluğa ilişkin emsal hakem kararlarının zenginliği, hakemlerin yolsuzluğun tespitinde kırmızı bayrak yöntemini yaygın olarak kullandıklarını kanıtlamaktadır.

Yolsuzluk tespit edildikten sonra hakem heyetleri veya ulusal mahkemeler, yolsuzluğun milletlerarası ticari tahkim şartına etkisinin ne olacağına karar vermelidirler. Bu konuda karar verilirken de ilk olarak yolsuzluğun tahkime elverişliliği değerlendirilmelidir. Nitekim yolsuzluğun tahkime elverişliliği uzun süre

tartışılmış, bu tartışmalar bazı hakem ve mahkeme kararlarına da konu olmuştur. Pakistan mahkemelerin tahkime elverişliliğe ilişkin ayrık kararlarına rağmen de günümüzde, cezai ve idari yükümlülükler ile bağlantılı yaptırımlar haricinde yolsuzluk veya benzeri hukuka aykırılıklara ilişkin özel hukuk kapsamında kalan bütün taleplerin tahkimde çözüme kavuşturulabileceği hemen hemen tüm ulusal hukuklarda kabul edilmektedir.

İkinci olarak, yolsuzluğun tahkim anlaşmasının geçerliliğine etkisi ve bu değerlendirmeyi hangi yargı mercinin yapacağı incelenmelidir. Yolsuzluk iddiaları yalnızca yolsuzluk içeren yatırım veya aracılık sözleşmesine yöneldiğinde (esas sözleşme), ulusal mahkemeler genellikle tahkim şartının ayrılabilirliği prensibini esas alarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini koruduğunu kabul etmektedir. Bu doğrultuda, *kompetenz-kompetenz* doktrini uyarınca uyuşmazlığın hakemler tarafından çözülmesi gerektiğine karar verilmektedir. Hem esas sözleşmenin hem de tahkim şartının yolsuzluk yoluyla elde edildiği iddia edildiğinde ise mahkemeler genellikle yolsuzluk iddialarının tahkim şartına ne ölçüde sirayet ettiğini değerlendirmektedir. Kural olarak, yolsuzluk ispatlansa dâhi hem esas sözleşmenin hem de tahkim şartının yolsuzluk yoluyla elde edildiği iddiası kabul görmemektedir. Zira günümüzde milletlerarası ticarette tahkimin çoğu durumda devlet yargısının bir istisnası değil, tarafların ilk tercihi olması nedeniyle esas sözleşme için ödenen rüşvetin ayrıca taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının akdedilmesi için de ödenmiş olması eşi benzeri görülmemiş bir durum olacaktır. Dolayısıyla, yolsuzluk ispatlansa dâhi ulusal mahkemeler, hem esas sözleşmenin hem de tahkim şartının yolsuzluk yoluyla elde edilmesi nedeniyle geçersiz olduğu iddiasına itibar etmemektedir. Bu durumda da tahkim şartının ayrılabilirliği prensibi uyarınca tahkim anlaşmasını geçerli sayarak *kompetenz-kompetenz* doktrini çerçevesinde de uyuşmazlığın hakemler tarafından çözülmesine hükmedilmektedir. Öte yandan ulusal mahkemeler, yolsuzluk teşkil eden fiillerin doğrudan ve yalnızca tahkim anlaşmasına yönelik olduğunun iddia edilmesi hâlinde, bu durumun farklı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda baskın görüş, *kompetenz-kompetenz* doktrininin aksine taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını ulusal mahkemelerin incelemesi gerektiği yönündedir.

Yolsuzluğun milletlerarası ticari tahkim şartına etkisi incelenirken son olarak, yolsuzluk içeren uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasının kapsamına dâhil olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken de söz konusu uyuşmazlığın yolsuzluk yoluyla elde edilen sözleşmelerden mi yoksa konusu yolsuzluk teşkil eden sözleşmelerden mi kaynaklandığına göre bir ayırım yapılmalıdır. Konusu yolsuzluk teşkil eden aracılık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tarafların, aralarındaki suç anlaşmasından kaynaklanan ihtilafları tahkime götürme yönünde bir iradelerinin bulunmaması sebebiyle tahkim anlaşmasının kapsamında değildir. Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, her ne kadar sözleşmede bir tahkim şartına yer verilmiş olsa da devlet mahkemelerince çözüme kavuşturulmalıdır. Öte yandan yolsuzluk içeren uyuşmazlıklar, yolsuzluk yoluyla elde edilen yatırım sözleşmelerindeki tahkim anlaşmasının kapsamına dâhildir ve bu tür uyuşmazlıklar hakem önünde çözüme kavuşturulabilirler.

