

MİLLİ TAHKİM VE MİLLETLERARASI TAHKİM

Prof. Dr. Vedat Raşit SEVİĞ*

A- Milli Tahkimin ve Milletlerarası Tahkimin Türkiye’de Gelişme Süreci

Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunumuzun (HUMK), çok az deęiştir-
meler yaparak 1927 de İsviçrenin Lozan kantonundan aldık. Bu ka-
nunda tahkimle ilgili faydalı hükümler var. Bunlar, hem ticari hem
gayri ticari, hem yabancılık unsuru içeren, hem içermeyen konuları
kapsar. Yeter ki davanın konusu tahkime elverişli olsun ve Karar
Türk kamu düzenine ters düşmesin.

Yabancı ülkelerden gelen tahkim kararlarına gelince, bunların İtalya
ve Avusturalya gibi karşılıklılık esasına dayalı anlaşmamız olan bir
iki ülkeden gelenler dışında, uzun yıllar, Türkiyede tenfiz edilmeleri
mümkün değildi.

Ancak 1982 de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu
(MÖHUK) çıkınca yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmesi olanağı
çoğaldı. Bu kanunda yine karşılıklılık şart olmakla beraber, ahdi
karşılıklıktan başka, kanuni hatta fiili karşılıklılık yeterli kabul edildi.
Ne var ki 1958 de Birleşmiş Milletler nezdinde düzenlenmiş olan “Ya-
bancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York
Sözleşmesi” ne katılan bir çok ülke, sadece bu sözleşmeye katılmış
olan ülkelerde verilmiş hakem kararlarını tanıyıp tenfiz edeceklerini
belirten çekinceler kaydettirmişlerdi. Dolayısıyla yabancı hakem ka-
rarlarının Türkiyede tenfiz alanı az genişlemiş bulunuyordu.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim
Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

Neyse ki 1991 yılının Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye'nin bu New York Sözleşmesine katılması kararını verdi. Böylece 1992 yılından beri 130 dan fazla ülke ile bu konuda karşılıklılık sağlandı. Türkiye ise sözleşmeye katılırken aynı çekinceyi kaydettirdi.

B- New York Sözleşmesinin Getirmiş Olduğu Sorun

Şunu kaydelim ki gerek MÖHUK (madde 45) gerekse New York Sözleşmesi (madde 5) hakem kararlarına karşı tenfiz aşamasında ileri sürülebilecek olan itirazların sınırlayıcı birer listesini vermişlerdir. Bu listelerin içeriği yaklaşık olarak aynıdır. Doğal olarak bu itirazların yabancı ülkeden gelen hakem kararlarına karşı kullanılmalari sözkonusudur. Ne var ki New York Sözleşmesinin birinci maddesinin ilk bendinin son cümlesi şöyledir. "Sözleşme aynı zamanda, tanınması ve icrası istenen devlette *milli addolunmayan* hakem kararları hakkında da tatbik olunur". Bu bendin ilk cümlesi şöyledir: "İşbu Sözleşme tabii ve hükmü şahıslar arasında zuhur eden ve tanınması ve icrası bahis mevzuu devlet arazisinden gayri bir devlet arazisinde verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında tatbik olur"

O halde verildiği ülkede tenfizi sözkonusu olan bir hakem kararının tanınması ve tenfiz sözkonusu olduğundan bu hakem kararı verilmiş olduğu ülkede milli sayılmıyorsa onun hakkında da bu sözleşmenin 5. maddesi uygulanacak yani tenfiz aşamasında itirazlarla karşılaşabilecek. Bilindiği gibi 2001 yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girene kadar Türkiyede hakemlikler HUMK hükümlerine göre yürütülürdü ve milli sayıldıklarından tenfizleri aşamasında onlara karşı New York Sözleşmesinin 5. maddesi hükümleri ileri sürülmesi sözkonusu değildi.

Fakat 2001 yılında 4686 sayılı kanun yani Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girince, bu kanuna göre Türkiye'de yapılacak olan hakemliklere göre verilecek kararlar milli hakemlik kararı sayılıp sayılmayacağı sorunu ortaya çıktı, çünkü milli hakemlik sayılırsa ancak karar verildikten kısa bir süre iptal talebiyle karşılaşabilir. Oysa karar milli sayılmazsa New York Sözleşmesinin 5. maddesi hükmü ile tenfiz aşamasında karşılaşabilir. Aslında 4686 sayılı kanunun adında milletlerarası sözcüğü olduğuna göre bu kararın milli sayılması şüphe götürür. Ayrıca da bu kanun Birleşmiş Milletlerin Milletlerarası Ti-

caret Hukuku komisyonu (UNCITRAL)' in 21 Haziran 1985 tarihinde çıkarmış olduğu Milletlerarası Ticari Tahkim Kanun Modelinden esinlenerek yapılmış olması fakat bu model'in son hükmü olan 36. maddesindeki hükmün yani tenfiz aşamasında tenfize itiraz imkanlarının listesininin 4686 sayılı kanunda benimsenmemiş olması, bu 4686 sayılı kanuna göre verilecek olan hakem kararlarının milli sayılıp sayılmayacağı dolayısıyla New York Sözleşmesinin 5. maddesindeki hükümlere tabi olup olmayacakları sorunu ortaya çıkar. Cevabını vermek için 4686 sayılı kanunu iyice incelemek gerekir.

