

YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİNDE KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

[09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı]

Prof. Dr. ERGİN NOMER*

“Prof. Dr. Aysel Çelikel ile beraber geçirdiğimiz 40 yılı aşkın meslek hayatımızdaki pürüzsüz dostluğun ve işbirliğinin değer biçilmez anısına.”

09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına konu teşkil eden olayda, yabancı bir hakem kararının, özellikle 10 Haziran 1958 tarihli “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi” hükümlerine göre tenfizi söz konusudur. Bu tahkim kararının dayandığı ‘tahkim anlaşmasının geçerliliği’ uyuşmazlığın esasını teşkil etmektedir. Tahkim anlaşmasının ‘taraf-lardan birine tahkim yargılamasında üstünlük tanıdığı’ için, *kamu düzenine aykırı olduğu*, dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca karara bağlanmıştır. Yargıtay ayrıca, hakem kararının ‘bağlayıcılığı’ kavramına da önemli bir açıklama getirmiştir.

I. Yargıtay Kararı¹

“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 üzeri-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Yar. HGK., 09.06.1999 [E.1999/19-468; K.1999/489]: YKD 2/2000, 183-186.

ne, Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 08.07.1998 gün ve 1998/3599-4770 sayılı ilâmı ile;

(... Davacı vekili, davalı şirkete kömür satan müvekkilinin 4.708.513 dolar alacağı doğduğunu, bu alacağın 1.442.261,48 dolarlık kısmının ödenmediğini, sözleşmenin 9. maddesi uyarınca 26.12.1995 tarihinde Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Uluslararası Ticarî Uyuşmazlıklar Mahkemesine müracaat eden müvekkilinin alacağının karara bağlandığını, bu kararın Türkiye’de uygulanabilmesi için tenfizi gerektiğini ileri sürerek 29.10.1994 tarihli ve 441 / 1995 sayılı kararın tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, taraflar arasındaki 08.02.1992 tarihli ana sözleşme ile Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumunun hakem olarak seçildiği, sözleşmede yapılan 11.09.1992 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 vekilince temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki 08.02.1992 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların taraflarca dostça çözümleneceği, bunun imkânsız olması hâlinde tarafların konuyu normal mahkemelere müracaat etmeden İsveç’teki Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumuna götürecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesine 11.09.1992 tarihinde yapılan ilâve 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 9. maddesine yapılan ilâve ile Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası nezdindeki Uluslararası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmıştır. Tarafların ortak iradesi

uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi yönünde olduğundan ve bu şekilde tahkim heyetinin seçimine engel yasal bir düzenleme bulunmadığından, terditli hakem seçiminin geçersiz olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesi isabetli değildir.

Ek sözleşmede tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu 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 yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir. Oysa somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene, yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında 2675 sayılı Kanununun 45/i maddesinde "hakem kararının tâbi olduğu veya verildiği yer hukuk hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış olması" hâlinde yabancı hakem kararının tenfizi isteminin reddedileceği hükme bağlanmıştır. Davacı şirketin mukim bulunduğu Rusya ile Türkiye'nin de imzaladığı 1958 tarihli New York Sözleşmesinin V/e maddesinde yabancı hakem kararının tenfizi için vacibürriaye (bağlayıcı) olması gerektiği belirtilmiştir. Taraflar arasındaki 08.02.1992 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde tahkim kurulunun verdiği kararın nihaî olduğu, her iki tarafı da bağladığı hükme bağlanmıştır. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Ticarî Uyuşmazlıklar Mahkemesi ile ilgili düzenlemenin 44. maddesinde hakem heyeti kararlarının tahkim kararında belirtilen süre içinde gönüllü olarak uygulanacağı, eğer hükümde hiç bir süre öngörülmemişse bu kararın derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, Ticarî Uyuşmazlık Mahkemesince verilen karar bağlayıcıdır. New York Sözleşmesinin V/e maddesinde hakem kararının bağlayıcı olması yeterli görüldüğünden mahkemenin kesinleşmiş hakem kararı ibraz edilmediği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmesi de isabetsizdir.

Mahkemece bu yönler gözetilerek koşulları mevcut olan tenfiz ta-

lebinin kabulü gerekirken, yazılı gerekçelerle reddi usul ve yasaya aykırıdır ...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden: Davacı Vekili

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, temyiz dilekçesinde ileri sürülen hükme etkili itirazların Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 08.07.1998 gün ve 1998/3599-4770 sayılı ilâmında ayrı ayrı ele alınıp cevaplandırılmış bulunmasına, özellikle Türkiye'nin 25.09.1991 tarihinde imzalayarak yürürlüğe koyduğu "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi"; Anayasanın 90/5. maddesi gereğince kanun hükmünde olduğundan, taraflar arasındaki tahkim şartı içeren sözleşmenin, New York Sözleşmesinin II. maddesi uyarınca geçerli bulunmasına, hakem kararının verildiği yerdeki düzenlemede tenfizi istenen yabancı hakem kararının bir üst dereceli hakem mahkemesi veya devlet yargısı önünde yeniden incelenmesinin öngörülmediğinin anlaşılmasına ve söz konusu kararın New York Sözleşmesinin V/1-e maddesinin aradığı anlamda bağlayıcı olmasına göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince 'BOZULMASINA', istek hâlinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 09.06.1999 gününde oyçokluğu ile karar verildi."

1. 'Tahkim Anlaşması' ve 'Yargılamada Üstünlük'

1. Yapılan tahkim anlaşmasında, taraflarca esas sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların ya Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumuna ya da Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Mahkemesine gö-

türülebileceği ve bunlardan birini seçme hakkının iddia sahibine ait olacağı kararlaştırılmıştır.

2. Uyuşmazlık hakkında Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Mahkemesince verilen hakem kararının tenfizi Asliye Ticaret Mahkemesinden talep edilmiştir. Tenfiz talebini karara bağlayan Asliye Ticaret Mahkemesi, 'terditli' hakem seçimine ilişkin tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu, hakemi seçme hakkını iddia sahibine veren bir hükmün Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz talebinin reddine karar vermiştir.

3. Kararı inceleyen Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, taraflardan birine yargılamada üstünlük tanınmadığı sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay'a göre, tahkim anlaşmasında taraflardan *sadece* birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim anlaşması geçerli değildir. Ancak olayda söz konusu olan tahkim anlaşmasında "hakemleri seçme hakkı iddia edene, yani *her iki tarafa* da tanınmıştır". Böyle bir tahkim şartı ile tahkime başvuran taraf yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir. Bu sebeple hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez.

2. Hakem Kararının Bağlayıcılığı

1. Asliye Ticaret Mahkemesinin, hakem kararının tenfizi talebinin reddinde kullandığı ikinci gerekçe, tenfizi istenen kararın *kesinleşmiş* bir örneğinin ibraz edilmemiş olmasıdır. Anlaşıldığı kadarıyla, Asliye Ticaret Mahkemesi, hakem kararının kesin hüküm teşkil ettiğini belirten yetkili adli makamlarca verilmiş bir kesinleşme şerhinin ibrazını, hakem kararının tenfizi için gerekli bir şart olarak kabul etmiştir.