KAYNAKÇA

- Ahmad, Sarah: “The Role of Developing Countries in Investor-State Arbitration: Reflections on Tethyan Copper v Islamic Republic of Pakistan”, **LSE Law Review**, C. 8, No: 3, 2023, s. 453-469.
- Akın, İnci: “Milletlerarası Tahkimde Delillerin Toplanması ve IBA Kuralları ile PRAG Kurallarının Karşılaştırılması”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019. **(Tahkimde Deliller)**
- Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021. **(Tahkim)**
- Albayrak Ceylan, Nazlı: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, 2016. **(Doğrudan Uygulanan Kurallar)**
- Albayrak, Hakan: “Medeni Usul Hukukunda İspat Kolaylığı Kavramı”, **Kırıkkale Hukuk Mecmuası**, C. 4, No: 2, 2024, s. 933-976.
- Andersen, Mads Bryde / Torsten Iversen: “The Scope of Arbitration Agreements: Is it Time for a New Approach to the Interpretation of Arbitration Clauses?”, **Scandinavian Studies in Law**, C. 63, 2017, s. 95-114. **(Arbitration)**
- Argandoña, Antonio: “Private-to-Private Corruption”, **Journal of Business Ethics**, C. 47, No: 3, 2003, s. 253-267. **(Corruption)**

Arnaldez, Jean-
Jacques /
Yves Derains /
Dominique Hascher:

Collection of ICC Arbitral Awards, 1996-2000, Paris,
ICC Publishing S.A; Kluwer Law International, 2003.

Ataman Figanmeşe,
İnci:

“Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi
Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk ve
Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, No: 1, 2012,
s. 91-152.

Atamulu, İsmail:

Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara, Adalet
Yayınevi, 2017.

Ateş, Derya /
Gülin Süleymanlar:

“Sözleşmelerde Amaç ve Genel Ahlaka Aykırılık
Değerlendirmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi**, C. 71, No: 4, 2022, s. 1619-1652.
(Ahlaka Aykırılık)

Aydemir, Fatih:

Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, On İki
Levha Yayıncılık, 2017. (Tahkim)

Aydın, Esen:

“Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak
Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının
Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı
İnceleme ve Uygulanacak Hukuk”, **Public and Private
International Law Bulletin**, C. 39, No: 1, 2019, s. 33-61.
(Tahkim)

Aygül, Musa:

**Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usûlüne
Uygulanacak Hukuk ve Deliller**, On İki Levha
Yayıncılık, 2014. (Tahkim)

- Baizeau, Domitille: “Introduction: Definitions and Scope of the Topic”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ICC, 2015, s. 9-11. **(Introduction)**
- Balkar Bozkurt, Süheylâ: **Milletlerarası Ticari Tahkim ve Etik**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022. **(Tahkim ve Etik)**
- Banifatemi, Yas: “Chapter 1: The Impact of Corruption on ‘Gateway Issues’ of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 16-31. **(Corruption)**
- Barraclough, Andrew / Jeff Waincymer: “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, **Melbourne Journal of International Law**, C. 6, No: 2, 2005, s. 205-244. **(Mandatory Rules)**
- Başözen, Ahmet: “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde ‘Yaklaşık İspat’ ve ‘İhtimal’ Kavramı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, C. 16, 2014, s. 653-694. **(İhtiyati Tedbir)**
- Benczkowski, Brian A. / Stephanie Avakian / Steven Peikin: **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**, 2. bs., U.S DOJ&SEC, 2020.

- Betz, Kathrin: **Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence**, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. **(Proving Bribery)**
- Bhargava, Vinay: “Curing the Cancer of Corruption”, **Global Issues for Global Citizens: An Introduction to Key Development Challenges**, Washington, The World Bank, 2006, s. 341-370. **(Corruption)**
- Bishara, Assad: “The Standard of Proof for Corruption in International Arbitration”, **Manchester Journal of International Economic Law**, C. 16, No: 3, 2019, s. 441-470. **(Standard of Proof)**
- Blackaby KC, Nigel / Constantine Partasides KC / Alan Redfern: **Redfern and Hunter On International Arbitration Student Version**, 7. bs., New York, Oxford University Press, 2022. **(Arbitration)**
- Bonell, Michael Joachim / Olaf Meyer: “The Impact of Corruption on International Commercial Contracts – General Report”, **The Impact of Corruption on International Commercial Contracts**, ed. Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer, Heidelberg, Springer, 2015. **(Corruption)**
- Born, Gary B.: **International Commercial Arbitration: Three Volume Set**, 3. bs., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020. **(Arbitration)**

