

**TÜRKİYE’DE
YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİNİN
ANAYASAL VE KÜRESEL BOYUTLARI**

*Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL**

*“Bu çalışmamı akademik hayattaki yakın arkadaşım
iyi insan ve büyük hukukçu Prof. Dr. İrfan Baştuğ’un
anısına armağan ediyorum.” 6 Temmuz 2005*

**I. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN DÜNYADAKİ
GELİŞİMİ**

Milletlerarası ticari ilişkilerin hukuki temelini teşkil eden sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa (*Pacta sunt servanda*) ilkeleri yanında, yirminci yüzyılın ikinci yarısında, bir taraftan, bölgesel ekonomik birliklerin kurulması, gümrük duvarlarının kaldırılması gibi ilkelerin hazırladığı hukuk ortamı, diğer taraftan, ulaştırma ve iletişim alanlarındaki teknolojik gelişmeler -birtakım mevzii savaş ve terör olayları ile, zaman zaman gölgelense bile- milletlerarası ticaret ve yatırımlara küresel bir nitelik kazandırmıştır. Gerçekten, XXI. yüzyılda da gittikçe artan bir biçimde, insanların (emek ve serbest meslek sektörleri dahil) yer değiştirmeleri; ham, yarımamül ve mamül madde pazarlarının ülke boyutundan, kıt’a, hatta dünya boyutuna ulaşması; know-how, patent ve benzeri fikri ve sınai hakların; döviz, kredi ve sermaye gibi yatırım ve finansman araçlarının, elektronik iletişim sistemleriyle olağanüstü bir akışkanlık kazanması, insanlık evriminde küreselliğe gidişi karşı konulamaz bir hale getirmiştir. Bir taraftan milletlerarası teamül, örf ve adet, diğer taraftan çok taraflı ve iki taraflı milletlerarası anlaşmalar, milletlerarası kuruluşlar veya bölgesel örgütler tarafından hazırlanan model kanun ve benzeri düzenlemeler, milletlerarası ticaret hukukunu (*Lex*

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kurucu ve Emekli Öğretim Üyesi

Mercatoria Universalis) geliştirmiş¹, ve ona, Avrupa ve Kuzey Amerika devletlerinin iç hukuklarıyla ilişkili fakat onlardan bağımsız bir nitelik kazandırmıştır.

XX. yüzyılda bir devletin iç hukuk kurallarının milletlerarası ekonomik ilişkilerden doğan ihtilafları çözümlenmede yetersiz kalması², milletlerarası

¹ Merkezi Roma'da olan International Institute for the Unification of Private Law (*Unidroit*) Mayıs 1994 yılında milletlerarası hukuk ve iş dünyasının ihtiyaçlarına cevap vermek amacıyla "*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*"ı hazırlamış ve yayınlamıştır (*Unidroit/Roma 1994*). Bu prensiplerin dibacesinde aynen şöyle denilmektedir:

"These Principles set forth general rules for international commercial contracts.

They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.

They may be applied when the parties have agreed that their contracts be governed by general principles of law, the lex mercatoria or the like.

They may provide a solution to an issue raised when it proves impossible to establish the relevant rule of applicable law.

They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.

They may serve as a model for national and international legislators."

(Türkçe Çevirisi): "Bu İlkeler uluslararası ticari sözleşmeler için genel kurallar koyar.

Bu İlkeler, taraflar sözleşmelerinde bunların uygulanacağını kararlaştırdıklarında uygulanmalıdır.

Bu İlkeler, taraflar anlaşmalarında hukukun genel ilkeleri, milletlerarası ticaret hukuku (*lex mercatoria*) veya bunlara benzer ilkelerin uygulanacağını kararlaştırdıklarında uygulanabilir.

Bu İlkeler, uygulanabilir hukuku tesis etmenin imkansız olduğunun kanıtlandığı durumda, ortaya çıkan bir soruna çözüm olabilirler.

Bu İlkeler, uluslararası yeknesak hukuk kurallarını yorumlamak veya tamamlamak için kullanılabilirler.

Bu İlkeler, ulusal veya uluslararası yasa koyuculara bir model olma işlevini yerine getirebilir."

(ICC) Milletlerarası Tahkim Divanı Bülteni'nin (*The ICC International Court of Arbitration Bulletin*) 1999 Sonbahar sayısında "*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*"a atıfta bulunan pek çok ICC Tahkim Kararlarına yer verilmiştir (Cilt 10 No.2 s. 33-119).

² *"The international arbitration reinforces the application of international legislation (conventions, directives and charters) and commercial customs. International or transnational institutional arbitration courts or organizations (e.g. International Chamber of Commerce "ICC", Inter-American Commercial Arbitration "IACA" International Center for the Settlement of Investment Disputes "ICSID") are playing important roles in the process of creating the legal rules of the new international economic order (or Lex Mercatoria Universalis)"* (Türkçe Çevirisi): "Milletlerarası

ticari uyuşmazlıklar hakkında karar verebilecek milletlerarası mahkemelerin mevcut olmaması ve nihayet bazı devletlerin ve kamu kurumlarının, bir başka devletin mahkemesinin yetkisini kabul etmeyi kendi devletinin egemenliğine aykırı bulmaları vakıaları, milletlerarası tahkimin milletlerarası ticaret hukuku ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde etkin bir hukuk müessesesi olarak gelişmesine neden olmuştur.

Bu gelişimin ana hatları, kronolojik olarak şöyle sıralanabilir:

1923- Milletler Cemiyeti 1923’de Tahkim Şartları üzerinde Cenevre’de bir protokol (1923 Cenevre Protokolü) düzenlemiştir. (*Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923*),

1927- Milletler Cemiyeti’nin önderliğinde 1927’de Cenevre’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Konvansiyon’u (1927 Cenevre Sözleşmesi) (*the Geneva Convention on the Execution of Foreign Awards*) imzalanmıştır.

1958- İkinci Dünya Savaşından sonra Milletlerarası Ticaret Odasının (ICC) girişimiyle Birleşmiş Milletler Teşkilatının önderliğinde New York’ta yapılan bir konferans sonucunda 10 Haziran 1958 tarihinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Konvansiyonu (***1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards***) 45 devlet temsilcisi tarafından imzalanmıştır (***New York Sözleşmesi veya Konvansiyonu***). Bu Konferans’a Türkiye Odalar Birliği Müşaviri ve hükümetimizin temsilcisi sıfatıyla katılan **Prof. Dr. Rabi Koral** tam yetkili murahhas olarak New York Sözleşmesi ve Protokolünü Türkiye adına imzalamıştır; Şubat 2005 itibariyle 136 devlet tarafından imzalanmış ve Pakistan haricinde, kendi ülkelerinde yürürlüğe konmuştur.

1961- 21 Nisan 1961 tarihinde de Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu’nun önderliğinde Cenevre’de Milletlerarası Ticari Hakemlik konusundaki Avrupa Konvansiyonu (***European Convention on International***

tahkim milletlerarası mevzuatın (Antlaşmalar, Şartlar ve Avrupa Birliği Direktifleri gibi) ve milletlerarası ticari örf ve adetlerin uygulanmasını güçlendirir. Milletlerarası veya milletlerüstü kurumsal tahkim divanı ya da organizasyonları (mesela Milletlerarası Ticaret Odası “ICC”, Amerikan Ülkeleri (Inter-Amerikan) Ticari Tahkim “IACA”, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez “ICSID”) yeni milletlerarası ekonomik düzenin hukuk kurallarını oluşturma (***Lex Mercatoria***) sürecinde önemli rol oynamaktadırlar. (Bırsel, M.T. *The Evolution of International Economic Order Towards The Organic Concept of Law*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1977, Cilt IX - Sayı 1, s. 85).

Commercial Arbitration) imzalanmıştır (Avrupa Ticari Tahkim Sözleşmesi). Cenevre Sözleşmesi de, Türkiye adına, Prof. Dr. Rabi Koral tarafından imzalanmıştır.

1965- Washington D.C. de 1965 yılında imzalanan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım İhtilaflarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*) (ICSID Sözleşmesi veya Konvansiyonu) ile, Dünya Bankası Örgütleri arasında yer alan bir tahkim merkezi (*International Centre for Settlement of International Disputes "ICSID"*) kurulmuştur. Bu merkez Devletlerin taraf olduğu yatırım uyuşmazlıklarının politik etkilerinden arındırılması (*depolitization*) amacıyla ICSID Tahkim Kuralları uygulanarak yürütülen milletlerarası tahkimi yönetmektedir³.

1976- Milletlerarası Ticaret Hukuku Birleşmiş Milletler Komisyonu (The United Nations Commission on International Trade Law ["UNCITRAL"]) 28 Nisan 1976 tarihinde, daimi bir hakemlik kuruluşuna bağlı olmayan tahkim *ad hoc* tahkimi düzenleyen UNCITRAL Tahkim Kurallarını kabul etmiş, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu bu kuralları 15 Aralık 1976 tarihinde aşağıdaki tavsiyede bulunarak kabul etmiştir:

"(UN General Assembly) *Recommends the use of the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law in the settlement of disputes arising in the context of international commercial relations, particularly by reference to the Arbitration Rules in commercial contracts*"⁴.

[(Birleşmiş Milletler Genel Kurulu) Özellikle ticari sözleşmelerdeki Tahkim Kuralları'na ilişkin olarak, milletlerarası ticari ilişkiler çerçevesinde oluşan uyuşmazlıkların çözümünde, Milletlerarası Ticaret Hukuku'na ilişkin Birleşmiş Milletler Komisyonu (*UNCITRAL*) Tahkim Kuralları'nın kullanımı tavsiye eder.]

³ II./3 kısmında yer alan **ICSID Sözleşmesi** konusuna bakınız.

Birsel, M.T.: Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri (*Arbitration Conventions*) ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri; Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü [(Ankara, Kasım 1998)] s. 449-538.

⁴ **Sanders**, Pieter: *Commentary on Uncitral Arbitration Rules, Year Book Commercial Arbitration* Volume II-1977, s. 172-223; **Alangoya**, Yavuz: UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği hakkında, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s.24-39.

1985- UNCITRAL Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu Örneği (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) UNCITRAL nezdinde kurulan bir çalışma grubu tarafından hazırlanmış ve 21 Haziran 1985 tarihinde UNCITRAL tarafından kabul edilmiştir.

Kanun Örneği’nin amacı, Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin tahkim yerinde uygulanacak usul kuralları olarak Kanun Örneğini (*UNCITRAL Model Law*) kabul etmeleri ve milletlerarası tahkim davalarında, bu örnekte yer alan kuralların, bütün dünyada Tahkim Yeri Hukuku (*Lex Loci Arbitri*) olarak uygulanmasını sağlamaktır. Bu suretle milletlerarası tahkim sözleşmesi yapan tarafların **adil ve haklı bir hakem kararı verilmesi beklentilerinin** - toprakları üzerinde tahkimin yürütüldüğü devletin milli usul hükümleri dolayısıyla- boşa çıkmasının engellemesi arzu edilmektedir⁵.

