

YENİ MÖHUK TASARISININ TAHKİME İLİŞKİN HÜKÜMLERİ HAKKINDA ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM VE DÜZENLEME ÖNERİLERİ

*Yrd.Doç.Dr. Yavuz KAPLAN**

I. GİRİŞ

20.5.1982 tarihinde kabul edilen 2675 sayılı “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun”un (MÖHUK)¹ üzerinden yirmi yıldan fazla bir zaman geçtikten sonra, günün ihtiyaçlarına cevap vermek ve hukukun gelişen alanları hakkında gereken düzenlemeleri getirmek bakımından, onun yeniden düzenlenmesi kaçınılmaz hale geldi. Nitekim, bu amaca yönelik olarak hazırlanan ilk MÖHUK Tasarısı 21-22 Kasım 2002 tarihlerinde, T.C. Adalet Bakanlığı ile İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından gerçekleştirilen Sempozyum’da deklare edilerek bütün yönleriyle tartışmaya açıldı. Burada yapılan uzun değerlendirmeler sonucunda yapılan eleştiriler ve değişiklik önerilerinin dikkate alınarak yeniden değerlendirilmesi sonucunda MÖHUK Tasarısı yeni halini almış oldu.

Halen uygulamada bulunan mevcut MÖHUK’un, sadece yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen 43-45.maddeleri, sırasıyla “*Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi*”, “*Dilekçe ve İnceleme Usulü*” ve “*Ret Sebepleri*” üst başlıklarını taşımaktadır. Bu düzenlemelerin genel olarak, MÖHUK’un kabul tarihi olan 1982 yılında, henüz Türkiye tarafından kabul edilmemiş bulunan 1958 tarihli “*Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına Dair Sözleşme*” veya yapıldığı yer olması itibarıyla kısaca *New York Sözleşmesi*’nden ilham alınarak düzenlendiğini söylemek mümkündür. MÖHUK’un çıkarılmasından yaklaşık dokuz yıl sonra, 1991 yılında söz konusu New York Sözleşmesi’ne

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ RG.22.5.1982-17701.

taraf olmuştur². Bu Sözleşme, yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından Dünya çapında en fazla kabul gören ve katılıma mazhar olan Sözleşme niteliğindedir³.

Bu mevcut durum karşısında yeni MÖHUK Tasarısındaki tahkime ilişkin düzenlemelerin, New York Sözleşmesi'nin konuya ilişkin düzenlemelerinin ve düzenlemelerin arka plânında mevcut olan hukukî gerekçelerin de göz önünde bulundurulmak suretiyle yapılmasında büyük yarar vardır. Bu noktadan hareketle, yeni MÖHUK Tasarısındaki değişikliklerin özellikle iki önemli hususu açıkça belirgin şekilde düzenlemesi gerekmektedir. Bunlardan ilki MÖHUK m.43-45 arasındaki hükümlerin uygulama alanının belirlenerek, New York Sözleşmesi'nin uygulama alanından ayrılması; ikincisi ise, yine bu iki düzenleme arasında farklı yorumlanan yabancı hakem kararının tenfizi açısından kesinleşme ve bağlayıcılık ölçütlerinin açıklığa kavuşturulmasıdır.

II. NEW YORK SÖZLEŞMESİ İLE MÖHUK'UN UYGULAMA ALANININ BİRBİRİNDEN AYRILMASI

New York Sözleşmesi'nin kabulünden sonra, doktrinde MÖHUK m.43-45'in artık işlev dışı kaldığı ve aynı konuyu düzenleyen New York Sözleşmesi'nin bu hükümlerin yerine uygulanacağı yolunda görüş beyan edenler olduğu gibi, MÖHUK'un ilgili düzenlemelerinin New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir ülkeye ait yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası konusunda geçerliliğini devam ettirmesi gerektiği yolunda görüş beyan edenler de olmuştur.

Uygulama alanı bakımından, Türk 1982 Anayasası'nın 90.maddesine göre, usulüne göre uygun bulunarak yürürlüğe giren anlaşmaların, Türkiye açısından kanun hükmünde kabul edileceği ve MÖHUK'un I/II.maddesinde yer alan, milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı tutulacağına ve dolayısıyla, öncelikli olarak uygulanacağına ilişkin hükümler birlikte düşünüldüğünde, New York Sözleşmesi hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Sözleşme'nin I/3.maddesi, Sözleşmeye taraf olan devletlerin, yabancı hakem kararının tenfizinde, "karşılıklılık" konusunda bir çekince koyabilecek-

² New York Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NÖMER, E./EKŞİ, N./GELGEL, G.: *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2000, s.121 vd.; KAPLAN, Y.: *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Ankara 2002, s.61 vd.; AKINCI, Z.: *Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2003, s.38 vd.

³ Sözleşme, Türkiye tarafından, 8.5.1991 tarihinde, 3731 nolu, "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ile kabul edilmiştir. Sözleşme metni için bkz. RG.25.9.1991-21002.

rini belirtmektedir⁴. Nitekim, Türkiye Sözleşme'ye taraf olurken bu çekinceyi koymuştur⁵. Bu şartlar altında, bu Sözleşmeye taraf olan ve Türk hakem kararlarını kendi ülkesinde tenfiz ederek karşılıklılık şartını yerine getiren bir ülkeye ait yabancı hakem kararlarının, Türkiye'de New York Sözleşmesi'ne münhasıran tenfiz edilmek zorunda olduğu sonucuna varılır. Bu durumda, MÖHUK'un 43-45.maddeleri yalnız Türkiye'nin karşılıklılık çekincesini kaldırmaması halinde, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan ülkelerde verilen yabancı hakem kararlarının tenfizinde kullanılabilir olacaktır.

Bu sonuca ulaşılırken şu temel hususları mutlaka göz önünde bulundurmak gerekir: İç tahkim, genel olarak, belirli bir devletin hukuk düzenine istinat ettiği için, hakem kararının hangi koşullar altında geçerli ve bağlayıcı olduğunu da o ülkenin *lex fori*'si belirler. Hakem kararının bağlayıcı ve tenfiz edilebilir olması, ancak, bu şartların yerine getirilmesi halinde söz konusu olur. Yabancı hakem kararlarının tenfizinde ise, ülkeler ya kendi iç hukuk düzenlemeleri ile getirdikleri şartların gerçekleşmiş olmasını ya da buna dair milletlerarası sözleşmelere taraf olmaları halinde, burada belirtilen şartların yerine getirilmiş olmasını aramaktadır. Bundan başka, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin şartları, hem iç hukuk kuralları vasıtasıyla düzenleyen, hem de milletlerarası sözleşmelerle getirilen düzenlemeleri benimseyen ülkeler de mevcuttur ki, Türkiye bu en son kategoride yer almaktadır.