- Brekoulakis, Stavros L.: “Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori”, **Arbitrability: International & Comparative Perspectives**, ed. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, s. 99-120.
- Can, Güzide İrem: “Türk Borçlar Hukukunda İrade Sakatlıkları Nedeniyle İptal Hakkı ve Sonuçları”, Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Can, Hacı: **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, 2024. (Tahkim)
- Can, Mustafa Cemre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, No: 2, 2020, s. 1349-1370. (Tahkime Elverişlilik)
- Carbonneau, Thomas E. / Francois Janson: “Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability”, **Tulane Journal of International and Comparative Law**, C. 2, No: 1, 1994, s. 193-222. (Arbitrability)
- Carreteiro, Mateus Aimoré: “Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Predictability”, **Revista Brasileira de Arbitragem**, C. 13, No: 49, 2016, s. 82-109. (Burden and Standard of Proof)
- Cheng, Bin: **General Principles of Law: As Applied by International Courts and Tribunals**, Cambridge, Grotius, 1987. (General Principles)

Chukwumerije,
Okezie:

“Mandatory Rules of Law of International Commercial Arbitration”, **African Journal of International and Comparative Law**, C. 5, No: 3, 1993, s. 561-580. **(Mandatory Rules)**

Concepción,
Carlos F.:

“Combating Corruption and Fraud from an International Arbitration Perspective”, **Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones**, C. 9, No: 1, 2016, s. 369-396. **(Combating Corruption)**

Courts and Tribunals
Judiciary:

“UK Supreme Court”, **Courts and Tribunals Judiciary**, (Çevrimiçi, 2025)
<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/our-justice-system/the-supreme-court/>

Cremades,
Bernardo M. /
David J.A. Cairns:

“Chapter 5. Trans-national Public Policy in International Arbitral Decisionmaking: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud”, **Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud**, ed. Kristine Karsten, Andrew Berkeley, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2003, s. 65-91. **(Trans-national Public Policy)**

Crivellaro, Antonio:

“Chapter 7. Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence”, **Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud**, ed. Kristine Karsten, Andrew Berkeley, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2003, s. 109-147. **(Bribery)**

- Çataklı, Ahmet Onur: “Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve ‘Kompetenz-Kompetenz’ İlkesi”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017. **(Tahkim)**
- Çelikel, Aysel / Bahadır Erdem: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 18. bs., İstanbul, Beta, 2024.
- Demir Gökyayla, Cemile: **Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı**, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Doğan, Vahit / Alper Çağrı Yılmaz / Leyla Ayhan İzmirli: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. bs., Savaş Kitabevi, 2025.
- Durmuş, Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Rıfat Murat Önok: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 21. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Egemen Demir, Işıl: “Kompetenz-kompetenz İlkesi ve Olumsuz Etkisi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, No: 1, 2021, s. 255-288. **(Kompetenz-kompetenz İlkesi)**
- Eker Ayhan, Zeynep Feyza: **Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018. **(Tahkim)**
- Enonchong, Nelson: “Effects of Illegality: A Comparative Study in French and English Law”, **The International and Comparative Law Quarterly**, C. 44, No: 1, 1995, s. 196-213. **(Illegality)**
- Erkan, Mustafa: **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Yetkin Yayınları, 2013. **(Tahkimde Yetki)**

- Erkan, Mustafa: “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, No: 2, 2013, s. 535-562. **(Tahkim Şartının Ayrılabilirliği)**
- Esen, Emre: “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, No: 1, 2011, s. 355-380. **(Kompetenz–Kompetenz Prensibi)**
- Etherton, Justice /
Hertzell David /
Jeremy Horder /
Kenneth Parker /
Stuart Bridge: “Reforming Bribery: A Consultation Paper”, The Law Commission Consultation Paper, London, UK The Law Commission, 2007. **(Reforming Bribery)**
- Fernández-Armesto, Juan: “Chapter 11: The Effects of a Positive Finding of Corruption”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 167-174. **(Corruption)**
- Fisman, Ray /
Miriam A. Golden: **Corruption: What Everyone Needs to Know®**, New York, Oxford University Press, 2017. **(Corruption)**
- Fouchard, Philippe /
Emmanuel Gaillard /
Berthold Goldman: **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, ed. Emmanuel Gaillard, John Savage, The Hague, Kluwer Law International, 1999. **(Arbitration)**