C- Milletlerarası Tahkim Kanunumuzdan Alabileceğimiz Cevaplar

4686 sayılı kanunumuzun adı modelinden biraz değişiktir, ticari sözcüğü yoktur, o halde ticari sayılmayan davaları da kapsar. Birinci maddesinde, bu kanun der ki: "Bu kanun yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakemler kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır..."

Modelde, altını çizdiğimiz cümle parçası yoktur. O halde 4686 sayılı kanunun kapsamı Modelinden daha geniştir. Hem ticari olmayan davaları kapsar, hem de tarafların tercihlerine göre Türkiye dışında cereyan edebilecek hakemlikleri veya yabancılık unsurunun sözkonusu olmadığı hakemlikleri kapsar.

Bu kanunun 3. maddesinin birinci bendi de şöyledir. "Bu kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirten işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi, davalının Türkiye' de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Adliye Mahkemesi görevli ve yetkilidir."

Bu ifadele göre, 4686 sayı Kanun yetkili olunca aşağıdaki sekiz olasılık söz konusu olabilir.

- a) Yabancılık unsuru var ve hem tahkim yeri hem tenfiz yeri Türkiye' dedir.
- b) Yabancılık unsuru var, tahkim yeri Türkiye'dedir fakat tenfiz yeri Türkiye' de değildir.

(davayı kaybeden tarafın malları başka ülkede olabilir)

- c) Yabancılık unsuru yok fakat hem tahkim yeri hem tenfiz yeri Türkiye' dedir. (herhalde taraflar veya hakemler 4686 sayılı kanunu konuya daha elverişli bulup bunu tercih etmişlerdir, HUMK tahkimi yerine)
- d) Yabancılık unsuru yok, tahkim yeri Türkiye' dedir fakat tenfiz yeri başka ülkelerdedir.
(herhalde davayı kaybedenin mallarının bulunduğu ülkede)
- e) Yabancılık unsuru var, taraflar Türkiye' den başka bir tahkim yeri seçmişler fakat kaybedenin malı Türkiye' de olduğundan tenfiz yeri Türkiye' dedir.
- f) Yabancılık unsuru var fakat ne tahkim yeri, ne de tenfiz yeri Türkiye' dedir. (Herhalde taraflardan birinin mallarının bulunduğu yeri tercih etmişler fakat o yerin tahkim usulleri yerine 4686 sayılı kanun hükümlerini tercih etmişler.)
- g) Yabancılık unsuru yok, tahkim yeri Türkiye' den başka bir ülkededir, fakat tenfiz yeri Türkiye' dedir. (Belki bir iç hukuk tahkimidir, fakat kaybedenin Türkiye' de malı var ve de taraflar 4686 sayılı kanuna daha çok güvenmişlerdir.)
- h) Yabancılık unsuru yok. Ne tahkim yeri ne tenfiz yeri Türkiye' dir. Fakat taraflar 4686 sayılı kanunu tercih etmişlerdir.

Bu sekiz olasılıktan (a), (b), (c), (d), (e), (g) olasılıklarından 4686 sayılı kanunun yetkili olması dolayısıyla ile ihtiyati tedbirlir açısından ilgili Türk mercileri görevlendirilebilir.

Bu Olasılıklardan Hangilerinde Tahkim Millidir?

İlk dördünde tahkim millidir. Çünkü Türkiye' de cereyan ediyor, bir Türk kanununa göre, ne var ki (b) ve (d) de kaybeden tarafın malları başka ülkede olduğu için tenfiz o ülkede cereyan ediyor. Dolayısı ile Türkiye açısından New York Sözleşmesi'nin uygulanması söz konusu değildir.

(a) ve (c) de ise tenfiz Türkiye' dedir, fakat New York sözleşmesini uygulama söz konusu değildir. Çünkü 4686 sayılı kanun tenfiz aşamasında itiraz imkanını benimsememiş ancak re' sen inceleme ise kamu

düzenine aykırılık teshit edilebilir. Hem Türk tahkim usulüne göre hem de Türkiye' de cereyan etmiş bir tahkim, tabii ki millidir.

(e), (f), (g) ve (h) olasılıklarında tahkim 4686 sayılı kanuna tabiidir, fakat hiç birinde tahkim Türkiye' de cereyan etmiyor. (f) ve (h) olasılıklarından tenfiz bile Türkiye' de cereyan etmiyor, (b) ve (d) de olduğu gibi.