1998- Milletlerarası Ticaret Odasının (ICC) bünyesi içinde 1923 yılında, Paris’te iş hayatında meydana gelen milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklara tahkim yoluyla çözüm bulmak amacıyla, ICC Milletlerarası Tahkim Divanı (*International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*) kurulmuştur. Bu tahkim kuruluşu, İkinci Dünya Savaşı sonrası büyük gelişme kaydetmiş, milletlerarası tahkime katkısı ve önemi yatsınamıyacak, bağımsız ve bağlantısız bir milletlerarası hakemlik örgütü haline gelmiştir.

ICC Tahkim Kuralları, ICC Milletlerarası Tahkim Komisyonunun 1995 yılı sonlarında başlattığı bir çalışma ile yeniden düzenlenmiş (*révision*) ve 8 Nisan 1997 yılında Şankay (Shanghai)’da yapılan ICC Genel Kurul toplantısında kabul edilerek 1 Ocak 1998 yılından itibaren yürürlüğe girmiştir.

XX. yüzyılın ikinci yarısında milletlerarası ticaretin, daha doğrusu ekonomik ilişkilerin küresel boyutta gelişmesi, XIX. yüzyılın Kara Avrupası devletleri mevzuatı içinde adli yargının yanında ikinci derecede bir yeri olan tahkim müessesesine ayrı bir özellik, hatta milletlerarası ekonomik ilişkilerde üstünlük kazandırmıştır. Öyle ki, Helsinki’de toplanan Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansı’nın 1 Ağustos 1975 tarihli Nihai Belgesinde Milletlerarası Tahkime ayrı bir bölüm ayrılmıştır.

⁵ **Birsel, M.T. ve Budak A.C.:** Milletlerarası Tahkim konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler - Türk Tahkim Hukuku ve Uncitral Kanun Örneği, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını No. 319, s.170-266.

Milletlerarası ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesinin, iş dünyasında gittikçe artan bir çoğunluk ile benimsenmesi bir takım gelişmelere neden olmuştur:

- 1- Bir tahkim kuruluşu tarafından tespit edilmiş tahkim kurallarına göre icra edilen tahkim [daimi bir hakemlik kuruluşuna bağlı tahkim: kurumsal tahkim (*institutional arbitration*)], milletlerarası alanda münferit tahkime (daimi bir hakemlik kuruluşuna bağlı olmayan tahkim: *ad hoc arbitration*) tercih edilmeye başlanmıştır (**EK I**).
- 2- Tahkim müessesesinin milletlerarası düzenlenmesi, özellikle yabancı hakem kararlarının her ülkede tenfizine olanak sağlanması için Birleşmiş Milletler ve ilgili örgütleri, çok taraflı ve iki taraflı anlaşmalar, Örnek Kanun düzenlenmeleri ile milletlerarası tahkimin dünyada yeknesak bir uygulamaya kavuşması için, büyük gayret sarf etmektedir (*New York Sözleşmesi, İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları, UNCITRAL Örnek Kanunu ve UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi*).
- 3- Milletlerarası tahkim, milli tahkimden bağımsız, milletlerarası ticaret hukuku içinde yer alan, geçerli bir hakem sözleşmesinin hayat verdiği bir özel hukuk kurumu olarak gelişmektedir.
XXI. Yüzyılın başında Yargı veya Tahkim Yollarının yanında, ticari uyuşmazlıkların, ilgili tarafların karşılıklı rızaları ile, değişik yöntemlerle sulhen çözümlenmesi fikri (*Alternatif Dispute Resolutions*) de uygulama alanı bulmaya başlamıştır.
- 4- Milletlerarası tahkimde, özellikle, yabancı hakem kararlarının tenfizinde, kamu düzeni müessesesinin (New York Sözleşmesi- Madde V/ 2.b) dar yorumlanması ilkesi, Batılı ülkelerin mahkemeleri ve son zamanlarda Türk Yargıtay'ı (EK II'deki Yargıtay Kararları)⁶ tarafından da ağırlıklı olarak, benimsenmiştir.

⁶ Milletlerarası Tahkim Hukukunda, bir devletin iç hukukunun emredici hükümleriyle aynı devletin benimsediği milletlerarası kamu düzeni (*ordre public international*) kavramının birbirinden ayrılması gereği kabul edilmektedir. Yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyen "Kamu Düzeni" müdahalesinin, milletlerarası kamu düzeni kavramı ile milli tahkime nazaran daha fazla daraltılması esas benimsenmektedir (**Birsel**, M.T. Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerine göre verilen Hakem Kararlarının 2675 sayılı Kanun (MÖHUK) Hükümleri Dairesinde Türkiye'de Tenfizi s. 160, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi II. Tahkim Haftası

II. YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE’DE TENFİZİ ALANINDAKİ GELİŞMELER

1. Birinci Aşama: Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin İçtihatlarla Düzenlenmesi

Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında herhangi bir hüküm mevcut değildir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) döneminden (1982) önce, sadece, 22 Haziran 1930 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti arasında imzalanan ve 21 Temmuz 1931 kabul tarihli ve 1865 sayılı “*hukuki ve ticari mevaddi adliye müteallik müteakabil münasebetlere ve adli kararların tenfizine dair Sözleşme*”nin onay Kanunu (Düstur, III. Tertip, Cilt 12, .s. 967-984) 20. maddesinde “*Akit Taraflardan birinin arazisinde hakemler tarafından verilen kararlar diğer Akit Taraf arazisinde lazımtenfiz (tenfizi gerekli) olacaktır*” denilmek suretiyle, karşılıklılık ve toprak esasları dairesinde Avusturya arazisinde verilmiş hakem kararlarının Türkiye’de tenfizi milletlerarası andlaşma ile düzenlenmiştir.⁷ Türkiye Cumhuriyeti, 1923 Cenevre Protokolü ile 1927 Cenevre Sözleşmesi’ni de imzalamamıştır. Esasen, bunlar New York Sözleşmesi’nin Madde VII fıkra 2. hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle, uygulamada milletlerarası tahkim alanında ortaya çıkan boşluk, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanun 1982 yılında yürürlüğe girinceye kadar (“MÖHUK Dönemi”) Yargıtay içtihatları ile doldurulmuştur.

Bu içtihatları üç döneme ayırmak mümkündür:

Birinci dönemde, 1949 yılına kadar Yargıtay yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme ilamlarının tenfizi yoluyla değil -kanımca **Lozan Sulh Andlaşması’nda Türk Adliyesinin Türkler ile yabancılar arasında bir ayırım gözetmeyeceği teminatı verildiğini de dikkate alarak**- milli hakem kararlarına mahsus hükümler dairesinde icra olunacağı görüşünü benimse-

Ankara 25-26 Kasım 1983 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1984)

⁷ Daha sonra 23 Eylül 1991 tarihinde yürürlüğe giren (Resmi Gazete Sayı 21000) Türkiye ile Avusturya arasında Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi hakkındaki Sözleşmede, her iki devlet New York Sözleşmesini yürürlüğe koydukları için, hakem kararlarının tenfizine yer verilmemiştir.

miştir (YHGK T. 5.1.1930 sayı: 247 YHD K.T. 28.6.1948 E. 2614, K. 2931, aynı dairenin 4.3.1948 tarih E. 47/6444 K. 114, YDT T. 13.4.1944 1604/42, aynı dairenin 27.4.1948 E. 4777 K. 2020 sayılı kararları).

İkinci dönemde, Yargıtay kararlarına Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.11.1951 tarih ve Esas/126, Karar/109 sayılı, aşağıda metni yazılı kararı ışık tutmuştur:

“Hakemlerin tabiiyeti ve hakem kararının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılık vasfı izafe edilemez (1958 tarihli New York Konvansiyonu bu görüşü benimsememiştir) ise de tahkimnamenin ve esas mukavelelerin tabi olduğu kanun bakımından hakem kararının yabancılık vasfı münakaşa olunabileceğine ve bir hakem kararı yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş ise, o karar yabancı hakem kararı sayılabileceğine, icra mahalli Arjantin olan ve orada tanzim edilen, Türk kanunlarına atfı yapmayan ve tahkim şartını muhtevi mukaveleden doğan ihtilafların halline dair olan hakem kararının yabancı bir hakem kararı olduğu muhakkak bulunduğu ve HUMK'nun tahkime ait hükümleri şekle tahalluku hasebiyle Türk kanunlarının otoritesi altında verilmiş hakem kararlarına münhasır olduğuna ve yabancı hakem kararları, tenfiz usulüne tevfikân Türk Kazai mercilerince incelenmek tenfizi lüzumuna karar verilmedikçe Türkiye’de icra olunamayacağına ... oy çokluğu ile karar verildi”.

Yargıtay Ticaret Dairesi, bundan sonraki bir çok kararında, yabancı hakem kararlarının tenfiz ile ilgili olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 7.11.1951 tarihli kararında belirtilen ilkeleri benimsemiş ve muhafaza etmiştir. (YTD. T. 21.1.1952 E.6330 K. 407, YTD. T. 21.1.1952 E. 6320 K. 955, YDT. T. 18.2.1954, E. 487, K. 930, YTD. T. 21.5.1954 E. 3397 K. 4190).

Bu dönemin kararlarının ana fikri şu surette özetlenebilir:

- (a) Yabancı bir kanun otoritesi altında verilen bir hakem kararı “yabancı hakem kararı”dır.
- (b) Yabancı hakem kararları Türkiye’de ancak yabancı ilamların icrasına mahsus hükümler uyarınca tenfiz edildikten sonra icra edilebilir hale gelir.

Yukarıda özetlenen her iki ilke Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 7 Kasım 1951 tarihli kararında benimsenmiştir. Bu ilkelerden birincisi yani

yabancı bir kanun otoritesi altında (yabancı tahkim yerinde) verilen hakem kararlarının yabancı hakem kararı olması bugün dahi geçerliliğini ve önemini muhafaza etmektedir. Buna karşın, yabancı hakem kararlarının **yabancı mahkeme kararları gibi** tenfize tabi tutulmaları esaslı, 1991 yılında New York Sözleşmesi ile yabancı hakem kararlarının tenfizine özgü kurallar yürürlüğe girinceye kadar,-Türkiye’de yabancı hakem kararlarının icrası ve tanınmasını son derece zorlaştırmıştır.

