

## NEW YORK KONVANSİYONUNA GÖRE HAKEM KARARLARININ KESİNLEŞMESİ SORUNU<sup>(1)</sup>

Doç. Dr. Cemal ŞANLI

1) Türkiye, 1958 tarihli "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Anlaşması"nı 8.5.1991 T. ve 3731 S.lı Kanunla onaylamış ve 25.9.1991 tarihli Resmi Gazete'de yayınlamış ve yürürlüğe koymuştur. New York Anlaşması'na Türkiye ile birlikte 1993 Mart'ı itibariyle yaklaşık olarak 100 civarında ülke taraftır.

New York Anlaşması, oldukça geniş bir devletler topluluğunu biraraya getiren nadir anlaşmalardan biridir. Bu yoğun katılım, uluslararası ticari hakem kararlarının tenfizi konusunda ortak bir hukukun meydana gelmesini sağlamıştır. Anlaşmanın Türkiye bakımından tatbikatı oldukça yenidir. Kuşkusuz, önümüzdeki yıllarda Türk mahkemelerinin de Anlaşma çerçevesinde verilmiş zengin bir içtihatlar külliyesi oluşacaktır.

Bu yazımızda New York Anlaşması'nın V/1 (e). maddesinde yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde davalı tarafça ileri sürülebilecek bir itiraz sebebi olarak açıklanan: Kararın " taraflar için bağlayıcı olması" şartı üzerinde duracağız. Türk mahkemelerinin New York Anlaşması'nı uygularken karşılaştıkları en ciddi ve karmaşık sorunun da bu noktadan kaynaklanacağı düşünülebilir.

(1) Bu yazı, 29-30 Nisan 1994 tarihleri arasında Ankara'da yapılan Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi "Ankara Tahkim Kollojyumu"na tebliğ olarak sunulmuştur.

2) Prensip olarak, hukuk sistemlerinde, bir mahkeme kararının icra edilebilmesi için kararın şekli ve maddi hukuk bakımından mahkeme önünde artık tartışma konusu olmaktan çıkması aranır. Bu prensibin amacı, henüz yargı merciilerinde tartışma konusu olan ve bu sebeple nihailik vasfı kazanmamış bir kararın icra edilmesinin doğuracağı sakıncalara karşı davalı (borçlu) tarafı korumaktır.

New York Anlaşması'nın V/1 (e). maddesine göre de kendisine karşı tenfiz istenen taraf, hakem kararının henüz "bağlayıcı" olmadığını ileri sürerek tenfize itiraz edebilir.

Hakem kararlarının tenfizinde bir itiraz sebebi olarak ya da bir tenfiz şartı olarak yer alan bu prensip, uluslararası tahkim düzenlemelerinde değişik biçimlerde ifade edilmiştir.

3) New York Anlaşması'nın yerini aldığı 1927 tarihli Cenevre Anlaşması, tenfiz kararı verilebilmesi için, tenfizi istenen kararın verildiği ülke hukukuna göre "kesinleşmiş" (final) olması şartını aramakta idi. Genel olarak uygulamada bu şart, hakem kararının âkit bir ülkede tenfiz edilebilmesi için önce verildiği ülkede, bu ülke hukukuna göre "kesinleştirilmiş" olması gerektiği şeklinde anlaşılmıştır. Bu uygulama ve anlayış, çift exequatura (double exequatur) yol açmış ve hakem kararlarının tenfizini ciddi biçimde güçleştirmiştir.

New York Anlaşması'nın hazırlayıcıları, Cenevre Anlaşması'nın "tenfiz için, kararın verildiği ülkede kesinleşmiş olması gerekir" şeklindeki çifte exequatura yol açan düzenlemesinin yarattığı güçlüğü bertaraf etmek için, kesinleşme (final) tabiri yerine; kararın "bağlayıcı" (binding) olması tabirine yer vermişlerdir. Anlaşma hazırlayıcıları tarafından fazla hukuki olmayan bu tabir, milli hukuklarda kararların ülkedeki usul hukuku sistemine göre maddi ve şekli anlamda kesinleşmesini ifade eden "kaziye-i mahkeme" (Res Judicate), "kesinleşme" (final/finality) gibi pür hukuki tabirler yerine ikame edilmek üzere, "bilinçli" olarak seçilmiştir. Bu seçimle, tenfiz safhasında Anlaşma kapsamına giren kararların kesinleştiğinin tesbitinde milli hukuk sistemlerine (kararın verildiği veya tahkimin usul bakımından tabi kılındığı hukuk) müracaatın önlenmesi düşünülmüştür. Anlaşmayı hazırlayanların çifte exequaturu önleme yönündeki ortak amaçları dikkate alındığında, bağlayıcı (binding) tabirinin tercihindeki yegâne sebebin bu olduğu anlaşılmaktadır.