2. 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin V/e maddesinde yabancı hakem kararının tenfizi için *bağlayıcı* ("vacibürriaye") olması gerekmektedir. 19. Hukuk Dairesinin kararında belirtildiğine göre, taraflar arasındaki esas sözleşmede tahkim kurulunun vereceği kararın "nihaî" olacağı, her iki tarafı da bağlayacağı hükme bağlanmıştır. Diğer yandan, Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Ticarî Uyuşmazlıklar Mahkemesi ile ilgili düzenlemenin 44. maddesinde hakem heyeti kararlarının tahkim kararlarında belirtilen süre içinde gönüllü olarak uygulanacağı, eğer hükümde hiç bir süre öngörülme-

mişse bu kararın derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, Ticarî Uyuşmazlık Mahkemesince verilen karar bağlayıcıdır. New York Sözleşmesinin V/e maddesinde hakem kararının bağlayıcı olması yeterli görüldüğünden mahkemenin kesinleşmiş hakem kararı ibraz edilmediği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmesi isabetsizdir.

3. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19. Hukuk Dairesinin Asliye Ticaret Mahkemesinin bozma kararına uygun olarak, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasını New York Sözleşmesinin II. maddesi uyarınca geçerli bulmuş ve hakem kararının verildiği yerdeki düzenlemede tenfizi istenen yabancı hakem kararının bir üst dereceli hakem mahkemesi veya devlet yargısı önünde yeniden incelenmesi öngörülmediğine göre, söz konusu kararın New York Sözleşmesinin V/1-e maddesi anlamında bağlayıcı olduğu gerekçesiyle, kesinleşme şerhinin aranmasının doğru olmadığı görüşünü de uygun bulmuştur.

II. Değerlendirme

1. Hakemin Bağımsızlığı ve Kamu Düzeni

Hakemin, tahkim davasının taraflarından maddî ve şahsî bakımdan bağımsız olması, onun kararlarında tarafsız olabilmesi ve objektif ve dürüst bir şekilde karar verebilme faaliyeti için vazgeçilmez bir şarttır. Hakemin gerek ihtilaf konusu gerekse ihtilafın tarafları karşısında sahip olduğu maddî ve şahsî bağımsızlığı, onun objektif ve dürüst karar verebilmesi yanında, tarafsız (taraflar üstü) hareket edebilmesinin de bir teminatıdır. Maddî kararın objektif ve âdil olarak verilmiş olduğu inancı, hakemin tarafsız faaliyet göstermiş olduğu konusunda tarafların güven duymasına bağlı olarak gerçekleşir. Bu sebeple hakemin bağımsızlığı, özellikle tekml Kara Avrupası hukuklarında usul hukukuna ait bir kamu düzeni konusu olarak kabul edilmiştir. Zira Kara Avrupası hukuklarında hakemin bağımsız ve tarafsız olması, *prensip* olarak aynen hâkimlerden beklendiği ölçüdedir². Bununla beraber, hakemlerin bağımsızlığı, hâkimlerin bağımsızlıklarına nispetle

² Amerikan hukukunda, taraflarca tayin edilen hakemler ile uyuşmazlığı çözümlenmek üzere tayin edilen bağımsız "umpire" arasında bir farklılık vardır. 'Kendi' hakemini ilgilendirdiği sürece, taraf ile hakem arasındaki ekonomik bağlılık mahzurlu görülmemektedir; bkz. SCHLOSSER, 'Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes': ZJP 93, (1980) 121, 125 vd.

çok daha esneklik gösterir. Çünkü tahkimde, tarafların 'hakemlerini' bizzat tayin edebilmeleri yoluyla, hakemlerin bağımsızlıklarına etkili oldukları gerçeği inkâr edilemez. Hakem mahkemesinin teşkilinde taraflardan birine tanınan üstünlük, üstünlük tanınan tarafa yargılamada da üstünlük tanınması sonucu meydana getirir. Böyle bir sonuç hakemlerin bağımsızlığına etkili olacağı için, onların tarafsız karar verebilecekleri hususunda haklı şüphelerin doğumuna sebep olur.

Hakemlerin bağımsızlığından ve tarafsızlığından şüphe edilmesi, ya hakem heyetinin teşkilindeki usulden veya hakemin şahsında belirlenen somut durumlardan ortaya çıkabilir.

1. Hakem mahkemesinin teşkilinde dava taraflarından birine tanınan üstünlüğün kaynağı, ya tahkimin tâbi olduğu usul hukuku ya da tarafların yaptığı tahkim anlaşmasıdır. Hakem mahkemesinin hiç bir ön şarta bağlı olmaksızın *münhasıran* bir tarafça tayin edilmesi imkânı, taraflardan her birine tanınmış olan *tarafsız yargılanma* kavramı ile bağdaşmaz. Böyle bir hukukî düzenlemenin kamu düzenine aykırılığı iddiasında haklılık vardır. Yargıtay bunu kesin olarak ifade etmiştir: "Tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan *sadece* birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması hâlinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir"³. Münhasıran taraflardan birinin tayin ettiği hakem veya hakemlerden meydana gelen hakem mahkemesi, tarafsızlık içinde faaliyette bulunamayacağı şüphesinden kurtulamaz, çünkü kuruluşunda tarafsızlık yoktur. Böyle bir hakem mahkemesine karşı, diğer tarafın yabancılık duyması ve itimatsızlık göstermesi anlaşılır bir davranıştır. Bu durumda, hakem mahkemesini, tarafsız hakemlerden oluşan bir hakem heyeti olarak kabul etmek, gerçekleri görmezlikten gelme anlamına gelir.

Buna mukabil, taraflardan birine ilk başından itibaren hakem mahkemesini tek başına tayin hakkını veren bir tahkim anlaşması ile ta-

³ Yar. HGK, 09.06.1999, [E19-468/K.489]: YKD 2/2000, 184/185. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında, *yedek bir kural olarak geçerlilik kazansa da*, hukukî uyuşmazlığın kararını münhasıran taraflardan birinin tayin ettiği hakeme bırakan bir tahkim anlaşmasını, hakemler için de geçerli olan tarafsız yargılama prensibine ters düştüğü ve dolayısıyla kamu düzenine aykırılığı sebebiyle geçersiz kabul etmişti; BGH (05.11.1970): KTS 2/1971, 104 vd.,108.

raflardan birinin kendi hakemini tayin etme hakkını kullanmaması halinde, bu hakkı diğer tarafa veren bir tahkim anlaşması farklı bir değerlendirilmeye tâbi tutulabilir. Taraflardan birinin, kendi hakemini tayin hakkını kullanmaması veya kullanmada gecikmesi sebebiyle, bu hakkın diğer tarafa geçmesi olayı, kamu düzeninin müdahalesi için yeterli görülmebilir⁴.