Üçüncü dönemde, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 10 Mart 1976 tarihli (E. 75/1617, K. 76/1052) kararıyla, New York Sözleşmesi’nin Türkiye’de yürürlüğe girmesinden bir çeyrek yüzyıl önce hakem kararlarının milliyetini (milli mi yoksa yabancı hakem kararı mı olduğunu) tayinde Toprak Esasını benimsemiştir:

“Yargıtay’ın hakem kararlarını denetlemesi, yargısal tasarruf alanına girmektedir. Yargıtay’ın verdiği kararlar yargısal niteliktedir. Gelgelelim Yargıtay’ın yargısal tasarrufu ülke sınırları ile sınırlanmıştır. Başka bir söyleyişle, devletin egemenlik alanı içinde uyumsuzluğa el koyan, yargılama yapan, uyumsuzluğu çözen hakemlerin verdikleri kararlar için Yargıtay’ın denetimi söz konusu olabilir. Öyle ise, İsviçre’nin Lozan Şehrinde toplanan, orada yargılama ve inceleme yapan hakemlerin verdikleri kararların (Türk Usul Hukukunu uygulamasalar ve Türk kamu düzenine ilişkin hükümlere saygı gösterebilir bile) Yargıtay’ın Devletin egemenlik alanı ile sınırlı yargısal denetimine bağlı tutulması olanaksızdır. Toprak ilkesi açısından yabancı memlekette toplanan, yargılayan hakemlerin orada verdikleri kararları, yabancı hakem kararı olarak nitelemek gerekir. O halde Usulün 536 ya da 537. maddesi uyarınca verilen bir karar olmadığına göre, yabancı hakem kararı için (doğrudan) Yargıtay yoluna başvurulamaz. Burada yabancı memlekette verilen bir hakem kararının Türkiye’de tanınması ve yerine getirilmesi (tenfizi) söz konusu olmaktadır”.

2. İkinci Aşama: Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenmesi (MÖHUK Dönemi)

22 Kasım 1982 tarihinden itibaren yürürlüğe giren MÖHUK Döneminde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Dokuzuncu Babında yer alan “*Ecnebi Mahkemelerinden verilen İlamların Sureti Tenfizi*” Faslı yürürlükten kaldırılmış, onun yerine MÖHUK madde 34-42 hükümleri geçmiştir.

MÖHUK, yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunu, bir çok bakımlardan, New York Sözleşmesi hükümlerini kaynak olarak düzenlemiştir (MÖHUK 43-45). Fakat, buna rağmen, MÖHUK'un 44. maddesinin son fıkrasında 38. madde (a) bendine de atıf yapılarak, yabancı hakem kararlarının tenfizi, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine çok yaklaştırılmıştır. New York Sözleşmesi'nin onaylanmasını uygun bulan 3731 sayılı 8 Mayıs 1991 kabul tarihli Onay Kanununun yürürlüğe girmesine kadar, Türk kanun koyucunun milletlerarası tahkimi bir özel hukuk (ticaret hukuku) müessesesi olmaktan ziyade, usul hukuku alanı içine giren bir müessese olarak (*Kazailik Teorisi*), değerlendirdiği sonucuna varılabilir.

3. Üçüncü Aşama: New York Sözleşmesi, İkili ve Çok Taraflı Milletlerarası Antlaşmalar Dönemi

A. New York Sözleşmesi

New York Sözleşmesi 1958 yılında imzalandığı halde aradan uzun zaman geçmesine rağmen, Türkiye bu Birleşmiş Milletler Sözleşmesini onaylamamış, aksine yabancı hakem kararlarının tenfizinde yaratılan büyük engeller hukuk sistemimiz içinde yer almaya devam etmiştir. 10 Ocak 1975 tarihli Milletlerarası Tahkim New Delhi Kongresinde "*(New York Sözleşmesini) henüz onaylamamış devletleri Sözleşmeye katılmak imkanını tekrar mülahaza etmeye*" çağıran Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı (A/Res/3108XXVIII) ile UNCITRAL tarafından yapılan duyuru üzerine Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası Milli Komitesi, Avrupa Ticari Tahkim Sözleşmesi ile birlikte New York Sözleşmesi'nin kanunlaşması yolunda teşebbüse geçmiştir. Ancak Milletlerarası Ticaret Odası Milli Komitesi'nin Hükümet nezdindeki bu girişimleri bir sonuç vermemiştir.

Nihayet 1989-1990 yıllarında, Bakanlar Kurulu'nda yer alan **Profesör Dr. Ali Bozer** ve o tarihlerde İstanbul Barosu Başkanı ve ICC Milletlerarası Tahkim Divanı Üyesi olan **Profesör Dr. Selahattin Sulhi Tekinay**'ın gayretleri ile New York Sözleşmesi'ne ait 3731 sayılı Onay Kanunu ve Avrupa Ticari Tahkim Sözleşmesi'ne ait 3730 sayılı Onay Kanunu ancak 1991 yılında yürürlüğe girebilmişlerdir.

New York Sözleşmesi’nin kabulü ile:

- a) hakem kararının tabiiyetinin -toprakları üzerinde tahkimin cereyan ettiği devletin hukuk düzeni otoritesi altında- tahkim yeri ülkesi olduğu (Toprak Esası) (Madde I/1),
- b) akit devletlerden herbirinin, New York Sözleşmesi’ne göre milletlerarası (yabancı) sayılan hakem kararlarını New York Sözleşmesi’nde yazılı şartlar dairesinde tenfiz kararı vermeleri amacı sonucunda yabancı hakem kararlarının Türk mahkemeleri tarafından verilmiş Yargı Kararları gibi Türkiye’de İcra ve İflas Daireleri tarafından icra edilmeleri gereği (Madde III),
- c) yabancı hakem kararlarının tenfizi usulünün New York Sözleşmesi hükümleri ile düzenlenmiş olması ve New York Sözleşmesi’nin imkan verdiği ölçüde tamamlayıcı hükümler olarak, ilgili diğer milletlerarası anlaşmalar, devletler hususi hukuku ve usul hukuku hükümlerinin tenfiz prosedürü sırasında uygulanması; nihayet New York Sözleşmesi hükümlerine ters düşen kanun hükümlerinin uygulanmaması

Türkiye Cumhuriyeti tarafından da benimsenmiştir.

Görülüyor ki; bugüne kadar pek çok devlet tarafından imzalanan ve yürürlüğe konulan New York Sözleşmesi yabancı hakem kararlarının tenfizini yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden tamamen ayırmış, onları bağımsız hale getirmiştir. New York Sözleşmesi’nin yürürlüğe konulması ile, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi alanında Kazailik Teorisinin yerini **Sözleşme Teorisi** almıştır.

B. Avrupa Ticari Tahkim Sözleşmesi

Milletlerarası Ticari Hakemlik konusunda 21 Nisan 1961 tarihinde yapılan Cenevre Sözleşmesi (Avrupa Ticari Tahkim Sözleşmesi) 3730 sayılı ve 8 Mayıs 1991 tarihli Kanunla (RG. 21 Mayıs 1991 – 20877) onaylanmış ve Sözleşme metni (İngilizce orijinal metni ile birlikte) 23 Eylül 1991 tarihli Resmi Gazete’de (sayı 21000) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Ticari Tahkim Sözleşmesi milletlerarası ticari işlerden doğan, ticari ikametgah ve şirket merkezleri değişik ülkelerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için hakemlik müessesesine müracaat edildiği takdirde, tahkimin örgütlenme ve işlemlerini düzenleyen,

hakemlik anlaşmaları, hakemlik prosedürü ve uygulanacak hukuk hakkında hükümler içermektedir.

Bundan başka, Avrupa Ticari Tahkim Sözleşmesi, New York Sözleşmesi'ni tamamlayan bir yardımcı kaynak niteliğindedir. Zira, New York Sözleşmesi'ne göre yapılan tenfiz başvurularında, New York Sözleşmesi'nin VII. Madde hükmüne göre, **“ taraflar tenfiz davasının cereyan ettiği memleketin mevzuat ve muahedeleri hükümlerinden yararlanmak imkanından mahrum edilemezler.”**

C. ICSID Sözleşmesi

ICSID Sözleşmesi ile 1965 yılında, yatırım uyuşmazlıklarının Dünya Bankası bünyesi içinde Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) (**“ICSID Merkezi”** veya **“Merkez”**) kurulmuştur⁸.

Türkiye Cumhuriyeti, 8 Aralık 1987 tarihli Resmi Gazete'de (Sayı 20011, sayfa 27-39) yayımlanan ICSID Sözleşmesini 27 Mayıs 1988 tarih ve 3460 sayılı Kanun ile onaylamıştır (R.G. 2 Haziran 1988 Sayı: 19830).

ICSID Tahkimde, tarafların bu tahkime tabi olma rızalarının aynı belgede, örneğin taraflar arasında akdedilen bir yatırım sözleşmesinde, yer almış olması, zorunlu görülmemiştir. Bu bakımdan ICSID Sözleşmesine taraf Devletin, ICSID Tahkiminin kabulüne dair iradesini belirtmesi ve yatırımcının yatırım uyuşmazlığının tahkim yoluyla çözümü için ICSID Merkezine müracaatı yeterlidir. Türkiye akdettiği İki Taraflı Yatırım (İTY) Andlaşmalarında ICSID Tahkimini kabul etmiş ve bu tahkim yolundan tek taraflı olarak vazgeçmeyeceğini taahhüt etmiştir. O halde Türkiye'de yatırım yapan bir yabancı yatırımcı, hakem sözleşmesi veya şartı olmaksızın, Merkeze müracaat ederek ICSID Sözleşmesi'nde yer alan tahkim kurallarına göre tahkim davası açabilir (ICSID Sözleşmesi madde 36).

⁸ Yatırım uyuşmazlıklarının politik etkilerden arındırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Shihata**, I.F.I.: *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA* (Yatırım Anlaşmazlıklarının Politik Etkilerden Arındırılmasına Doğru: ICSID ve MIGA'nın Rolü), 1-6 (1992). Ayrıca bkz. **Yeşilirmak**, Ali: Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri üzerindeki Yargı Yetkisi, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 1999, Cilt XX sayı 2, s. 151-182. **Yılmaz**, İlhan: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yolu ile Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004, s. 34-38.

ICSID, diğer tahkim kurumlarından farklılıklar arzeder:

- ICSID Merkezi, uyuşmazlıkları çözen bir örgüt olarak faaliyet gösterme yanında, uluslararası düzeyde gelişen ülkelerde ekonomik kalkınma ve yapılanmayı teşvik eden bir milletlerarası kuruluştur.
- ICSID Tahkim Kuralları, ICSID Sözleşmesinde yer alan milletlerarası hukuk normları ile Merkezin düzenleyip yürürlüğe koyduğu kuralların bir araya gelmesinden oluşmaktadır. İç hukuk hükümleri ve mahkemelerin etkisinden hiç bir zaman soyutlanamayacak ticari tahkimden farklı olarak, ICSID Tahkimi, Merkeze üye devletlerin iç hukuklarından bağımsız, kendi kendini yöneten bir sistemdir. **Bu sistemde tenfiz prosedürü yoktur ve New York Sözleşmesi uygulanmaz.** ICSID Sözleşmesiyle, **“hakem kararına uymayı gerektiren bağlayıcı bir anlaşma tesis”** edilmiştir. Bu nedenle **ulusal devletlerin yegane görevi ICSID hakem kararlarının ülkelerinde tanınması ve icrasını sağlamaktadır** (ICSID Sözleşmesinin Önsözünden).
- ICSID Tahkimi mecburi bir tahkim yoludur. Taraflar ICSID tahkimini seçme konusunda karara vardıkları andan itibaren tek taraflı olarak bu tahkim yolundan vazgeçme imkanları da sona erer.

