

NEW-YORK KONVANSİYONU'NA GÖRE HAKEM KARARLARININ TENFİZİNDE YARGITAY'IN BAZI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL*

Giriş

1958 tarihli New-York Konvansiyonu milletlerarası alanda en fazla katılımı olan anlaşmalardan biridir.

Türkiye Konvansiyona 1991 yılında katılmıştır.¹ Konvansiyonda yer alan tenfiz koşullarının Türk hukuk uygulamasında yorumu önemlidir. Bu çerçevede tenfiz koşullarını ve tenfiz ön koşullarının tespiti gereklidir. Bu meyanda tahkim anlaşmasının geçerliliği bir tenfiz ön koşulu olarak Konvansiyonda düzenlenmiştir. Bu koşulun Yargıtay uygulamasında ne şekilde yorumlandığı öncelikle üzerinde durulması gereken bir husustur. Bu sebeple bu incelememizde New-York Konvansiyonunun uygulanması ile ortaya çıkan problemler üzerinde durduk. En önemlisi; Yargıtayımızın Konvansiyonu uygularken, Konvansiyon da ön görülen koşullara ilişkin yorum ve yaklaşımını ele almaya çalıştık. Bu meyanda söz konusu kararlar, muhtelif dergilerde yayınlanmış veya Baro Bilgi Bankası'ndan elde etmiş olduğumuz kararlardır. Makalenin niteliğine uygun sınırlı bir inceleme olduğundan Yargıtayın uygulamasını yansıtan tüm karar örneklerini ele alamadık. Ancak bazı özellikli kararları bu incelemede yansıtmakla yetindik.

* İstanbul Üniversitesi Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 RG: 25.09.1991/22002.

Değerli hocam Prof. Dr. Ergin Nomer'e bu makaleyi armağan ederken onun Türk Devletler Özel Hukukunun bir çok konusunda olduğu gibi "yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi" konusundaki engin görüşlerinden faydalanmak bu incelemenin anlamlı ve etkili yönünü oluşturmuştur.

Konuyu; New-York Konvansiyonun, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için öngördüğü ön koşullardan biri olan tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tanınma tenfiz koşullarını ayrı ayrı mütalaa ederek irdeledik. Bu meyanda öncelikle; yabancı hakem kararlarının tenfizi için gerekli olan ön koşullardan biri olan tahkim anlaşmasının geçerliliği koşulu ile ilgili Türk uygulamasını, yansıtmayı uygun gördük.

A. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Yargıtay Kararları

New-York Konvansiyonu hakem kararlarının tanınması ve tenfize ilişkindir, bu sebeple tahkim prosedürüne ilişkin hükümler mevcut değildir. Konvansiyon hakem kararının verilmesinden sonraki safhayı düzenlemektedir. Ancak, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin geçerlilik koşulları da, Konvansiyon'da ana hatları ile ele alınmıştır. Bu meyanda tahkim anlaşmasının maddi anlamda geçerliliği tâbi olduğu hukuka göre belirlenecektir. Fakat incelemeye çalıştığımız bazı kararlarda tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği ve şekli geçerliliği konuları birbirine bağlı ve iç içe ele alınması gereken hususlardır. Bu sebeple, meseleyi, tahkim anlaşmasının geçerliliği başlığı altında toplamakta yarar gördük.

Konvansiyon maddi geçerliliğe ilişkin doğrudan bir düzenleme ihtiva etmemekle birlikte II. md.sinin (1). Ve (2). bentlerinde tahkim anlaşmasının "şekli" konusunu düzenlemiştir. Buna göre;

1. bentte anlaşmanın yazılı olması
2. bentte yazılı anlaşmadan ne anlaşılması gerektiği örneklerle belirtilmiştir.

Konvansiyonda tahkim anlaşmasının maddi geçerlilik koşullarına ilişkin şekli geçerlilik koşullarında olduğu gibi doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. (II/(3) md)

O halde tahkim anlaşmasının yazılı olması New-York Konvansiyonu-

na göre yabancı hakem kararının tenfiz edilebilmesi için yerine getirilmesi gereken önkoşuldur diyebiliriz. Bilhassa II. md'nin 2 bendin de yer alan örnekler yazılı olma koşulunun yorumlanılabilen bir koşul olduğunu bize göstermektedir. Bu meyanda; Türk uygulamasının meseleyi ele alış biçimi ve tahkim anlaşmasının yazılı olma koşulundan ne anlaşılması gerektiğini, ve özellik II. md'nin 2. bendini değerlendirme biçimi önem taşımaktadır.

1. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.05.1995 Tarihli Kararı²

“..... **KARAR:** Davacı vekili, davalının donatanı bulunduğu gemilerde yurt dışından taşıttırılan tomrukların, tahliye sırasında noksan olduğunun anlaşıldığını ileri sürerek (673.500) DM tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve arz etmiştir.....

.....Davalı vekili cevabında, ihtilafın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiğini belirterek görevsizlik nedeniyle davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalının tahkim itirazının süresinde yapıldığını davacı tarafından ciro ve imza edilen konişmentolarda, 18.1.1993 tarihli taşıma mukavelelerine yollamada bulunulduğundan mukaveledeki tahkim şartı gereğince mahkemenin davaya bakamayacağı gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir.

.....Hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.....

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve süresinde verilen cevap dilekçesinde uyuşmazlığın hakemde çözüleceğinin belirtilmesi bulunmasına ve Tahkim yerinin yanlış ifade edilmesinin sonuca etkili olamayacağı ve bu hususun bir maddi hata olarak kabul edilmiş bulunmasına göre davacı vekilinin temyiz itirazının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir.”

“Konişmento'da Taşıma mukavelelerine yollama yapılması mukaveledeki tahkim şartının mevcudiyeti için yeterli” deyip bu şekilde düzenlenen tahkim şartını ve dolayısıyla tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmiştir.

² E: 1995/1903.K: 1995/4235 T: 23.05.1995, Karar metni için İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

Taşıyıcı ile gönderilen veya konişmento hamili arasındaki ilişkilerde konişmento esas tutulur (T.T.K. 1110. md). Taşıyıcı ile taşıtan arasında başta akdedilen taşıma sözleşmesi bu ilişkiyi kapsamaz.³ Bu sebeple taşıma anlaşmasında yer alan tahkim şartı konişmento hamilini bağlamaz.