2. Tarafların tarafsız yargılanmasını ihlâl edebilecek soyut tehlike, taraflardan birinin üstünlüğünün tahkimin tâbi olduğu usul hukukuna veya tahkim anlaşmasına dayanmasıyla, prensip olarak değişikliğe uğramaz. Her iki ihtimalde de, hakem mahkemesinin teşkilinde taraflardan birinin üstünlüğü kamu düzeninin ihlâli yönünden aynı değerlendirmeye tâbidir. Böyle olmakla beraber, yabancı bir hakem kararının tenfizi söz konusu olduğunda kamu düzeninin müdahale ihtimalinde bir zayıflama görülebilir.

Taşıdığı hüküm itibariyle Türk hukukunun vazgeçilemez kabul ettiği temel prensipleriyle bağdaşmayan yabancı bir hakem kararı da, kamu düzenini ihlâl edeceğinden tenfiz edilemez. Kamu düzeni anlayışında fark olmamakla beraber, yabancı kararların, özellikle yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde, kamu düzeninin müdahalesi, gerek *uygulama alanı* gerekse *müdahale gücü* bakımından,

⁴ Böyle bir anlayış *Alman* Federal Mahkemesinin bir kararında belirli hâle geldi. Bu karara göre, hakem mahkemesinin teşkilinde, taraflardan birinin *soyut* üstünlüğü, kamu düzenine aykırılığı gerçekleştirmez. Hakem tarafından yapılan, tarafsız yargılama emrine *somut* bir itaatsizlik, kamu düzenine karşı bir ihlâl teşkil eder; BGH (15.05.1986): BGHZ 98, 70 vd., 75. Taraflardan birinin hakem mahkemesinin teşkilinde tatbiki gerekli usul hukukuna dayanan *soyut* üstünlüğünün, yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırılığını kabul için yeterli olmaması, *İsviçre* Federal Mahkemesinin bir kararında da görülmüştü. Olayda, üç hakemli bir hakem kurulu söz konusu idi. Hakemlerden biri taraflardan biri, diğeri diğer tarafın gecikmesi sebebiyle tahkim kuruluşu tarafından, üçüncüsü ise tayin edilmiş bulunan iki hakem tarafından belirlenmişti. Bu teşkil tarzında, taraflardan birinin *soyut* üstünlüğünü, Federal Mahkeme kamu düzeninin ihlâli olarak görmedi; BG (12.02.1958): AG 84 I 39 vd., 49. *İsviçre* Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu da, şartlar hakemin 'bağımsızlığından kuşku duyulmasına hak veriyorsa' hakemin reddine imkân vermekle (m.180/c), somut üstünlük anlayışına katılmıştır. Aynı anlayışı *Alman* tahkim usulünde (ZPO § 1034 II) de bulmak mümkündür.

maddî hukuka ait kamu düzeninin müdahalesinden farklıdır. Gerçi maddî hukuka ait kamu düzeninin müdahalesi hem Türk mahkemelerinde yabancı kanun hükümlerinin uygulanmasında hem de yabancı kararların tanınma ve tenfizinde etkili olur. Ancak bu etki gerek uygulanma alanı gerekse etkileme gücü bakımından farklılık gösterir.

Maddî hukuka ait kamu düzeninin müdahalesi devletler özel hukukunda, esas itibariyle yabancı kanunun uygulanmasını engelleme şeklinde etkisini gösterir. Kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken, fakat somut olayda kamu düzenini ihlâl edici olacağı anlaşılan yabancı hukuk kuralları, *maddî hukuka* ait kamu düzeninin müdahalesiyle bertaraf edilir (MÖHUK m.5). Devletler özel hukukunda kamu düzeninin müdahalesi, hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre yabancı bir hukuku uygulayacak olması ihtimalinde ortaya çıkar. Üstelik, devletler özel hukukuna ait kamu düzeninin müdahalesi, Türk hukuk düzeninin dokunulmaz kısmını teşkil eden *emredici kurallar* veya *doğrudan uygulanan kurallar* ile bağlantılı da değildir. Doğrudan uygulanan kurallarda, zaten devletler özel hukuku kuralları söz konusu değildir. Maddî hukukta yer alan her emredici kuralın, kamu düzeninin müdahalesini gerektireceği de söylenemez; farklı bir söyleyişle, kamu düzeni, emredici kurallarla örtüşmez. Bir hukuk düzeni içerisinde *emredici* kabul edilerek, uygulanması zorla temin edilen hukuk kuralları, yabancı bir hukukun uygulanması halinde, behemahal dikkate alınması gerekli kurallar olarak görülmeyebilir. Kamu düzeni müdahalesi ancak yabancı hukukun uygulanmasına izin verilen alanlarda söz konusu olabilir. Yabancı hukukun uygulanmasını emreden kanunlar ihtilafı kuralının, yabancı hukuka yaptığı bir gönderme, Türk hukuku için tahammül edilemez bir sonuca ulaşmakta ise, bu sonuç, yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzeni tarafından yasaklanması suretiyle önlenir. Burada, kamu düzeninin müdahalesinde, Türk hukukunun maddî hukuk kuralları değil, fakat Türk maddî hukukunun dayandığı *temel hukuk prensipleri* ve korunmasından vazgeçilemeyecek olan devlet politikaları etkili olur.

Tanımaya ve tenfiz hukukunda kamu düzeninin uygulama alanı daha geniştir. Tanımaya ve tenfizin engellenmesinde, hem *maddî hukuka* hem de *usul hukukuna* ait kamu düzeninin müdahalesi ortaya çıkmaktadır. Diğer bir devletin hukukunun uygulanmasında, sadece maddî hukuka ait bir sonuç söz konusu olurken, yabancı kararların tanınması ve tenfizinde, uygulanan *usul hukuku* da inceleme konusu

olur (m. 38/d). İnceleme, sadece yabancı usul hukuku hükümlerine riayet edilip edilmediğine veya bu hükümlerin ihlâl edilmiş olup olmadığına bağlı değildir. Hâkimlerin mutlak bağımsızlığı, tarafların savunma haklarının kısıtlanamaması gibi Türk usul hukukuna temel teşkil eden prensiplere riayet edilmiş olması, yabancı usul hukukundan da beklenir. Genel olarak ifade edilmek gerekirse; Türk usul hukukunun temel teşkil eden prensiplerine aykırı olmadığı sürece, Türk usul kurallarından farklı, fakat bir hukuk devletinde olabilecek nitelikteki usul kurallarına tâbi olarak verilmiş yabancı bir kararın tanıma ve tenfizi kamu düzeninin müdahalesine uğramaz. Meselâ, davalının geçici bir tedbir olarak duruşmalara iştirakten men edilmesi veya belirli miktardaki alacak davalarında şahit dinlenmesi yasağı, savunma hakkının bir ihlâli niteliğinde sayılamayacağından, verilen kararın tanınma ve tenfizini engellemez.