- Gaillard, Emmanuel: “The Emergence of Transnational Responses to Corruption in International Arbitration”, **Arbitration International**, C. 35, No: 1, 2019, s. 1-19. **(Corruption)**
- Gearing, Matthew / Roanna Kwong: “Chapter 10: The Common Law Consequences and Effects of Allegations or a Positive Finding of Corruption”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 158-166.
- Wetter, J. Gillis: “Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No. 1110”, **Arbitration International**, C. 10, No: 3, 1994, s. 277-294. **(Corruption)**
- Giray, Faruk Kerem: “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 4, No: 2, 2015, s. 65-121.
- Greenberg, Simon / Felix Lautenschlager: “Adverse Inferences in International Arbitral Practice”, C. 22, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, 2 cilt, Paris, ICC, 2011, s. 43-56. **(Adverse Inferences)**
- Güvenalp, Ferda Nur: **Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018. **(Tahkim)**
- Hacıbekiroğlu, Ekin: **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012. **(Tahkim Hukukunda Deliller)**

- Hanotiau, Bernard: “What Law Governs the Issue of Arbitrability?”, **Arbitration International**, C. 12, No: 4, 1996, s. 391-404.
- Hanotiau, Bernard: “The Law Applicable to Arbitrability”, **Singapore Academy of Law Journal**, C. 26, 2014, s. 874-885.
- Hasan, Gul /
Siraj Bashir /
Rukhshanda Zarar /
Shakeel Ahmed: “Natural Resource Management: Legal and Governance Issues of Reko Diq Project”, **Bulletin of Business and Economics**, C. 12, No: 4, 2023, s. 493-501. **(The Reko Diq Project)**
- Heimann, Fritz F. /
Mark Pieth: **Confronting Corruption: Past Concerns, Present Challenges, and Future Strategies**, New York, Oxford University Press, 2018. **(Confronting Corruption)**
- Homsy, Paul: “Agency Law in the Arabian Peninsula and North Africa”, **Northwestern Journal of International Law and Business**, C. 5, No: 2, 1983, s. 296-325.
- Huysal, Burak: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. **(Tahkime Elverişlilik)**
- Hwang SC, Michael /
Kevin Lim: “Corruption in Arbitration Law and Reality”, **Selected Essays On International Arbitration**, Singapore, Academy Publishing, 2013, s. 564-739. **(Corruption)**
- ICC: “ICC Commission Document on Red Flags or Other Indicators of Corruption in International Arbitration”, **ICC Dispute Resolution Bulletin**, C. 2, ICC, 2024, s. 35-76. **(Red Flags)**

- ICC: **ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties**, ICC, 2010.
- ICC: **ICC Rules on Combating Corruption**, ICC, 2023.
- Igbokwe, Emmanuel Obiora: **Dealing with Bribery and Corruption in International Commercial Arbitration: To Probe or Not to Probe**, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International B.V., 2023. **(Bribery and Corruption)**
- ISTAC: “Örnek Tahkim Şartı”, **İstanbul Tahkim Merkezi**, (Çevrimiçi, 2025)
<https://istac.org.tr/tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/ornek-tahkim-sarti/>
- İlhan, Hüseyin Afşin: **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016. **(Tahkim)**
- İTOTAM: **İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları**, 2. bs., İstanbul, İTOTAM, 2017.
- Jarvin, Sigvard: “The Sources and Limits of the Arbitrator’s Powers”, **Arbitration International**, C. 2, No: 2, 1986, s. 140-163. **(Arbitrator's Powers)**
- Kesikli, Ömer: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2024. **(Tahkimde Deliller)**

Khan, Muhammad
Mumtaz Ali /
Ikram Ullah /
Aisha Tariq:

“Assumption of Jurisdiction by Supreme Court of Pakistan in Reko Diq Case: Another Violation of International Investment Law”, **Journal of Business and Social Review in Emerging Economies**, C. 7, No: 3, 2021, s. 649-657. **(The Reko Diq Case)**

Khan, Naushad:

Public Procurement Fundamentals: Lessons from and for the Field, Bingley, Emerald Group Publishing, 2018. **(Public Procurement Fundamentals)**

Khvalei, Vladimir:

“Using Red Flags to Prevent Arbitration from Becoming a Safe Harbour for Contracts that Disguise Corruption”, **Tackling Corruption in Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement**, C. 24, Paris, ICC, 2013, s. 15-26. **(Red Flags)**

Kissling, Christa:

“Impact of Bribery on Contracts Under Swiss Civil Law”, **The Impact of Corruption on International Commercial Contracts**, ed. Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer, Heidelberg, Springer, 2015. **(Bribery)**