ICSID Sözleşmesi'nin 54. maddesi hükmünde (fıkra 1 cümle 1) aynen şöyle denilmektedir:

“Her üye ülke, bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir”.

Yargıtay Onursal Başkanı Okçuoğlu'nun belirttiği gibi⁹.

“1965 tarihli Washington Andlaşması (=ICSID Sözleşmesi), bu Anlaşmada öngörülen Hakemlik Mahkemesi tarafından verilen kararların uygulanması istenen ülkelerin mahkemeleri tarafından kesin hüküm olarak tanınmasını öngörerek, kanımca, bunların (tenfiz prosedürünü) bir ülke yasına göre yapılmasını olanaksız kılmıştır”

⁹ Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara 1991, s. 528.

Türkiye, ICSID Sözleşmesi'nin 25(4). Maddesi ile ilgili olarak, 3 Mart 1989 tarihinde, ICSID Tahkim Merkezi'nde dava edilebilecek uyuşmazlıklarla ilgili olarak aşağıdaki bildirimde bulunmuştur:

“(Türkiye’yi temsilen) Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkındaki Sözleşmenin, hangi tip uyuşmazlıkların ICSID Merkezinde çözümlenebileceğine ilişkin 25(4) maddesine göre, Türkiye Cumhuriyetinin yabancı sermaye mevzuatına uygun, gerekli izinlerin alındığı yatırım işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların ICSID Merkezince çözüleceğini bildirmekten onur duyuyorum. Ancak, gayrimenkul mülkiyeti ve gayrimenkullerle ilgili aynı haklardan doğan uyuşmazlıkların tamamı Türk mahkemelerinin kazai denetimine tabidir ve bu sebeple ICSID Merkezinin kazai denetimi dışındadır.”

(ICSID yayınlarında mevcut İngilizce metinden Türkçe’ye çevrilmiştir).

3460 sayılı Onay Kanunu'nun 1. maddesi de gayrimenkul mülkiyeti ile gayrimenkullere ilişkin diğer aynı haklar üzerindeki uyuşmazlıkların çözümünü ICSID Merkezi'nin yetki alanının dışında tutmuştur.

Bundan başka ICSID Merkezi **Ek İmkanlar Kuralları (=Additional Facility Rules)** hazırlamış ve yürürlüğe koymuştur. Ek İmkanlar Kuralları, ICSID Sözleşmesi'nin kapsamı dışında kalan ihtilafların, aşağıda görüleceği üzere, ICSID Merkezi'nin yönetimi altında çözümlenmesi imkanını vermektedir. Şöyle ki:

- ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet ile veya ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devletin yatırımcısıyla ilgili ve bir doğrudan yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ile,
- ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlet ile yine ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan bir devletin uyrukluğunda olan bir kişi arasında bir yatırım sözleşmesinden doğmayan uyuşmazlıklar olan tahkim davalarını, Ek İmkanlar Kurallarına uygun olarak yönetmeye, ICSID Merkezi yetkilidir (ICSID Additional Facility Rules 11, Washington D.C. Haziran 1997).

Yukarıda belirtildiği üzere, bir ICSID hakem kararı, tenfiz yoluna başvurulmadan, ICSID Sözleşmesi'nin 54. maddesine göre, ICSID Sözleşmesi'ne taraf ev sahibi devlet (yabancı yatırımcının dava ettiği devlet) tarafından tanınır ve bağlayıcılık kazanır. Zira, ICSID Sözleşmesi'ni imzalayan devletler, Devletler Umumi Hukuku esaslarının vücut verdiği bir

yükümlülükle, ICSID hakem kararını icra etmeyi kabul etmişlerdir. Bu bakımdan, ICSID hakem kararları Türkiye’de bir Türk Mahkemesince verilmiş kararlar gibi icra edilmelidir. Buna karşılık, kanımızca, Ek İmkanlar Kurallarına göre verilmiş yabancı hakem kararlarının Türkiye’de icra edilebilmesi için, New York Sözleşmesi’ne veya New York Sözleşmesi’ne göre karşılıklılık yok ise MÖHUK hükümlerine göre tenfizi gereklidir.

D. İki Taraflı Yatırım Andlaşmaları

Türkiye bugüne kadar Almanya (1963), ABD (1989), Hollanda (1989), Bangladeş Halk Cumhuriyeti (1989), İsviçre Konfederasyonu (1989), Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği (1989), Avusturya (1991), Kuveyt (1991), Danimarka (1992), Japonya (1992), Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı (1993), Polonya (1993), Tunus (1993), Çin (1994), Kore Cumhuriyeti (1994), Romanya (1994), Finlandiya (1995), Türkmenistan (1995), Özbekistan (1995); Kırgızistan (1995), Arjantin (1995), Macaristan (1995), Kazakistan (1995), Gürcistan (1995), Finlandiya (1995), Haşimi Ürdün Krallığı (1995), Arnavutluk Cumhuriyeti (1996), Moldova (1996) Belarus (1996), Pakistan (1997), Bulgaristan (1997), Azerbaycan (1997), Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti (1997), Litvanya Cumhuriyeti (1997), Makedonya Cumhuriyeti (1997), Tacikistan Cumhuriyeti (1997), İspanya Krallığı (1997), Hırvatistan Cumhuriyeti (1998), Ukrayna Cumhuriyeti (1998), Endonezya Cumhuriyeti (1998), İsveç Krallığı (1998), İsrail Devleti Hükümeti (1998), Letonya Cumhuriyeti (1999), Estonya Cumhuriyeti (1999), Küba Cumhuriyeti (1999), Mısır Arap Cumhuriyeti (1999), Moğolistan Hükümeti (2000), Bosna ve Hersek Bakanlar Kurulu (2000), Malezya Hükümeti (2000), Rusya Federasyonu Hükümeti (2000), Lübnan Cumhuriyeti (2005) ile Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmaları imzalamış ve bu antlaşmalar, muhtelif tarihlerde kabul edilen onay kanunları ile, mevzuatımızın bir parçası haline getirmiştir.

Onay Kanunları Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girdiği halde, Tunus, Finlandiya, Polonya ve Mısır ile yapılan İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları, Resmi Gazete’de henüz yayınlanmamıştır.

Bu tür ihtilafların çözümünde, Yatırımcı tarafından Evsahibi Devlete ihtilaf konusu yazılı olarak bildirilecek ve önce, karşılıklı iyiniyetle **uyuşmazlık** çözülmeye çalışılacaktır. Yatırımcıya, bazı İkili Yatırım Andlaşmalarında, ihtilafı Evsahibi Devletin usul ve yasalarına göre adli makamlara götürmüş olsa bile belli bir süre içinde ihtilafının çözümlenmemiş

olması kaydıyla, davasını ilgili ikili yatırım anlaşmasında belirtilen milletlerarası tahkime götürme, örneğin ICSID Merkezi'ne götürme hakkı tanınmıştır. Bu anlaşmalara göre, Yatırımcı, aşağıdaki milletlerarası hakemlik müessesesi ve/veya kurallarından birini seçerek uyuşmazlık konusunda, yetkili tahkim mercii tarafından bağlayıcı ve kesin bir karar verilmesi için:

(a) Her iki tarafın ICSID Sözleşmesine taraf olması şartıyla ICSID Merkezi'ne¹⁰,

¹⁰ ICSID KURALLARININ UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAĞINI ÖNGÖREN İKİ TARAFLI YATIRIM ANLAŞMALARININ İLGİLİ MADDELERİ:

1. ABD (madde 6/3, a)
2. Arjantin (madde 7/3)
3. Arnavutluk (madde 10/2, b)
4. Avusturya (madde 9/2)
5. Azerbaycan (madde 7/2, a)
6. Bangladeş Halk Cumhuriyeti (madde 6/3, a)
7. Belarus (madde 7/2, a)
8. Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği (madde 9/2)
9. Bulgaristan (madde 8/2)
10. Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı (madde 8/2)
11. Çek Cumhuriyeti (madde 8/2, b)
12. Çin (madde 7, c)
13. Danimarka (madde 8/2)
14. Gürcistan (madde 7/3, a)
15. Hollanda (madde 9/2)
16. İsviçre Konfederasyonu (madde 8/3)
17. Japonya (madde 11/1)
18. Kazakistan (madde 7/2, a)
19. Kore (madde 10/2 ve 10/3, b)
20. Kuveyt (madde 8/1, a)
21. Kırgızistan (madde 7/2, a)
22. Litvanya Cumhuriyeti (madde 7/2, a)
23. Macaristan (madde 10/2, b)
24. Makedonya Cumhuriyeti (madde 7/2, a)
25. Moldovya (madde 7/2, a)
26. Özbekistan (madde 7/2, a)
27. Pakistan (madde 7/2, a)
28. Romanya (madde 6/5)
29. Türkmenistan (madde 7, a)

(b) Her iki tarafın Birleşmiş Milletler üyesi olması şartıyla, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (**UNCITRAL**) Tahkim Kuralları uyarınca kurulacak bir hakem mahkemesine¹¹;

-
30. Tacikistan (madde 10/2, b)
 31. İspanya Krallığı (madde 9/2, c)
 32. Hırvatistan (madde 7/2, a)
 33. Ukrayna (madde 7/2, a)
 34. Endonezya (madde 8/2, b-i)
 35. İsveç Krallığı (madde 8/1)
 36. İsrail (madde 8/1)
 37. Letonya Cumhuriyeti (madde 7/2, a)
 38. Estonya Cumhuriyeti (madde 7/2, a)
 39. Küba Cumhuriyeti (protokol)
 40. Moğolistan (madde 7/2, a)
 41. Bosna ve Hersek (madde 8/2, a)
 42. Malezya (madde 7/2, b)
 43. Finlandiya (madde 8/1)

¹¹ UNCITRAL KURALLARININ UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAĞINI ÖNGÖREN İKİ TARAFLI YATIRIM ANDLAŞMALARININ İLGİLİ MADDELERİ:

1. Arjantin (madde 8/3)
2. Arnavutluk (madde 10/2, a)
3. Azerbaycan (madde 7/2, b)
4. Belarus (madde 7/2, b)
5. Bulgaristan (madde 8/3)
6. Çek Cumhuriyeti (madde 8/2, a)
7. Çin (madde 7, b)
8. Gürcistan (madde 7/3, b)
9. Kazakistan (madde 7/2, b)
10. Kırgızistan (madde 7/2, b)
11. Litvanya Cumhuriyeti (madde 7/2, b)
12. Macaristan (madde 10/2, a)
13. Makedonya Cumhuriyeti (madde 7/2, b)
14. Moldova (madde 7/2, b)
15. Özbekistan (madde 7/2, b)
16. Pakistan (madde 7/2, b)
17. Türkmenistan (madde 7/2, b)
18. Tacikistan (madde 10/2, a)
19. İspanya Krallığı (madde 9/2, b)
20. Hırvatistan (madde 7/2, b)

(c) ICC Tahkim Kuralları uyarınca kurulacak bir hakem mahkemesine¹²
veya

(d) Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü'ne¹³
başvurma hakkına sahip olacaktır.