Buna mukabil, kamu düzeni, tanıma ve tenfiz hukukunda ve özellikle yabancı hakem kararlarının tenfizinde, devletler özel hukukunda olduğundan *daha zayıf bir müdahale gücüne* sahiptir. Yabancı bir mahkeme tarafından karara bağlanmış bir olayda, uyuşmazlık konusunun tenfiz ülkesiyle olan ilişkisinin zayıflığı, kamu düzeninin müdahalesinin etkinliğini de zayıflatır. Bu durumda, yabancı kararın tanınma ve tenfizinde, daha tahammüllü olunması beklenebilir. Özellikle, karara konu olan maddî olayın, tamamen yabancı bir hukuk sistemi içerisinde yer almış ve gelişmiş olması, kamu düzeni müdahalesinde daha müsamahalı olunmasını ve kararda varılan sonuca tahammül edilmesini gerektirebilir. Bu bakımdan burada, devletler özel hukuku ile karşılaştırıldığında, tanıma ve tenfiz hukukunda kamu düzeninin *yumuşatılmış* bir etkisinden (*effet atténué de l'ordre public*) söz edilir.

Kamu düzeninin yabancı hakem kararlarının tenfizi alanında müdahale gücünün, maddi hukuka ait kamu düzenine oranla daha zayıf olması, hâkimlerin mutlak bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinden tahkim davalarında fedakarlık yapılmasını mazur göstermektedir. Bu, tahkim davalarında, hakemlerin bağımsızlığında ve tarafsızlığındaki *soyut* tehlikenin kamu düzeninin müdahalesini gerektirmediğinin haklı bir gerekçesi sayılabilir.

2. Hakem Tayini Yoluyla Yargılamada Üstünlük Kazanılması

Hakem tayini usulünde, taraflardan birine tanınan üstünlük, hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyen en önemli unsurlardan biridir. Bununla beraber, hakemlerin bağımsızlığında ve tarafsızlığında *soyut* bir tehlikenin kamu düzeninin müdahalesini gerektirmeyeceği genellikle kabul edilmekte⁵, buna mukabil *somut* olarak hakem veya hakemlerin tarafsız yargılama prensiplerine itaatsizlikleri, usul hukukuna ait kamu düzenini ihlâl eden bir durum olarak görülmektedir⁶.

1. Hâkimin bağımsızlığı ve dava tarafları karşısında tarafsızlığı usul hukukunun temel prensibidir. Bu temel prensip, *tarafsız yargılama* yapabilmenin teminatını teşkil eder. Bağımsız ve tarafsız bir yargılamaya tâbi olmak, dava taraflarının da anayasal haklarından biridir. Bu hakkın tanınması, herkesi “yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip” kabul eden Anayasa hükmünün (m.36 I) tabii sonucudur. Hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı devletin hâkimleri için şüphesiz kendiliğinden anlaşılır bir prensiptir. Hâkimin icra ettiği yargı faaliyeti, devletin yargı faaliyetiyle yetkilendirilmemiş kişiler tarafından yerine getirilemeyecek kadar önemli bir faaliyettir. Zira tarafsız yargı faaliyeti ile “hâkim” ve “mahkeme” kavramları birbirinden ayrılamaz şekilde bir bütün teşkil eder. Bu itibarla, kişinin bağımsız mahkemeler önünde, tarafsız yargılanma hakkı, çağdaş hukuklarda olduğu gibi, Türk hukukunda da kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul edilir. Tarafsız yargılama prensibi, hakem

⁵ Hakem kararının imzalanmasından önce, kararın şeklen Tahkim Divanınca kontrol edileceği hükmünü taşıyan Paris Milletlerarası Ticaret Odası [ICC] Tahkim Tüzüğü'nün 27. maddesinin, bu Tahkim Tüzüğüne tâbi olarak verilen hakem kararlarının Türk kamu düzenine aykırılığına sebep olamayacağı hakkında Yar. 15. HD'nin 10.07.1991 (E.2383/ K.3667) ve 01.10.1992 (E.1736/K.4425) tarihli kararları. Ve ayrıca bkz. NOMER, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı’: MHB 1/1984, 29-31; TAŞKIN, ‘Kurumsal Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığının Korunması’: Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, 757 n.9 ve 758.

⁶ NOMER, Devletler Hususî Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2000, 416. Alman Federal Mahkemesinin kararı yanında, *Belçika, Fransız ve İsviçre* mahkeme kararları da aynı görüşü benimsemişlerdir; bkz. HASS, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche 1991, 228 vd.

mahkemeleri için de 'prensip olarak' geçerlidir. Tahkim davasında da, tarafların hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlık garantisini talep hakları vardır⁷.

Hâkim için geçerli olan tarafsızlık, hem tarafların tarafsız yargılama hakkı için gereklidir, hem de kamu yararına hizmet eder. Buna mukabil, tahkim davalarında kamu yararına hizmet unsuru, devlet mahkemelerinin faaliyetine nispetle, oldukça sınırlıdır. Devlet mahkemelerinde karar verme otoritesi, yargı faaliyetinin temel bir unsurudur ve bu otoritenin kullanılmasında kamu yararı varlığını daima muhafaza eder. Kamu yararının sınırlı olması, kamu düzeninin müdahalesi alanını da sınırlandırır.

Kanun koyucu, tahkim usulünü kabul etmekle, özel hukuka ait işlerde, tarafların isteklerine dayanan ve devlet otoritesine sahip bulunmayan bir yargılamayı tanımış olmaktadır. Bu yargılama usulünde gerçi hakem mahkemeleri kamu otoritesine sahip olarak yargılama yapmaz, hâkimiyet tasarrufunda bulunamaz. Fakat verilen karar, maddî hukuka ait bir karardır. Hakem mahkemesi de, hâkim gibi bir hukukî uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi kazanır; kararını, bir hâkim gibi, en azından tarafları bağlayıcı olarak beyan eder. Bu çerçevede hakem mahkemesi, bir devlet mahkemesi olmamakla beraber, devlet mahkemesinin yerine geçmiş olur. O kadar ki, hakem mahkemesinin verdiği kararın maddî içeriğinin devlet mahkemelerince incelenmesine de 'prensip olarak' gerek duyulmamaktadır. Şu halde, bir hakem mahkemesi de kamu otoritesi formunda olmasa dahi, bir hukukî karar verdiği göre, usul hukukuna ait temel prensiplere riayet etmek durumundadır. Görevi ve etkisi bakımından bir karar olması itibariyle, özellikle de, hakem mahkemesinin bağımsız ve tarafsız olmasının yeterli derecede temin edilmiş olması mecburiyeti vardır. Ancak eğer ortada yabancı bir hakem kararı var ise, esas problemi, bu yabancı karara ülkede tanınma ve tenfiz imkânı verilip verilmeyeceğinin kamu düzeni müdahalesi açısından değerlendirilmesi teşkil eder. Bu noktada, kamu yararına oranla taraflar için tarafsız

⁷ Kişinin uyuşmazlık konusunun hükme bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir mahkemeyi talep etmek hakkının Anayasal bir hak olduğu, bu hakkın hakem mahkemelerinin üyeleri için de geçerli olduğu *İsviçre Federal Mahkemesi* tarafından da kabul edilmiş ve doktrin tarafından da hâkim görüş olarak benimsenmiştir; bkz. BG (17.11.1987): BGE 113 IA 407/408.

yargılanma konusu daha çok önem kazanır. Usul hukukuna ait kamu düzenini ihlâl ettiği ölçüde, tarafsız yargılanma prensibi yabancı bir kararın tanınma ve tenfiz edilebilme imkânını etkiler.