Daha açık bir ifadeyle konişmento hamili ile, doğacak, taşımaya ilişkin ihtilafların çözümünde taşıma aktinde yer alan tahkim şartına dayanılamaz. Ancak konişmentolarda yer alan (all other conditions as charter party) şeklindeki hükümlerin taşıma sözleşmesine yönelik genel bir atıf içerdiği, bu meyanda konişmento hamili ile çıkan ihtilafın çözümüne de taşıma aktinde yer alan tahkim şartının uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak bu yorum doktrinde eleştiri bulmuştur.⁴ Bu eleştiri; konişmento ve taşıma mukavelesinin içerik ve düzenledikleri alanlar bakımından farklı oldukları esasına dayanmaktadır. Taşıma mukavelesinde yer alan (all other conditions as charter party) hükmünün esas itibariyle konişmentoya nitelik itibariyle aktarılabilecek, (teslim, navlun bedelinin tediyesi, süresterya ücreti) gibi yüke ilişkin şartların olabileceğidir.

Ancak Yargıtay'ın 1983 tarihli bir kararında da belirtilmiş olduğu üzere; taşıyıcı ile taşıtan arasında akdedilen navlun sözleşmesindeki tahkim şartı açık olarak konişmentoya taşınmış ise, bu tahkim şartı taşıyıcı ve gönderilen (konişmento hamilleri) arasındaki taşımadan doğan ihtilaflarda da geçerli olacaktır.⁵

Yargıtay Ticaret Dairesinin 1959 tarihli bir kararında, tahkim veya yetki şartı gibi klozların konişmento hamilleri bakımından da geçerli olabilmesi için onlar tarafından imzalanması gerektiği şeklindeydi.⁶

Ancak Yargıtay'ın bugünkü müstekar uygulaması dahilinde; tahkim klozu içeren konişmentoyu ciro yolu ile devralan veya halefiyet gere-

³ T.ÇAĞA, *Deniz Ticareti Hukuku II – Navlun Sözleşmeleri*, İstanbul, 1995, 57 vd.

⁴ Uygulama örnekleri için C. ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İkinci Bası, İstanbul, 2002, 289-290, dn 261-262 Ayrıca; ÇAĞA, (dn. 3), 64 vd.

⁵ Karar için C. ŞANLI, (dn. 4), 290, dn 261.

⁶ Yar. Ticaret Dairesi E. 1958/2336 K. 439 T. 12.11.1959, BATİDER, C: 1 (1961), 279-280.

ğince yük sahibinin yerine geçenler dahi konişmentoda yer alan tahkim şartı ile bağlı olacaktır.⁷

Netice itibariyle taşıma sözleşmesinde (navlun sözleşmesinde) tahkim şartı açık olarak konişmentoya taşınmışsa taşımadan çıkan ihtilaflarda, konişmento hamillerine dahi bu tahkim klozu uygulanacaktır.

İncelediğimiz söz konusu kararda; konişmentolarda, taşıma mukavelelerine yollama yapıldığı ifade edilmektedir. Bu meyanda taşıma mukavelesinde yer alan tahkim şartının konişmento muhataplarını da bağladığı açık olarak ifade ediliyorsa bu tahkim şartı konişmento hamillerini de taşımadan doğan ihtilaflarda bağlayacaktır. Ancak Yargıtay Ticaret Dairesinin 1959 tarihli kararında yer alan "kayıtların imzalanması şartı" New-York Konvansiyonunun II. md'sinin yapısına da uygun düşmemektedir. Bu anlamda yanlış bir karardır. Konvansiyonun tahkim anlaşmasının şeklini düzenleyen hükmü tahkim anlaşmasının yazılı olmasını aramakla birlikte, mektup telgraf ve benzeri haberleşme vasıtalarıyla karşılıklı teati edilerek akdedilen tahkim şartının veya sözleşmelerinin de geçerli olacağını belirtmiştir. Bu çerçevede; bu belgelerde mutlaka tarafların imzaları olması gerektiği koşulunu da aramamıştır. Bu meyanda söz konusu 1995 tarihli kararın yaklaşımı Konvansiyonun II. md'sinin yorumu ile bağdaşmaktadır.

2. Yargıtay 19. Hukuku Dairesinin 08.05.1997 Tarihli Kararı⁸

".....KARAR: Davacı vekili taraflar arasında 13.3.1991 ve 21.3.1991 tarihli iki satım sözleşmesi akdedildiğini, satışların uluslararası FOSFA kurallarına göre cereyan ettiğini ve 54 nolu FOFA uluslararası sözleşme hükümlerinin tahkim kurallarına tabi kılındığını, bu suretle cereyan eden tahkim prosedüründe Hakem Heyetinin Dolar ve Sterlin'in ödenmesine karar verildiğini, davadan önce keşide edilen ihtarnamenin sonuçsuz kaldığını ileri sürerek hakem heyeti kararının tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir....."

.....Davalı vekili cevabında Türkiye'nin taraf olduğu yabancı ha-

⁷ Karar için C. ŞANLI, (dn. 4), 291, dn 262.

⁸ E. 1996/9619, K. 1997/4669 T. 08.05.1997 Karar İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

kem kararlarının tanınması ve icrası hakkındaki New-York sözleşmesinin 2. md'sine göre tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiğini taraflar arasında tahkim sözleşmesi bulunmadığı gibi tahkim şartını içeren bir sözleşmede olmadığını, HUMK'un 517. md. si uyarınca yazılı şekilde yapılmayan tahkim sözleşmesinin geçerli olmadığını, bu nedenle tenfizinin istenemeyeceğini, MÖHUK'nun 45 maddesi ve milletlerarası ticari hakemlik konusundaki Avrupa Sözleşmesine göre de geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığından tenfiz talebinin yasal dayanağı olmadığını, tip sözleşme ve klozla içeren FOFA 54 davalı şirket tarafından imzalanmadığından mutlak butlanla malül olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir.

..... hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.....”

Yargıtay davacının tenfiz kararını haklı bulmuştur. Dayanağı ise New-York Konvansiyonunun II. md'sinde kast edilen “yazılı anlaşma” teriminin ikinci bentte gösterilen örneklerin geliştirilmesi ile geniş yorumlanacağı olmuştur.