-
21. Ukrayna (madde 7/2, b)
 22. Endonezya (madde 8/2, b-ii)
 23. Letonya Cumhuriyeti (madde 7/2, b)
 24. Estonya Cumhuriyeti (madde 7/2, b)
 25. Küba Cumhuriyeti (madde 6/2, a)
 26. Moğolistan (madde 7/2, b)
 27. Bosna ve Hersek (madde 8/2, b)
 28. Rusya (madde 10/2, c)

¹² ICC TAHKİM KURALLARININ YATIRIMLARLA İLGİLİ UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAĞINI ÖNGÖREN İKİ TARAFLI YATIRIM ANDLAŞMALARININ İLGİLİ MADDELERİ:

1. Azerbaycan (madde 7/2, c)
2. Belarus (madde 7/2, c)
3. Gürcistan (madde 7/3, c)
4. Kazakistan (madde 7/2, c)
5. Kırgızistan (madde 7/2, c)
6. Litvanya Cumhuriyeti (madde 7/2, c)
7. Makedonya Cumhuriyeti (madde 7/2, c)
8. Moldova (madde 7/2, c)
9. Özbekistan (madde 7/2, c)
10. Pakistan (madde 7/2, c)
11. Türkmenistan (madde 2, c)
12. İspanya Krallığı (madde 9/2, a)
13. Hırvatistan (madde 7/2, c)
14. Ukrayna (madde 7/2, c)
15. Letonya Cumhuriyeti (madde 7/2, c)
16. Estonya Cumhuriyeti (madde 7/2, c)
17. Küba Cumhuriyeti (madde 6/2, b)
18. Bosna ve Hersek (madde 8/2, c)

¹³ STOCKHOLM TİCARET ODASI TAHKİM ENSTİTÜSÜ'NÜN YATIRIMLARLA İLGİLİ UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAĞINI ÖNGÖREN İKİ TARAFLI YATIRIM ANDLAŞMALARININ İLGİLİ MADDELERİ:

1. Moğolistan (madde 7/2, c)
2. Rusya (madde 10/2, b)

Bu tahkim usullerinden ICC ve Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları ile UNCITRAL Tahkim kurallarına göre verilen yabancı hakem kararları, ilgili İkili Yatırım Andlaşması hükümleri, öncelikle uygulanarak, Türkiye’de New York Sözleşmesi’ne göre yetkili ve görevli bir Türk Mahkemesi’nin olumlu kararı ile tenfiz edilebilir.

ICSID hakem kararlarına gelince, ICSID Sözleşmesi’nin 54’üncü maddesi hükmüne göre, bu hakem kararları yabancı yatırımcı lehine verilmiş olduğu takdirde, New York Sözleşmesi’ne göre tenfiz talebinde bulunulmasına gerek olmaksızın, Kararda ödenmesine karar verilen miktar Türkiye Cumhuriyeti Hazinesi tarafından hakem kararındaki para cinsi üzerinden, aynen Türk mahkemelerinden verilmiş bir ilam hükmünün yerine getirilmesi gibi, ödenir¹⁴.

Bazı antlaşmalarda “yatırım ihtilafı” deyimini de açıklanmıştır. Örneğin ABD ile yapılan Antlaşmanın VI. maddesinde:

- *Bir taraf ile karşı tarafın yatırımcısı arasındaki bir yatırım sözleşmesinin uygulanması ve yorumlanması;*
- *bir tarafın yatırımlarla ilgili makamının, söz konusu yatırımcıya sağladığı herhangi bir yatırım müsaadesinin uygulanması veya yorumlanması*
- *bir yatırım ile ilgili olarak ve sözkonusu anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın çiğnendiğinin iddia edilmesi*

ile ortaya çıkan ihtilaflar yatırım ihtilafını ifade eder.

Türkiye Cumhuriyeti’nin, Türkmenistan, Kazakistan, Kırgızistan, Özbekistan, Macaristan, Arjantin, Gürcistan, Arnavutluk ve Pakistan’la yaptığı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarının hepsinde “tahkim kararları uyuşmazlığın bütün tarafları için kesin ve bağlayıcı olacaktır” hükmü yer almaktadır. O halde, bu devletlerden herhangi birine mensup, **Türkiye’ye sermaye getirmiş yatırımcılar** [veya bu yatırımcıların “yürürlükteki mevzuat çerçevesinde (kurdukları) ve merkezi (Türkiye’de) bulunan şirketler, firmalar veya iş ortaklıkları”] **ile Türkiye Cumhuriyeti arasında** bir yatırım uyuşmazlığı çıktığı takdirde, ilgili İki Taraflı Yatırım Andlaşmalarının hükümleri çerçevesinde ICC, Stockholm veya UNCITRAL Tahkim Kuralları uygulanarak verilen hakem kararları, Türkiye’deki bir

¹⁴ *II. 3/C Kısmında yer alan ICSID Sözleşmesi konusuna bakınız.*

tahkim yerinde verilmiş olsa bile, bir tür milliyeti olmayan (*a-national*) hakem kararı statüsünde olacak, bu tür hakem kararlarının icra edilmesi, milli hakem kararı olmadıkları için, HUMK 8. Bab hükümlerine göre değil, New York Sözleşmesi (Madde I/fıkra 1 son cümle: “*Sözleşme aynı zamanda tanınması ve icra edilmesi istenen devlette milli addolunmayan hakem kararları hakkında da tatbik edilir.*”) hükümlerine göre Türkiye’de tenfiz edilmeleri suretiyle mümkün olabilecektir. Bu halde, tenfiz prosedürü sırasında, tahkim yeri kanunu olması itibarıyla 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, New York Sözleşmesi yanında, tamamlayıcı hükümler olarak uygulanabilecektir (New York Sözleşmesi Madde VII).

Burada incelenen konunun genelliği İkili Yatırım Anlaşmalarında yer alan “*Uyuşmazlıkların Çözümü*” ile ilgili maddeleri sistematik olarak incelememize engeldir. Şu kadar ki aşağıdaki tesbitlerin yapılmasında yarar görmekteyiz:

- (a) Yargıtay’ın 28.1.1994 tarihli (E. 1993/4, K. 1994/1) İçtihadı Birleştirme Kararında yer alan “...*Hakemlerin öngörülen bu maddi hukuk kurallarına uymadığı hususu tarafların herhangi biri tarafından ileri sürülerek bir temyiz nedeni yapılabilir. Ve bu temyiz isteminin de Yargıtay’ca mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerekir*” görüşünün, münhasıran, HUMK’a tabi iç (milli) tahkim davalarında uygulanması gereklidir.

Tahkim yeri Türkiye dışında olan veya Türkiye olup milli sayılmayan (New York Sözleşmesi Madde I/ fıkra 1 son cümle) yabancı hakem kararlarının tenfizinde hakem kararının esasını tekrar inceleme (*révision au fond*) yasağı cari olacaktır. Nitekim Yargıtay 19. Dairesi 9.11.2000 tarihinde (2000/7171 E. 2000/7602 K.) verdiği “*Bu iddia kararın esasına ilişkin olup, hakem kararının doğruluğunu inceleme (révision au fond) yapma yasağı kapsamında bulunduğundan tenfiz mahkemesine bu iddiayı inceleme yetkisi tanınmamıştır.*” şeklindeki kararı ile bu hususu teyit etmektedir [Türk Kamu düzeni müessesesini milletlerarası tahkimde dar uygulayan 15. Hukuk Dairesinin 27 Mart 2003 tarihli (2003/ 181 E., 2003/1589 K. sayılı Kararı da aynı niteliktedir)]. **(EK: II)**

- (b) Yabancı Yatırımcı uyuşmazlığı Türk Mahkemelerine götürmüş, mahkeme kararı bir yıl içinde kesinleşmemiş ve davacı uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde çözümünden vazgeçmiş ise [buradaki

“vaz geçme”, “davadan feragat” (HUMK. Md. 91 vd.) anlamında değildir.] uyuşmazlığın çözümü için ilgili İkili Yatırım Anlaşmasında öngörülen tahkim yollarından herhangi birine başvurabilir (Yabancı yatırımcılar yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde daha ziyade ICSID Tahkimini tercih etmektedir).

- (c) İkili Yatırım Andlaşması ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın çiğnendiğinin iddia edilmesi ile ilgili olarak, ortaya çıkan uyuşmazlıklarda milletlerarası tahkimin “*ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar*” (3731 sayılı Kanun madde 2) sınırı genişletilmiştir. Bu itibarla, Kamu İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden doğan yatırım uyuşmazlıkları, eğer bu gibi durumalar ilgili iki taraflı yatırım andlaşmalarının kapsamına dahil ise, Yatırımcı ister ise, ilgili ikili yatırım andlaşması hükümleri dairesinde uyuşmazlığı milletlerarası tahkime götürebilecektir (Anayasa madde 125/ fıkra 1).
- (d) New York Sözleşmesi’ne göre, yabancı yatırımcı, eğer ilgili ikili yatırım andlaşması hükümlerinden yararlanmak hakkına sahip ise, tenfiz davasında ilgili andlaşmanın sağladığı olanaklardan da yararlanabilecektir (New York Sözleşmesi Madde VII).
- (e) Rusya ile yapılan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında (Madde X) yabancı yatırımcının terditli olarak isterse Ev Sahibi ülkenin yetkili mahkemesinde veya milletlerarası bir tahkim merkezinde yatırım uyuşmazlığının çözümü için dava açabileceği kabul edilmiştir.

Bu durumda, milletlerarası tahkim sözleşmelerinde taraflara aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü için terditli olarak mahkeme veya tahkim yollarından birini seçme hakkını veren şart Türk hukukuna göre geçerli sayılacaktır.

Bu durumda, Türkiye ile Rusya arasındaki Yatırım Anlaşmasının (Resmi Gazete: 16 Mayıs 2000, sayı: 24051) aşağıda metni yazılı Madde 10 hükmü karşısında milletlerarası tahkimde tahkim sözleşmesinin “terditli olarak mahkeme veya tahkim yollarından birini seçme hakkı vermesi” onun geçerliliğine hanel getirmeyecektir:

Madde X: Bir Akit Taraf ile Diğer Akit Tarafın Yatırımcısı Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

“1. Bir Akit taraf ile diğer Akit Tarafın bir yatırımcısı arasında Madde VI çerçevesinde ödenecek tazminatın miktar ve ödeme usulüne ya da

Anlaşmanın VIII'inci maddesi kapsamında yapılacak transfer usulüne ilişkin olanlar da dahil olmak üzere yatırım etkinliklerine ilişkin uyuşmazlıklar yatırımcının, uyuşmazlığa taraf olan Akit Tarafa ayrıntılı açıklamalarla birlikte gönderdiği yazılı bir bildirim konu olacaktır. Uyuşmazlığın tarafları, bu uyuşmazlığa mümkün olduğunca dostça bir çözüm bulmak için çalışacaktır.