2. Öncelikle, yabancı bir hakem kararına kamu düzeni müdahalesinin, maddî hukuka ait kamu düzeni müdahalesi ile aynı değer ve güçte olmadığına hatırlanması gerekir. Yabancı bir *mahkeme* kararı, ancak Türk hukuk anlayışına göre bir hukuk devletinde kabul edilebilecek ölçüler dışında kalmış bir usule tâbi olarak verilmiş ise, usul hukukuna ait kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşır⁸. Bu, usul hukukuna ait kamu düzeni müdahalesinin, maddî hukuka ait kamu düzeni müdahalesine nispetle daha sınırlı etki etmesinin sonucudur. Aynı şey, yabancı *hakem* kararlarının tanınması ve tenfizinde de geçerlidir.

Usul hukukuna ait kamu düzenine aykırılık, yargılama usulüne temel teşkil eden ve genel kabul görmüş usul hukuku prensiplerinin ihlâlinde ortaya çıkar. Bu prensiplerin ihlâli hukuka güven hissini sarsar ve ortadan kaldırır. Bu ise, uyuşmazlık hakkında verilen kararın hukuk devletlerinde geçerli hukuk düzeni ve değer yargılarıyla kayıtsız şartsız bir uyuşmazlık görüntüsü verir. *Tarafsız yargılanma*, bu önemde, usul hukukunda kendisinden vazgeçilemeyecek bir prensiptir. Bu prensibin ihlâli hakem mahkemesi için de geçerlidir. Tarafsız yargılanma prensibinin ihlâli, hakem kararını da, kabul edilemeyen bir usule tâbi olarak verilmiş ve icrasına imkân verilemeyecek bir karar haline getirir.

3. Tarafsız yargılama, usul hukukunun önemli bir prensibi olarak hakem mahkemeleri için de geçerli olmakla beraber, bir hakem mahkemesi gerek kuruluş şekli gerekse yetki kazanması bakımından bir devlet mahkemesinden farklı yapıdadır. Kişi, devlet mahkemesinde, bu mahkemeye devletçe verilmiş kamu hukuku otoritesi altındayken, hakem mahkemesinde kendi iradesi ile yetkilendirilmiş, kamu otoritesinden yoksun bir usule tâbi olur. Tahkim usulünde, kişilerin iradelerine çok geniş bir alan bırakılmıştır. Bu alan içerisinde usul hukukuna ait oluşumlarda da kendi menfaatlerini korumak büyük ölçüde kişilerin kendilerine bırakılmıştır⁹. Kuruluştaki ve yetki icrasındaki bu

⁸ NOMER (6), 395.

⁹ Bu durumdan hareketle, tarafların uygulanacak usul kurallarını serbestçe

farklılıklar, usul hukukunun vazgeçilemez usul prensiplerinden biri olan tarafsız yargılanma prensibinin, hakem usulünde devlet mahkemelerine nispetle daha farklı ve daha müsamahalı uygulanması sonucuna ulaşmaktadır. Bu durum, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzeninin müdahalesine etkili olmakta, müdahalenin daha sınırlı olması neticesini vermektedir. Maddî kamu düzeninin müdahalesinde önemli bir unsur olan *kamu yararı* da, yabancı kararların tanınma ve tenfizinde aynı güç ve şümulde etkili olmaz. Bütün bu sebeplerle, hakem kararının tâbi olduğu usulün, devletin kendisinden vazgeçilemeyecek usul hukuku prensiplerine etkili olduğu ölçüde, kamu düzeninin müdahalesine sebep olur; usul hukukuna ait kamu düzeninin müdahalesiyle yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi engellenir.

4. Tahkim usulünün özellikleri, tarafsız yargılama ve tarafsız yargılanma prensibini, önemli ölçüde etkilemektedir. Bunun sebebi, belirtildiği üzere, devlet mahkemelerinde geçerli olan usulden farklı olarak, davada tarafların korunmasının geniş ölçüde bizzat kendilerine bırakılmış olması yanında, tahkim usulünde kamu yararının ancak istisnaî durumlarda söz konusu olmasıdır. Şüphesiz bağımsızlığın ve tarafsızlığın ihlâl edilmiş olması, bir hakem mahkemesinin kararının tanınması ve tenfizine kamu düzeninin müdahalesini gerçekleştiren bir sebeptir. Ancak, hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, özellikle taraflarca tayin edilen hakemler bakımından, hâkimlerin bağımsızlık ve tarafsızlığında kullanılan ölçüler kadar sert ve katı değildir¹⁰. Bir

belirlemelerine dayanılarak, gerçek bir "code de procédure arbitrale" tesis edilebileceği iddia edilemez; bu yönde bir yorum yapılamaz; bkz. BG (28.4.2000): BGE 126 III 249, 253.

¹⁰ Dava taraflarının kendi tayin ettikleri hakemler ile ilişkileri, bu hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlıkları, başkan olarak kabul edilen üçüncü hakeme nispetle daha zayıflamış bir görüntü verir. Uygulamada taraf hakemlerinin, tayin edildikleri taraf lehine tarafsızlıklarını belirli şekilde kaybettikleri nadir görülen bir durum değildir. Bu durumda karar üzerinde başkanın belirleyici etkisi olmaktadır. Böylece, başkan hukukun objektif olarak uygulanmasının garantisi konumundadır. Bu sebeple, başkandan çok daha katı bir tarafsızlık beklenir; BG (6.5.1988): BGE 114 V 292, 296. Taraflarca tayin edilen hakemler ile üçüncü kişilerce veya hâkim tarafından tayin edilen hakemler arasındaki bu farklılık sebebiyle, *İsviçre Federal Mahkemesine göre* de, bağımsızlık ve tarafsızlığın belirlenmesinde, aynı sertlikle değerlendirme konusu yapılamaz; BG (18.8.1992): BGE 118 II 359, 361/362.