“.....New-York Sözleşmesinin II. md'sinde “yazılı anlaşma” teriminden karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartının veya bir hakem mukavelesinin anlaşıldığını hükme bağlamıştır. Davalı davadışı P.B. Firmasının sahibi H.A.'ya gönderdiği 19.02.1991 tarihli yazıda işlenmemiş yağa ihtiyaçları bulunduğunu belirterek CİF Tekirdağ 490 Dolar belirtmiştir. Davalı H.A.'ya gönderdiği 08.03.1991 tarihli yazıda da ayçiçek yağı siparişi verdiğini, diğer koşulların FOFA 54'e tabi olduğunu bildirmesi üzerine H.A. tarafından iki adet sözleşme düzenlenerek davalıya gönderilmiştir. Davalı bu sözleşmeyi imzaladığını, bu nedenle hakem şartı bulunmadığını savunmuşsa da davalının H.A.'ya gönderdiği 19.02.1991 ve 08.03.1991 tarihli yazılar ile akreditif açılmasına ilişkin tarihli yazılardan taraflar arasında satış sözleşmesinin kurulduğunun kabulü gerekir.

Davalı aracı tarihli yazılarda diğer koşulların FOSFA kurallarına tabi olduğunu kabul ettiğinden ve yazışmalara göre geçerli bir sözleşme kurulduğundan taraflar arasında New-York Sözleşmesinin 2 md'sine uygun bir tahkim şartı bulunmaktadır.

..... bu sözleşme koşullarının bizzat davalı tarafından FOSFA kurallarına tabi olduğu belirtildiğinden tarihli yazılarda davacının FOSFA kurallarına göre hakem heyetine başvurarak aldığı kararın tenfizini isteyebilir.

Bu yönler tenfiz talebinin reddedilmesinde isabet görülmemiştir” diyerek tenfizin reddi konusundaki temyiz talebini red etmiştir.

Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu (FOSFA), sıvı ve hayvansal yağ ve tohum sektöründe faaliyet gösteren tacirler tarafından Londra'da kurulmuştur. Federasyon, sektörde faaliyet gösterenler arasındaki sözleşmelerden doğan ihtilafları çözümlenmek amacıyla bünyesinde tahkim hizmeti sunmaktadır.

Federasyon tarafından kullanıma sunulan formüler sözleşmelerde FOSFA tahkimine yer verilmiştir. Buna bağlı olarak FOSFA'nın formüler sözleşmelerini kullananlar arasında bir ihtilaf çıktığında, otomatik olarak, FOSFA tahkimi seçilmiş olmaktadır. ⁹

Olayımızda; taraflar akreditif açarak sözleşmenin kurulduğunu kabul edip, neticede “FOSFA 54”ü seçerek FOSFA tahkimini kabul etmişlerdir. Bu çerçevede 1958 New-York Konvansiyonuna uygun şekilde yapılmış bir tahkim anlaşması var mıdır?

Yargıtayında çok doğru olarak belirttiği üzere burada Konvansiyonun II. md'nin (2) bendinde söz edilen örneklere konu olabilecek bir tahkim klozu mevcuttur. Konvansiyonun (2) bendinde belirtildiği gibi karşılıklı teati edilmiş mektuplar vs. tahkim klozunun şekli geçerliliği için yeterlidir. Bu çerçevede tarafların birbirlerine gönderdikleri akreditif açılmasına ilişkin mektuplarla tarafların satış sözleşmesini yaptıkları kabul edilmektedir.

Bu netice itibariyle; taraflar arasında teati eden ödeme koşullarına ilişkin mektuplar sözleşmede yer alan FOSFA 54'ünde uygulanmasına sebep olmaktadır. Bu çerçevede; ödeme koşullarına ilişkin mektup teatisi dahi Yargıtayın bu kararı çerçevesinde asıl sözleşmede yer alan tahkim şartının, uyuşmazlığa uygulanmasına sebebiyet verebilecektir. Zira taraflar açılan akreditifler neticesinde sözleşmenin uygula-

⁹ Geniş bilgi için C. ŞANLI, (dn. 4), 262 vd.

nırlığını kabul etmişlerdir. Bu meyanda; sözleşmenin klozlarından biri olan tahkim şartını da ihtilafın çözümünde kabul edeceklerdir.

3. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 24.02.2000 Tarihli Kararı¹⁰

“.....**KARAR:** Yabancı hakem kararının tenfizine karar verebilmesi için gerekli olan ön koşul, taraflar arasında tahkim sözleşmesi yapılması veya esas sözleşmede çıkabilecek uyuşmazlığın hakem aracılığıyla çözümleneceğinin öngörülmüş olması gerekir. Türkiye'nin de imzalayarak iç mevzuatına dahil etmiş olduğu New-York Sözleşmesinin II/2 md'sinde tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesinin gerektiği, yazılı anlaşma teriminden ise karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartının veya bir hakem mukavelesinin anlaşılacağı belirtilmiş. 29.05.1997 tarihli sözleşmede davalı alıcının imzası bulunmadığı gibi New-York Sözleşmesinin anılan hükmünde belirtilen ve uyuşmazlığın çözümünde hakeme gidilmesine olanak verecek bir diğer hususun varlığı da kanıtlanamamıştır.

..... bu yönler gözetilerek tenfiz talebinin reddine” denilmiştir.

Bu kararında Yargıtay New-York Konvansiyonunun II. md'sinde yer alan “yazılılık” koşulundan ne anlaşılması gerektiği ana hatları ile ve daha önceki kararları ile uyumlu olarak özetlenmiştir diyebiliriz.

New-York Konvansiyonuna göre tahkim anlaşması yazılı olacaktır. Ancak yazılılık koşulu katı kriterlerle çizilmemiştir. II. Bente yer alan örnekler, kesinlikle sınırlı değildir, genişletilebilir. Burada önemli husus Yargıtay'ında belirttiği üzere tarafların, tahkim anlaşmasının veya klozunun kabulüne ilişkin, karşılıklı rızalarının olmasıdır. Bu rızanın varlığı ilgili taraflarca; taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf veya sair haberleşme yolları ile de ispatlanabilir.