4 Aslında Sözleşme, prensip olarak, tenfiz istenen ülke dışında bir ülkede verilen tüm hakem kararlarının tenfizinde uygulanabilmekte ve bu haliyle evrensel bir nitelik arz etmektedir. Örneğin İsviçre, daha önce koymuş olduğu karşılıklılık çekincesini kaldırarak, hattâ New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlette verilen hakem kararının tenfizi konusunda bile, onu esas alma yoluna gitmiştir.

5 Türkiye'de, 2675 sayılı MÖHUK açısından bir hakem kararının Türkiye'de tenfizi söz konusu olduğunda, tenfizi istenen hakem kararının milliyetinin tespit edilmesinin gerektiğini savunan bazı görüşler, özellikle "*karşılıklılık*" ve "*kesin ve icra edilebilir*" olma koşullarının sağlanmasını aramakta; buna karşılık diğer bazı görüşler ise, bunların aranmasının gerekli olmadığını ve hattâ sakıncaları olduğunu beyan etmektedirler. Bunlardan bazıları, ilk olarak, "*karşılıklılık*" şartının aranmasının, hakem kararlarına milliyet verilmesini zorunlu hale getireceği, ikinci olarak, hakem kararlarının tahkim yeri ülkesinin yargı tasarruflarından olmayıp, bir özel hukuk sözleşmesine istinaden yürütülmeleri dolayısıyla, devletlerarası hukukta aranan karşılıklılık şartını aramanın yersiz olduğunu ileri sürmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. KALPSÜZ, T.: "*Türk Hakem Kararı Kavramı*", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, s.36 vd.; NOMER, E.: "*Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach türkischem Recht*", Die Mitteilungen, Deutsches Institut für Schiedsgerichtswesen e.V., Köln 1991, s.11; ŞANLI, C.: "*Milletlerarası Ticari Tahkimde, Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu*", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1984, s.182-183.

III. KESİNLEŞME VE BAĞLAYICILIK ÖLÇÜTLERİ HAKKINDAKİ BAZI ÖRNEK DÜZENLEMELER İLE NEW YORK SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

Yabancı hakem kararlarının tenfiz edilebilmesi için, taraflar için bağlayıcı hale gelmiş olması gerektiği, milletlerarası hukuk düzenlemeleri ve doktrini tarafından genel olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu noktadaki sorun, hakem kararlarının verildikleri anda mı, yoksa kesinleştikleri ve bu nedenle belli bir makam tarafından üzerlerine icra edilebilirlik şerhi düşüldüğü anda mı bağlayıcı hale geldikleri konusunda görüş ve yaklaşım farklılıkları olmasından kaynaklanmaktadır.

1. Bazı Örnek Düzenlemeler

Bazı iç hukuk düzenlerine göre, hakem kararının bağlayıcılık arz etmesi için, belirli bir makam tarafından onaylanması veya belirli bir şekli muameleye tâbi tutulması gereklidir. Amerikan tahkim hukukuna göre, devlet mahkemesi, özellikle, aleyhine hakem kararı verilen tarafa, yargılama sonucunu ve mahkûmiyet kararını açıkça bildirmek zorundadır (*judgment upon the award; confirmation of the award*)⁶.

Alman hukukuna göre, bir hakem karardan söz edilebilmesi için, kararın, ZPO'nun 1054.maddesine uygun olarak verilmesi ve yazılı olması zorunludur. Bir hakem kararının metnine, tarafların da üzerinde anlaşmaları ile, ZPO'nun 1062/1,2.maddesi anlamında, icra edilebilirlik kararı vermeye yetkili mahkemenin bulunduğu mahaldeki noter tarafından da icra edilebilirlik şerhi konulabilir. İlgili noter, ZPO'nun 1053/4.maddesi gereği, hakem kararı hakkında bu şerhi vermeyi, ZPO'nun 1053/1,2.maddelerindeki koşulların sağlanmamış olmasından dolayı reddetme hakkına da sahiptir. Böyle bir ret halinde, taraflar, yetkili istinaf mahkemesine (*oberlandes Gericht*) başvuruda bulunabilirler⁷.

ZPO'nun 1054/1.maddesinde yer alan, hakem kararının yazılı olması ilkesi zorunlu niteliktedir⁸. Ancak, hakem kararı, taraflar için, yargılamanın yapıldığı

⁶ "Confirmation of the award", hakem kararının kesinleştirildiğinin deklare edilmesidir: SATMER, F.: *Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängeln*, Zürich 1994, s.204.

⁷ Bkz. THOMAS, H./PUTZO, H.: *ZPO*, München 1999, § 1053/1-6.par.; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN: *Zivilprozessordnung*, 57.A., München 1999, § 1053/6.par.; ayrıca, tenfiz edilebilirlik beyanını yapmaya yetkili mahkemeler için bkz. ZPO m.1062.

⁸ SCHLOSSER, P.: *Das Recht der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.A., Tübingen 1989, s.525; SCHWAB, K.H./WALTER, G.: *Schiedsgerichtsbarkeit*, 5.A., München 1995, s.165; SCHULTHESS, H.C.: *Das verfahrensrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Zürich 1981, s.99; Alman

yerde açıklandığı anda, henüz yazılı hale getirilmeden önce de, bağlayıcılık arz eder. Daha sonra, taraflara, hakemler tarafından imzalanmış karar metni gönderilir⁹. Almanya'da, ZPO'da 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere yapılan değişiklikle, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda ayrı bir düzenleme yapılmayarak, New York Sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

İsviçre'de de, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, IPRG'nin 194.maddesi gereği, New York Sözleşmesi hükümlerine tâbi kılınmıştır.