hakemin tarafsızlığı hakkında haklı şüphelerin doğumuna sebep olan bir durum var ise, şüphesiz hakemin taraflı davrandığı kabul edilir. Taraflardan birinin hakemin tarafsızlığına güven hissi taşıması en üst derecede kıymet taşır. Fakat bu, her şüpheli durumda hakemin tarafsızlığına karar verileceği anlamına gelmez. Gerçi, hakemin taraflı olduğu, 'derunî' olması sebebiyle zor ispat edilebilir bir olaydır¹¹. Bu sebeple, bir hakemin *gerçekten* taraflı olduğunun ispat edilmesi beklenemez ise de, hakemin taraflı veya önyargılı hareket ettiği tehlikesini gösteren olay veya belirtilerin varlığı şarttır. Yoksa, taraflardan birinin hakemin tarafsız olmadığına ilişkin yüzeysel nitelikteki subjektif düşünce ve hissiyatına istinat edilemez. Hakemin tarafsızlığına karşı itimatsızlığın haklılık taşıdığına objektif olarak belirtilerinin bulunması lazımdır. Bu bakımdan, tahkim davalarında bir bağımsızlık ve tarafsızlık ihlâlinin kabulü için, hakemlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına karşı objektif ve mantıkî olarak güvensizlik doğuran *somut* olay ve belirtilerin bulunması gerekir¹². Bu söylenenlerden çıkan sonuç şudur ki, tarafsız yargılanma prensibine karşı bir ihlâlin *somut olay ve belirtilerini* taşıması hâlinde yabancı hakem kararının tenfizi kamu düzeni müdahalesiyle engellenebilir¹³. Meselâ, hakemin veya hakem mahkemesinin dava taraflarından sadece birinin taleplerini yerine getirmesi veya davanın esasına yabancı gerekçelerle dava taraflarından birinin tek yanlı olarak menfaatlerini kayırması, objektif bir bakış açısı ile tarafsızlığın ihlâl edilmiş olduğunun somut belirtileridir.

¹¹ Aynı anlamda bkz. BG (17.11.1987): BGE 113 IA 407, 409; BG (13.4.1989): BGE 115 V 257, 263.

¹² *İsviçre* Federal Mahkemesinin bir kararına konu teşkil eden olayda, davalı hakem kararının mantıksız, manasız, anlaşılmaz, keyfi, tutarsız, saçma, akıl dışı, hayata tamamen yabancı, mantıksız, sağlam bir aklın anlayışına aykırı, belgelere aykırı ve temel adalet hissi ile bağdaşmadığını ileri sürmüştü. Federal Mahkeme, ancak hakem kararının hükmün kamu düzeni ile uyumsuz olması sebebiyle iptal edilebileceğini ve aşikâr da olsa hukukî ihlâllerin ve hatalı vakıa tespitlerinin tek başlarına itiraz konusu yapılamayacağı gerekçesiyle, itiraz konusu olarak hakem kararına ilişkin olarak ileri sürülen düşüncelerin değerlendirilmesi talebini reddetmiştir; BG (14.11.1990): BGE 116 II 634, 637.

¹³ Aynı şey, hakemlerin bağımsızlıklarından şüphe edilmesinde kamu düzeninin müdahalesinde de geçerlidir; NOMER (6), 416.

5. Şu halde, hakem mahkemesinin teşkilinde taraflardan birinin üstünlüğünün bulunması tarafsızlığın tespiti için tek başına yeterli değildir. Taraflardan birinin hakem mahkemesinin teşkilindeki bu soyut üstünlüğünün somut belirtiler vermesi halinde kamu düzeninin müdahalesi ortaya çıkacaktır. Somut olarak, hakemin şahsına ve tahkim faaliyetini yürütmesine karşı kesin şüpheler doğmuş ise, kamu düzenini ilgilendiren bir durum da ortaya çıkmış olur. Meselâ, hakem olarak tayin edilen kişinin taraflardan biriyle özel ilişkileri sebebiyle hakem olarak faaliyet göstermesinin uygun olmadığı veya taraflardan birine karşı önyargılı olup, kararında bunun etkili olduğunu gösteren belirtilerin tespit edilmesi gerekir.

Alman Federal Mahkemesinin bir kararına konu teşkil eden olayda, tahkimin tâbi olduğu hukuka uygun olarak, taraflardan biri kendi hakemini tayin etmediği veya tayinde geciktiği için, diğer tarafın tayin ettiği hakem, tek yetkili hakem olarak uyuşmazlık hakkında karar vermişti. Federal Mahkeme, hakem kararının tarafsız yargılanma hakkının ihlâline dayanarak hakem kararının tenfizinin reddedilmesi talebini kabul etmedi. Zira, Federal Mahkemeye göre, tâbi olunan hukuk her iki taraf için hakemini tayin hakkı tanımıştır. Hakemin tek taraflı tayin edilmiş olması taraflardan birinin hareketsizliği sebebiyledir. Taraflardan birinin böylece hakem tayininde üstünlük kazanması tehlikesi başlangıçta iki tarafı için de aynı derecededir. Üstelik böyle bir düzenleme davanın ivme kazanmasına yardımcı olur. Bu durumda, hakemin faaliyet ve kararında tarafsızlığını gösteren somut belirtiler bulunmadığından, kamu düzeni gerekçesiyle hakem kararının tenfizi engellenemez¹⁴.

Hakem mahkemesince hakem kararında vakıa tespitlerinde, belgelerin değerlendirilmesinde veya hukukun uygulanmasında yapılan yanlışlıklar, açık ve bariz olsa dahi, bir hakem kararının tenfizinin kamu

¹⁴ BGH (15.5.1986): BGHZ 98, 75. Bu olayda, hakemini seçme yükümlülüğü için kabul edilmiş bulunan yedi günlük süre, Federal Mahkemece, gerektiğinde hakem listesinden yararlanmak imkânının bulunduğu da ifade edilerek, hakem tayini için yeterli görülmüş ise de; hakem tayin edilmesinin istenmesinden itibaren yedi gün gibi kısa bir sürede, uygun bir hakem belirlemedeki güçlük ve davalı tarafın hakem listesinde yer alan bir hakemi tayin zorunda bırakılması, davalının hakemini tayin serbestisini sınırlayan, bu sebeple kamu düzeninin müdahalesini gerektiren bir durum olarak görülebilir.

düzeninin müdahalesiyle reddi için yeterli değildir. Milletlerarası tahkimde hakem kararında yer alan maddî tespitlerde ve uygulanan hukukta yapılan ihlâller ancak dar bir alanda inceleme konusu yapılabilir. Devlet mahkemesi hakem mahkemesi tarafından tespit edilen maddî ilişkiyi bizzat düzeltmek veya tamamlamak için hukukî bir imkana sahip değildir. Keyfilik bir tarafa bırakılacak olursa¹⁵, hakem kararında uygulanan maddî hukuka ilişkin inceleme, hakem kararının kamu düzeniyle uyuşup uyuşmadığı ile sınırlıdır¹⁶. Tahkim hukukundaki uygulamaya göre, uyuşmazlık hakkında uygulanan maddî hukuk, hakem kararında yer alan hükmü kamu düzenine aykırı hale getirdiği ölçüde, tenfizi engelleyici olabilir. Uygulanan maddî hukuk hakem kararındaki hükmü, sözleşmeye güven prensibi, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması gibi hukukun temel hukuk prensipleriyle uyuşmaz hale getirmiş ise hakem kararının kamu düzenine aykırılığından söz edilebilir. Hakem kararında varılan hükmün kamu düzenine aykırılığı, kararın tenfizini engelleyebilir. Sadece gerekçede yer alan tespit ve değerlendirmelerden hareketle, hakem kararının kamu düzenine aykırılığı sonucuna varılamaz.