Yargıtay bu kararında; “..... sözleşmede davalı alıcının imzası bulunmadığı gibi New-York Sözleşmesinin anılan hükmünde belirtilen ve uyuşmazlığın çözümünde hakeme gidilmesine olanak verecek bir diğer hususun varlığı da kanıtlanamamıştır”

¹⁰ E 1999/7119 K. 2000/1342 T. 24.02.2000, Karar için YKD/2000/1192.

diyerek tahkim anlaşmasının yazılılık koşulunda anlaşılması gereken tarafların anlaşma yapma konusunda iradelerinin karşılıklı olması gerekliliği ilkesini bir kez daha vurgulanmıştır.

B. Konvansiyonda Aranan Tenfiz Koşullarından - V (1) b Maddesi- Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 9.11.2000 Tarihli Kararı¹¹

Konvansiyon'un V. maddesi yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi için gerekli koşulları düzenlemiştir.

Tenfiz koşullarının V. m'denin 1. bendinde yer alanları, tenfiz davasında davalı olan tarafca itiraz edilirse göz önüne alınabilecektir. Buna mukabil; II. bendinde yer alan koşullar doğrudan hakim tarafından dosya münderecatından anlaşılması koşulu ile göz önüne alınacaktır.

Tenfiz şartlarını burada tek tek inceleme imkanına haiz değiliz, ancak başlıklar halinde bu koşulları hatırlatmada da yarar görmekteyiz. Ayrıca biz, Yargıtay uygulamasına konu olmuş koşullar üzerinde durmayı da uygun görmekteyiz.

New-York Konvansiyonu V (1) b maddesi :

“Aleyhine hakem hükmü dermeyan olunan taraf hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olur, yahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkanını elde edememiş bulunursa,”

V/1-b bendinde yer alan bu tenfiz engeli; tarafların talebini tehlikeye sokacak adil yargılama prensiplerine uygun davranılması sebebiyle getirilmiştir. Davalının hakemlerin seçiminden ve tahkim prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olması, usul hukukunun temel prensiplerinden biri olan, savunma hakkına riayet edilmediğinin işaretidir.

Bu tenfiz şartı da ancak davalı tarafın itirazı ile hakim tarafından göz önüne alınabilecektir.

¹¹ E 2000/7171 K: 2000/7602 K.T: 09.11.2000, Yayınlandığı yer Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C.XX, Sayı: 231/02, (ŞUBAT 2001) 273-274.

Burada söz konusu edilen husus adil yargılama anlayışına uyulup uyulmadığıdır. Tenfiz mahkemesi, davalının tahkim safhasında hakemlerin seçiminden ve tahkim prosedüründen haberdar edildiğini, bu süre zarfında hal ve şartlara göre davalının talep ve iddialarını dermeyan etme ve savunma haklarını kullanma imkanına sahip olduğunu tespit ettiğinde, adil yargılama ilkelerine riayet edilerek bir karar verilmiş olduğu sonucuna ulaşacaktır. Burada tebligatın tenfiz ülkesi hukukuna veya kararın verildiği ülke hukukuna uygun olup olmadığının aranmayacağı, böylesi bir arayışın tahkimin özel bir yargı yolu olması esasına aykırı düşeceği savunulmuştur.¹²

Bu madde gereğince üzerinde durulması gereken husus sadece hakemlerin seçiminden ve tahkim prosedüründen davalının haberdar edilip edilmediği keyfiyeti olduğu ileri sürülmektedir.

Savunma hakkının, ihlal edildiğinin ispat edilebilmesi için tebligatın kesin biçimde bu olguyu ispata elverişli vasıtalarla yapılmasının ispat hukuku bakımından amaca uygun düşeceği ileri sürülmektedir.

Bu konuya ilişkin olarak uygulamanın yaklaşımına ilişkin 19.Hukuk Dairesinin kararı ilgi çekicidir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 9.11.2000 Tarihli Kararı

“Davacı vekili, tarafların tarihli sözleşmeler uyarınca ton çeliğin satımı konusunda anlaşmalarını, davalının anlaşmaları ihlal etmesi üzerine müvekkilinin tahkim prosedürü başlattığını, Hakem Heyetince verilen tarihli karar uyarınca davacının Dolar ana para ve Sterlin yargılama gideri alacağı bulunduğunu, kararın Türkiye’de icraya konulabilir bir karar niteliğinde olduğunu ileri sürerek tarihli Hakem Heyeti Kararının tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.....

Davalı vekili cevabında, tenfize konu hakem kararının kesinleşmediğini, hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunu, tahkim şartında İsviçre Hukukunun uygulanacağı belirtildiği halde İngiliz Hukukunu uygulayarak Hakemlerin yetkilerini aştığını, davacının tanık olarak dinlenmesinin davalının savunma hakkını ihlal edici nitelikte olduğunu belirterek tenfiz talebinin reddini istemiştir.....

¹² C.ŞANLI, (dn. 4), 298.

Mahkemece; Hakem Kararının tenfizine karar verilmiş, hüküm davalı tarafça temyiz edilmiştir.

..... Davacı tenfizini talep ettiği kararın bağlayıcı olduğunu ileri sürmüştür. New-York Sözleşmesinin V (1) – e maddesine göre; kararın bağlayıcı olmadığı veya kesinleşmemiş olduğunun ispat yükü davalıya yüklenmiştir. Davalı; aleyhine tenfizi istenen kararın kesinleşmemiş olduğunu bu karar aleyhine kanun yollarına müracaat ettiğini veya iptal ettirdiğini kanıtlayamamıştır.

Davalı, davanın esasına sözleşmenin bir parçası olan şartnameye göre İsviçre Hukuku uygulanması gerekirken İngiliz Hukuku uygulayarak hakemlerin yetkilerini aştığını savunmuştur. Ancak taraflar arasındaki sözleşmelerde uyuşmazlık halinde hangi madde hukukun uygulanacağı konusunda açıklık yoktur. Hakem Heyeti uzmanların görüşünü de değerlendirerek bir sonuca gitmiştir. Bu nedenle hakemlerin yetkilerini aşarak karar verdiği kabul edilemez.

Davalı, savunma hakkının ihlal edildiğini, tenfiz taleplerinin bu nedenle reddi gerektiğini savunmuştur.....

.....Savunma hakkının ihlali New-York Sözleşmesinin V/1-b ve MÖHUK'un 45/d ve e maddelerinde tenfiz taleplerinin reddini gerektiren bir sebep olarak belirtilmiştir. Bu durumda aleyhine hüküm verilen tarafa delillerini ikame etme fırsatının verilmemiş olması hakem kararının tenfizine engel olacaktır. Oysa somut olayda davalıya bu imkan tanındığından ve davalı tarafından tanık olarak dinletilmek istenen kişinin görüşleri rapor halinde hakeme ibraz edildiğinden ve hakemlerce değerlendirildiğinden savunma hakkının ihlal edildiği söylenemez.....