2. New York Sözleşmesi'nin Düzenlemesi

Hakem kararının yetkili bir makam tarafından onaylanarak icra edilebilir hale getirilmemiş olması, yani tahkim ülkesinde henüz kesinleştirilmemiş olması, tenfiz aşamasında, tenfiz talebinin reddini gerekli kılan bir usul ihlâli olarak ortaya çıkabilir. Zira, böyle bir ihmal, tenfiz ülkesinde, bu nitelikteki bir hakem kararının bağlayıcı olamayacağı şeklinde değerlendirilerek, tenfizden kaçınılmasına yol açabilecektir. New York Sözleşmesi'nin V/1e.maddesine göre ise, bir hakem kararının bağlayıcı nitelikte olmaması, tenfiz dâvalısı tarafından ileri sürülmesi halinde, tenfizin reddi sebebi olarak kabul edilmektedir. İşte bu noktada, New York Sözleşmesi'nin, bir hakem kararının bağlayıcı olup olmadığının tespiti bakımından, söz konusu hakem kararının kesinleşmiş olmasını arayıp aramadığının belirlenmesi gerekir. Yani, bir hakem kararının tenfizi isteminde bulunulabilmesi için, hakem kararının herhangi bir makam tarafından onaylanarak kesinleştirilmesinin gerekli olup olmadığı sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Aslında, New York Sözleşmesi'nin IV.maddesi gereği, tenfiz dâvacısı, tenfiz talebinde bulunurken, yalnız bu maddede belirtilen şartları yerine getirmek zorundadır¹⁰. Bu anlamda belirtilen belgeler, hakem kararı ile tahkim sözleşmesinin metinlerinden ve bunların tercümelerinden ibaret olup, hakem kararının hakemlerden başka bir makam tarafından onaylanmış olması aranmamaktadır¹¹. Bu nedenle, bir hakem kararı kural olarak verildiği anda bağlayıcı olup,

ZPO'da, 1997 değişikliğinden sonra, ZPO'nun 1054/1.maddesi ile, yazılılık şartı zorunlu hale getirildi: Bu konuda bkz. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 1054/2.par.; THOMAS/PUTZO, § 1054/5.par.

⁹ Bkz. ZPO.1054/3,4.m.; ayrıca, ZPO m.1055'e göre, hakem kararı taraflar arasında, kesinleşmiş bir mahkeme kararının etkisini doğuracaktır. Alman öğretisinde, bir hakem kararının ülke içi durumlarda, uygulama kabiliyeti kazanabilmesi için, öncelikle kesinleşme ve tenfiz edilebilirlik kaydına (*Vollstreckbarerklärung*) ihtiyaç vardır: Bkz. ZPO m.1064.

¹⁰ SATMER, s.205.

¹¹ Karş. New York Sözleşmesi m.IV ile MÖHUK m.44.

bağlayıcı olmadığını ya da iptal edildiğinin ispat yükü, bunu iddia eden tarafa aittir¹².

New York Sözleşmesi'nin V/1.e.maddesinde, "bağlayıcılık" teriminin kullanılmasının tercih edilme nedeni, Sözleşme hükümlerinin milletlerarası hakem kararlarının tenfizi açısından uygulama alanının genişletilmesidir. Bu nedenle, kesinleşme gibi veya icra edilebilirlik gibi teknik terimler yerine, teknik olmayan bir terim kullanılmıştır. Bundan dolayı, bağlayıcılık koşulunun gerçekleşmiş sayılması için, herhangi bir makamın onayı veya işlemi gerekmediği gibi, kanun yollarının tüketilmiş olması da gerekmez. Söz konusu madde açısından, bağlayıcılığın belirlenmesinde ağırlıklı olan görüş, bağlayıcılığın tahkime uygulanan hukuka gidilmeksizin, bağımsız olarak belirlenmesi yönündedir. Zira, hakem kararına bağlayıcılığı bizzat tarafların iradesi verecektir. Böylece, hakem kararlarının verildikleri anda bağlayıcı olduklarının kabulü gerekir¹³.

Sözleşme'nin IV ve V.maddelerinin açık düzenlemesi karşısında, yine New York Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlette verilmiş olan hakem kararları açısından ayrı bir kesinleşme şerhi aranmaması gerekir. Türk hâkimi, böyle bir hakem kararını sadece New York Sözleşmesi'nin V.maddesinde sayılan tenfiz engelleri açısından tetkik etmeli ve aynı Sözleşme'nin IV.maddesinde belirtilen belgelerin ibraz edilmiş olması şartıyla, hakem kararını tenfiz etmelidir¹⁴. MÖHUK'un 43.maddesinde belirtilen kesinleşmiş olma ve 45.maddesinde sayılan tenfiz engelleri ise, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlette verilmiş olan hakem kararları hakkında uygulanabilir niteliktedir¹⁵.

Bu noktada, yukarıdaki görüşe, tahkim ülkesinde hakem kararının iptali yoluna gidilmesi halinde, tenfiz sürecine devam etmenin kaosa neden olabileceği itirazı yapılabilecektir. Ancak, New York Sözleşmesi'nin VI.maddesi bu konuda herhangi bir boşluk bırakmamıştır. Tenfiz mahkemesine, hakem kararının iptali yoluna gidildiğinin beyan edilmesi halinde, tenfiz mahkemesi kararın tenfizini iptal dâvası sonuçlanıncaya kadar erteleyebilecektir. Tenfiz mahkemesi, ayrıca,

¹² BG.14.3.1984 T. ve BGE.110 Ib 195; ayrıca bkz. BÜLOW, A.: "Das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche", KTS 1, 1959, s.8; ayrıca bkz. New York Sözleşmesi m.V/1e; SATMER, s.208 vd.

¹³ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.145; AKINCI, s.280.

¹⁴ Türk hukuku açısından, yabancı hakem kararının tahkim ülkesinde iptal edilmiş olmasının, kararın bağlayıcılığını ve dolayısıyla Türkiye'de kararın tenfizini ne şekilde etkileyeceği ile ilgili olarak, aşağıda "Genel Değerlendirme" başlığı altında yaptığımız açıklamalara bakınız.

¹⁵ MÖHUK ile New York Sözleşmesi'nde düzenlenen tenfiz şartlarının birbiriyle karşılaştırılması için bkz. AKINCI, s.301 vd.

tenfizi kötü niyetle ertelemek isteyen taraf için caydırıcı olması amacıyla, böyle bir erteleme kararının verilmesini, uygun teminat yatırılması şartıyla kabul etme yoluna gidebilir.

Kanaatimce, New York Sözleşmesi'nin VI.maddesi, aynı zamanda, Sözleşme'nin V/1e.maddesinde yer alan tenfizin reddi sebebinin, hakem kararının "kesinleşmesi" değil, "bağlayıcı" olması şeklinde anlaşılması gerektiğinin de ispatıdır. Zira, New York Sözleşmesi'nin V/1e.maddesinden anlaşılması gereken kesinleşme olsaydı, kesinleşmiş hakem kararlarına karşı artık iptal yoluna başvurulamayacağı için, Sözleşme'nin VI.maddesinde, artık iptal yoluna gidilmesinden bahsedilmesi anlamsız olurdu. Ayrıca, zaten, tenfiz talebinin bu nedenle reddedilmesine ilişkin New York Sözleşmesi'nin V/1e.maddesinin orijinal metninde yer alan terim "binding" kelimesidir ve kesinleşme değil, bağlayıcılık anlamına gelmektedir¹⁶.