6. Usul hukukuna ait şeklî garantilerin en önemlilerinden biri de, mahkemece tarafların *dinlenme* haklarına riayet edilmesidir. *Dinlenme talebi*, taraflardan her birine verilmiş, mahkemenin kararı için önemli olan tekmil vakıalar hakkında beyanda bulunmayı, hukukî görüş bildirmeyi, önemli delilleri ibraz etmeyi ve duruşmalara iştirak hakkını kapsayan bir haktır. Ayrıca, dava taraflarına, karşı tarafın ibraz ettiklerini inceleme, bunlar hakkında görüş bildirme ve bunları kendi ibraz ettiği belge ve deliller ile çürütmeye çalışma imkânının verilmesi de dinlenme hakkının kapsamına girer. Hakem mahkemesinde taraflardan birinin dinlenmemiş olması, hakem kararını özellikle

¹⁵ NOMER (6), 417. Hakem kararındaki *keyfiliğin*, basit bir itiraz ile ifade edilmesi de yeterli değildir. Bunun da somut delillerinin gösterilmesi gerekir; BG (5.11.1991): BGE 117 II 606.

¹⁶ BG (14.11.1990): BGE 116 II 634, 636; BG (25.4.1995): BGE III 331, 333. İsviçre Federal Mahkemesine göre de, önemli olan hakem kararının temel hukuk prensipleriyle olan uyuşmazlığıdır. Bu uyuşmazlığın kamu düzeni açısından değerlendirilmesinde, yabancı, uluslararası veya evrensel bir hukuk düzeninin veya değerlerin uygulanmış olup olmadığı üzerinde durulmayabilir, meğer ki, somut olayın özellikleri ilave olarak bunların dikkate alınmasını gerekli kılsın; BG (5.11.1991): BGE 117 II 604, 606.

'savunma hakkının' ihlâli sebebiyle de kamu düzenine aykırı hâle getirir. Ancak ilgili tarafın kendi kusur ve davranışı ile hakem mahkemesinde bulunma, temsil edilme ve dinlenme imkânını kaçırmış veya ihmâl etmiş olması hâlinde, tarafın hakem mahkemesince dinlenmemiş olması kamu düzenini ihlâl eden ve hakem kararının reddini gerektiren bir sebep olarak ileri sürülemez¹⁷. Bu itibarla, hakem mahkemesi taraflarca ibraz edilen bilgi, delil ve ispat tekliflerinin içeriği hakkında onların beyanlarını almak ve bunları hakem kararı için önemli olduğu ölçüde incelemek ve değerlendirmek mecburiyetindedir. Dava taraflarından birinin dinlenme hakkına ve talebine mahkemece getirilen engelleme, mahkemenin tarafsızlığı hakkında meydana gelen şüphelerin somut olay ve belirtisi olarak değerlendirilir. Bu hakkın, hakem mahkemesince engellenmiş olduğu, davalının tahkim davasının herhangi bir safhasında kendisinin dinlenme hak ve talebinin ihlâl edildiğine ilişkin bir itirazının bulunmasıyla belli ve görünür hâle gelebilir. Bu sebeple dinlenme hakkının ihlâline ilişkin bir beyan veya itirazın tahkim davası sırasında yapılmış ve bunun netice vermemiş olması gerekir¹⁸. Hakem kararının tenfiz davası sırasında yapılacak böyle bir itiraz, hakem kararında belirtilerini ve görüntülerini taşımadığı için, sonuç vermeyecektir. Tahkim davasında dile getirilmeyen ve hakem kararını kamu düzenine aykırı hâle getirmemiş olan bir ihlâlin, dinlenme hakkına da ilişkin olsa, hakem kararının

¹⁷ Yargıtay, bu ilkeyi davalı tarafın hakem mahkemesinde bulunmadığı veya temsil edilmediği için savunmasını yapamadığı iddiasına rağmen, yabancı hakem kararının tenfizine karar verilmesini, "hakem mahkemesince davalının haberdar edildiği ve savunma hakkından yoksun bırakılmadığı" gerekçesiyle, usul ve kanuna uygun bulmak suretiyle ifade etmiştir (Yar. 19. HD., 23.01.1997 [E.96-8273/K.97-265]: YKD 7/1997, 1123); bkz. NOMER, 'Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu': Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, 724.

¹⁸ *İsviçre* Federal Mahkemesine ait bir karardan anlaşıldığı kadarıyla, dinlenme hakkına ilişkin bilinen veya tahmin edilen bir ihlâlin tahkim davasının devam ettiği süre içerisinde itiraz veya beyan konusu yapılması mecburiyeti vardır. Böyle bir ihlâli tenfiz davasında kullanmak üzere 'yedekte' tutan taraf dürüstlüğe aykırı hareket etmiş olur ve iyi niyet sahibi değildir. Bu sebeple, böyle bir ihlâlin gecikmeksizin dile getirilmesi gerekir; susulur ise, bunun tenfiz davasında ileri sürülme hakkı kaybedilmiş olur; BG (28.4.2000): BGE 126 III 249, 254.

tenfizini engellemesi beklenmemelidir¹⁹.

7. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu teşkil eden olayda söz konusu olan tahkim anlaşmasında görüldüğü gibi, uyuşmazlık halinde taraflara, belirlenmiş hakem mahkemelerinden istediği birine başvurma hakkı tanıyan bir hüküm, tahkim davacısına *yargılamada üstünlük* temin etmiş sayılamaz. Böyle bir anlaşmaya dayanılarak tayin edilen hakem mahkemesinin, *soyut* olarak dahi tarafsızlığından söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla taraflardan birinin seçmiş olduğu hakem mahkemesince verilen hakem kararının da, Türk kamu düzenini ihlâl ettiği iddiası geçerli olmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında belirtildiği üzere, hakemleri seçme hakkı tahkime başvurana, yani “her iki tarafa” da tanınmıştır. Hakem mahkemesinin bu şekilde seçimine engel kanunî bir düzenleme bulunmadığı gibi, tarafların ortak iradesi de sadece uyuşmazlığın hakemde çözülmesi yönündedir. Taraflardan hiç birine diğeri karşısında yargılamada üstünlük sağlanmamıştır. Seçme hakkının kullanılmasıyla da, seçme hakkını kullanan için yargılamada bir üstünlük elde edilmiş değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun vardığı sonuç, tartışmasız bir doğruyu ifade etmektedir: “Sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez”. Netice olarak, seçilen hakem mahkemesince verilen ve tenfizi talep edilen hakem kararının tenfiz talebinin reddini gerektirecek bir kamu düzeni ihlâlinden de söz edilemez.

3. Hakem Kararının Bağlayıcılığı

1. Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınma ve tenfizi, ya 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun hükümlerine ya da Türkiye'nin de katılmış olduğu²⁰ 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 10.06.1958 tarihli New York Sözleşmesi hükümlerine göre gerçekleştirilebilir. 2675 sayılı Kanun, yabancı bir hakem kararının tanınması ve tenfizi için, hakem kararının “tâbi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre *kesinleşmiş* veya *icra kabiliyeti kazanmış*

¹⁹ Bkz. BG (19.12.1990): BGE 116 II 639, 644; BG (25.4.1995): BGE 121 III 331, 334.

²⁰ RG. 25 Eylül 1991-21002.

olması” şartını aramaktadır (m.45/i). Bu hükme göre, Türk mahkemesine tenfiz için baş vurulduğunda, yabancı hakem kararı, *tâbi olduğu hukuka veya verildiği yer hukuku hükümlerine* göre ‘geçerli’ ve ‘icra edilebilir’ bir karar olmalıdır.

Buna mukabil, 1958 tarihli New York Sözleşmesinde, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için bu kararların *taraflar için bağlayıcı* (“*vacibürriaye*”) olması yeterlidir (m.V/1-e). Bir hakem kararının bağlayıcılığı hakkında, tahkim davasına hâkim olan *hukukî düzenleme* söz sahibidir. Hakem kararının tâbi olduğu usul hukukunun veya hakem kararının verildiği yer hukukunun bu konuda karar verme yetkisi yoktur. Tahkim davasına hâkim olan hukukî düzenlemenin, verilen hakem kararının taraflar için bağlayıcı olduğunu ifade etmesi, bu hakem kararının 1958 tarihli New York Sözleşmesine göre tanınması ve tenfizi için gerekli ve yeterlidir.

2. Özellikle 1958 tarihli New York Sözleşmesinin ilgili hükmüne bağlı olarak uygulamada tenfiz mahkemelerinin kararlarında görülen tereddütlerin giderilmesi bakımından, bizzat Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun konu üzerinde durmuş olması yararlı olmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, önce Türkiye’nin katıldığı milletlerarası sözleşmelerin, Anayasanın 90/5 maddesi uyarınca, ‘kanun hükmünde’ olduğunu hatırlatmış; daha sonra tahkim davasına hâkim olan hukukî düzenlemede (Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Ticarî Uyuşmazlıklar Mahkemesi ile ilgili düzenlemenin 44. maddesinde), hakem kararının bağlayıcı olabilmesi için hakem kararının bir üst dereceli hakem mahkemesi veya devlet yargısı önünde yeniden incelenmesinin gerekmediğini tespit etmiştir. Neticede, doğru bir belirleme ile, tenfizi talep edilen hakem kararının 1958 tarihli New York Sözleşmesinin V/1-e maddesinin aradığı anlamda bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir.

III. Sonuç

1. Taraflarının tahkim davasında da, devlet mahkemelerinde olduğu gibi tarafların *tarafsız yargılanma* hakları, hakemlerin de hâkimler gibi bağımsız olmalarını ve tarafsız yargı faaliyetinde bulunmalarını, kısaca *tarafsız yargılama* yapmalarını bir mecburiyet olarak ortaya çıkarır. Bununla beraber, hem tarafların serbest iradeleriyle gerçek-

leştirdikleri 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.

Bu oluşum çerçevesinde, hakem mahkemesinin seçimini ilk merhalede sadece tek bir tarafa bırakan bir tahkim anlaşmasının kamu düzeninin müdahalesiyle geçersiz kabul edilmesi haklı görülmelidir. Buna mukabil, tahkim anlaşmasında yer alan hakem mahkemesini seçme usulünün tarafların tarafsız yargılanmasını ihlâl edebilecek *soyut* bir tehlike taşıması kamu düzeninin müdahalesi için yeterli değildir. Şu halde, taraflardan birinin hakem tayin hakkını kullanmaması veya kullanmakta gecikmesi veya bu hakkı kullanmak için gerekli şartları kendi kusuruyla yerine getiremediği için hakem tayin hakkını kaybetmesi sebebiyle, tahkim anlaşmasına uygun olarak bu hakkın diğer tarafa geçmesi ve kullanılması kamu düzeninin müdahalesi için haklı bir sebep teşkil etmez. Verilen hakem kararının tanınma ve tenfizi de bu sebeple engellenemez. Bu noktada, genel olarak tanıma ve tenfiz hukukunda ve özellikle yabancı *hakem* kararlarının tenfizinde kamu düzeninin zayıf bir müdahale gücüne sahip olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır. Gerçi bu, tarafsız yargılanma hakkı için bir risk teşkil eder. Fakat tahkim usulünü seçen taraflar bu riski göze almış olmaktadır.

2. Tahkim anlaşmasında yer alan hakem mahkemesini tayin usulüne bağlı olarak, hakemlerce tarafsız yargılanma prensibinin ihlâl edildiği, bu sebeple hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunun isbatı taraflardan beklenilemez. Zira hakemlerin taraflardan birine bağımlı oldukları ve taraflı hareket ettiklerini isbat etmek, hakemlerin iç dünyasını ilgilendirdiğinden imkânsızdır. Elbette ki, taraflardan birinin hakem mahkemesinin bağımlı ve taraflı hareket ettiğine ilişkin sübjektif düşünce ve hissiyatı da kamu düzeninin müdahalesi için yeterli değildir. Ancak taraflardan birine bağımlı ve taraflı olan hakemin, bağımlık ve taraflılığı dışarıya vurduğunda, tarafsız yargılama mecburiyetinin ihlâli sebebiyle kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olabilecektir. Dışarı vurma hakem kararında olur, hakem mahkemesinin kararında tarafsızlığın ve önyargılı hareket edildiğini gösteren *somut* olay ve belirtilerin bulunması ile gerçekleşmiş olur. O hal-

de, hakem kararında objektif bir değerlendirme ile hakem mahkemesinin tarafsız ve önyargılı hareket ettiğini gösteren olay ve belirtiler görüldüğü ölçüde, bu kararın tanınması ve tenfizi kamu düzeninin müdahalesiyle engellenebilecektir.