Davalı tek sözleşme olmasına rağmen iki kere tazminata hükmedilmesinin savunmanın dikkate alınmadığını gösterdiğini belirterek tenfiz talebinin bu nedenle de reddi gerektiğini savunmuştur. Bu iddia kararın esasına ilişkin olup hakem kararının doğruluğunu inceleme yapma yasağı (revision au fond) kapsamında bulunduğundan tenfiz mahkemesine bu iddiayı incelemeye yetkisi tanınmamıştır.

.....Yukarıda değinilen hususlar karşısında, tenfizi istenen hakem kararının New-York Sözleşmesi ve MÖHUK hükümlerine göre tenfizi-

ne engel bir durum ve kamu düzenine aykırılık teşkil edecek bir yön bulunmadığı, anlaşıldığından davalının temyiz itirazının reddi'ne" denilmiştir.

Görüldüğü üzere burada Yargıtay, savunma hakkının ihlali temyiz sebebini; yukarıda söz konusu edildiği şekilde genel anlamda usul hukuku prensiplerine aykırılık teşkil edecek adil yargılamanın yapılıp yapılmadığının araştırılması, şeklinde yorumlamıştır.

Delillerin ikamesinden, davalının, mahrum tutulması da savunma hakkının ihlalidir. Ancak Yargıtay'ın da kararında belirttiği üzere; davalıya delillerini sunabilmesi için gerekli imkan sağlanmış hatta bu noktada tanık delili söz konusu olduğundan, tanığın ifadesinin rapor şeklinde hakem heyetine sunulmuş olması, bu ihtimalde, davalının delillerinin ikamesinden mahrum kılındığı ve netice itibariyle savunma hakkının ihlal edilmiş olmasından bahsedilmeyeceğini belirtmiştir.

Zira burada adil yargılamayı ihlal edecek şekilde bir savunma hakkının ihlali söz konusu değildir.

Kararda belirtildiği üzere; davanın esasına inilip esasa ilişkin iddiaları belgeleyecek iddiaların göz önüne alınamayacağı da belirtilmiştir.

Tenfiz hakimi adil yargılamanın yapılıp yapılmadığını bu anlamda; yüzeysel irdelenecektir. Davanın görüldüğü hakem mahkemesinin iddiaları değerlendirme biçimini gözden geçirmeyecektir.

Burada Yargıtay (revision au fond) yasağından bahsetmektedir. Türk Devletler Özel Hukuku sisteminde mahkeme kararları için kullanılan bu yasağı hakem mahkemesi için kıyasen uygulamıştır.

Kanaatimizce mahkeme kararları için kullanılan çok teknik olan bu hukuki kavramın kullanılması uygun düşmemektedir.

Ancak Yargıtay savunma hakkının ihlalinden ne anlaşılması gerektiğini bu terimi kullanarak net bir şekilde açıklamıştır.

Davalının delilleri ikame etmesinden men edilmesi savunmanın ihlalidir. Ancak onun iddiasını temellendiren hukuki olguların ve neticelerin saptanmasında hataya düşülmesi savunmanın ihlali olarak kabul edilemez. Zira burada hakem hükmünün doğruluğunun incelen-

mesi söz konusu olabilir ki, bu durum ve bu iddia tenfiz sebebi içinde değerlendirilemez..

Ancak savunmanın ihlali her zaman bu kadar sığ yorumlanamaz. Adil yargılamanın sağlanması için, davalının delillerini sunma imkanından mahrum olmaması gerekir. Savunma haklarının ihlal edilmesi, hakem mahkemesinin uygulamalarından veya onun esas aldığı kanun yahut kurallarından kaynaklanıyorsa V(1) b anlamında da savunma hakkının ihlalinden söz edilebilecektir.

C. Konvansiyonda Aranılan Tenfiz Koşullarından V (1) e Maddesi - Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.6.1999 Tarihli Kararı¹³

“Hakem kararı taraflar için henüz vacibürriaye olmamış olur veya bunun verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun bakımından yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmün icrası geri bırakılmış olursa”

Bu madde de tenfizin engellenmesine sebep olacak üç durum düzenlenmiştir.

- bir karar bağlayıcı değilse

- bir karar iptal edilebilirse

- bir kararın icrası geri bırakılmış ise davalı tarafın itirazı ile tenfizi engellenebilecektir.

Hakem kararının iptal edilebilirliği, hakem kararının bağlayıcılığı milletlerarası uygulamaların milletlerarası tahkim için getirmiş olduğu usulî terimleridir.

Milli bir usul hukukunun otoritesi altında alınmamış ancak milletlerarası bir kurumun veya milletlerarası model hukuk kurallarının usul kuralları çerçevesinde alınmış bu kararlar, hakem heyetince verildiği anda taraflar için bağlayıcı olacaktır. Bu tip hakem kararlarının yapısı gereği tarafların, tahkime gitmek ile hakemlerin verecek-

¹³ E: 1999/19-467 K: 1999/489 T. 9.06.1999, Karar metni için Yargıtay Kararlar Dergisi, C. 26 Sayı 2, ŞUBAT 2000, Kararın Yorumu için NOMER, *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi* (MHB-Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan - Yıl: 19-20/ Sayı: 1-2 / 1999-2000) 555-557 vd.

leri kararlarla kendilerini bağı kabul etmeleri genel eğiliminin bir sonucudur. Bu nedenle de bu tip hakem kararlarına, verildiği yerin mahkemelerinin müdahalesi mümkün olduğunca sınırlıdır. Bu sebeple de bu kararların “kesinleşmesi” yerine “bağlayıcılığı” esası kabul edilmiştir. Bu hakem kararlarının bu nitelikleri gereği tâbi oldukları usul kuralları ile sınırlı iptal edilebilmesi kabul edilmiştir. İptal sebepleri aslında bu hakem kararının tenfiz ülkesinde etkin olabilmesi için gerekli şartlarla benzerlik göstermektedir. O halde iptal sebepleri ile mahalli otoritelerinin sınırlı kontrolü bu hakem kararlarının milletlerarası camiada etkinlik kazanabilmesinin adeta bir teminatı olmaktadır.