New York Sözleşmesi'ndeki bu düzenlemeden çıkan anlama göre, her iki eski Cenevre Sözleşmesi gereği lüzumlu görülen çifte tenfiz (*double exequatur*), bertaraf edilmiş olmaktadır¹⁷. Bu eski düzenlemelere göre, tenfiz dâvacısı, hem tahkim yargılamasının yapıldığı tahkim yeri ülkesinin yetkili makamları önünde, hem de tenfiz yeri hâkimi önünde, verilen hakem kararının tenfiz kabiliyetini haiz bulunduğunu ispatlamak zorunda bırakılırdı.

3. Türk Hukukundaki Durum

4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun¹⁸ 14.maddesinde, milletlerarası hakem kararlarında, bu Kanun açısından bulunması gerekli unsurlar belirtilmiş ve hakem kararının hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilmesi öngörülmüştür. Taraflar, giderini ödemek şartıyla, hakem kararının asliye hukuk mahkemesine gönderilmesini de isteyebilirler. Bu durumda, gönderilen hakem kararı mahkemece kalemde saklanacaktır. 4686 sayılı Kanun, büyük ölçüde UNCITRAL Model Yasası'ndan alınmış olmasına karşı-

¹⁶ Aynı yöndeki görüş ve açıklamalar için bkz. AKINCI, s.303 vd.

¹⁷ BG.26.2.1982 T. ve BGE.108 Ib 88. BUCHER, A.: *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Basel/Frankfurt a.M.1989, s.156-160; WALTER, G.: "Der nicht niederlegte Schiedsspruch", RIW 34, 1988, s.159; Türk Yargıtay'ı da, 19.HD'nin 22.5.1998 T'li ve 6099 E. ve 7735 K'ında, dâvalının hakem kararının üstünde kesinleşme şerhi bulunmadığından bahisle tenfiz isteminin reddini talep etmesini kabul etmeyerek, dâvalının hakem kararına itiraz etmemiş olması dolayısıyla, hakem kararının kesinleşmiş olduğuna karar vermiştir. Yargıtay burada, hakem kararının kesinleşmiş olduğuna ilişkin bir mahkeme şerhi (*exequatur*) aramamıştır. Bkz. AKINCI, Z.: "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi", (Yabancı Hakem), Yargı Reformu 2000, Sempozyum, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s.292.

¹⁸ 21.6.2001 tarihinde kabul edilen 4686 sayılı Kanun için bkz. RG.5.7.2001-24453.

lık, onun yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen 35. ve 36.maddeleri, düzenleme dışında bırakılmıştır. Zira, bu iki maddede belirtilen hükümler, New York Sözleşmesi'nin IV. ve V.maddelerinin tekrarından ibarettir. Türkiye zaten bu Sözleşme'ye taraf olduğu için, aynı hükümleri burada tekrar etmemiş ve herhangi bir düzenleme getirmeyerek, tanıma ve tenfizi New York Sözleşmesi hükümlerine bırakmıştır¹⁹.

Türk hukuku açısından, yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili diğer hükümler 2675 sayılı MÖHUK'un 43-45.maddeleri arasında yer almaktadır. Söz konusu Kanun'un 43/I.maddesine göre, yabancı hakem kararlarının tenfizi için, kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış olmaları aranmaktadır. Aynı Kanun'un 44.maddesinde ise, tenfiz isteminde bulunulması için verilmesi gerekli olan belgeler belirtilmiştir. Bu belgeler, tahkim sözleşmesi veya şartının aslı yahut usulüne göre onanmış örneği; hakem kararının kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış aslı ve onanmış örneği ile bunların tercüme edilmiş ve onanmış örneklerinden ibarettir. Söz konusu Kanun'un 45.maddesinde ise, tenfiz engelle-ri sayılmıştır.

MÖHUK'un yukarıda belirttiğim 43-45.maddeleri, esas itibariyle New York Sözleşmesi'nin IV ve V.maddelerinden esinlenilerek hazırlanmıştır. Ancak, MÖHUK'un 44.maddesindeki ifade, New York Sözleşmesi'nin IV.maddesindekinden farklı olarak "*kesinleşme*" ve "*icra kabiliyeti kazanma*" terimlerine yer vermiştir²⁰. Aynı Kanun'un 45/i.maddesi, hakem kararının tâbi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş veya icra kabiliyeti kazanmamış veya verildiği yerin yetkili makamı tarafından iptal edilmiş olması halinde, tenfiz davasının ispat etmesi koşuluyla, tenfiz isteminin reddedilebileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle, MÖHUK'un 43 ve 45/i.maddelerinin, kesinleşme şartı aranılması nedeniyle, çifte tenfize (*double exequatur*) yol açtıkları söylenebilir.

¹⁹ Yargıtay 11.HD., 24.12.1991 T., 1990/2931 E. ve 1991/6828 s.K'ında, Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi tarafından verilen ve İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkemesinden tenfizi istenilen ve kesinleşmediğinden dolayı alt mahkemenin tenfizi reddeden kararını onamıştır. Halbuki bu karar, Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi Tüzüğüne göre kesinleşmişti. Yargıtay'ın bu yaklaşımından, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi için, önce verildikleri ülkede, bu ülke hukukuna göre kesinleştirilip icra safhasına getirilmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Ancak Yargıtay 11.HD., yukarıdaki kararın aksine olarak, 18.6.1991 T., 1990/229 E. ve 1991/4166 s.K'ında, 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. Bu konuda bkz. YKD., 1991, C.XVII, S.11, s.1670 vd.

²⁰ AKINCI, s.303.

Nitekim, MÖHUK'un söz konusu düzenlemelerinin New York Sözleşmesi ile çeliştiğinin farkına varan Türk Yargıtayı, Sözleşme'nin V/1e maddesinde yer alan bağlayıcılık kavramının, yabancı mahkeme veya hakem kararlarının kesinleşmesi kavramından farklı olduğunu vurgulayarak, tenfiz mahkemesine kesinleşmiş hakem kararı ibraz edilmesinin zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır. Nitekim somut uyuşmazlıkta tahkim davasını kazanan Rusya şirketi, Türkiye'de tenfiz talebinde bulunmuş, tenfiz mahkemesi ise talebi hakem kararının kesinleşmemiş olması nedeniyle reddetmiştir. Tenfiz davacısının temyiz yoluna başvurması sonucunda, Yargıtay 19.HD, Türkiye ve Rusya'nın New York Sözleşmesi'ne taraf olduğu ve Sözleşme'nin V/1e maddesi çerçevesinde hakem kararının bağlayıcı olmasının yeterli görüldüğü belirtilerek, yerel mahkemenin hakem kararının kesinleşmediğinden bahisle, tenfiz talebini reddetmesinin isabet-siz olduğu sonucuna varılmıştır. Yerel mahkemece Daire kararına direnilmesi neticesinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu diğer hususlar yanında, hakem kararının New York Sözleşmesi'nin V/1e maddesinde aranılan anlamda bağlayıcı olduğundan bahisle, ayrı bir kesinleşme şerhine gerek bulunmadığı sonucuna vararak, Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur²¹.