Kleinheisterkamp,
Jan:

“Overriding Mandatory Laws in International Arbitration”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 67, No: 4, 2018, s. 903-930. **(Overriding Mandatory Laws)**

Kocayusufpaşaoğlu,
Necip /
Hüseyin Hatemi /
Rona Serozan /
Abdülkadir Arpacı:

Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

- Koh, Swee Yen: “Duty or Right of Arbitrators to Report Suspicion of Corruption to Authorities?”, C. 47, **Arbitration and Corruption**, ed. Andrea Meier, Christian Oetiker, ASA Special Series, Kluwer Law International, 2021, s. 89-96.
- Konuralp, Orhan Emre: “Hakemlerin Sır Saklama Yükümlülüğünün Suçu Bildirmeme Suçu ile İlişkisi”, **Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi**, C. 13, No: 38, 2017, s. 759-781.
- Korkmaz Süner, Mukaddes: “1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 1, 2018, s.35-218.
- Kostritsky, Juliet P.: “Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory”, **Iowa Law Review**, C. 74, No: 1, 1988, s. 115-164. (**Illegal Contracts**)
- Kotil, Haydar: “Milletlerarası Yatırım Hukukunda Yolsuzluk”, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Kömürcü, Mehmet / Yusuf Çalışkan: “Yolsuzluk Problemine Karşı Uluslararası Toplumun Tepkileri ve Ortak Bir Hukuki Düzenleme Oluşturma Çabaları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 13, No: 1, 2001, s. 67-96. (**Yolsuzluk**)

Kreindler, Richard
H. /
Francesca Gesualdi:

“The Civil Law Consequences of Corruption Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Analysis in Light of International Arbitration Practice”, **The Impact of Corruption on International Commercial Contracts**, ed. Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer, Heidelberg, Springer, 2015. **(Corruption)**

Kreindler, Richard
H.:

Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements, Hague, Brill, 2013. **(Illegality)**

Kröll, Stefan:

“Corruption and Arbitration Proceedings: The Past, the Present, and the Future”, Maharashtra National Law University Mumbai Centre For Arbitration and Research, Indian Review of International Arbitration Distinguished Lecture Series on International Arbitration, 2023, (Çevrimiçi, 2025),
<https://www.youtube.com/watch?v=v37VcfMMJS8&t=2620s>

Lalive, Pierre:

“Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, **Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration**, ed. Pieter Sanders, Kluwer Law International; ICC, 1987, s. 258-318. **(Transnational Public Policy)**

Lamm, Carolyn B. /
B. K. Greenwald /
K. M. Young:

“From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption”, **ICSID Review**, C. 29, No: 2, 2014, s. 328-349. **(Corruption)**

- Lamm, Carolyn B. /
Hansel T. Pham /
Rahim Moloo:
“Fraud and Corruption in International Arbitration”, **Liber Amicorum Bernardo Cremades**, ed. Miguel Angel Fernández-Ballesteros, David Arias, Madrid, La Ley, 2010, s. 699-731.
- Legal Information
Institute:
“Contra Proferentem”, **Legal Information Institute**,
(Çevrimiçi, 2025),
https://www.law.cornell.edu/wex/contra_proferentem
- Legal Information
Institute:
“Burden of production”, **Legal Information Institute**,
(Çevrimiçi, 2025)
https://www.law.cornell.edu/wex/burden_of_production
- Lew, Julian D. M. /
Loukas A. Mistelis /
Stefan M. Kröll:
Comparative International Commercial Arbitration,
The Hague, Kluwer law international, 2003.
(Arbitration)
- Lim, Chin Leng /
Jean Ho /
Martins Paparinskis:
International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and Other Materials, 2. bs.,
Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
(Commentary)
- Llamzon, Aloysius
P.:
“Chapter 14: Arbitrating Corruption”, **Managing ‘Belt and Road’ Business Disputes: A Case Study of Legal Problems and Solutions**, ed. Michael Moser, Chiann Bao, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021, s. 285-314.
- Llamzon, Aloysius
P.:
Corruption in International Investment Arbitration,
Oxford, Oxford University Press, 2014. **(Corruption)**