4) New York Anlaşması'nın V/1 (e). maddesine göre, hakkında tenfiz istenen tarafça, kararın; taraflar bakımından henüz "bağlayıcı" hale gelmediği isbatlanmadıkça, mahkemelerce tenfiz kararı verilecektir. Ancak, doktrin ve uygulamada, V/1 (e). mad-

dede kararın bağlayıcı hale gelip gelmediğinin tesbitinde hareket noktası yapılacak hukuki prensip açıklanmadığından, bağlayıcılığın nasıl ve hangi hukuki kritere göre belirleneceği hususunda tereddütler ortaya çıkmıştır.

Bazı yazar ve mahkeme kararlarına göre kararın bağlayıcılığı, tahkime uygulanacak hukuka göre belirlenir. Bu, tahkim usulüne uygulanmak üzere tarafların seçtiği bir milli hukuk veya kararın verildiği ülke hukuku olabilir. Bu yaklaşım tarzına göre, bir hakem kararı hakkında tarafların seçtiği milli usul hukuku çerçevesinde ya da kararın verildiği ülke usul hukuku çerçevesinde temyiz veya itiraz yolları açıksa, karar henüz bağlayıcı hale gelmemiştir ve tenfiz talebi reddedilecektir. Diğer bir ifade ile, davalı tarafından, tenfizi istenen kararın tahkime uygulanan hukuka göre kararın verildiği ülke mahkemelerine depo edilmemiş olduğu veya bu hukuklara göre temyiz veya itiraz yollarının açık olduğu isbatlandığında, tenfiz talebi reddedilecektir. Mesela bir Fransız Mahkemesi Amerikalı davacı ile Fransız davalı arasındaki ihtilaflar üzerine Almanya'da verilen hakem kararlarının Fransa'da açılan tenfiz davasında, davalının itirazı üzerine kararların bağlayıcılığını tahkime uygulanan hukuk olan Alman Hukukuna göre araştırmıştır. Mahkeme, Alman Usul Hukukuna göre hakem kararlarının mahkemeye depo edilmekle bağlayıcı hale geldiği ve netice itibariyle kararın V/1 (e). madde anlamında bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşmıştır (Karar için bkz: Yearbook Commercial Arbitration, V. II, 1977, p. 244).

V/1 (e). madde anlamında hakem kararlarının bağlayıcılığının tesbitinde ağırlıklı görüş ve mahkeme tatbikatı ise, bağlayıcılığın, tahkime uygulanan hukuka gidilmeksizin, bağımsız biçimde belirlenmesi yönündedir. Bu anlayışa göre hakem kararları, verdikleri anda, ikinci ya da üst bir hakem mahkemesi veya mahkeme tarafından esastan gözden geçirilmesi mümkün değilse, taraflar açısından V/1 (e). madde anlamında "bağlayıcı"dır ve tenfiz kararı verilmek istenir. Bu yorum tarzına göre, V/1 (e). madde anlamında hakem kararlarının bağlayıcılığı, bizzat tarafların serbest iradeleri ile seçtikleri tahkim örgütünün tüzük hükümlerine veya tarafların atıfta bulunduğu ya da doğrudan kaleme aldıkları kurallara göre belirlenecektir. Bu sebeple; mesela taraflar, MTO (ICC) Tahkimini seçmişlerse, verilen kararın V/1 (c). madde anlamında bağlayıcı olup olmadığı, MTO Tahkim Tüzüğü hükümlerine göre belirlenecektir.

5) Kanaatimizce de; V/1 (e). madde anlamında hakem kararları, kararlara karşı tahkim içi temyiz mekanizmasının tüketilmiş olması ya da bu tür bir mekanizmanın bulunmaması halinde "bağlayıcı" sayılmalıdır. Aksi halde, hakem kararlarının bağlayıcılığının tahkime uygulanan hukuka göre araştırılması, New York Anlaşması'nı hazırlayanların ortadan kaldırmayı amaçladıkları çifte tenfiz (double exequatur)e yol

açar. Gerçekten de; bağlayıcılığın, tahkim usulünü yöneten hukuka göre belirlenmesi durumunda, kararın bu hukuka uygun olarak mahkemeye depo edilmemiş olması, mahkemece tasdik edilmemiş olması, temyiz veya itiraz sürelerinin geçmemiş olması veya temyiz veya itiraz yollarına gidilmiş ise davaların sonuçlanmamış olması kararın bağlayıcılık kazanmasını engelleyecektir. Bu durumda, tenfiz talebinde bulunanın, tenfiz safhasında davalının dermeyan edeceği "kararın bağlayıcı olmadığı" itirazı ile karşılaşmaması veya bu itirazı aşabilmesi için, öncelikle kararı, tahkimin tabi olduğu ülke hukukundaki tasdik, temyiz veya itiraz yollarından geçirmiş olması gerekir. Bu ise, yukarıda açıklandığı gibi, çifte exequaturdur.

6) Yukarıda belirtildiği gibi, V/1 (e). madde, genel olarak, mahkemelerce de çifte exequatura yol açmayacak biçimde yorumlanıp, uygulanmaktadır. Mesela; Alman Federal Yüksek Mahkemesi "Chezzi" davasında V/1 (e). madde anlamında Brüksel'de Belçika Hukukuna göre ve MTO Tahkim Kuralları çerçevesinde verilen kararın bağlayıcı olup olmadığını, tarafların tahkim usulü olarak seçtikleri MTO Tahkim Tüzüğü'nün 24/1. maddesine göre belirlemiştir. Mahkeme konu ile ilgili olarak şu kararı vermiştir: "...Karar, MTO Tahkim Kurallarının 24/1. maddesine göre bağlayıcılık niteliğini kazanmıştır. Çünkü, bu hükme göre karar bir tahkim kurulu nezdinde temyizen incelenemeyecek ve karara karşı bir devlet mahkemesine de başvurulamayacaktır. Tahkimin cereyan ettiği ülkede karara karşı iptal yoluna başvuru imkan ve ihtimalinin varlığı, onun bağlayıcılığını etkilemez. Hakem kararının bağlayıcı sayılabilmesi için verildiği ülke mahkemelerinden bir icra edilebilirlik kararı alınması gerekmez" (Karar için bkz: Yearbook Commercial Arbitration, V. XV, 1990, p. 450-455).

Aynı şekilde bir Amerikan Bölge Mahkemesi (US, District Court in Ohio) de, Hindistan'da MTO Tahkim Kuralları çerçevesinde verilen hakem kararının Amerika'da açılan tenfizi davasında, davalı tarafın kararın V/1 (e). madde anlamında bağlayıcılık kazanmadığı yönündeki iddia ve itirazını, MTO Tahkim Kurallarının 24. maddesine istinaden reddetmiştir. Davalı, tenfize konu kararın tahkim yeri hukuku olan Hint Hukukuna tabi olduğunu, Hindistan'da kararın iptali için dava açıldığını, bu dava sonuçlanana kadar kararın bağlayıcı sayılamayacağını, bu sebeple tenfiz talebinin reddi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, aynen yukarıda zikredilen Alman Yüksek Mahkemesi gibi, V/1 (e). madde anlamında bir hakem kararının bağlayıcı sayılabilmesi için bizatihi tahkim kurallarına göre karara karşı temyiz veya itiraz yolunun tüketilmiş olması veya bu tür yolların bulunmamasının yeterli olduğunu belirtmiştir (Karar için bkz: Yearbouok Commercial Arbitration, V.VII, 1982, p. 282). Aynı yorum tarzı pek çok İtalyan, Fransız ve İsveç Mahkemesi kararlarında da benimsenmiştir.

7) Bu yorum tarzının New York Anlaşması'nı hazırlayanların amacına ve dolayısıyla Anlaşmanın amaç ve ruhuna, uluslararası ticari hakemliğin niteliğine uygun düştüğünü söyleyebiliriz.

Gerçekten de; uluslararası tahkim, prensip itibariyle tarafların iradelerine istinaden başlayıp, sona eren bir yargılama tekniğidir. Tüm milli ve milletlerarası tahkim düzenlemelerinde, tarafların iradesi ön plana çıkarılmıştır. Bu sebeple, hakem kararlarının bağlayıcılığının tesbitinde de yine taraf iradelerinden hareket edilerek, onların seçtikleri veya öngördükleri kurallara göre temyiz veya itiraz yolları tüketilmiş veya bu tür yollar öngörülmemiş ise, verildiği anda hakem kararını taraflar bakımından "bağlayıcı" saymak en doğru yorum tarzıdır.

Aynı şekilde, V/1 (e). maddeye ilişkin bu yorum tarzı, Anlaşmanın sistematığına de uygundur. Gerçekten de; Anlaşmanın aynı maddesinde (V/1-e) davalı tarafından tenfize karşı itiraz sebepleri olarak ileri sürülebilecek yabancı hakem kararının iptal edilmiş veya askıya alınmış olması şartları "kararın verildiği ülke hukukuna" veya "tahkimin tabi olduğu hukuka" göre araştırılacaktır. Anlaşmada, kararın bağlayıcılığının tesbiti ise herhangi bir hukuka atfen düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu bilinçli bir düzenlemedir. Anlaşma hazırlayıcılarının yukarıda zikredilen iptal veya askıya alma keyfiyeti için muayyen bir "bağlam kuralı" öngörürken, bağlayıcılığın tesbitinde herhangi bir hukuka atıfta bulunmamaları, tamamen, çifte tenfizi engellemek ve dolayısıyla tenfiz güçlüklerini azaltmaya yöneliktir.

Diğer taraftan, V/1 (e). maddede bağlayıcılığın tahkim hukukundan bağımsız biçimde düzenlenmiş olmasına uygun olarak, Anlaşmanın IV. maddesinde davacı tarafından tenfiz dilekçesine eklenecek belgeler arasında kararın verildiği ya da uygulandığı usul hukukuna göre kesinleştiğine veya bağlayıcı olduğuna dair bir "şerh" öngörülmemiştir. Tüm bu açıklamalar, V/1 (e). maddede yeralan ve isbatı davalı üzerinde bırakılan kararın bağlayıcı olması keyfiyetinin doğrudan tarafların öngördükleri usulî kurallar çerçevesinde belirleneceğini haklı kılmaktadır.

8) Türk Hukukunda, New York Anlaşması'nın uygulama alanına girmeyen yabancı hakem kararlarının tenfizi, 2675 S.11 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK)un 43. ve devamı maddelerine göre gerçekleştirilecektir.

2675 S.11 Kanununun 43. maddesine göre Türkiye'ye sadece "kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış" yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir. Yine, Kanununun 45. maddesinin (i) bendine göre "hakem kararı tabi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış..." ise mahkemece tenfiz talebi reddedilir.

9) 2675 S.lı Kanunun uluslararası ticari tahkime ilişkin hükümleri, prensip olarak, New York Anlaşmasından alınmasına rağmen; maalesef, kararın bağlayıcı veya nihai olması prensibinin ifade edilmesinde, Anlaşmadan uzalaşmış, iç hukuktaki tabir ve anlayışa dönülmüştür. Yukarıda açıklandığı gibi, Anlaşmaya göre kararın verildiği veya tabi olduğu ülke hukukuna göre kesinleşmiş olması tenfiz için gerekli değildir. Kararın, verildiği tarihte bizatihi tahkim mekanizması içinde temyiz yolunun tüketilmesi sebebiyle veya bu tür bir yolun öngörülmemiş olması sebebiyle taraflar bakımından "bağlayıcı" hale geldiğinin isbatı yeterlidir.

2675 S.lı Kanunun 43. ve 45 (i). maddelerinin tatbikatta aynen 1927 T.li Cenevre Anlaşması gibi çifte exequatura yol açtığı söylenebilir. Buna göre, davacı tenfiz talebinde önce kararı, verildiği veya tabi olduğu hukuka göre kesinleştirecektir. Nitekim, buna uygun olarak, Kanunun 44. maddesinde, davacı tarafından tenfiz davasında ibraz edilecek belgeler arasında "kesinleşme şerhi" de sayılmıştır. Kuşkusuz, Türk Mahkemeleri tarafından tarafların seçtikleri veya kaleme aldıkları tahkim kuralları "kararın tabi olduğu hukuk" olarak telakki edilip, bu kurallar çerçevesinde gerçekleşmiş bulunan bir "kesinleşme" (Mesela MTO Tahkim Kurallarınının 24/1. maddesi gibi) yeterli sayıldığında; New York Anlaşması'nın V/1 (e). maddesi etrafında geliştirilen ağırlıklı yorum ve uygulama ile uyum sağlanmış olur.

Türk Mahkemelerinin Cenevre Anlaşmasına benzer biçimde 2675 S.lı Kanunda yeralan "kesinleşme" şartını çifte tenfize yol açacak biçimde mi, yoksa New York Anlaşması etrafında gelişen uygulama doğrultusunda mı tatbik edeceği pek belirgin değildir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, MTO Tahkim Kurallarına göre Paris'te verilen bir hakem kararının tenfizi talebini "gerek kararın verildiği ve gerekse tabi olduğu hukuka göre kesinleştiğine dair herhangi bir şerh bulunmadığı" gerekçesiyle reddeden alt mahkeme kararını onamıştır (Karar yayınlanmamıştır). Karardan, 2675 S.lı Kanuna göre tenfiz için hakem kararının MTO Tahkim Kuralları gibi tabi tutulduğu kurallara göre değil, tabi olduğu ülkenin usul hukuku sistemine göre bir kesinleşme şerhini taşıması şartı arandığı anlaşılmaktadır. Yine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1990/2931, K. 1991/6828 ve 24.12.1991 T.li bir kararı ile Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi (Bremen Cotton Exchange Arbitration Court) tarafından verilen ve İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkeme'sinden tenfizi istenen ve fakat -sair gerekçeler yanında- "kesinleşmediğinden" bahisle alt mahkemenin tenfizi reddeden kararı onanmıştır (Karar yayınlanmamıştır). Karar Türk ve Alman taraflar arasındaki pamuk alım-satımı sözleşmesinden doğan sorunlara ilişkin olarak verilmiş ve Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi Tüzüğüne göre kesinleşmişti. Ayrıca karar, Alman Medeni Usul Kanunu hükümlerine uygun olarak

Bremen Eyalet Mahkemesine de depo edilmişti. Yargıtay'ın bu kararından, 2675 S.lı Kanuna göre yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için, hakem kararının önce verildiği ülkede, bu ülke hukukuna göre kesinleştirilip icra safhasına getirilmesi, sonra Türkiye'de tenfizinin istenmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır.

Ancak, yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yukarıdaki kararın aksine, E. 1990/229 K. 1991/4166 ve 18.6.1991 günlü bir kararı ile tarafların tahkim usulü olarak seçtikleri İngiltere'deki GAFTA Tahkim Kurallarına göre kararın kesinleşmiş olmasını tenfiz için yeterli saymış ve bu yöndeki alt mahkeme kararını onamıştır (Karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, C. 17, S. 11, Kasım-1991, Sh. 1670 vd.).

Görüldüğü gibi Türk Yüksek Mahkemesinin yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde davalı tarafça ileri sürülebilecek bir itiraz sebebi olarak yeralan "kesinleşme" şartını nasıl yorumladıkları tam anlaşılammamaktadır. Kararların bir kısmında "kesinleşme", çift exequatura yol açacak biçimde yorumlanıp uygulanmış; bir kısmında ise New York Anlaşması'nın V/1 (e). maddesine uygun biçimde yorumlanmış ve uygulanmıştır.

10) New York Anlaşması'nın Türkiye bakımından tatbikatı oldukça yenidir. Anlaşma, Türkiye için 1992 Ekim'inde yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple, henüz V/1 (e). maddenin yorumuna ilişkin yayınlanmış kararlar mevcut değildir. Ancak, şunu söyleyebiliriz ki; Türk Mahkemeleri Anlaşmanın V/1 (e). maddesi etrafında 1958'lerden bu yana âkit devlet mahkemelerinin uygulamalarında ortaya çıkan içtihat birikiminden ve uluslararası ticari tahkim literatüründen önemli ölçüde yararlanacaktır.