2. Eğer uyuşmazlıklar, birinci paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde, bu yolla çözümlenmezse, uyuşmazlık tekkik edilmesi için aşağıdaki mercilere sunulabilecektir:

a) Yatırımın ülkesinde yapıldığı Akit Tarafın yetkili (adli) mahkemesi ya da tahkim mahkemesi;

b) Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü;

c) Birleşmiş Milletler Uluslar arası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Tahkim Kurallarına (UNCITRAL) göre bu maksatla kurulacak bir tahkim mahkemesi

3. Yetkili bir mahkemenin kararı ya da tahkim kararı uyuşmazlığın her iki tarafı açısından kesin ve bağlayıcı olacaktır. Her bir Akit Taraf verilen kararları kendi kanunları çerçevesinde yerine getirmeyi taahhüt edecektir.”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9 Haziran 1999 tarih E. 1999/19-467, K. 1999/489 sayılı bir Kararında da “mahkemelere müracaat etmeden (uyuşmazlığı) İsveç'deki Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumuna veya Moskova Uluslararası Tahkim Mahkemesine götürme konusunda (seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu)” şartının Türk Kamu Düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir (EK: II-C).

- (f) Türkiye ile İspanya arasında yapılan Yatırım Anlaşmasının (Resmi Gazete Tarih: 1 Aralık 1997, Sayı: 23187) Madde IX hükmünün 3. fıkra c. bendinde, Hakem Kararının maddi hukuk olarak “uluslararası hukukun kuralları ve evrensel olarak kabul edilen prensipleri” (*Lex Mercatoria*)'ne dayandırılabilmesi hükmü yer almaktadır. Bu husus, “*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*” yani Özel Hukukun Birleştirilmesi Milletlerarası Kurumunun [UNIDROIT] hazırladığı milletlerarası ticari sözleşmelere uygulanabilecek ilkelerin (Not 1'de atıf yapılan UNIDROIT Milletlerarası Ticari Sözleşme İlkeleri) Türk Kamu Düzenine aykırı olmadığına bir kanıtı olarak değerlendirilebilir.

E. Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu Adli Yardımlaşma Andlaşmaları’nda Tahkim

Türkiye Cumhuriyeti, 1989-1997 yılları arasındaki dönemde, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Andlaşmaları yanında Polonya (1990), Cezayir (1991), Irak (1992), Azerbeycan (1993) ve Çin Halk Cumhuriyeti (1994) ile, içinde hakem kararlarının tanınması ve tenfizine de yer veren iki taraflı “Adli Yardımlaşma Antlaşmaları” imza etmiş ve kanunla onaylamıştır. Bu itibarla, bu andlaşmaların ilgili hükümleri tenfiz sırasında MÖHUK’dan önce uygulanacaktır (MÖHUK madde 1. fıkra 2).

New York Sözleşmesi açısından ise, taraf ülkelerin New York Sözleşmesi’ni kabul etmiş olmaları iki taraflı andlaşmaların **muteberliğine halel getirmeyecek**, üstelik tenfiz isteyen, bu iki taraflı andlaşmaların sağladığı olanaklardan, yararlanabilecektir (Madde VII).

III. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN ANAYASA’DA YER ALMASI

A.) Türkiye’nin ekonomik kalkınması için gerekli olan, Elektrik Üretimi ve Dağıtımını gibi büyük alt yapı projelerini gerçekleştirmek amacıyla, sırasıyla, 19 Aralık 1984 tarihli (Sayı 18610) Resmi Gazete’de yayınlanan “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımını ve Ticareti ile Görevlendirilmesi” hakkındaki 3096 sayılı ve 13 Haziran 1994 tarihli (Sayı 21959) Resmi Gazete’de yayınlanan “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde yaptırılması” hakkındaki 3996 sayılı Kanunlar yürürlüğe girmiştir.

Yürürlüğe girdiği tarihte 3996 sayılı Kanunun 5. maddesinde “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılacağı” ve “bu sözleşme(nin) özel hukuk hükümlerine tabi olacağı” hükmü yer alıyordu. 24 Kasım 1994 tarihli 4047 sayılı Kanunun, 3996 sayılı Kanunun 13. maddesini tadil eden 2. maddesi hükmüyle 3996 sayılı Kanunun 5. maddesi hükmünden 3096 Sayılı Kanuna tabi işlerin de yararlanacağı belirtilmiştir.

Daha sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve seksensekiz milletvekili “(3996 sayılı Kanunun) 5. maddesinin Anayasa’nın 2, 5, 8, 11, 125, 129 ve 155. maddelerine aykırılığı saviyla iptaline karar verilmesi” isteminde bulundular ve Anayasa Mahkemesi 1994/71 Esas, 1995/23 Karar sayılı 28 Haziran 1995 tarihli Kararı

(Resmi Gazete 20 Mart 1996 Sayı: 22586 s. 37-54) ile 3996 sayılı Kanunun 5. maddesinde (1. cümle) yer alan “*imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte*” ibaresini Anayasa’nın 155. maddesine ve “*Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir*” cümlesini Anayasa’nın 2, 11, 37 ve 125 maddelerine aykırı bulularak oybirliği ile iptal etmiştir¹⁵.

Anayasa Mahkemesi 3996 sayılı Kanunda düzenlenen ve enerji yatırımlarını da içine alan Yap-İşlet-Devret yönteminin “*Kamu Hizmeti İmtiyazı*” niteliğinde olduğuna karar vermiş ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların Anayasa’nın Değişiklik Kanunlarından önceki 125 ve 155 madde hükümleri karşısında Danıştay’ın münhasır yetkisine dahil olacağı sonucuna varmıştır (20 Mart 1996 tarihli ve 22586 sayılı Resmi Gazete s. 50-52).

Bu durum, Yap-İşlet-Devret Modeli yönteminde gerçekleştirilecek altyapı ve özellikle enerji projelerinin yapımı, işletilmesi ve finansmanı için gerekli sözleşmelere -28 Haziran 1995 tarihli Anayasa İptal Kararının yürürlüğe girmesinden sonra- Tahkim Şartı konulmasını veya bu alanda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için Tahkim Sözleşmesi yapılmasını imkansız ve geçersiz kılmıştır.

Oysa, tahkimin kendisi Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan “*Sözleşme Özgürlüğü*” içinde yer alan bir müessese olduğu için Anayasa’ya aykırı değildir ve Avrupa Ticari Tahkim Sözleşmesi’nde “*amme hukuku tüzel kişileri(nin) muteber surette hakemlik anlaşmaları akdetmek yetkisini haiz*” oldukları kabul edilmiştir (Madde II/1).

Elektrik Üretim Tesislerinin özel sektör tarafından -özellikle yabancı sermaye ve finansman ile- yapılması ve işletilmesi için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ve Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. (TEAŞ) ile Yap-İşlet-Devret Modeline göre gerçekleştirilmesi için “*Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim*” yoluyla çözümlenmesini “*olmaz ise olmaz*” (*sine qua non*) koşul olarak ileri sürmüşlerdir.

Bunun üzerine T.B.M.M.’nin çoğunluğunu teşkil eden milletvekilleri bir kanun teklifi vererek, ortaya çıkan yatırım yapılamaz ise gittikçe artacak olan, elektrik üretimi açığını kapatmak için gerekli sermaye ve finansman ihtiyacını sağlamak amacıyla ortaya çıkan hukuk engelini aşmada ilk adım olarak, 13

¹⁵ **Birsel**, Mahmut T.: “*Enerji Hukuku Alanındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Işığında Yorumlanması*”, Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara, 1998, s. 21-35.

Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Anayasa’nın 125 (fıkra 1) maddesinde aşağıdaki değişikliği yapmışlardır:

“Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir”.

Kanun Teklifinin Genel Gereğesi’nde milletlerarası tahkim konusunda aynen şöyle denilmektedir:

“Günümüzde bu tür uyuşmazlıklar bakımından tahkim, uluslararası düzeyde gittikçe yaygınlaşan bir kurum haline gelmiştir. Nitekim aralarında Türkiye’nin de bulunduğu çeşitli devletlerce imzalanmış bulunan 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedinde anlaşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmüştür.

Bu durumda evrensel hukukun benimsendiği ve uyguladığı kavram ve kurumlara hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir. Türkiye, gerek 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedinde, gerek imzalayıp onayladığı çok sayıda iki taraflı uluslararası yatırım sözleşmelerinde tahkim kurumunu benimsemiştir. Türkiye’nin uluslararası ilişkiler çerçevesinde benimsediği bu yaklaşıma Anayasa’nın 125 inci maddesinde de yer verilmesi uygun olacaktır.”

13 Ağustos 1999 ve 4446 sayılı Kanunla (Resmi Gazete tarih: 14 Ağustos 1999, Sayı: 23786 Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, Milletlerarası Tahkim Kararlarının (=yabancı bir ülkede toplanarak o ülkenin milletlerarası tahkime uyguladığı usul kurallarının otoritesi altında bir hakem veya hakem kurulu tarafından verilen hakem kararı) geçerlilik ve bağlayıcılığı, -yabancı unsur taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak- Türk Anayasal Düzeni (=en yüksek düzeyde Türk Kamu Düzeni) tarafından kabul edilmiştir.

Daha önce, Türkiye’nin kanunla onayladığı Çok Taraflı ve İki Taraflı Antlaşmalar içinde yer alan Milletlerarası Tahkim, bu suretle, Anayasa sistemimiz içindeki yargı yolları arasında yer almıştır.

13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmasının asıl amacı, kamu hizmetleri imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesini mümkün kılmaktır (Kamu

Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 4501 sayılı ve 21 Ocak 2000 Kabul Tarihli Kanunun Genel Gerekçesi).

4501 Sayılı Kanunda, milletlerarası tahkim sözleşmesi [Kanunda “Sözleşme” yerine “Anlaşma” deyimini de kullanılmıştır (madde 2/b)], yabancı-lık unsuru (madde 2/c) tanımlanmış, tahkim sözleşmesinde yer alabilecek tahkime uygulanacak usul kuralları ve benzeri konulara (madde 3) ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Anayasa Değişikliklerinden sonra Danıştay ve İdari Yargılama Usulu Kanunlarının ilgili maddelerinde de yeni Anayasa hükümlerine uygunluk sağlamak için değişiklikler yapılmıştır (4492 Sayılı ve 18 Aralık 1999 tarihli Kanun [Resmi Gazete 21 Aralık 1999, Sayı: 23913 - ve R.G. 15 Haziran 2000 tarih ve Sayı 24080 (Madde 2)].

Nihayet, Anayasa Mahkemesi, -13 Şubat 2002 tarih (E. 2001/293; K. 2002/28) sayılı Kararında- sözleşme ile kazanılan hakların kanunla dahi değiştirilemeyeceği sonucuna varmıştır *“bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar”* (Anayasa Mahkemesinin 13 Şubat 2002 tarihli Kararından alıntı).