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

Hakem kararının bağlayıcı olup olmadığı, esas olarak, yargılamada tatbik edilen hukuka göre belirlenir²². Yani, yabancı hakem kararı hangi usul sistemi içerisinde verilmişse, o usul sistemine göre hakem kararının bağlayıcı hale gelmediğinin belirlenmesi gerekir. Ancak, bu noktada, tahkimin genel yapısına uygun olarak taraf iradelerine öncelik tanınması gerekir. Yani, kararın bağlayıcılığı, ancak, tarafların bu konuda herhangi bir anlaşmasının bulunmadığı ve *ad hoc* tahkime gidildiği durumlarda, tahkime uygulanan usul hukuku sistemine göre belirlenecektir. Taraflar, kararın verildiği anda bağlayıcı olduğunu kararlaştırmışlar ya da bunu benimseyen bir kurumsal tahkim usulünü tercih etmişlerse, artık bu kararın tenfizi için ayrı bir tasdik keyfiyetine gerek olmayacaktır²³.

²¹ Karar için bkz. 19.HD 8.7.1998 T. 3599/4770 sK.; YHGK 9.6.1999 T. 19/467-489 sK. Karar metni için bkz. YKD (2000), S.2, s.183. Ayrıca, karar hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AKINCI, s.280-281.

²² BGH.18.1.1990 T. ve RIW 36, 1990, s.494'te yayınlanan K.; ayrıca bkz. SCHULTHESS, s.98 vd; SCHLOSSER, s.572 vd; KAPLAN, s.64-66; ayrıca doktrinde sayın NOMER'in bu doğrultudaki görüşleri için bkz. Avrupa (Cenevre)- New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1990, Tartışmalar, s.90.

²³ Doktrinde sayın ŞANLI'nın bu yöndeki görüşleri için bkz. Avrupa (Cenevre)- New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1990, Tartışmalar, s.90-92.

Tarafların aksini kararlaştırmamış olması halinde, New York Sözleşmesi'ne taraf ülkeler arasındaki yabancı hakem kararlarının tenfizi talebinde bulunmak için ayrıca kesinleşme şerhi verilmesine gerek olmadığı gibi, belli başlı bilinen kurumsal tahkim türlerinde de ayrı bir kesinleşme şerhinin aranmaması temayülü ağırlık kazanmaktadır. Örneğin, 1 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları'nın 28/6.maddesine göre, her karar taraflar için bağlayıcı niteliktedir. Ayrıca, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı bu Kurallar altında tahkime sunmakla, verilen kararı derhal icra etmeyi kabul ettikleri ve yapılması geçerli olduğu ölçüde temyiz yoluna gitmekten feragat ettiklerinin kabul edileceği belirtilmiştir. Yine Türkiye tarafından kabul edilen ICSID²⁴ Tahkim Kuralları'nın 53/1.maddesine göre, yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili verilen hakem kararlarının taraflar için bağlayıcı olacağı, 54.maddesinde ise, her üye ülkenin, bu Sözleşmeye uygun olarak verilen hakem kararlarını bağlayıcı kabul edeceğini ve kendi devlet mahkemesi tarafından verilen bir karar gibi derhal uygulayacağını hüküm altına almaktadır²⁵.

Tahkim müessesesinin tam anlamıyla bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturma mekanizması olması isteniliyorsa, hakem mahkemesi kararlarının, taraflar arasında hak doğurucu nitelikte olması²⁶, etkili kılınması ve tarafları bağlayıcı nitelikte olması gerekir²⁷. Bunun gerçekleşmesi için en önemli desteği verecek olanlar ise, kuşkusuz ülkelerin yetkili resmî makamlarıdır. Bu desteğin verilmesi konusundaki gerekliliği, temelde şu noktalara dayandırmak mümkündür:

Öncelikle, taraflar, aralarında bir tahkim sözleşmesi yaparak ya da esas sözleşmeye bir tahkim kaydı koymak suretiyle, muhtemel bir hukukî uyuşmazlık halinde, devlet mahkemelerini yetkisiz hale getirerek, devre dışı bırakmak ve onun yerine, aralarındaki uyuşmazlığın zorunlu ve nihai olarak bir hakem mahkemesi tarafından giderilmesini amaçlamaktadır. Tarafların bu isteği, her tahkim sözleşmesinin en belirgin özelliğidir ve New York Sözleşmesi'nin de arka plânında mevcut olan, engel ve zorluklarla dolu millî hukuk sistemlerinden sıyrılarak, milletlerarası alanda daha kolay tanımp tenfiz edilebilecek hakem kararları-

24 Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında ICSID Ana Sözleşmesi için bkz. RG.6.12.1988-20011.

25 Washington Sözleşmesi olarak da anılan ICSID Tahkim Kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN, s.79 vd.

26 Hakem kararı, yetkili makamın kesinleşme şerhi olmasa dahi, taraflar için bağlayıcı niteliktedir ve mahkeme kararına eş değerdir: STEIN/JONAS: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21.A., Tübingen 1994, § 1025/2.par.

27 BG.26.2.1982 T. ve BGE.108 Ib 91'e göre, bir hakem kararı hakkında, verildiği yerde tenfiz edilebilir kaydı konulmamış olsa bile, onun bağlayıcılığı kabul edilmelidir: Bu konuda ayrıca bkz. BUCHER, s.950.

nın verilmesi amacıyla paralellik gösterir. Bu nedenle, tahkim sözleşmesi, şekle ilişkin hükümleri itibariyle, millî hukuk düzenlerinin şekle ilişkin hükümleri karşısında da önceliklidir²⁸. Bu hukukî durum, New York Sözleşmesi'ne taraf olan bütün devletler için geçerlidir. Zira, bu devletler, onu onaylamak suretiyle, bağımsız milletlerarası hakem mahkemeleri eliyle verilmiş olan hakem kararlarını tanımayı ve tenfiz etmeyi kabul etmişlerdir²⁹.