- Low, Lucinda A.: “Dealing with Allegations of Corruption in International Arbitration”, **AJIL Unbound**, C. 113, 2019, s. 341-345. **(Corruption)**
- Majeed, N. B.: “Hubco Judgment Transcript: In the Supreme Court of Pakistan (Appellate Jurisdiction)”, **Arbitration International**, C. 16, No: 4, 2000, s. 439-460. **(Hubco Judgment Transcript)**
- Marcenaro, Edoardo: “Chapter 9: Arbitrators’ Investigative and Reporting Rights and Duties on Corruption”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 141-157.
- Martin, A. Timothy: “International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard”, **Transnational Dispute Management**, C. 1, No: 2, 2004, s. 1-55. **(Corruption)**
- Mayer, Pierre: “Duty and Power of Arbitrators to Investigate and Evidentiary Issues”, C. 47, **Arbitration and Corruption**, ed. Andrea Meier, Christian Oetiker, ASA Special Series, Kluwer Law International, 2021, s. 63-70. **(Evidentiary Issues)**
- Mayer, Pierre: “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, **Arbitration International**, C. 2, No: 4, 1986, s. 274-293. **(Mandatory Rules)**

- McClure, Mike: “Dubai Award Survives Bribery Challenge in England”, **Kluwer Arbitration Blog**, (Çevrimiçi, 2025), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/05/26/dubai-award-survives-bribery-challenge-in-england/> **(Dubai Award)**
- Mehren, Robert B. von: “Burden of Proof in International Arbitration”, **Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable**, Kluwer Law International, 1996, s. 123-130. **(Burden of Proof)**
- Meier, Andrea / Christian Oetiker: “Welcome Address and Introduction to the Conference Topic”, **Arbitration and Corruption**, Kluwer Law International, 2021, s. 1-4. **(Introduction)**
- Menaker, Andrea: “Chapter 5: Proving Corruption in International Arbitration”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 77-102. **(Proving Corruption)**
- Meyer, Olaf: “The Formation of a Transnational Ordre Public against Corruption: Lessons for and from Arbitral Tribunals”, **Anti-Corruption Policy**, ed. Susan Rose-Ackerman, Paul D. Carrington, North Carolina, Carolina Academic Press, 2013, s. 229-245. **(Corruption)**

- Mills, Karen: “Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto”, **International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions**, The Hague, Kluwer Law International, 2003, s. 288-299. **(Corruption)**
- Mourre, Alexis: “Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator”, **Arbitration International**, C. 22, No: 1, 2006, s. 95-118. **(Arbitration and Criminal Law)**
- Müller, Christoph: “The Impact of Corruption on the Contract, Including the Issue of Applicable Law”, C. 47, **Arbitration and Corruption**, ed. Andrea Meier, Christian Oetiker, ASA Special Series, Kluwer Law International, 2021, s. 37-44. **(Corruption)**
- Myirski, Sara E.: “Copper, Gold, Corruption, and No Arbitral Relief: A Recent Pakistan Supreme Court Calls Into Question the Doctrine of Separability”, **Yearbook on Arbitration and Mediation**, C. 6, 2014, s. 305-315. **(Separability)**
- Nazzini, Renato: “Are Claims for Tortious Damages for Breach of the Antitrust Rules Arbitrable in the European Union? Some Reflections on the CDC Case in the Court of Justice”, **Rivista Italiana Di Antitrust / Italian Antitrust Review**, C. 3, No: 1, 2016. **(CDC Case)**
- Neocleous, Nick: “Arbitrators’ Investigative Rights And Duties (and How They Relate to Corruption in Arbitration)”, (Çevrimiçi, 2025) https://uba.ua/documents/doc/nick_neocleous.pdf

- Nichols, Philip M.: “What is Organizational Corruption?”, **The Handbook of Business and Corruption: Cross-Sectoral Experiences**, Bingley, Emerald Publishing, 2017, s. 3-24. **(Corruption)**
- Nomer, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, 23. bs., İstanbul, Beta, 2021.
- O’Malley, Nathan D.: **Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide**, 2. bs., Oxon, Informa Law from Routledge, 2019. **(Evidence in Arbitration)**
- OECD: **OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials**, OECD, 2014. **(OECD Foreign Bribery Report)**
- OECD: **Preventing Corruption in Public Procurement**, OECD, 2016.
- OECD: **Typologies on the Role of Intermediaries In International Business Transactions: Final Report**, OECD, 2009. **(Final Report)**
- Oğuzman, M.
Kemal /
M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 19. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.
- Özbek, Veli Özer /
Koray Doğan /
Pınar Bacaksız: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özdemir Kocasakal,
Hatice: **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001. **(Doğrudan Uygulanan Kurallar)**

Özel, Sibel /
Mustafa Erkan /
Hatice Selin
Pürselim /
Hüseyin Akif Karaca:

Milletlerarası Özel Hukuk, 3. bs., İstanbul, Beta, 2024.