Bu madde de yer alan “icranın geri bırakılması” ihtimali ise Konvansiyonun VI md’si ile bağlantılı olarak hakem kararlarının milletlerarası alanda tenfizini kolaylaştırmak amacı ile getirilmiş önemli bir kavramdır.

Burada MÖHUK 43. md’de ifade edildiği gibi hakem kararının icra edilebilir olmasının aranmadığını görmekteyiz.

Özellikle bundan kaçınılmak istenmiş çifte tenfiz tehlikesi hep gündeme getirilmiş ve icra edilebilirlik terimi tercih edilmemiştir.

Bunun yerine icranın geri bırakılması terimi tercih edilmiştir. Konvansiyonun VI. md’si gereğince icranın ancak teminat yatırılması ile duracağını da göz önüne alacak olursak bu şartın Konvansiyonun ruhuna da uygun olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

Türk Yargıtay’ının uygulamasına göz attığımızda daha çok “bağlayıcılık” teriminin yorumunun yapıldığı kararlara rastlamaktayız. Yargıtay Genel Hukuk Kurulunun 1999 tarihli kararı ile, “bağlayıcılık” terimi değerlendirilmiştir. New-York Konvansiyonu ile Türk Hukukuna giren bu terimin Yargıtay uygulamasınca tanımlanması ve niteliğinin tespitinde söz konusu edilen bu değerlendirme önemli bir adımdır diyebiliriz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.06.1999 Tarihli Kararı

“Taraflar arasındaki “tenfiz” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Sekizinci Asliye Ticaret Mahkemesince davanın reddine dair verilen 25.02.1998 gün ve 1997/206-1998/101 sayılı kararın

incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 08.07.1998 gün 1998/35 99-4770 sayılı ilamı ile; Davacı vekili, davalı şirkete kömür satan müvekkilinin Dolar alacağı doğduğunu, bu alacağın Dolarlık kısmının ödenmediğini, sözleşmenin 9. maddesi uyarınca 26.12.1995 tarihinde Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Uluslar arası Ticari Uyuşmazlıklar Mahkemesine müracaat eden müvekkilinin alacağının karara bağlandığını, bu kararın Türkiye'de uygulanabilmesi için tenfizi gerektiğini ileri sürerek 29.10.1994 tarihli ve sayılı kararın tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.....

.....Davalı davaya cevap vermemiştir.

.....Mahkemece.....

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında 2675 sayılı Kanununun 45/i maddesinde "hakem kararının tabi olduğu veya verildiği yer hukuk hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış olması" halinde yabancı hakem kararının tenfizi isteminin reddedileceği hükme bağlanmıştır. Davacı şirketin mukim bulunduğu Rusya ile Türkiye'nin de imzaladığı 1958 tarihli New-York Sözleşmesinin V (1) e maddesinde yabancı hakem kararının tenfizi için bağlayıcı olması gerektiği belirtilmiştir. Taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli sözleşmesinin 9 maddesinde tahkim kurulunun verdiği kararın nihai olduğu, her iki tarafı da bağladığı hükme bağlanmıştır. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Ticari Uyuşmazlıklar Mahkemesi ile ilgili düzenlemenin 44. maddesinde hakem heyeti kararlarının tahkim kararında belirtilen süre içinde gönüllü olarak uygulanacağı eğer hükümde hiçbir süre öngörülmemişse bu kararın derhal uygulanacağı belirtilmiştir.....

Görüldüğü gibi Ticari Uyuşmazlık Mahkemesince verilen karar bağlayıcıdır. New-York sözleşmesinin V(1) e maddesinde hakem kararının bağlayıcı olması yeterli görüldüğünden mahkemenin kesinleşmiş hakem kararı ibraz edilmediği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmesi de isabetsizdir.....

..... mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

.....Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; önce-

ki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.....”

deyip Yargıtay daire kararı Hukuk Genel Kurulunca da benimsenmiş Hukuk Genel Kurulunun bu kararı New-York Konvansiyonunda yer alan “bağlayıcılık” teriminin tercih nedenine de uygundur.

New-York Konvansiyonu hükümlerine göre tenfizi söz konusu edilebilen, milli usul hukuku otoritesi altında olmayan, milletlerarası kurum veya kuralların etkisi altında oluşan milletlerarası hakem kararları, ancak bağlayıcı olmamaları sebebi ile tenfiz edilemeyecektir. “Bağlayıcılık” teriminin tanımını yoğun tartışmalara sebebiyet vermiştir.¹⁴ V(1) e madde anlamında hakem kararının bağlayıcılığının tespitinde ağırlıklı görüş ve mahkeme tatbikatı, bağlayıcılığın, tahkime uygulanan hukuka (lex arbitri) gidilmeksizin, bağımsız biçimde belirlenmesi yönündedir. Bu anlayışa göre hakem kararı, verildikleri anda, tahkim mekanizmasının kendi iç kurallarına göre V(1) e anlamında bağlayıcıdır.¹⁵ Hakem kararına bağlayıcılığı; bizzat tarafların serbest iradeleri anlam vermektedir.

Gerçekten de, milletlerarası tahkim, prensip itibariyle tarafların iradelerine istinaden başlayıp sona eren bir yargılama tekniğine sahiptir. Milletlerarası Tahkim’e ilişkin yasal düzenlemelerde tarafların iradesi hep ön plana çıkarılmıştır. Bu sebeple, hakem kararının bağlayıcılığının tespitinde de yine taraf iradelerinden hareket edilerek onların seçtikleri veya öngördükleri kurallara göre “bağlayıcı” saymak en doğru yorum tarzı olacaktır. Milletlerarası Tahkim düzenlemelerinde ise, bağlayıcılık hakem kararının verildiği anda mevcuttur. Bu kararların; yerel otoritelerin, mahkemelerin etkilerinden istisna tutulmaları da bu mantığın bir sonucudur.

Bu kararların mahkeme kontrolü ile kesinleşmesi ve icra edilebilir olması genellikle aranmaz. Mahkemelerin bu kararlara müdahalesi “iptal edilebilirlik” sebepleri ile sınırlıdır.

¹⁴ NOMER/EKŞİ/GELGEL, *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul, 2000, 309 vd.