New York Sözleşmesi'nin tatbik edildiği bir devlette, herhangi bir resmî makamın onayı olmaksızın, yetkili bir hakem mahkemesi tarafından verilen kararın, tenfiz edilebilir nitelikte olduğu kabul edilmelidir³⁰. Bu kabul, aynı zamanda, bir hakem kararının bağlayıcılığının ispat edilmesi bakımından, karşı tarafı bağlamak amacıyla gerektiğinde ileri sürüldüğünde, ayrıca bir mahkeme kararının ibraz edilmesinin talep edilemeyeceği anlamına gelir³¹. Buna paralel olarak, hakem kararlarının hakem mahkemesince verildiği anda bağlayıcı kabul edilecekleri, Türk hukukunda da kabul edilmeye başlamıştır³².

Hattâ, tarafların tahkim sözleşmesinde, hakem kararının nihaî nitelikte olmasını kararlaştırmaları dahi mümkündür. Tarafların bu konudaki anlaşmaları, hakem kararının bağlayıcılığına da etki eder. Taraflar, kendi aralarında, hakem kararının verildiği anda bağlayıcı ve kesin olmasını kararlaştırabilirler³³.

Hakem kararının tenfizi talebinin, New York Sözleşmesi'nin V/1e.maddesindeki nedenlerden dolayı reddedilmesinin şartları, New York

28 New York Sözleşmesi'nin V/1d.maddesine göre, taraf iradelerinin, resmî hukuk kuralları karşısında önceliği vardır. Bu öncelik, örneğin, New York'ta verilen bir hakem kararı ile ilgili olarak, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından tanınmıştır: Bkz. BG.26.2.1982 T. ve BGE.108 Ib 90 vd.

29 New York Sözleşmesi'nin II/1.maddesi, sözleşmeye taraf olan devletleri, yazılı tahkim sözleşmelerini dikkate almakla yükümlü kılmıştır. Tahkim sözleşmesi veya kaydının varlığına rağmen, taraflardan biri, uyuşmazlığı devlet mahkemesine götürmek isterse, diğer tarafın bu konudaki itirazı üzerine, mahkeme olayı, hakem mahkemesine göndermek zorunda kalacaktır: Bkz. New York Sözleşmesi'nin II/2.m.; ayrıca bkz. ANDERMACHER, B.G./WALDER, H.U.: "Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit/ Le point sur la procedure civile et l'arbitrage", SJZ 96, 2000, s.39.

30 WALTER, G.: "Die Vollstreckbarerklärung als Voraussetzung bestimmter Wirkungen des Schiedsspruchs", FS Karl Heinz Schwab, München 1990, s.558 vd.

31 Bu anlayış, New York Sözleşmesi'nin IV.maddesine de uygundur. Bunun aksinin düşülmesi, New York Sözleşmesi'nin kaldırılmasını hedeflediği çifte tenfiz (*doppelte Exequatur*) rejiminin, yeniden ortaya çıkması tehlikesini de beraberinde getirir.

32 Bkz. 19.HD 8.7.1998 T. 3599/4770 sK.; YHGK 9.6.1999 T. 19/467-489 sK. Karar metni için bkz. YKD (2000), S.2, s.183. Karar hakkındaki yorumlar için bkz. NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.145; AKINCI, s.280-281.

33 SATMER, s.208.

Sözleşmesi'nin IV.maddesinde yer alan tenfiz talebinde bulunma şartlarından farklıdır. New York Sözleşmesi'nin V/1e.maddesindeki tenfizin reddi sebepleri, ancak, taraflardan biri tarafından ileri sürülmesi halinde tenfiz hâkimi tarafından dikkate alınabilecektir. Öyleyse, New York Sözleşmesi çerçevesinde, bir hakem kararı verildiğinde, âkit devletler arasında, New York Sözleşmesi'nin IV.maddesinde belirtilen belgelerin ibrazı halinde, kural olarak, bu hakem kararının tenfizi gerekir. Ancak, tenfiz davasının tahkim ülkesinde kanun yoluna giderek iptal isteminde bulunması ve bunu tenfiz hâkimine bildirmesi halinde, tenfiz istemi, kanun yolunun sonuçlanmasına kadar bekletilecek ve kabul edilmeyecektir.

Tahkim yerindeki mahkeme, tahkim yargılamasının yapıldığı hakem mahkemesine ve taraflara, hakem kararının, iptal edildiğini bildirirse, böyle bir karar, prensip itibariyle³⁴, New York Sözleşmesi'nin V/1e.maddesi çerçevesinde, hakem kararının bağlayıcılığını ve tenfiz edilebilirliğini ortadan kaldıracak niteliktedir. Tahkim yerindeki mahkemenin, hakem mahkemesi üzerindeki denetim hakkı, hakem mahkemesinin otoritesinin de bir hukukî düzenlemeye tâbi olması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır³⁵.

Bu nedenlerle, tahkim usulünün tâbi olduğu hukuk düzeni, hangi koşullar altında hakem kararlarının iptal edilebileceğini veya uygulanmasının ertelenebileceğini belirleyebilir³⁶. Bazı iptal sebeplerinin ortaya çıkması ve bu nedenle, verilen hakem kararının, verildiği memleket kanunu veya tâbi olduğu kanun yönünden, yetkili bir makam tarafından iptal veya icrasının geri bırakılmış bulunması halinde, böyle bir hakem kararının bağlayıcılığı ortadan kalkacak ve

³⁴ Bkz. KAPLAN, s.68 vd.

³⁵ WALKER, H.P.: *Die freie Gestaltung des Verfahrens vor einem internationalen privaten Schiedsgericht durch die Parteien*, Zürich 1968, s.15; SCHLOSSER ise, bir hakem kararının devlet mahkemesi tarafından iptal edilmesi veya düzeltilmesi kararının, tenfiz ülkesinde dikkate alınması için, bu kararın o ülke tarafından da tanınması gerektiği görüşündedir: Bkz. SCHLOSSER, s.573; bu konuda prensipte Schlosser'in görüşüne katılmakla beraber, özellikle New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletler açısından, 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin IX.maddesinin mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiği düşüncesindeyim: Bkz. dn.26.

³⁶ THOMAS/PUTZO, § 1059; MUSIELAK: *Zivilprozessordnung*, München 1999, § 1059/1.par.; ayrıca değişiklikten önceki benzer durum için bkz. STEIN/JONAS, § 1044/134.par.; 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin, IX/1.maddesi ise, tahkim ülkesinin hakem kararının bağlayıcılığı hakkında karar verecek mutlak güç sahibi olduğuna ilişkin ilke, büyük bir delik açmış ve tenfiz ülkesinde, yalnızca, hakem kararının bu maddede sayılan belirli nedenlerden dolayı, tahkim ülkesinde iptal edilmiş olmasının dikkate alınabileceğini düzenlemiştir. Bunun dışında, sadece şekle ilişkin sebeplerden kaynaklanan bir iptal, herhangi bir tenfizin reddi sebebinin varlığı anlamına gelmeyecektir: Bkz. BUCHER, s.164.

tenfiz aşamasında reddi söz konusu olabilecektir³⁷. Bu çerçevede, bir hakem kararının belli bir iptal sebebinin varlığına bağlı olarak, tahkim yeri dışındaki bir ülkede iptal edilebilmesi, yalnızca, tahkim usulünün, bu ülkenin usul kurallarına göre cereyan ettirilmiş olması halinde, söz konusu olabilir³⁸.