Bu suretle kamu imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkimle çözümlenmesini önleyen eski Anayasa Mahkemesi Kararlarının hukuki etkinliği, Anayasa değişiklikleri sonucunda yasama yoluyla ve Anayasa Mahkemesi’nin 13 Şubat 2002 tarihli iptal kararı ile, tamamen ortadan kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 4501 sayılı *“Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun”*un 2/c, 7 ve Geçici 1. maddeleri hükümlerinin, Anayasaya aykırılığı iddiası ile, zamanın, Ana muhalefet (Fazilet) Partisi tarafından yapılan başvuruyu 20 Temmuz 2000 tarihli (E. 2000/16, K. 2000/17) Kararı ile red etmiştir (Resmi Gazete 9/11/2004/ 25638).

B. 1982 tarihli T.C. Anayasası’nın Madde 90/4 son fıkraya hükmünde, 2004 yılında 5170 sayılı Kanun’un 7. Maddesi ile yapılan ve yürürlüğe konulan değişiklik aynen şöyledir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

2004 yılında yapılan Anayasa Değişikliğinin Gerekçesi:

“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi(dir).”

Bu nedenle, New York Sözleşmesi hükümleri ile çelişkili kanun hükümleri, örneğin MÖHUK madde 32 [yabancıların dava açabilmeleri için adli teminat (*cautio judicatum solvi*) yatırma zorunluluğu getiren hükmü] New York Sözleşmesi’nin Madde III hükmüne aykırı olduğu ve milli tahkime uygulanması için Yargıtay tarafından karar altına alınmış içtihadı birleştirme kararları [örneğin 28 Ocak 1994 tarihli (E. 1993/4, K. 1994/1) İçtihadı Birleştirme Kararı, New York Sözleşmesi’nin V. Maddesinde yabancı hakem kararının doğruluğunu inceleme (*révision au fond*) tenfiz isteminin reddi sebepleri arasında sayılmadığı için, milletlerarası tahkimde, özellikle, yabancı hakem kararlarının tenfizi prosedürü sırasında, uygulanmıyacaktır.

Yabancı tahkim kararının tenfizi de, Anayasa’nın 16. maddesinin kapsamı içindedir. New York Sözleşmesi, bu açıdan, *“usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar”* (AY md. 90/ son fıkra) arasında sayılmalıdır.

Anayasanın 90. maddesi hükmünde, 5170 sayılı Kanunla (madde 7) yapılan değişiklik, kanımızca, yalnız *“hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara”* Türk Hukuk düzeni içinde kanunların üstünde bir uygulama alanı kazandırmakla kalmamış, aynı zamanda, Türk Milletlerarası Kamu Düzeni içine *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşma”* hükümlerini dahil etmiştir.

C. Anayasanın 48. Maddesi’ne göre *“herkes (Türk veya yabancı gerçek ve tüzel kişiler hukukun sınırları içinde akdedecekleri Tahkim Sözleşmesi veya Şartı dahil) sözleşme hürriyetine sahiptir.”*

Hak arama hürriyeti (Madde 36) temel hak ve özgürlükler arasında yer alır ve kanunun belirlediği sınırlar içinde tahkim yolunu seçme ve tahkim davası açma hak ve özgürlüklerini de kapsar. Milletlerarası tahkimde, yabancı hakem kararlarının devlet gücü ile (İcra Daireleri) tarafından icra edilmesi, ancak yetkili ve görevli Türk Mahkemesi'nin yabancı hakem kararının tenfizine karar vermesi (New York Sözleşmesi Madde III), ve tenfiz kararlarının temyizleri halinde Yargıtay'ın bu mahkeme kararlarını onaması (kesinleşme) ile kazanıldığına göre, Anayasa'nın sözüne ve özüne aykırı bir durum yaratmamaktadır.

New York Sözleşmesi'nin Madde III/ Cümle 1 hükmü uyarınca, **Akit devletler** (Türkiye Cumhuriyeti) **New York Sözleşmesi'ni yürürlüğe koymakla**, yabancı hakem kararının tenfizinin istendiği memlekette (Türkiye'de) cari usul kaideleri (MÖHUK Maddeler 42/2, 44/b ve 44/son fıkra hükmünün yaptığı gönderme ile Madde 41 hükümleri ve İcra ve İflas Kanunu'nun Mahkeme ilamlarının icrasına uygulanan maddeleri) uyarınca, New York Sözleşmesi'nde yazılı şartlar dairesinde (Maddeler IV, V, VI, VII), Karşılıklılık ve Ticari Dava olma çekincelerine uygun olma kaydı ile, **yabancı hakem kararının tenfizine hüküm vermek** gerekeceğini **kabul etmişlerdir**.

IV. "KÜRESELLEŞME", "SÖZLEŞME HÜRRİYETİ" VE "AHDE VEFA" İLKELERİ

1957 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nun Gerekçesi'nde [TBMM Devre: X; İçtima: 2 5. sayısı 198 (1/150)] kamu yararı mülahazalarının sözleşme hürriyetine getirdiği sınırlamalar ve bunların üzerinde, XIX. ve XX. yüzyılların siyasal ekonomik tercihlerinin ülkelerde yarattığı gel git olayları, şu suretle ifade edilmiştir:

"(1948 yılında Prof. Hirsch tarafından başlatılan) Yeni bir Ticaret Kanunu çıkarılmasında bilhassa iki önemli amil vardır: biri, memleketimizin iktisadi rejimi; diğeri, devletlerarası iktisadi münasebetlerin mahiyeti. Anayasa'ya göre memleketimizde hakim olan iktisat sistemi, ferdi mülkiyet ve ticaret serbestisi prensiplerine dayanmaktadır [1982 Anayasa'sı (Madde 48), bu bakımdan, 1924 tarihli Anayasa'dan farklı değildir]. Bu mühim iki prensip, umumi menfaat mülahazasıyla, az çok tahditlere maruz kalmıştır. Bununla beraber ferdin faaliyet serbestisinin hududu ve umumi menfaat mülahazasının nereye kadar gidebileceği

*hususundaki görüş ve düşünceler seyyal (değişken) olup tedvin (kanun yapma) işleri için zaruri olan kesinliği henüz kazanmış değildir*¹⁶.

XXI. Yüzyılın başında, insan hakları ve serbest piyasa ekonomisi kurallarının kazandığı öncelikler, devletlerin ekonomik hayata müdahalelerini asgari düzeye indirilmesi eğilimine ağırlık kazandırmıştır. O halde ekonomik hayatı düzenleyen kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygun yorumlanmasında, kanımızca, 4446 ve 5170 sayılı Kanunlarla yapılan Anayasa değişiklikleri Türk Yargısı tarafından göz önünde tutulmalı; kazai içtihatlar, bu surette oluşturulmalıdır.

Gerçekten, bugün, küreselleşme ve sözleşme özgürlüğü alanlarının fiilen ve hukuken genişlemesi ticari işletmelerin yerli/yabancı ayırımı yapılmadan kanun önünde Eşitliği ve Ahde Vefa (*Pacta Sund Servanda*) ilkeleri, milletlerarası ticari uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözümlenmesi gibi esasları yeni çağın ayırt edici nitelikleri yapmıştır.

Sonuç olarak, milletlerarası tahkim anlaşmalarının Anayasa'mızın 48. maddesinde yer alan "Sözleşme Hürriyeti" hudutları içinde değerlendirilmesi gerekir. Diğer taraftan, 4446 sayılı Kanunla tadil edilen Anayasa'nın 125 madde hükmü ile, milletlerarası tahkim müessesesi Türk Hukuk Düzeni içinde yer almıştır. New York ve ICSID Konvansiyonları ile Türkiye'nin taraf

¹⁶ Ord. Prof. Ernest E. Hirsch, 1959 yılında Ticaret ve Banka Hukuku Haftası münasebetiyle Ankara Hukuk Fakültesinde verdiği "Yirminci Asrın İktisadiyatı Karşısında Ticaret Kanunlarının Mana ve Ehemmiyeti" adlı Tebliğinde "ferdi mülkiyet" ve küresel bir "ticaret serbestisi"nden yana olduğunu şu suretle ifade etmektedir:

"Devletçilik, planlı iktisat, müdahalecilik gibi tabirler altında ilmen tavsiye, tenkit veya müdafaa edilen ve muhtelif devletlerde az çok başarı ile fiilen itihaz edilen iktisadi tedbirler, hakikatta İkinci Dünya Harbini hazırlayan ve mümkün kalan amiller idi. Çünkü sözü geçen bütün sistem ve planların ruhu, uçak, jet, vapur, telgraf, radyoya rağmen cihansümul ve maşeri olmaktan ziyade yelken ve kervan zamanlarında olduğu gibi muntkavi ve bencil idi.

Bundan dolayı bugün Birleşmiş Milletler Teşkilatı ile onun tarafından kurulan veya himaye ve teşvik edilen devletlerarası enstitü ve müesseselerin esas vazifesi bütün dünyaya şamil sağlam ve istikrarlı bir iktisat nizamını meydana getirmek-ten ibarettir. Almanya, Fransa, İtalya ile 3 Benelux devleti tarafından aktedilen Avrupa İktisat Birliğinin gayesi de hiç olmazsa adı geçen altı merkezi Avrupa memleketine şamil ve vahdetli bir ekonomik düzeni korumaktır. Bütün Avrupa devletlerini içine alacak pek şümüllü bir serbest mübadele muntkasına dair uğraşmaların maksadı da düzenlenmiş bir dünya ekonomisidir. Böyle bir nizam kurulmadıkça 1914 yılında başlamış ve bütün sulh muahedeler ile ticaret anlaşmalarına rağmen bitmemiş olan harbin gerçekten sona ermeyeceği muhakkak sayılabilir" (Hirsch, s. 11).

olduğu İki Taraflı Yatırım Andlaşmaları, dahi, milletlerarası tahkimin Anayasanın çizdiği alanda küresel yaklaşımlara uyumlu olduğunu, tartışmasız, ortaya koymaktadır.

27/4/1992 tarihli (Resmi Gazete’de yayınlanmayan) Bakanlar Kurulunun Prensip Kararında Ahde Vefa ilkesi değerlendirilmiştir. Bu Kararda:

"devletlerin imzaladıkları uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğu getiren ve milletlerarası camia tarafından umumi kabul görmüş bulunan "Ahde Vefa" gibi bir devletlerarası kuralın ... gözardı edilmesinin, maddi ve ekonomik bakımdan Türkiye'nin yararına olmayacağı (ve) ..._milletlerarası hukukun (ve Türk özel hukukunun) temel prensipleri ile bağdaşmayacağı da izahtan varestedir".

denilmektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı 4/11/1999 günlü (E. 1998/560; K. 1999/982) da (yayınlanmamıştır) **Ahde Vefa** ilkesine yer vermiştir:

"Tarafların karşılıklı iradeleriyle sözleşmenin tamamlandığı ve özel hukuk hükümleri uyarınca taraflara karşılıklı olarak hak ve borçlar yüklendiği, taraflarca imzalanmış bulunan (sözleşmenin) özel hukuk hükümlerine göre taraflarını bağladığı ve idare ile şirketin karşılıklı irade beyanları veya yargı kararıyla ortadan kaldırılmadığı sürece, sözleşme konusunu kapsayan ve tarafları aynı olan yeni bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin düzenlenmesine hukuken olanak bulunma(maktadır)".

Anayasa Mahkemesi 13.2.2002 tarihli (E.2001/293, K.2002/28) sayılı, yukarıda değinilen, kararında **"Müktesep Hakların Korunması"** ve **"Ahde Vefa"** ilkelerinin hukuk devleti olmanın temel gereği olduğunu ve Türk hukukunda anayasal güvence altına alındığını belirtmiştir:

"...Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan Hukuk Devleti: insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekte kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içerisinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır.

Öte yandan, bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar.”

Bu bağlamda, milletlerarası tahkim anlaşmalarının, zaman zaman yabancı hakem kararlarının tenfizine gerek kalmadan, gerçekleştirilen yaptırım gücünü (*la force obligatoire du contrat*) tarafların sözleşme hükümleriyle bağlı olması yani *Pacta Sunt Servanda* (Ahde Vefa) ilkesi teşkil etmektedir.

V. SONUÇ

XX. yüzyıl sonları ve XXI. yüzyılın başlarında;

1. Birleşmiş Milletler veya benzeri milletlerarası kamu kurumları tarafından çıkarılan Milletlerarası tahkimi küresel bir yaklaşım ile düzenleyen anlaşma ve konvansiyonların memleketimizde yürürlüğe konulması (Anayasa Madde 90) ve bunların Türk Yargıtay’ı tarafından söz ve özlere uygun olarak yorumlanması;
2. Milletlerarası tahkim sözleşmelerinin Anayasa’da, temel ekonomik haklar arasında sayılmış olan, Sözleşme Hürriyetinin (Madde 48) kapsamı içinde yer alması, nihayet
3. Milletlerarası hakem kararlarının tenfizi konusunda verilen, Türk Yargı Kararlarında, gittikçe artan ölçüde, Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olmasından kaynaklanan ilkelerin dikkate alınması ve kamu düzeni müessesesinin dar yorumlanması;

yabancı hakem kararlarının tenfizinin, Türkiye’de sağlıklı bir gelişme kaydettiğini göstermektedir.

EK I: Dünyanın (belli başlı) Milletlerarası Tahkim Kurumları* :

- ICC, Milletlerarası Ticaret Odası Milletlerarası Tahkim Divanı (*International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*)
- ICSID, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*),

* Arbitration and alternative dispute resolution, International Trade Center, Geneva 2001, s. 57-65.

- CIETAC, Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu (*China International Economic and Trade Arbitration Commission*),
- AAA, Amerikan Tahkim Derneği Uyuşmazlıkların Çözülmesine Dair Uluslararası Merkez (*International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association*),
- SCC, Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*),
- LCIA, Londra Uluslararası Ticari Tahkim Divanı (*London Court of International Arbitration*),
- KLRCA, Kuala Lumpur Bölgesel Tahkim Merkezi (*Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration*),
- CRCICA, Kahire Uluslararası Ticari Tahkim Bölgesel Merkezi (*Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*),
- ICAC, Rusya Federasyonu Sanayi ve Ticaret Odası Uluslararası Ticari Tahkim Divanı (*International Commercial Arbitration Court at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*),
- WIPO, Dünya Fikri Mülkiyet Hakları Organizasyonu Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi (*Arbitration and Mediation Center of the World Intellectual Property Organization*)
- OHADA, OHADA (Afrika Ticaret Hukuku Kurumu) Daimi Adalet ve Tahkim Divanı (*The OHADA Permanent Court of Justice and Arbitration*)

EK II A: (New York Konvansiyonunu uygulayan) Bazı Yargıtay Kararları

A. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T: 9/11/2000

Esas: 2000/7171, Karar: 2000/7602

Davacı tenfizini talep ettiği kararın bağlayıcı olduğunu ileri sürmüştür. New York sözleşmesinin V/e maddesinde hakem kararının tenfizi için bağlayıcı olması yeterli görülmüş, bağlayıcı olmadığı veya kesinleşmemiş olduğunu ispat yükü davalıya yüklenmiştir. (New York Sözleşmesi Madde

V/1 ve M.Ö.H.U.K. m. 44/son). Davalı; aleyhine tenfizi istenen kararın kesinleşmemiş olduğunu, bu karar aleyhine kanun yollarına müracaat ettiğini veya iptal ettirdiğini kanıtlayamamıştır.

Davalı, davanın esasına sözleşmenin bir parçası olan şartnameye göre İsviçre Hukuku uygulanması gerekirken İngiliz Hukuku uygulanarak hakemlerin yetkilerini aştığını savunmuştur. Tarafların sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak maddi hukuku önceden saptamaları mümkündür. Ancak taraflar arasındaki sözleşmelerde uyuşmazlık halinde hangi maddi hukukunun uygulanacağı hususunda açıklık yoktur. Hakem Heyeti İngiliz ve İsviçre Hukukundan hangisinin uygulanacağı konusunda uzmanların görüşünü de değerlendirerek bir sonuca gitmiştir. Bu nedenle hakemlerin yetkilerini aşarak karar verdiği kabul edilemez.

Davalı savunma hakkının ihlal edildiğini, tenfiz taleplerinin bu nedenle reddi gerektiğini savunmuştur. Savunma hakkının ihlali New York sözleşmesinin V/1-b ve M.Ö.H.U.K'nun 45/d ve e maddelerinde tenfiz taleplerinin reddini gerektiren bir sebep olarak belirtilmiştir. Bu durumda aleyhine hüküm verilen taraf delillerini ikame etme fırsatının verilmemiş olması hakem kararının tenfizine engel olacaktır. Oysa somut olayda davalıya bu imkan tanındığından ve davalı tarafından tanık olarak dinletilmek istenen kişinin görüşleri rapor halinde hakeme ibraz edildiğinden ve hakemce değerlendirildiğinden savunma hakkının ihlal edildiği söylenemez.

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

Yukarıda değinilen hususlar karşısında, tenfizi istenen hakem kararının New York sözleşmesi ve M.Ö.H.U.K. hükümlerine göre tenfizine engel bir durum ve kamu düzenine aykırılık teşkil edecek bir yön bulunmadığı anlaşıldığından davalının temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmektedir.

B. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi

T: 27/3/2003

Esas: 2003/181, Karar: 2003/1589

Yabancı hakem kararlarının tenfiz isteminin reddini gerektiren sebepler, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10.6.1958 günlü New York Sözleşmesinin V. Maddesinde ve 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 45. maddesinde sınırlı olarak belirtilmiştir.

Anayasa'nın 141. maddesi ve HUMK.nun 388., 389. maddeleri hükümlerine uygun ve gerekçeli olarak verilen yerel mahkeme kararında gösterilen ve dairemizce de benimsenen gerektirici sebeplere ve bu bağlamda; yabancı hakem kararının, tahkim süresinin geçmesinden sonra verildiğinin kabulü halinde dahi, yargısal uygulamalarda da kararlılıkla kabul edildiği üzere, (Örneğin: Yargıtay 11. H.D.nin 26.5.2000 tarih ve 2000/3992 E-4704 K., Yargıtay 19. H.D.nin 9.11.2000 tarih ve 2000/7171 E-7602 K. sayılı ilamları) bu hususun kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğine; hakemlerin karar verirken eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı davranışlarının olduğunun açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde tesbit edilmesi gerektiğine, oysa, somut olayda belirtilen ilkeye aykırı davranıldığı davalı tarafça kanıtlanamadığı gibi mahkemece de saptanmadığına, taraflar arasındaki sözleşmede uyumsuzluk halinde hangi maddi hukukun uygulanacağı hususunda kesinlik bulunmamasına, sözleşmede yer almayan bir hususa ilişkin olarak karar verilmediğinden, hakemlerin yetkilerini aşarak karar vermiş olduklarının da kabulüne olanak bulunmadığına; davalının savunma ve temsil haklarının kısıtlanmamış olmasına ve ayrıca davalının diğer iddialarının yabancı hakem kararının esasına ilişkin olduğunun anlaşılmasına ve bu bağlamda hakem kararının doğruluğunu inceleme yapma yasağı kapsamında bulunmasına ve bu sebeplerle M.Ö.H.U.K.nun 45 ve New York Sözleşmesinin V. maddesinde belirtilen tenfiz isteminin reddi sebeplerinin oluşmamış bulunmasına göre, davalı tarafın tüm karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir.

C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T: 9/6/1999

Esas: 1999/ 19-467, Karar: 1999/489

Mahkemece taraflar arasındaki 8/2/1992 tarihli ana sözleşme ile Stacholm Ticaret Odası Tahkim Kurumunun hakem olarak seçildiği, sözleşmede yapılan 11/9/1992 tarihli değişiklikle Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Mahkemesinin hakem olarak tayin edildiği, tehditli 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 8/2/1992 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların taraflarca dostça çözümleneceği, bunun imkansız olması halinde tarafların konuyu normal mahkemelere müracaat etmeden İsviçre'deki Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumuna götürecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesine 11/9/1992 tarihinde yapılan ilave ile "*Sözleşmeden doğan herhangi bir anlaşmazlık veya iddianın aynı zamanda Rusya'da Moskova Ticaret ve Sanayi Odasında Rus Malzeme Yasası ve Kurallarına göre Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından çözümleneceği, tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu*" hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi taraflar sözleşmenin 9. maddesine yapılan ilave 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 tabi olduğu veya verildiği yer hukuk hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış olması*” halinde yabancı hakem kararının tenfizi isteminin reddedileceği hükme bağlanmıştır. Davacı şirketin mukim bulunduğu Rusya ile Türkiye'nin de imzaladığı 1958 tarihli New York Sözleşmesinin V/e maddesinde yabancı hakem kararının tenfizi için vacibürriaye (bağlayıcı) olması gerektiği belirtilmiştir. Taraflar arasındaki 8/2/1992 tarihli sözleşmesinin 9. maddesinde tahkim kurulunun verdiği kararın nihai olduğu, her iki tarafı da bağladığı hükme bağlanmıştır. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Ticari Uyuşmazlıklar Mahkemesi ile ilgili düzenlemenin 44. maddesinde hakem heyeti kararlarının tahkim kararında belirtilen süre içinde gönüllü olarak uygulanacağı, eğer hükümde hiçbir süre öngörülmemişse bu kararın derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi Ticari Uyuşmazlık Mahkemesince verilen karar bağlayıcıdır. New York Sözleşmesinin V/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 talebinin kabulü gerekirken, yazılı gerekçelerle reddi usul ve yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca 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 19. Hukuk Dairesinin 8/7/1998 gün ve 1998/3599-4770 sayılı ilamında ayrı ayrı ele alınıp cevaplandırılmış bulunmasına ve özellikle Türkiye'nin 25/9/1991 tarihinde imzalayarak yürürlüğe koyduğu Yabancı Hakem Kararlarının

Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1950 tarihli New York Sözleşmesi; Anayasanın 90 (son fıkra) maddesi gereğince kanun hükmünde olduğundan, taraflar arasındaki tahkim şartını 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 Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