¹⁵ Bu yöndeki örnek hakem kararları için; *Court Decisions on the New York Convention 1958*, YBCA, V.XIX-1994, 585 vd. A. J. BERG; *New York Convention 1958 Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XV (1990) –XVI (1991)*, YBCA V.XVI-1991,501 vd.

Hukuk Genel Kurulu da bu çerçevede hakem kararının bağlayıcılığını yorumlamıştır. En önemlisi “bağlayıcılık” terimini “kesinleşme” kavramından ayırarak ve farklılığını vurgulayarak yorumlamıştır.

“New-York Sözleşmesinin V(1) e maddesinde hakem kararının bağlayıcı olması yeterli görüldüğünden mahkemenin kesinleşmiş hakem kararı ibraz edilmediği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmesi isabet-sizdir.” denilerek “bağlayıcılığın” “kesinleşmeden” farklı anlaşılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir.¹⁶

2675 sayılı MÖHUK 45(i) maddesinde yabancı hakem kararının tabi olduğu hukuka veya verildiği yer hukukuna göre kesin ve icra edilebilir olmasını aramaktaydı. Bu meyanda; hakem kararının mahalli bir otoritenin (mahkemelerin) bu konuda onay vermesine ve müdahalede bulunmasına ihtiyaç vardı. Oysa New-York Konvansiyonunun V(1) e maddesi uyarınca mahalli otoritenin müdahalesine hiç ihtiyaç olmadan hakem kararının verildiği anda bağlayıcı olması kabul edilmiştir. Mahalli otoritenin müdahalesi hakem kararının iptal edilebilirliği ile sınırlı tutulmuştur. Hakem kararının tenfizi için “ taraflar için bağlayıcı” olması yeterlidir.¹⁷

D. Konvansyonda Aranılan Tenfiz Koşullarından

V (2) b Maddesi- Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.6.1999 Tarihli Kararı

“Hakem kararının tanıma ve icrasının mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması”

Bu tenfiz engeli de tenfiz davasında davalı olan tarafın itirazına gerek duyulmadan, tenfiz hakimince kendiliğinden dikkate alınacaktır.

Kamu düzenine aykırılığı tenfiz hakiminin hukukuna göre değerlendirmek gerekecektir. Her hukuk sistemi kamu düzeninin kapsamını ve ne olduğunu kendi hukuk sisteminde; kendi sosyal-siyasal-ekonomik koşulları ve temel hukuk prensipleri ve değer yargıları içinde değerlendirecektir.

¹⁶ HGK kararının bu yorumu yeni kararlara örnek olmuştur. Yarg. 19.HD E: 2000/7171 K:2000/7608 T. 9.11.2000, Kararın yayınlandığı yer YKD. C: 27, Sayı 7, TEMMUZ 2001, 1057-1058.

¹⁷ E. NOMER, (dn. 13), 559-560 ve 573 - 574.

Ancak genel de kamu düzenini bozan hakem kararları örneklerine baktığımızda bazı ortak hususların ön plana çıktığını gözlemekteyiz. Yarg. HGK'nun "bağlayıcılık" şartını yorumlayan hakem kararı aynı zamanda "hakem kararının kamu düzenine aykırılık" tenfiz şartına ilişkin de bir yorum getirdiğini görmekteyiz.

"Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ¹⁸

..... Davalı davaya cevap vermiştir. Mahkemece taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli ana sözleşme ile Stocholm Ticaret Odası tahkim kurumunun hakem olarak seçildiği, sözleşmede yapılan 11.9.1992 tarihli değişiklikle Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Mahkemesinin hakem olarak tayin edildiği, terditli olarak hakem seçimine ilişkin sözleşmenin geçersiz olduğu, tenfizi istenen kararın kesinleşmiş bir örneğinin ibraz edilmediği ek sözleşmedeki tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğuna ilişkin hükmün Türk Kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekiline temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki..... tarihli sözleşmenin maddesinde bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların taraflarca dostça çözümleneceği, bunun imkansız olması halinde tarafların konuyu normal mahkemelere müracaat etmeden İsveç'teki Stocholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumuna götürecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesine tarihinde yapılan ilave ile "Sözleşmeden doğan herhangi bir anlaşmazlık veya iddianın aynı zamanda Rusya'da Moskova Ticaret ve Sanayi Odasında Rus Malzeme Yasası ve kurallarına göre Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından çözümleneceği, tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu" hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi taraflar sözleşmenin maddesine yapılan ilave ile Stocholm Ticaret Odasının Tahkim Kurulu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası nezdindeki Uluslar arası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmıştır. Tarafların ortak iradesi uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi yönünde olduğundan ve bu şekilde tahkim heyetinin seçimine engel bir yasal düzenleme bulunmadığından, terditli hakem seçiminin geçersiz olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesi isabetli değildir.

Ek sözleşmede tahkim heyetinin seçme hakkının iddia sahibine ait ol-

duğu belirtilmiştir. Mahkemece bu düzenlemenin Türk Kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılama üstünlüğü sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi..... geçerli değildir. Oysa somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böylece bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma yargılama bakımından üstün duruma getirilmemiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez..

..... Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.....”

Hakem kararın kamu düzenine aykırılığı Hukuk Genel Kurulunun kararında belirttiği üzere, somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Doğu bloku ülkelerinin eski düzenlemelerinde yer alan ticaret odaları nezninde verilen hakem kararlarına, bu kurum içinde yer alan mercilerin ve hatta devletin müdahale etmesi kamu düzeni mülahazası ile bu kararların tenfizinin engellenmesi gerektiği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁹

Gerçekte bu şekilde bir müdahalenin varlığı hatta hakemlerin belirlenmiş kişiler arasından ancak seçilebilmesi hakemlerin tarafsızlığını zedeleyeceğinden verilen kararın kamu düzenine aykırılığı savunulabilir.

Ancak her somut olayda meselenin değerlendirilmesi gerekir.

Hakem mahkemesinin niteliği icabı, normal mahkemelerde güdülen adil yargılama temel ilkesiyle ilişkisinin tayini mahkemeler için amaçlanan da daha az katı olmalıdır.

Adil yargılamanın şartlarından biri olan kişilerin tarafsız yargılan-

¹⁹ E. NOMER, *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı*, (1984) MHB, 30-31.; E. NOMER, *Hakem Kararlarının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği*, (1990) MHB, 129-130.

ması ilkesi hiç şüphesiz tüm yargılama çeşitleri için kabul edilmelidir. Ancak bu tarafsız yargılamanın sınırını tespitinde hakem yargılamasının söz konusu olduğu bir yargılamada normal mahkemelerde görülen yargılamadan daha az müdahaleye ihtiyacı olduğu söylenebilir.

“..... Tarafların tahkim davasında da, devlet mahkemelerinde olduğu gibi tarafların tarafsız yargılanma hakları, hakemlerin de hakimler gibi bağımsız olmalarını ve tarafsız yargı faaliyetinde bulunmalarını, kısaca tarafsız yargılama yapmalarını bir mecburiyet olarak ortaya çıkarır. Bununla beraber, hem tarafların serbest iradeleleriyle gerçekleştirdikleri tahkim anlaşmasına uygun olarak hakemlerin tayin edilmeleri hem de tahkim usulünün kamu otoritesinden yoksun olması, taraflar karşısında hakemlerin bağımsızlıklarına ve tarafsızlıklarına etkili olmakta, neticede kamu düzeninin müdahalesinin de sınırlı kalmasına sebep olmaktadır.....”²⁰

Bu çerçevede Hukuk Genel Kurulu'nun da belirttiği üzere, tahkim anlaşmasında yer alan hakem mahkemesini seçme usulünün tarafların tarafsız yargılanmasını ihlal edebilecek “soyut” bir tehlike taşıması kamu düzeninin müdahalesi için yeterli değildir. Buna karşılık hakem mahkemesinin kararında tarafsızlığın ve ön yargılı hareket edilmediğini gösteren “somut” olay ve belirtilerin bulunması gereklidir.

Sonuç

Yargıtay'ın, New-York Konvansiyonunun uygulanması ile bu Konvansiyonda yer alan koşullara bakış açısı Türk doktrini ile uyumludur.

Konvansiyonun yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için getirmiş olduğu koşullar milletlerarası tahkim anlayışına ve niteliğine uygundur. Bu meyanda Yargıtayın yaklaşımı Türk milletlerarası tahkim anlayışının gelişimi açısından da olumludur.

- Öncelikle; New-York Konvansiyonuna göre, yabancı hakem kararının tenfiz edilebilmesinin ön koşulu olan tahkim anlaşmasının yazılı olması şartı, Yargıtay kararlarında Konvansiyonun niteliğine uygun genişlikte yorumlanmıştır. Bu meyanda; Yargıtay birçok kararında, tahkim anlaşmasının veya tahkim şartının yazılı olması koşulunu, Konvansiyonun II. md'sinin (2) bendinde yer

²⁰ Aynen alıntı, NOMER, (dn. 13), 574-575.

alan örneklerin yorumu ile belirlemiştir. Bilhassa bu örneklerin kapsamını belirlerken kullanmış olduğu kıstas önemlidir. Zira burada Konvansiyonun bu hükmünün ruhuna ve amacına uygun bir yorum getirmiştir. Sonuç itibariyle; tahkim anlaşmasının kurulduğuna ilişkin, taraf iradelerinin karşılıklı olmasını Konvansiyonun II. md'sinin (2) bendi kapsamında yeterli görmüştür.

Diğer tenfiz koşullarına ilişkin Yargıtay uygulaması da Konvansiyonun, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde beslediği amaç ile uyum içindedir.

- Konvansiyonun V (1) b maddesinin uygulanırlığına ilişkin yorumu dikkat çekicidir. Bu noktada ki tutumu, tahkim yargılamasının niteliğine uygun adil yargılamanın irdelenmesi yönündedir.

Yargıtay'a göre; davalının delillerini ikame etmesinden men edilmesi savunma hakkının ihlalidir. Ancak onun iddiasını temellendiren hukuki olguların ve neticelerin saptanmasında hataya düşülmesi savunma hakkının ihlali olarak kabul edilemez. Bu meyanda; hakem hükmünün doğruluğu tenfiz hakimince irdelenemez. Ancak adil yargılamanın sağlanması için davalının delillerini sunma imkanından mahrum olmaması gerekir. Bu durum, hakem mahkemesinin uygulamasından ve onun esas aldığı kanundan kaynaklanıyorsa savunma hakkının ihlalinden söz edilecektir.

- Yargıtay'ın Konvansiyonun V(1) e maddesinde yer alan "bağlayıcılık" şartına bakış açısı da uyumlu ve yerindedir. Zira Yargıtay MÖHUK 45(i) md'sinde yer alan hakem kararının "kesinleşme" koşulunun "bağlayıcılık" koşulundan farklı olduğunu vurgulamıştır. Bu çerçevede, Yargıtay; milletlerarası hakem kurumlarınca verilen hakem kararlarının hiçbir mahalli otoritenin onayına ihtiyaç duyulmadan verildikleri anda bağlayıcı olacağını kabul etmiştir.
- Son olarak; Yargıtay'ın, hakem kararlarının kamu düzeni ilkesi ile tenfizinin engellenmesi şartı olan V(2) b maddesine bakış açısı da Konvansiyonun amaçladığı hedefe uygun düşmektedir.

Hakemlerin bağımsızlığı onların verdikleri kararın hukuk düzenine uygun olması için gereklidir. Bu adil yargılama ilkesinin önemli bir koşuludur. Buna aykırı bir durum hakem hükmünün kamu düzenine

aykırı olması sonucunu doğurur. Ancak burada önemli olan iki husus Yargıtay tarafından vurgulanmıştır.

- birincisi; adil yargılama ilkesi hakem yargılamasında da aranmalı ancak adli yargılamada olduğu ölçü ve sıklıkta olmamalıdır.
- ikincisi; birinci koşula bağlı olarak hakemlerin bağımsızlığı ilkesi soyut bir kavram olarak irdelenmemeli. Somut olayda olayın koşullarına uygun olarak aranıp irdelenmelidir.

Netice itibariyle; çok kısıtlı da olsa tespit ettiğimiz Kararlar çerçevesinde Türk Yargıtay'ı New-York Konvansiyonunun tenfiz koşullarını Konvansiyonun hedeflemiş olduğu amaca uygun yorumlamaktadır. Uygulamanın bu yaklaşımı milletlerarası tahkim anlayışına da uygun bir gelişme göstermektedir diyebiliriz.