Hakem kararının iptali ile onun bağlayıcılığının düşmüş kabul edilebilmesi ve bu nedenle tenfiz talebinin reddedilmesi açısından, üzerinde durulması gereken diğer bir önemli nokta da, 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin IX.maddesidir³⁹. Bu Sözleşme'ye taraf olan devletler bakımından, hakem kararlarının iptali, ancak, Sözleşme'nin IX/1.maddesinde belirtilen nedenlere münhasıran yapılmış olması halinde, tenfiz ülkesinde tenfizin reddi sebebi olarak kabul edilecektir. Burada sayılan nedenlerden başka bir nedene dayalı olarak iptal edilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi istemi, âkit başka bir devlet ülkesinde tenfizden kaçınma sebebi teşkil etmeyecektir. Bu iptal sebeplerinin sayılması sırasında ise, taraf iradelerine öncelik tanınacağı ifade edilmiş ve ancak, böyle bir iradenin olmaması halinde, hakem kararının verildiği memleket kanununun dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu durumda, iptal sebepleri açısından, taraf iradelerine öncelik tanınması gerekir.

Tahkim ülkesinde emredici nitelikte kabul edilen bir iptal nedeni, Cenevre Sözleşmesi'nin IX/1.maddesinde sayılanlar arasında yer almıyorsa, zaten buna dayalı olarak verilen bir iptal kararı da, tenfiz aşamasında dikkate alınmayacaktır. Cenevre Sözleşmesi'nin IX/2.maddesi, New York Sözleşmesi'ne taraf olan âkit devletler arasındaki ilişkilerde, münhasıran bu Sözleşme'nin IX/1.maddesinde yer alan iptal sebeplerinin göz önünde bulundurulacağını beyan etmektedir. Öyleyse, New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletler arasındaki ilişkiler açısından, bu iptal sebepleri dışında bir nedene dayalı olarak tahkim ülkesinde iptal edilmiş bir hakem kararının, tenfiz ülkesinde, bağlayıcılığının kalmadığı nedeniyle reddedilmesi söz konusu olmayacaktır.

V. SOMUT DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİ

1. Öncelikli Önerimiz

Yukarıda belirttiğimiz hususlar çerçevesinde, yeni MÖHUK Tasarısı'nın tahkime ilişkin hükümleri, New York Sözleşmesi'nin 1991 yılında, 1982 tarihli

³⁷ Bkz. BG.14.3.1984 T. ve BGE.110 Ib 194 vd.

³⁸ New York Sözleşmesi'nin V/1e.maddesine göre, hakem kararı, verildiği ülkenin yetkili makamı veya hakem kararına hukuku tatbik edilen devletin yetkili makamı tarafından iptal edildi ise, bir tenfizin reddi sebebinin varlığı kabul edilir.

³⁹ Bu Sözleşme, Türkiye tarafından da, 8 Mayıs 1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanunla kabul edilmiştir: Sözleşme metni için bkz. RG.23.9.1991-21000.

MÖHUK'tan daha sonraki bir tarihte kabul edilmesi nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzluğu giderecek ve paralelliği sağlayacak biçimde düzenlenmelidir.

Bu amaca ve Dünya'daki gelişmelere uygun olarak öncelikli önerimiz, MÖHUK m.43, 44 ve 45'in yeni Tasarı'dan tamamen çıkartılarak, yabancı hakem kararlarının tenfizinin New York Sözleşmesi'ne münhasıran yapılacağı konusunda bir düzenlemenin getirilmesidir. Bu düzenleme, yeni MÖHUK'ta yapılabileceği gibi, 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'na bir hüküm getirilmesi suretiyle de (*tercihen*) yapılabilir. Yalnız, bu konuda, Türkiye'nin 3731 sayılı Kanun ile New York Sözleşmesi'nin I/3.maddesi çerçevesinde *karşılıklılık* esasını uygulayacağı yolundaki çekincesi de kaldırılmalıdır. Yani Türkiye, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlette verilmiş olan yabancı hakem kararının tenfizi konusunda da bu Sözleşmeyi uygulamalıdır. Ancak bu şekilde, bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde, MÖHUK'taki düzenlemelerin, ancak bu Sözleşmeye taraf olmayan bir devlette verilmiş yabancı hakem kararları açısından uygulanabileceği ve taraf olan bir devlette verilmiş olan yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından bu Sözleşme'nin esas alınmasının zorunlu olduğu yolundaki görüş ve itirazlar, dayanaksız hale getirilmiş olur. Zira, aynı ikilemi daha önce yaşayan bazı ülkeler karşılıklılık esasını daha önce kaldırma yoluna gitmiştir. Örneğin İsviçre, 1993 yılından beri, New York Sözleşmesi gereği daha önce koymuş olduğu karşılıklılık esasından vazgeçerek, bu Sözleşmeye taraf olmayan devletlerde verilen yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunda da bu Sözleşmeyi uygulama kararı almıştır.

Sonuç itibariyle, Türkiye'nin karşılıklılık esasını kaldırması halinde, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan ülkeler açısından, MÖHUK'ta tahkime ilişkin ayrı bir düzenleme yapma gereksinimi de söz konusu olmayacaktır. Bu noktada, zaten MÖHUK'taki mevcut düzenlemelerin büyük ölçüde New York Sözleşmesi ile paralellik gösterdiğini de göz önünde bulundurmak gerekir.