Özel, Sibel:

Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, 2. bs., İstanbul, Legal, 2024. **(Tahkim)**

Öztekin Gelgel,
Günseli:

“İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 9, No: 1, 1989, s. 37-46.

Papeil, Anne-Sophie:

“Conflict of Overriding Mandatory Rules in Arbitration”, **Conflict of Laws in International Arbitration**, ed. Franco Ferrari, Stefan Kröll, Berlin, Sellier European Law Publishers, 2010. **(Overriding Mandatory Rules)**

Partasides,
Constantine:

“Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World”, **ICSID Review**, C. 25, No: 1, 2010, s. 47-62. **(Proving Corruption)**

Pellegrini, Lorenzo:

Corruption, Development and the Environment, Dordrecht, Springer Netherlands, 2011. **(Corruption)**

Philip, Allan:

“Chapter 8. Arbitration, Corruption, Money Laundering and Fraud: The Role of the Tribunals”, **Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud**, ed. Kristine Karsten, Andrew Berkeley, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2003, s. 149-157.

- Pieth, Mark: “Duty to Report Suspicion? Risk for Personal Liability (Aiding and Abetting)?”, C. 47, **Arbitration and Corruption**, ed. Andrea Meier, Christian Oetiker, ASA Special Series, Kluwer Law International, 2021, s. 83-88.
- Pieth, Mark / Kathrin Betz: **Corruption and Money Laundering in International Arbitration: A Toolkit for Arbitrators**, Basel Institute on Governance, 2019.
- Pietrowski, Robert: “Evidence in International Arbitration”, **Arbitration International**, C. 22, No: 3, 2006, s. 373-410. **(Evidence)**
- Pivoda, Marek / Kateřina Zabloudilová: “Proving Corruption: International Arbitration Perspective”, **Cofola International 2018: Conference Proceedings**, Brno, Masaryk University, 2018, s. 60-86. **(Proving Corruption)**
- Poudret, Jean-François / Sébastien Besson: **Comparative Law of International Arbitration**, 2. bs., London, Thomson Sweet & Maxwell, 2007. **(Arbitration)**
- Pürselim, Hatice Selin / Emre Çetin: “Tahkim Yargılamasında Meydana Gelen Adil Yargılanma Hakkı İhlaline İstinaden AİHM’e Yapılabilecek Bireysel Başvurular”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 44, No: 1, 2024, s. 1-23.
- Raeschke-Kessler, Hilmar / Dorothee Gottwald: “Corruption”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, New York, Oxford University Press, 2008, s. 586-616.
- Rayment, Ben: “Agreements on jurisdiction after CDC Hydrogen Peroxide”, **Competition Law Journal**, C. 16, No: 1, 2017, s. 23-28. **(CDC)**

- Rose-Ackerman,
Susan /
Bonnie J. Palifka: **Corruption and Government: Causes, Consequences,
and Reform**, 2. bs., New York, Cambridge University
Press, 2016. **(Corruption and Government)**
- Rose, Cecily: “Questioning The Role of International Arbitration in The
Fight Against Corruption”, Leiden Law School Research
Paper, 2013, (Çevrimiçi, 2025)
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=237
4452](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2374452) **(Corruption)**
- Rosell, J. /
H. Prager: “Illicit Commissions and International Arbitration: The
Question of Proof”, **Arbitration International**, C. 15,
No: 4, 1999, s. 329-348. **(Illicit Commissions)**
- Rubino-Sammartano,
Mauro: **International Arbitration Law and Practice**, 2. bs., The
Hague, Kluwer Law International, 2001.
- Sadrak, Katarzyna: “Arbitration Agreements and Actions for Antitrust
Damages After the CDC Hydrogen Peroxide Judgment”,
Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, C. 10,
No: 16, 2017, s. 77-106. **(The CDC Judgment)**
- Samuel, A.: “Agora: Thoughts on Fiona Trust: Separability and
Construing Arbitration Clauses: The House of Lords’
Decision in Premium Nafta and the Fiona Trust”,
Arbitration International, C. 24, No: 3, 2008, s. 489-
498. **(Fiona Trust)**
- Sayed, Abdulhay: **Corruption in International Trade and Commercial
Arbitration**, Hague, Kluwer Law International B.V.,
2004. **(Corruption)**

- Sharpe, Jeremy K.: “Drawing Adverse Inferences from the Non-Production of Evidence”, **Arbitration International**, C. 22, No: 4, 2006, s. 549-572. **(Adverse Inferences)**
- Siddiqui, Abdul Rafay: “Pakistan’s Need for Amicable Resolutions Concerning Foreign Investment Disputes: The Reko Diq Case”, **Lahore University of Management Sciences Law Journal**, C. 4, No: 1, 2017, s. 203-214. **(The Reko Diq Case)**
- Sprange, Thomas K.: “Chapter 8: Corruption in Arbitration”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 134-140.
- Şanlı, Cemal / Emre Esen / İnci Ataman Fıganmeşe: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. bs., İstanbul, Beta, 2024.
- Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 8. bs., İstanbul, Beta, 2023. **(Ticari Akitler)**
- Takavut, İbrahim Doğan: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar**, On İki Levha Yayıncılık, 2018. **(Doğrudan Uygulanan Kurallar)**
- Tanzi, Vito: “Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures”, **IMF Economic Review**, No: 45, 1998, s. 559-594. **(Corruption)**

- Taşkın, Yavuz Selim: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Yolsuzluk Karşıtı Kurallar”, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2023. **(Yolsuzluk)**
- Tekin, Selin Ece: **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esastan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019. **(Tahkim)**
- Terzi, Burak: “Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Tezuka, Hiroyuki: “Chapter 3: Corruption Issues in the Jurisdictional Phase of Investment Arbitrations”, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, ed. Domitille Baizeau, Richard Kreindler, Paris, Kluwer Law International; ICC, 2015, s. 51-68. **(Corruption)**
- The World Bank: **Bank Policy: Procurement in IPF and Other Operational Procurement Matters**, The World Bank, 2017.
- Theobald, Robin: **Corruption, Development and Underdevelopment**, London, Palgrave Macmillan UK, 1990. **(Corruption)**
- Töre, Nazlı: **Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri**, Turhan Kitabevi, 2019. **(Tahkim)**

- TRACE: **TRACE Due Diligence Guidebook: Doing Business With Intermediaries Internationally**, TRACE International Inc., 2010. **(TRACE Due Diligence Guidebook)**
- Tussupov, Adilbek: **Corruption and Fraud in Investment Arbitration: Procedural and Substantive Challenges**, Springer Nature, 2022. **(Corruption and Fraud)**
- Tüysüz, Cemre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 37, No: 2, 2019, s. 846-873.
- Uluç, İnan: **Corruption in International Arbitration**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021. **(Corruption)**
- UNODC: “Bribery versus Extortion”, **UNODC Teaching Module Series: Organized Crime, Module 4: Infiltration of Organized Crime in Business and Government**, (Çevrimiçi, 2025),
<https://sherloc.unodc.org/cld/en/education/tertiary/organized-crime/module-4/key-issues/bribery-versus-extortion.html>
- UNODC: **The Global Programme against Corruption: UN Anti-Corruption Toolkit**, 3. bs., Vienna, UN Office on Drugs and Crime, 2004. **(UN Anti-Corruption Toolkit)**
- Uslu, Gülser Banu: “Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, No: 1, 2021, s. 167-193. **(Tahkim)**

- UŞÖ: **The Anti-Corruption Plain Language Guide**, UŞÖ, 2009.
- Ünlütepe, Mustafa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Valle, Martim Della / Pedro Schilling De Carvalho: “Corruption Allegations in Arbitration: Burden and Standard of Proof, Red Flags, and a Proposal for Systematization”, **Journal of International Arbitration**, C. 39, No: 6, 2022, s. 817-862. **(Corruption)**
- Van Houtte, Vera: “Adverse Inferences in International Arbitration”, **Written Evidence and Discovery in International Arbitration**, ed. Teresa Giovannini, Alexis Mourre, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, ICC, 2009, s. 195-319. **(Adverse Inferences)**
- Wendler, Carsten: “Corruption in Investment Treaty Arbitration - A Balanced Approach to Corruption Issues”, Köln, Universität zu Köln, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016. **(Corruption)**
- Wingfield-Hayes, Rupert: “Philippines: The 70s Nuclear Relic That May Open at Last”, **BBC News**, (Çevrimiçi, 2025), <https://www.bbc.com/news/world-asia-64634816>
- Woolf Committee: “Business ethics, global companies and the defence industry, Ethical business conduct in BAE Systems plc – the way forward”, 2008. **(Business ethics)**

Yan, Yueming: “The Inclusion of Anti-Corruption Clauses in International Investment Agreements and Its Possible Systemic Implications”, **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, C. 17, No: 1, 2022, s. 141-174. **(Anti-Corruption Clauses)**

Yener Keskin, Cansu: **Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi**, 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023. **(Tahkim)**