(e) ve (g) de, (a) ve (c) de olduğu gibi tenfiz Türkiye' de cereyan ediyor, fakat (a) ve (c) de tahkimin kendisi de Türkiye' de cereyan etmekte. O bakımdan düzeltme, yorum, tamamlama ve iptal konularında gerektiği ölçüde Türk mahkemesinin müdahalesine güvenilebilir. (e) ve (g) olasılıklarından bu teminat olmadığına göre Türkiye' deki tenfiz yeri yargıcına daha önemli bir görev düşer. 4686 sayılı kanunun 15. maddesinin B bendi 2. paragrafında yer alan Türk kamu düzeni sebebi ile icra edilebirdik belgesini vermemek konusunda re' sen karar verme durumu olabilir. İşte bu noktada 4686 sayılı kanunun kendisine vermiş olduğu yetkiyi, yargıcımız büyük dirayetle kullanmak zorundadır. Çünkü her konuda kamu düzeni ihlali olduğunu zannederseniz, bu yargıç, tahkim kurumunu yok eder, tersine eksik incelemesine karşın icra edilebilirlik kararını verirse 4686 sayılı kanunun itibarını yok eder, oysa kanunun öyle bir düzenlenmiş bulunuyor ki yurt dışındaki insanlar bile bu kanunu seçmekle adil bir yargılama temin ettiklerine güvenebilmektedirler. Bu bakımdan yargıç, bu re' sen yapacağı araştırmada şuna dikkat etmelidir.

Hakemlik yargılaması esasında bizim hukuki görüşümüze göre tarafların peşin olarak vazgeçemedikleri koruyucu usuli işlemlerden yararlanma fırsatından yoksun bırakılmış oldular mı? Bu yüzden bir hak ihlali oldu mu? Böyle bir durum varsa icra edilebilirlik kararı verilmemelidir.

Böylece, tenfiz aşamasındaki itirazın yerine tenfiz aşamasında re' sen kontrol yoluyla New York Sözleşmesi'nin sağlamak istediği tahkime güvenilirlik duygusu yine sağlanmış olur, zaten modelin son maddesi olan 36. maddesindeki tenfize itirazlar listesi aynıdır. Yalnız zamanı değişiktir. New York Sözleşmesi madde 5 de aynıdır. O halde Türk yargıcı, tenfiz aşamasında bu listeyi re'sen göz önünde bulundurursa tahkimin selameti açısından hayırlı bir davranışta bulunmuş olur, çünkü bu konuda bir kamu düzeni concensus'u (görüş birliği) vardır.

4686 sayılı kanun uyarınca gerek Türkiye' de gerek başka ülkede ce-

reyan etmiş olan bir tahkim söz konusu olunca ve bu tahkim sonunda verilmiş olan kararın tenfizi Türkiye’de cereyan edecekse New York sözleşmesi uygulanmayıp, ancak kamu düzeninin re’ sen gözönünde bulundurulması söz konusu olunca, akla şu soru gelir: New York Sözleşmesi bizim mevzuatımızda yer almış olduğuna göre, acaba hangi durumlarda uygulanır? Cevabı gayet basittir. O da şudur: Tahkim yabancı bir kanunun usulüne göre Türkiye’ de cereyan ettiyse, milli sayılmayacaktır ve o zaman New York Sözleşmesi’nin 1. maddesi uyarınca, aynı sözleşmenin 5. maddesindeki tenfize itiraz imkanları, aleyhine tenfiz söz konusu olan tarafın talebi üzerine de Türkiye’ de uygulanacaktır.

D- Sonuç

Dikkali çalıştığına göre İstanbul Asliye Mahkemesi bir Hakemlik Kuruluşu vasfını kazanabilir.

INTERTEMPORALES RECHT IM IPR

Prof. Dr. Kurt SIEHR*

A. Intertemporales Privatrecht

I. Probleme

Jedes Gesetz, das Neues bringt, Altes ändert oder ergänzt, muss seinen zeitlichen Anwendungsbereich bestimmen, also die Frage beantworten, ob es nach seinem Inkrafttreten nur für die Zukunft gilt, auch bereits vorher entstandene Rechtsbeziehungen erfasst oder sogar rückwirkende Kraft besitzt. In aller Regel sagen die neuen Gesetze selbst, welche zeitliche Dimension sie haben. Beispiele für solche Bestimmungen sind die Artt. 1 ff. des Einführungsgesetzes vom 3.12.2001 zum türkischen Zivilgesetzbuch (EGZGB)¹ und die Artt. 153 ff. des Einführungsgesetzes vom 18.8.1896 zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB). Aus diesen und ähnlichen Vorschriften lassen sich gewisse Prinzipien ableiten, die immer dann herangezogen werden können, wenn andere Gesetze ihre intertemporalrechtliche Dimension nicht oder nur unvollkommen regeln.

II. Prinzipien des intertemporalen Privatrechts

Es gibt nur wenige Abhandlungen über das intertemporale Privatrecht.² Das ist leicht zu erklären. Denn die Fragen dieses Rechtsgebietes

* Hamburg/Zürich.

¹ In deutscher Übersetzung von ODENDAHL Hanswerner / RUMPF Christian, in: Das Standesamt 2002, S. 121 f.

² Vgl zuletzt HESS Burkhard, *Intertemporales Privatrecht*, Tübingen 1998.