2. Mevcut Tasarı Çerçevesindeki Önerimiz

Öncelikli önerimizin benimsenmemesi ve ilgili düzenlemelerin mutlaka MÖHUK içerisinde yer almasının gerektiği yolundaki görüşlerin ağırlık kazanması halinde⁴⁰ ise, mevcut 2.Tasarı üzerindeki somut önerilerim şu şekildedir:

a) MÖHUK m.43: New York Sözleşmesi'ne uymayan "*kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış*" sözcükleri metinden çıkarılmalıdır. Özellikle her iki tarafın

⁴⁰ MÖHUK'ta konuya ilişkin ayrı bir somut düzenleme yapma görüşü, kanaatimce yalnız Türk hâkiminin ve uygulayıcısının bir bütün olarak mevzuata hâkim olabilmesi amacına yönelik olabilir. New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan ülkelerde verilen yabancı hakem kararlarının tenfizine yönelik düzenleme yapma gereği ise, yukarıda belirttiğim gibi Türkiye'nin koymuş olduğu *karşılıklılık* çekincesini kaldırması halinde ortadan kalkar.

da New York Sözleşmesi'ne taraf olması halinde, yeni Tasarının tahkimi düzenleyen maddelerinde, bağlayıcılık ölçütü ile kesinleşme ölçütünün birlikte anılması, sonuçta bunlardan daha ağır koşullar getiren ölçütün uygulanmasına neden olacaktır. Daha ağır koşullara bağlı olan ölçüt kesinleşme olduğuna göre, bunun yanıma bağlayıcılık ölçütünün de ilave edilmesinin sonuç olarak hiçbir pratik yararı olmayacaktır. MÖHUK Tasarısında bu sözcükleri muhafaza etmek, kanaatimizce New York Sözleşmesi'ne uyum sağlama açısından kaçınılan bir fırsat olacaktır. Hattâ daha ileri bir söyleyişle, tarafların kendi serbest iradeleriyle bunu tercih etmeleri dışında, tenfizi New York Sözleşmesi ile getirilen tenfiz şartlarından daha ağır şartlara bağlamak, Sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

New York Sözleşmesi'nin açık hükmü karşısında, Türkiye'nin buna taraf olmasına rağmen farklı ve tenfizi zorlaştıran kesinleşme ölçütünü muhafaza etmesi, MÖHUK m.1/II'de ifade edilen uluslararası sözleşme hükümlerinin saklı olduğu hükmü nedeniyle, New York Sözleşmesi ile çelişmeye devam edecektir. Yalnız burada yanlış anlaşılması gereken önemli bir hususa daha işaret etmek gerekir. Hakem kararının bağlayıcı olması nedeniyle tenfiz isteminde bulunulabilmesi, mutlaka kararın tenfiz edilmek zorunda olduğu anlamına gelmez. Tenfiz davalısının New York Sözleşmesi'nin V/1e maddesine dayalı olarak tenfizin reddini talep etme hakkı saklıdır. Ancak, diğer yandan, bu Sözleşme gereği, tenfiz makamı burada belirtilen hususları re'sen göz önünde bulundurmamak zorunda değildir.

Metin düzeltilen Tasarıdaki haliyle kabul edilse bile, Türk hâkiminden tenfiz istendiğinde, Türk hâkimi zaten resmî yargılama usulünden alışageldiği şekilde, kanun yollarının tüketilmesini veya kanun yolu sürelerinin geçirilmiş olmasını ve bunun da hakem kararının altına yazılmış olmasını arayacaktır. Hal böyle iken, metne "*veya taraflar için bağlayıcı*" ifadesinin eklenmesi, bu eklemeyen beklenen tenfizin kolaylaştırılması amacına hizmet etme bakımından yetersiz kalacaktır. Zira, Türk hâkimi açısından zaten yargı kararları, resmî yargılama usulünden alışageldiği üzere, kesinleşme ile bağlayıcılık kazanır. Bu durumda hakem kararlarının verildiği anda bağlayıcı olacakları özellikle belirtmeli ve böylece bağlayıcılığın tahkim açısından kesinleşmeden farklı olduğu açıkça ifade edilmelidir. Hiç değilse, metinde esas alınan ana kriterin bağlayıcılık olduğu, kesinleşme ve icra edilebilirliğin ise, tarafların iradesine bağlı bir istisna olduğu açıkça vurgulanmalıdır. Bu çerçevede 43/I.madde hakkındaki somut önerimiz şudur:

Madde 43: Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi

Taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir. Taraflar hakem kararlarının kesinleşme suretiyle bağlayıcılık kazanmasını kararlaştırmadığı ya da buna paralel hüküm getiren bir usul düzeninin uygulanmasını tercih

etmediği takdirde, hakem kararlarının verildikleri anda bağlayıcılık kazandığı kabul edilir.

b) MÖHUK m.44: Tenfiz talebinde bulunacak tarafın vermesi gereken belgeleri düzenleyen bu maddenin b bendinde yer alan “kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış” ifadesi kaldırılarak, “usulen bağlayıcılık kazanmış” ifadesi konulmalıdır. Böylece, Türk hâkimi tarafından hakem kararında, hakem mahkemesinden başka, resmî makamın onayının ve kesinleşme şerhinin aranması alışkanlığının önüne geçilmelidir. Birinci Tasarıda yer almayan “veya bağlayıcılık kazanmış” ifadesinin bu şekilde düzeltilen Tasarıya ilave edilmesi de, yanlış anlamaların önüne geçmek ve amacı karşılamak bakımından yetersizdir. Hiç değilse, verilmesi gereken belgeler açısından ana kriterin bağlayıcılık olduğu, kesinleşme şerhinin istisnâî nitelikte olduğu vurgulanmalıdır. Ancak bu şekilde, New York Sözleşmesi’nin IV.maddesindeki düzenleme ile paralellik sağlanmış olacaktır. Bu çerçevede b bendi hakkındaki somut önerimiz şu şekildedir:

Madde 44/b:

Bağlayıcı kabul edilmesi için kesinleşme şerhini şart koşan bir usul düzeni içerisinde verilmesi hali müstesna olmak üzere, kesinleşme şerhini haiz olmasa da, usulen bağlayıcılık kazanmış hakem kararının aslı ve onanmış örneği.

c) MÖHUK m.45: Bu maddenin i bendine, açıkça vurgulamak amacıyla “veya tâbi olduğu usule” ifadesini yerleştirmek yerinde olmakla birlikte, kesinleşme ve icra kabiliyeti kazanma ifadelerinin muhafaza edilmesi ve üstelik bağlayıcılık sözcüğü ile birlikte kullanılması uygun düşmemektedir. Türk hâkimi böyle bir durumda, bağlayıcılık kazanmış olmasına rağmen, kesinleşme şerhi olmayan bir hakem kararının tenfizi istemini resmî yargılama usulünden gelen alışkanlıkla reddedebilecektir. Bu nedenle, kesinleşme ve icra kabiliyeti kazanma sözcükleri kaldırılmaksızın “veya bağlayıcılık” sözcüğünün ilave edilmesi sonuçta istenilen amaca ulaşılması bakımından yeterli olmayacaktır. Tenfizini kolaylaştırılması amacı da, böylece gerçekleştirilemeyecektir. Bu çerçevede, 45. maddenin i bendi ile ilgili somut önerimiz, New York Sözleşmesi’nin V/1e maddesine paralel olarak şu şekildedir:

Madde 45/i:

Hakem kararı tâbi olduğu usule veya verildiği yer hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre henüz bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise.