

# YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE TENFİZİ BAĞLAMINDA KAMU DÜZENİNİN ETKİSİ

Doç. Dr. SÜHA TANRIVER\*

## A. Genel Olarak

Tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlerde, aralarındaki hukukî ilişkiden kaynaklanmış ya da kaynaklanabilecek olan uyuşmazlıkların çözümünü, anlaşılmak suretiyle, devlet mahkemeleri yerine hakem olarak nitelendirilen kişi ya da kişilere bırakmalarına tahkim denir<sup>1</sup>. Aslolan, bir hukukî uyuşmazlığın, devlet mahkemeleri aracılığıyla çözüme kavuşturulmasıdır; tahkim ise, devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya ikame bir yargılama biçimidir; ona nazaran istisnaî bir nitelik taşıyan yargısal yol konumundadır<sup>2</sup> ve uyuşmazlığın çözümü bakımından devlet mahkemelerinin yetkisinin tümüyle kaldırılmasını amaçlar. Bu sebeple, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmede uyuşmazlığın bütünüyle hakemler aracılığıyla çözümleneceği konusundaki taraf iradelerinin son derece açık ve kesin bir biçimde açıklanmış olmasına bağlıdır<sup>3</sup>. Böyle bir tahkim iradesini içermeyen tahkim sözleş-

---

\* A.Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> KURU, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, 5.B., İstanbul 1991, s. 3965, KALPSÜZ, T.: İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, İnşaat Sözleşmeleri, (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996, Ankara 1996, s. 339-379); s. 341; KALPSÜZ, T.: Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli, Ankara 1989, s.2. Sözü edilen tanımlama, iradî ya da ihtiyarî tahkimi ifade eder. Konumuz bağlamında, tahkimden maksat da, bu tahkim türüdür.

<sup>2</sup> TANRIVER, S.: Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 1998, s. 112; KALPSÜZ: Tahkimin Genel Esasları, s. 341.

<sup>3</sup> KALPSÜZ: Tahkimin Genel Esasları, s. 345-346; TANRIVER, s. 112; ÜSTÜNDAĞ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 6.B., İstanbul 1997. s.939; ERTE-

mesi, hukuken hiçbir geçerlilik taşımaz. Bu durumda, taraflara hakem mahkemesiyle devlet mahkemesine başvuru konusunda bir seçim hakkı tanınmasını öngören tahkim sözleşmesi, açık ve kesin (mutlak) bir tahkim iradesini içermemesi sebebiyle, hukuken bâtıldır; uyuşmazlığın çözümü bakımından devlet mahkemelerinin yetkisi devam eder<sup>4</sup>.

Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran, yargılamada basitlik, çabukluk ve ucuzluğa kısaca usul ekonomisini gerçekleştirmeye daha uygun bir yapı arzetmesi, gizliliği sağlaması, uyuşmazlığın çözümünü uyuşmazlık konusunda uzmanlaşmış kişilere bırakabilme imkânını vermesi ve çözümlenme esnasında esas alınacak hukuk kurallarını hatta hukuk düzenlerini belirleme hususunda taraflara serbesti tanınması, tahkimin tercih edilmesinde önemli rol oynayan etkenlerdir<sup>5</sup>.

Tahkime ilişkin iradeler, taraflarca, müstakil bir sözleşme yapmak suretiyle tespit edebileceği gibi, mevcut bir sözleşmeye kayıt düşmek suretiyle de tespit edilebilir. İkinci durumda, tahkim şartından söz edilir; açık ve kesin bir biçimde saptanmış ve belgelendirilmiş olmak koşuluyla, asıl sözleşme şu veya bu nedenle geçersiz olsa bile, tahkim şartı geçerliliğini ve bağımsız kimliğini korur; hatta asıl sözleşmenin geçersizliği ile ilgili iddiaların da tahkim şartının geçerliliğini koruması sebebiyle, hakem ya da hakemlerce çözüme kavuşturulması gerekir<sup>6</sup>.

Tahkime başvuru, tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi yapma, hakemlerin uygulayacakları maddî hukuk ile usul hukuku kurallarını belirleme, tahkim süresi üzerinde tasarruf etme, tahkim yerini ve dilini saptama gibi yetkileri de içerir.

Tahkime, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler-

KİN, E. / KARAKAŞ, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi , Ankara 1997, s. 66.

<sup>4</sup> KALPSÜZ: Tahkimin Genel Esasları, s. 346; TANRIVER, s.112; Krş. ALANGOYA, Y.: Medeni Usul Hukuku'muzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 32; BİLGE, N. / ÖNEN, E.: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.B., Ankara 1978, s. 750; BEITZKE, G.: Zuständigkeitsreit zwischen staatlichem Gericht und Schiedsgericht [ZJP., 1936/1937, (60), s. 317 vd.]

<sup>5</sup> KALPSÜZ: Tahkimin Genel Esasları, s. 343-344; KARAYALÇIN, Y.: Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü (Batider., 1998/3, s. 1-52), s. 4-6.

<sup>6</sup> KALPSÜZ: Tahkimin Genel Esasları, s. 360.

den kaynaklanan hukukî uyuşmazlıklar bakımından başvurulabilir<sup>7</sup>. Bu durum, milli tahkim bakımından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 518 inci maddesinde, “ tarafların arzusuna tabî olmayan mesailde tahkim cereyan etmez” şeklinde ifade olunmuştur. Yine, yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizinde üye devletler bakımından baz alınacak temel düzenleme olan 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi’nin V, 2a maddesinde de “tanıma ve icra isteğinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre uyuşmazlık konusunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması,” tanıma ve tenfiz isteminin reddi sebepleri arasında sayılmıştır. Buna paralel olarak 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un yabancı hakem kararlarının tenfizi isteminin hangi hallerde reddedilebileceğini belirleyen 45 inci maddesinin “c” bendinde, mahkemenin, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yolu ile çözümünün mümkün olup olmadığını re’sen gözeteyeceği; mümkün değilse, yabancı hakem kararının tenfizi istemini geri çevireceği açıkca hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etme imkânının bulunmaması nedeniyle, genel çerçevede, gayrimenkul üzerindeki aynî haklara, şahsın hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarla, evlenmenin geçerliliği ve varlığı, boşanma, velâyet, nesep gibi aile hukuku uyuşmazlıklarında, iflâs ve nizasız kaza işlerinde tahkime müraccat edilemez<sup>8</sup>. Aynı durum, ceza yargısı ile ilke olarak idarî yargının görev alanına giren işler ve uyuşmazlıklar bakımından da geçerlilik taşır<sup>9</sup>. Tahkimin konusuna ilişkin olarak getirilen sınırlamaların sebep ve gerekçeleri, kanun koyucuların tahkime ilişkin tavırlarına, ülkelerin sosyo-ekonomik özelliklerine ve kamu düzeni anlayışlarına göre değişim göstermek-

<sup>7</sup> KALPSÜZ: Tahkimin Genel Esasları, s. 356; ŞANLI, C.: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 1996, s. 314; KURU, Usul IV, s. 4003. Bu durumda, taraflar aralarındaki uyuşmazlığı serbestçe anlaşarak çözüme kavuşturabiliyorlar ve vardıkları bu anlaşma devlet mahkemelerinin müdahalesine gerek kalmaksızın geçerli olabiliyorsa, o uyuşmazlığın halli için tahkim yoluna gidilebilecektir (KURU: Usul IV, s. 4003; KALPSÜZ: Tahkimin Genel Esasları, s. 356).

<sup>8</sup> KURU: Usul IV, s. 4003 vd; KALPSÜZ: Tahkimin Genel Esasları, 356-357.

<sup>9</sup> KURU: Usul IV, s. 4003 dn, 19; DURAN, L.: İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1982, s. 434.

tedir<sup>10</sup>. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği işler esas itibarıyla kamu düzeniyle ilişki içerisindedir. Bir başka ifade ile belirli uyuşmazlık türleri açısından tahkimin kapatılmasının arka plânında genelde kamu düzenini korumak düşüncesinin yattığı söylenebilir<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticari Akitler, s. 312.

<sup>11</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 313; KALPSÜZ: Tahkimin Genel Esasları, s. 357.

Anayasa'nın 125 ve 155 inci maddeleri ile bu maddelere paralel olarak Danıştay Kanunu'nun muhtelif maddelerinde (özellikle, 24 üncü maddesinde) yapılan değişikliklerle, (4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG., 14.8.1999, sa. 23786; 4492 sayılı Danıştay ve İdarî Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., 21.12.1999, sa.23913) kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından, millî ya da milletlerarası tahkime müracaat edebilme imkânı getirilmiştir. Aynı şekilde, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun idarî dava türlerini belirleyen 2 nci maddesinde de, anayasal plânda yapılan değişiklik baz alınmak suretiyle, hakkında tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar dışındaki, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idarî sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları konu alan davaların idarî dava sayılacağı belirtilmiştir (4492 sayılı Kanun m. 6). Yine, 4446 sayılı Kanun'un 1 inci maddesiyle Anayasanın 47 nci maddesine eklenmiş olan fıkra ile kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin yegane aracının imtiyaz usulü olmadığı, kamu tüzel kişilerine kanunla belirlenmek koşuluyla, özel hukuk sözleşmeleri yapmak suretiyle üstlenmiş oldukları yatırım ve hizmetleri gerçek ve tüzel kişilere (özel kişilere) gördürme; hatta devretme olanağı yaratılmıştır. Bu gün için, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünün hakemlere bırakılması mümkündür. Anayasal sınırlama nedeniyle, tüm unsurları itibarıyla Türk hukuk düzeninin etki alanına giren kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bakımından, milletlerarası tahkime müracaat olanağı yoktur. Taraflar, böyle bir imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde, hakemlerin, yabancı bir hukuk düzenini ya da bir milletlerarası tahkim kuruluşunun düzenlemesini (tüzüğünü) uygulamasını kararlaştıramayacaklardır. Bu durumda milletlerarası tahkime, ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların yabancı bir unsuru içermesi kaydıyla gidilmesi mümkün olabilecektir. İşaret edilen bu anayasal ve yasal değişiklikler aynı zamanda, tahkimin münhasıran adlî yargı alanında uygulamak üzere oluşturulmuş bir kurum olmadığını, alternatif bir ihtilâf çözme yöntemi ve devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya ikame bir yargılama biçimi konumunda bulunduğunu; bu nitelikleri itibarıyla da idarî yargı kapsamına giren uyuşmazlıkların çözümünde de işlerlik kazanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz

Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi, esas itibarıyla, Anayasa'nın 90 ıncı maddesi çerçevesinde bir kanunla onaylan-

sözleşmeleri açısından tahkimin aralanmasının temel gerekçesini, bir kamu hizmetinin kurulup belirli bir süre ile işletilmesini ya da kurulu bulunan bir kamu hizmetinin sadece belirli bir süre ile işletilmesini üstelenecek ve bu bağlamda Türkiye'de yatırım yapacak olan şirketlerin, özellikle yabancı şirketlerin, gerçekleştirilecek olan sözleşmelerde tahkim yoluna gidilmesini önkoşul olarak getirmeleri; bunun sağlanmaması halinde yatırım yapmaktan kaçınacaklarını açıkça ifade etmiş bulunmalarıdır [TAN, T.; İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devlet Modeli (Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara 1996, s. 23-40), s. 39; GÖZÜBÜYÜK, Ş. / TAN, T.: İdare Hukuku, C.I, Genel Esaslar, Ankara 1998, s. 422; TAN, T.: İdarî Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, (AÜSBFD., 1995/3-4, s. 291-309), s. 307]. Öte yandan, Türkiye 27.5.1988 tarihli ve 3460 sayılı Kanunla (RG., 2.6.1988, sa. 19830), sadece Türkiye'de bulunan gayrimenkuller üzerindeki aynî haklar ile ilgili uyuşmazlıklar bakımından çekince koymak suretiyle onayladığı "Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme [ICSID Sözleşmesi, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: KARAYALÇIN, s. 24-25; ERTEN, R.: ICSID Tahkimi, (Batider, 1998/4, s. 207-228), s. 207 vd.] ve pek çok devletle ikili olarak gerçekleştirmiş bulunduğu "Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmaları" ile T.C. Devletinin idari birimleriyle, âkit devlet tabiiyetindeki kişiler arasında akdedilen ve eskiden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı kaydedilen yap-işlet-devret sözleşmelerinden [DURAN, L.: Yap-işlet-devret(AÜSBFD., 1991/1-2, Prof. Dr. Muammer Aksoy'a Armağan, Ankara 1991, s. 147-170), s. 164; 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 günlü ve 1994/71-1995/23 sayılı kararı (RG., 20.3.1996, sa. 22586). 4493 sayılı Kanunla (RG. 22.12.1999, sa. 23914.) 3396 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerle, yap-işlet-devret sözleşmeleri ile yapılabilecek olan işler arasına "elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti de" eklenmiş ve ayrıca Yüksek Plânlama Kurulunca belirlenen idare ve sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında akdedilecek olan yap-işlet-devret sözleşmelerinin, özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı belirtilmiştir] kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının münhasıran tipik bir mecburî tahkim türü olan ICSID tahkimine [ŞANLI, C.: Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar, (Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara 1998, s. 35-51), s. 39, 43; BİRSEL, M.; Enerji Hukuku Alanında Anayasa Mahkemesi İptal kararlarının İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Işığında Yorumlanması, Aynı Panel, s. 21-35), s. 24] müracaat suretiyle çözüme kavuşturmayı zaten kabul etmiştir (ŞANLI: Yatırım Uyuşmazlıkları, s. 38, 42).

mak suretiyle Türk iç hukukunun bir parçası haline getirilmiş bulunan 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcra-

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini, benzeri idarî sözleşmelerden ayırmaya yarayan en önemli ölçütün, bu tür sözleşmelerde teşebbüsün yatırım masraflarının, kâr ve zararının tamamının karşı tarafa (imtiyazcıya) ait olmasının teşkil ettiği kaydedilmektedir [GÜNDAY, M.: İdare Hukuku, 2.B., Ankara 1997, s.143; OD-YAKMAZ, Z.: İdarenin Sözleşmeleri, (GÜHFD., 1998/1-2, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Ankara 1999, s.141-196), s.153; DANIŞTAY 1.D., 24.9.1992, 232/294, (DD., 1993/87, s. 37.)]. Günümüzde imtiyazın bir özelliği olarak kaydedilen imtiyaz sahibinin hizmetin kuruluşu ve/veya işletilmesini tüm sonuçları itibarıyla üstlenmesi koşulunun katılığını kaybettiği bir başka ifadeyle hizmetin gerektirdiği yatırımların bir bölümünün hatta istisnaen de olsa tümünün, idare tarafından karşılanması yoluna gidildiği; bu suretle idare ile imtiyaz sahibi arasındaki ilişkinin, mal ayrılığından mal birliğine dönüştürüldüğü; bir ortaklık ilişkisinin yaratıldığı gözlemlenmektedir (TAN: İdarî Sözleşme, s. 300; TAN: Yap-İşlet-Devret, s. 29; GÖZÜBÜYÜK/TAN: s. 309). Öte yandan, imtiyaz sahibinin, gelirini, hizmetin yürütülmesi sırasında aldığı ücretle karşılaması ve bu ücretinde idarenin onaylayacağı tarife ile belirlenmesi de, artık kamu hizmeti imtiyazının ayırdedici özelliği olmaktan çıkmıştır. Önemli olan nokta, şu veya bu şekilde hizmetin görülmesinden elde edilen gelirle, imtiyaz sahibinin yaptığı giderlerin karşılanmasıdır (TAN: İdarî Sözleşme, s. 300; TAN: Yap-İşlet-Devret, s.29). Hatta, ücretin idarece belirlenmesi ilkesinden de ayrılınarak, imtiyaz sahibi şirkete, başlangıçta ücreti serbestçe belirleme imkânı da tanınmaktadır. (TAN: Yap-İşlet-Devret, s. 29; TAN: İdarî Sözleşme, s. 300; GÖZÜBÜYÜK/TAN: s. 393). Ayrıca, imtiyaz sahibinin gelirini, hizmetten yararlananlardan alacağı ücretle karşılaması niteliğinin bir uzantısı olarak, imtiyaz usulünün yalnızca ücretlendirilebilir ve yararlananların saptanabilir olduğu hizmetler yani iktisadî kamu hizmetleri için uygulanabilir bir yöntem olduğu görüşü terkedilmiş; idarî kamu hizmetleri için de uygulanabileceği görüşü ağırlık kazanmaya başlamıştır (TAN: İdarî Sözleşme, s. 301; TAN: Yap-İşlet-Devret, s. 29; GÖZÜBÜYÜK/TAN: s. 393). Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini karakterize eden temel unsurlardan biri olan imtiyaz unsurunun, tarihsel gelişim süreci içerisinde içerik ve işlev itibarıyla geçirmiş olduğu değişim (TAN: İdarî Sözleşme, s. 300) ile anayasal ve yasal plânda bu tür sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna başvuru imkânında getirilmiş bulunması karşısında, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, idarî sözleşme olma niteliğinin katılığını kaybettiğini; hatta bir anlamda uyuşmazlıkların çözümü için tabi olunacak rejim açısından özel hukuk sözleşmelerine yaklaştırıldığını ve sözü edilen sözleşme türünden kaynaklanan uyuşmazlıkların tarafların serbestçe tasarruf edebileceği işler arasına sokulduğunu söylemek yanlış olmaz (Anayasal ve yasal değişikliklerin yapılmasının çok öncesinde aynı yönde bkz.: ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 315). Hakem yargılamasının temel karakteristiği, tarafların yargılama sırasında eşit işlem görmesidir. Aynı kural, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin-

sına İlişkin New York Sözleşmesi<sup>12</sup> hükümlerine tâbidir<sup>13</sup>. Yine, bu konuda, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 43 ve devamı maddelerinde bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak, sözü edilen Milletlerarası Sözleşme, özel hükümler içermesi se-

den kaynaklanan bir uyuşmazlık için tahkime gidilmesi halinde de geçerlidir. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerde, taraflardan birinin idare olması, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmış bulunması, kamu yararını temsil etmesi, yargılama esnasında onun farklı bir işleme tâbi tutulması sonucunu doğurmaz. O halde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvuru tercih eden idarenin, hakem yargılaması sırasında eşit işleme tâbi tutulma hilkesinin işlerlik kazanmış olması nedeniyle, özellikle milletlerarası tahkimde hakem seçimi ve onların uygulayacakları hukuk konusunda, muhtemel sakıncaların doğumunun önceden önlenmesi için, büyük bir dikkat ve özen içerisinde bulunması şarttır. Ayrıca, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü konu alan yabancı hakem kararları açısından da, diğer uyuşmazlık türlerine ilişkin verilmiş yabancı hakem kararları için işlerlik kazandığı gibi, en önemli ve etkin silahın tenfiz bağlamında kamu düzeni müdahalesinin olduğunun vurgulanmasında yarar vardır (SAYMAN, Y.: İdarî Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, Panel, Ankara 1999, s. 19).

<sup>12</sup> RG., 21.5.1991, sa. 20877. Sözleşme metni için bkz.: RG., 25.1991, sa. 21002. Burada sözü edilen tenfizden maksat, yabancı hakem kararına, Türkiye'de cebri icra organları aracılığıyla yerine getirilebilme niteliğinin verilmesidir. Tenfiz, yabancı hakem kararının Türkiye'de sadece kesin hüküm ve kesin delil gücünün kabul edilmesi biçiminde ifade edilebilecek olan tanımadan farklı bir kavramdır.

<sup>13</sup> Milletlerarası tahkimle ilgili önemli diğer bir milletlerarası sözleşmede, Türkiye'nin de tarafı konumunda bulunduğu (RG., 23.9.1991, sa. 21000) 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesidir. Bu Sözleşme, özellikle, milletlerarası ticarî tahkimin işleyişi ile ilgili kurallar öngörmekte, milletlerarası ticaret alanındaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak verilecek hakem kararlarının tenfiziyle ilgili hükümler içermemekte, bu konuyu New York Sözleşmesi'nin düzenlemelerine bırakmaktadır (AKINCI, Z.: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1991, s. 101). Buradan hareketle, Avrupa Sözleşmesi'nin, New York Sözleşmesi'nin tamamlayıcısı niteliğinde bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir (AKINCI: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 101). New York Sözleşmesi'ne 1996 yılı başlangıcı itibariyle 107 ülke taraf konumundadır; dolayısıyla sözü edilen sözleşme, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bağlamında dünyada en geniş kabul görmüş ve uygulama alanı bulmuş milletlerarası sözleşme konumundadır (ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 252 dn. 240). Burada zikredilmesi gereken diğer bir temel düzenlemede, Türkiye'nin de tarafı konumunda bulunduğu "ICSID" olarak kısaltılan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (Dünya Bankası veya Washington Sözleşmesi)dir. Bu Sözleşme'nin 54 üncü maddesi uyarınca, Sözleşmeye üye her ülke,

bebiyle, MÖHUK'un tenfizle ilgili hükümlerine nazaran aynı Kanun'un 1 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icrasında da öncelikle uygulanacaktır. Bu bağlamda, temel hükümleri itibarıyla, New York Sözleşmesi'nin yabancı hakem kararlarının tenfiziyle ilgili hükümlerinin, MÖHUK'un konuyu kanun bazında düzenleyen hükümleriyle büyük ölçüde uyum içerisinde olduğu; hatta ona kaynaklık ettiği dahi söylenebilir<sup>14</sup>.

Türkiye, New York Sözleşmesi'nin tanıdığı imkânı (m. 1/3) kullanarak,

bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş olan her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi devlet mahkemesinin nihai kararı gibi yerine getirecektir (3460 sayılı Kanun, RG., 2.6.1988, sa. 19830). Bir başka ifadeyle, Sözleşme kapsamına giren hakem kararları, bütün âkit devletlerde kendi mahkemesinin kararları gibi geçerli ve tenfiz kabiliyetini haiz olacaktır (AKINCI: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 102-103; ERTEN, s. 222). ICSID hakem kararlarının âkit devletlerden birisinde icrasını sağlamak için, ICSID Genel Sekreteri tarafından onaylanmış bulunan bir karar suretinin ibrazı yeterli olacaktır (AKINCI: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 103; ERTEN, s. 222). Bu durumda, herhangi bir âkit ülkede ayrıca mahkemeye başvurup tenfiz isteminde bulunmaya gerek kalmadan, hakem kararının icrası, istenilen âkit ülkede, o ülke mahkemelerinin kararlarının icrası usulüne (ilâmlı icra hükümlerine) göre gerçekleştirilecektir (ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 392; KARAYALÇIN, s. 25; ERTEN, s. 222). Çünkü, bu sözleşme ile âkit devletler, hakem kararlarının tenfizi hususunda mahkemelerin geleneksel olarak haiz bulunduğu belirli yetkilerden feragat etmişlerdir (AKINCI: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları, s. 102). Tenfiz talebinde bulunulan ülkede, Türk Hukukunda olduğu gibi, "devlet mallarının haczedilmezliği" ilkesi (İİK m. 82/1) geçerli ise, sözü edilen Milletlerarası Sözleşme kapsamında verilen kararların icrası bakımından, bu kural bir icra engeli oluşturabilir (ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 394).

<sup>14</sup>

KORAL, R.: Milletlerarası Hakem Kararlarının Yeni Mevzuat Karşısında Tenfizi, Ex Contractu İfa Davası ve Yargıtay İçtihatları (II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 83-118), s. 86; ANSAY, T.: Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Anlaşması ve Yeni Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu (II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 123-140), s. 136; NOMER, E.: Devletler Hususî Hukuku, 7. B., İstanbul 1993, s. 465; ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 326. MÖHUK'da, New York Sözleşmesinden farklı olarak, yabancı hakem kararlarının sadece tenfizi düzenlenmiştir. Tenfize ilişkin inceleme zorunlu olarak öncelikle tanıma bağlamında inceleme, yapılması sonucunu doğuracağından (ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 226); tanıma daima tenfizin içinde mevcut olacağından, yabancı hakem kararlarının tenfiziyle ilgili MÖHUK hükümleri (m. 43 vd.) yabancı hakem kararının sadece tanınmasının istenmesi



bu Sözleşme'yi karşılıklılık esası çerçevesinde diğer bir âkit devlet ülkesinde verilmiş ve yalnızca Türk hukukuna göre ticarî nitelikte sayılan akdî ve âkit dışı hukukî ilişkilerden (TK. M.3; m. 21) doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan etmiştir (3732 sayılı Kanun m.2). O halde, Türk Hukuku'na göre, ticarî nitelikte sayılmayan akdî veya âkit dışı hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasını öngören yabancı hakem kararları ile ticarî nitelikte akdi ya da âkit dışı bir hukukî ilişkiden kaynaklanmış olan uyuşmazlık hakkında çözüm öngörmesine rağmen, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet ülkesinde verilmiş bulunan yabancı hakem kararlarının, Türkiye'de tenfizi, ancak konuyu kanun bazında düzenleyen MÖHUK hükümleri çerçevesinde mümkün olacaktır.

New York Sözleşmesi'ne göre, Türkiye'de tenfizi istenebilecek olan hakem kararlarından maksat, tenfizin talep edildiği ülke olan Türkiye dışında başka bir âkit devlette verilmiş hakem kararları ile tenfiz ülkesi olan Türkiye'de verilmiş bulunmasına rağmen Türk Hukukuna (tenfiz ülkesi hukukuna) göre millî sayılmayan hakem kararlarıdır. Bu durumda, birinci grup hakem kararlarının, yabancı hakem kararı olarak nitelendirilebilmesi için, Türkiye dışında bir başka âkit devlet ülkesinde verilmiş bulunduğunun tespiti tek başına yeterli olacak; bu niteliğin kazanılması açısından, tarafların veya hakemlerin yabancı olması, tahkim anlaşmasının yapıldığı veya hakemlerin toplandığı yahut hakem kararının tefhim, tebliğ veya tevdi edildiği yerin yabancı bir ülkede bulunması, tahkime konu olan uyuşmazlığa uygulanan maddi hukukun ya da tahkim prosedürünü yöneten hukukun yabancı olması herhangi bir önem taşımayacaktır<sup>15</sup>.

---

halinde de uygulanacaktır. (KURU / YILMAZ, s. 194-195.) Mahkeme kararlarının aksine hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde, tanımayı, tenfizden farklı hükümlere tâbi kılmayı gerektirecek bir nitelik farkı mevcut değildir. Bu sebeple, yabancı hakem kararlarının yalnızca tanınması da, aynen tenfiz şartlarına tâbi olarak gerçekleştirilecektir (NOMER: DHH, s. 460-461). Tebliğimizde, esas itibarıyla yabancı hakem kararlarının tenfizini ele almak suretiyle yapacağımız açıklamalar, aynen yabancı hakem kararlarının tanınması bağlamında da geçerlilik taşıyacaktır.

<sup>15</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 254; ERTAŞ, Ş.: Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası (Avrupa-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 10 Mayıs 1990, Ankara 1991, s. 51-78), s. 60-61.

İkinci grubu teşkil eden tenfiz ülkesi olan Türk Hukukuna göre millî sayılmayan hakem kararlarından (yani, yabancı hakem kararlarından) maksat ise, yabancı bir devletin usul hukuku uygulanmak suretiyle verilmiş bulunan (yani, Türk kanunlarının otoritesi altında<sup>16</sup> verilmemiş olan) hakem kararlarıdır. Bir başka ifade ile ikinci durumda, hakem kararının milliyetinin tayininde baz alınacak ölçüt, tahkim usulüne hakim olan, tahkim prosedürünü yöneten hukuktur<sup>17</sup>; bu usul hukuku, yabancı bir devletin usul hukuku ise yabancı hakem kararının; Türk usul hukuku ise, Türk hakem kararının varlığından bahsetmek gerekecektir. Yapılmış bulunan bu tespit, yabancı hakem kararlarını doğrudan tanımlamayan ve sözü edilen kararların tenfizini düzenleyen ve bu bağlamda yabancı hakem kararının tanımlanmasında dolaylı da olsa bir ölçüt getiren 2675 sayılı Kanun'un 45 inci maddesinin "f" ve "h" bentleri ile özellikle "g" bendine de uygun düşer<sup>18</sup>. Burada, son olarak vurgulanması ve altının çizilmesi gereken bir diğer husus da, hakem kararının milliyeti ile yani yerli veya yabancı sayılması ile tahkimin millî ya da milletlerarası olmasının herhangi bir ilişkisinin bulunmadığıdır<sup>19</sup>.

## B. Kamu Düzeni Kavramı ve Nitelikleri

Kamu düzeninin, zamana ve mekâna göre değişken bir nitelik göstermesi sebebiyle<sup>20</sup>, genel geçerliliğe sahip kesin bir tanımının yapılması son derece güçtür. Ancak, genel çerçevesi itibariyle kamu düzeni, "bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasî, sosyal, ekonomik, ahlâkî ve hukukî açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünüdür" şeklinde tanımlanabilir<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> ÜNAL, s. 160.

<sup>17</sup> NOMER: DHH, s. 459; ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 254; KALPSÜZ, T.: Türk Hakem Kararı Kavramı (II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 31-53), s. 51.

<sup>18</sup> New York Sözleşmesi 1/d bendi.

<sup>19</sup> KALPSÜZ, T.: I. Abant Toplantısı (26-28 Eylül 1997), Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, Ankara 1998, s. 32.

<sup>20</sup> ÖKÇÜN, G.: Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967, s. 151; ÇELİKEL, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, (Genel Kurallar), İstanbul 1984, s. 175; ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 316.

<sup>21</sup> ÇELİKEL, s. 165; ŞANLI-Uluslararası Ticarî Akitler, s. 316; ŞANLI, C.: Millet-

Milletlerarası özel hukuk ilişkileri bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeni kavramı, iç hukuk anlamındaki kamu düzeni kavramından içerik ve işlev itibarıyla farklılıklar gösterir<sup>22</sup>. Herşeyden önce, milletlerarası özel hukuk anlamındaki kamu düzeni kavramı, iç hukuktaki kamu düzeni kavramına nazaran daha dar ve daha sınırlı bir içeriğe sahiptir<sup>23</sup>. Bir başka ifade ile, iç hukukta kamu düzeninden sayılarak emredici kurallara bağlanan esaslar; milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmayabilir<sup>24</sup>. Yine, iç hukukta, kamu düzeni, irade serbesliğini sınırlayıcı bir işlevi yerine getirdiği halde; milletlerarası özel hukuk anlamındaki kamu düzeni, yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi ve yabancı hakem ya da mahkeme kararının tanınmasının veya icra edilmesinin önlenmesi biçiminde beliren iki temel işlevi yerine getirir<sup>25</sup>. Her bir somut durumda, kamu düzenine aykırılığın varlığının belirlenmesinde, hâkime geniş ölçüde takdir hakkı tanınmıştır<sup>26</sup>. Hâkim, kendisine tanınan bu takdir hakkını, önüne gelen olayın koşullarını ve özelliklerini gözeterek kullanacaktır. Bu konuda keyfiliğin önlenmesi için, kamu düzenine aykırılığın "açık" olmasının aranması<sup>27</sup> ve sistem farklılıklarının ötesinde bir kavram konumunda bulunduğu gözardı edilmemesi gerekir<sup>28</sup>.

lerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, İstanbul 1986, s. 379; ERTAŞ, Ş.: Yabancı ilâmların Tanınması ve Tenfizi, (Prof. Dr. Kudret Ayiter'e Armağan, Ankara 1987, s. 365-436), s. 395.

<sup>22</sup> ÖKÇÜN, s. 14-15; ÇELİKEL, s. 163-164.

<sup>23</sup> ÇELİKEL, s. 164; ÖKÇÜN, s. 15.

<sup>24</sup> ÖKÇÜN, s. 15; ÇELİKEL, s. 164; ERTAŞ, s. 395.

<sup>25</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 316; ÖKÇÜN, s. 14-15; SAKMAR, A.: Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982, s. 117.

<sup>26</sup> ÇELİKEL, s.175; ÖKÇÜN, s.157-158; ÜNAL, s.76; TIRYAKIOĞLU, B.: Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996, s. 48.

<sup>27</sup> KURU, B. / YILMAZ, E.: Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması (II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 191-205), s. 199; ÇELİKEL, s. 175; TIRYAKIOĞLU, s. 48.

<sup>28</sup> ÇELİKEL, s. 175; TIRYAKIOĞLU, s. 46.

## C. Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinin Kamu Düzeni Açısından İrdelenmesi

### 1. Genel Olarak

Yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tenfiz edilebilmesinin koşullarından birini de, onun, Türk kamu düzenine aykırı olmaması teşkil eder (New York Sözleşmesi V, II/b; MÖHUK. m. 45/b). Hakem kararının tenfizinde, kamu düzeninin müdahalesi, kararın içeriği sebebiyle ortaya çıkabilecek negatif nitelikli bir müdahaledir<sup>29</sup>.

Hakemler de, tıpkı devlet mahkemeleri hâkimleri gibi, maddî vakıaları bir hukukî kalıba göre nitelendirerek hüküm verirler; yani yargı görevi yaparlar<sup>30</sup>. Bir başka ifade ile, hakemlerin görevi de, taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlığı, devlet mahkemesi hâkimleri gibi yargılama yapıp çözüme kavuşturmaktır. Dolayısıyla, hakemler de, mahkemeler gibi, ülkede ve ülkenin dahil bulunduğu dünyada egemen olan temel hukuk, ahlâk ve adalet ilkelerine uymak zorundadırlar; ancak, bu bağlılık devlet mahkemelerinde olduğu kadar sıkı değildir<sup>31</sup>. Bunun nedenini, hakemlerin, belirli bir devletin kamu düzeni ve emredici kurallarından çok, milletlerarası hukukta ve milletlerarası ticarette genel geçerlilik taşıyan ilkelere tâbi kılınmış olması teşkil eder<sup>32</sup>. Bu durum karşısında, yabancı hakem kararlarının tenfizi bağlamında, “kamu düzenine aykırı olmama” koşulu irdelenirken, hakemlerle mahkemeler arasında yaratılmış olan bu nüans mutlaka dikkate alınmalı<sup>33</sup>; yani, iç hukuktaki kamu düzeni değil; milletlerarası unsurlu hukukî iliş-

<sup>29</sup> NOMER, E.: Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı (MHB., 1989/4, s. 29-31), s. 30-31.

<sup>30</sup> ALANGOYA, Y.: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 57; ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 316. “Hakem, tıpkı hâkim gibi vakıaları, kanun veya tarafların kararlaştırdıkları norm çerçevesinde irae ederek bir hüküm vermekle mükellef kimsedir” (TD., 29.1.1959, 139/294, ALANGOYA: Tahkim, s. 59 dn. 102).

<sup>31</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 317; SAKMAR, s. 118; ÖKÇÜN, s. 131; ALANGOYA: Tahkim, s. 187.

<sup>32</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticari Akitler, s. 317.

<sup>33</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticari Akitler, s. 317.

kiler bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeni anlayışı gözönünde tutulmalıdır<sup>34</sup>.

Genel çerçevede, yabancı hakem kararında, Türk hukuk düzeninin esaslı bir ilkesi, özellikle kamu hukuku ilkeleri, emredici hukuk kuralları çiğnenmiş ve karar ile adalet/nesafet kuralları ağır bir şekilde ihlâl edilmişse, o hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğundan söz edilir<sup>35</sup>. Tenfizi istenen yabancı hakem kararının, kamu düzenine aykırı olup olmadığını belirleme işi, tümüyle tenfiz devleti hâkimine ait bir görevdir<sup>36</sup>; hâkime bu konuda geniş bir takdir hakkı tanınmıştır; onun, sahip olduğu bu takdir hakkının kullanımında keyfiliğe kaçmasını önleyebilmek ve kamu düzeninin milletlerarası unsurlu hukukî ilişkiler bağlamında etki alanını daraltabilmek için, aykırılığın "açık" olmasının aranması<sup>37</sup> ve hakem kararları bakımından kendisine işaret edilmemiş olsa bile, MÖHUK. m. 45/b'de sözü edilen kamu düzenine aykırılığın, yabancı mahkeme kararlarında olduğu gibi "açık aykırılık" şeklinde anlanlandırılması gerekir<sup>38</sup>. Yine, bu çerçevede bir değerlendirmede bulunurken, her ne kadar, kamu düzenine ilişkin hususlar emredici hukuk kurallarıyla düzenlenirse de, her emredici usul hukuku kuralının kamu düzeninden sayıldığı yönünde bir yargıya varmaktan özenle kaçınılmalı; usul hukuku alanında genel çerçevesi itibariyle, bireysel olmayan menfaatlara hizmet eden ve sadece bireylerin menfaatlerini korumak için kabul edilmiş olanların dışında kalan emredici usul hukuku kural-

<sup>34</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticari Akitler, s.317; ŞANLI: Milletlerarası Ticarî Tahkim, s.388 vd. 408; AKINCI: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s.162; NOMER: Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s.29; BİRSEL, M.: Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerine Göre Verilen Kararlarının 2675 sayılı Kanun Hükümlerine Göre Tenfizi (II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s.141-163), s.160. İşte bu nedendir ki, pek çok tenfiz devletinin, mahalli ilişki ve ihtiyaçları ön plânda tutarak çıkardığı emredici veya kamu düzeni niteliğindeki kurallarına aykırı düşen ve fakat milletlerarası hukuk ve ticarete hakim olan anlayış ve beklentilere uygunluk arzeden hakem kararlarının, kendi ülkelerinde icrasına izin verdiği gözlemlenmektedir (ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s.317-318).

<sup>35</sup> KURU / YILMAZ, s. 199.

<sup>36</sup> ÖKÇÜN, s. 128; SAKMAR, s. 81; TIRYAKIOĞLU, s. 48.

<sup>37</sup> KURU / YILMAZ, s. 199; AKINCI: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 197. dn. 691; SAKMAR, s. 118.

<sup>38</sup> KURU / YILMAZ, s. 199; SAKMAR, s. 118.

larının, kamu düzeni kavramı içerisinde yer alabileceği hususu ile kamu düzenine aykırılığın sistem farklılıklarının ötesinde bir durum olduğu olgusu, gözönünde tutulmalıdır. Ayrıca, son olarak, bu bağlamda, yabancı hakem kararlarının tenfizinde, kamu düzeni kaydının işlemesi bakımından önemli olan anın, tenfiz devleti hâkiminin tenfize karar verdiği an olduğunun vurgulanmasında da yarar vardır. Bir başka ifade ile kamu düzeni kavramına verilen anlam, yabancı hakem kararının verildiği tarih ile tenfiz tarihi arasında bir değişime uğradığı takdirde, hâkimin, tenfizin talep edildiği andaki kamu düzeni anlayışını temel alıp bir yargıya ulaşması uygun olur<sup>39</sup>.

## II. Münferit Durumların Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeni Yönünden İrdelenmesi

a) Türk hukuk düzeni bağlamında, yabancı hakem kararlarının kamu düzenine aykırılık sebebiyle, Türkiye’de tenfizine engel olabilecek ilk husus, kararın, farklı isimler altında gizlenmiş olsa bile, kumar veya rüşvet alacağına mahkûmiyet, ithali veya ihracı yasak bir malın teslimi gibi Türk kanunlarına göre yerine getirilmesi yasak olan bir edimi içermesi ya da uyuşturucu veya beyaz kadın ticareti gibi genel ahlâka ters düşen sözleşmelerden kaynaklanan edimleri hüküm altına alıyor bir konumda bulunmasıdır<sup>40</sup>. Burada, kamu düzeni çerçevesinde, tenfiz bakımından değerlendirmede bulunurken, kararın içeriği ve bunu temel alan hüküm fıkrası gözetilmeli; içerik ve hüküm fıkrasından anlaşılamayan

<sup>39</sup> ÖKÇÜN, s. 128.

<sup>40</sup> KORAL, R.: Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, İstanbul 1958, s. 120; AKINCI: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, 197; ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 318; ÖKÇÜN, s. 127; NOMER: DHH, s. 462. Yine, bir idarî sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde de, idare, kamu yararını temsil etmesi sebebiyle üstün ve ayrıcalıklı konumundadır; sözü edilen nitelik, Türk kamu hukukunun esaslı ilkelerindedir. Bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünü konu olan yabancı hakem kararında, idarenin üstün ve ayrıcalıklı olma konumu, ciddi ve ağır bir biçimde ihlâl edilmiş ise, bu durum tenfiz bağlamında, kamu düzeni müdahalesini gerektirebilir. Ancak, bu bağlamda, kamu düzeni müdahalesi dar tutulmalı; mübalağaya kaçılmamalı ve kamu düzenine aykırılığın, sistem farklılıklarının ötesinde bir durum olduğu da, gözardı edilmemelidir.

kamu düzenine aykırılık iddiaları, soyut iddialar olarak kabul edilip dikkate alınmamalıdır<sup>41</sup>.

b) Hakem kararının, kesinleşmiş bir Türk mahkeme kararı ile bağdaşmayan hükümler içermesi de, kamu düzenine aykırılık kapsamı çerçevesinde değerlendirebilecek durumların doğumuna sebebiyet verebilir<sup>42</sup>. Birbirine aykırı hükümler içeren iki ayrı kararın, aynı zamanda Türkiye'de icra kabiliyeti kazanmasının, hukukî güvenlik ile toplumsal barış ve istikrârı ortadan kaldıracacağı fikrini temel alan kamu düzeni gerekçesiyle, yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizine engel olunabilecektir<sup>43</sup>.

c) Yine, tahkim usulüne keyfiliğin egemen olduğu ve hakemlerin uyumsuzluğu çözüme kavuştururken eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı davrandıkları yabancı hakem kararlarının tenfizine izin verilmesinin de, kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceği söylenebilir<sup>44</sup>. Şüphesiz, tâbi oldukları hukukun kendilerine tanımış olduğu yetki çerçevesinde, taraflar, hakemlerin "hak ve nesafete" göre hüküm vermesini kararlaştırırlar. Ancak, bu tür bir yetkilendirme, hakemlerin, hiç bir zaman keyfi bir tutum takınarak karar verebilecekleri anlamına gelmez<sup>45</sup>. Bu konuda, bir yargıya varılırken, hakem kararının, hak ve nesafet ilkelerine aykırılığının, son derece açık ve kolay bir biçimde tespit edilebilir bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususunun, özenle araştırılması gerekir<sup>46</sup>.

d) Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerinin ihlâli de, kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilir ve yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizine engel olur<sup>47</sup>. Hakemler de, tıpkı devlet mahkemeleri hâkimleri gibi, bakmakta oldukları davalarda, yargı yetkisini kullanırlar ve

<sup>41</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 318-319.

<sup>42</sup> NOMER: DHH, s. 462; SAKMAR, s. 80-81; ERTAŞ, s. 396.

<sup>43</sup> SAKMAR: s. 80-81; ERTAŞ, s. 396.

<sup>44</sup> NOMER: DHH, s. 462; AKINCI: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 197.

<sup>45</sup> NOMER: DHH, s. 462.

<sup>46</sup> AKINCI: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s.197; NOMER: DHH, s.462-463.

<sup>47</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 320; KURU / YILMAZ, s. 199; KURU: Usul IV, s.4138; NOMER: Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s.30; SCHLOSSER, P.: Zur sachlichen Unabhängigkeit der Schiedsgerichte (Festschrift für Rudolf Reinhardt, Köln 1972, s. 137-150).

hüküm verirler; onlar tarafından verilmiş olan hükümler de, devlet mahkemelerinden verilen hükümlerin, gerçek anlamda sürrogatlarını oluşturur<sup>48</sup>. Dolayısıyla, hakemlerin de, üstlenmiş oldukları işlevin niteliği gereği, hâkimler gibi bağımsız ve tarafsız olmaları şarttır. Hâkimler gibi hakemlerin bağımsızlığı da, taraflar için bir usulî güvence oluşturur<sup>49</sup>. Ancak, bu güvence sayesinde, hakemlerin de, hâkimler gibi adil, objektif ve tarafsız karar vermeleri sağlanabilir. Bu durumda, bağımsızlık ve tarafsızlık bir yargılama biçimi olan hakem yargılaması bakımından da kendisinden vazgeçilmesi mümkün bulunmayan usulî bir güvence oluşturur ve hakem yargılamasının “olmazsa olmaz” şartlarından sayılır; ihlâli de tenfiz bağlamında kamu düzeni müdahalesine vücut verir; yani, tenfiz isteminin reddi sonucunu doğurur<sup>50</sup>. Tahkimin, taraf iradelerinden kaynaklandığından hareketle, yargının bağımsızlığı ilkesinden sapma göstermek mümkün değildir<sup>51</sup>. Tahkimin, devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya ikame bir yargılama biçimi olma niteliği, hakemlerin bağımsızlığı ilkesi bağlamında, taraf iradelerinin rolünü ortadan kaldırır<sup>52</sup>. Bu yüzden, hakem yargılamasında da bağımsızlık ve tarafsızlık, kendisinden vazgeçilemeyen ve taraf iradelerinin de üzerinde etkili olamayacağı temel bir ilke konumundadır ve bu temel ilke, olağan yargılama (devlet mahkemelere cereyan eden yargılama) bakımından olduğu gibi tahkim yargılaması bakımından da, kamu düzeninin işlerlik kazandığı alanlardan birini teşkil eder<sup>53</sup>.

Hakemlerin bağımsızlığından, karar verirken, onların, hiç bir makam, merci, organ veya kişiden emir, talimat, tasviye ve telkin almamaları (krş. AY. m. 138) ve özellikle davanın tarafları ile objektif bir biçimde karar vermeyi engelleyecek ölçüde, maddî ve manevî nitelikli herhangi bir bağ içerisinde bulunmamaları anlaşılmalıdır<sup>54</sup>. Bu çerçevede, ha-

<sup>48</sup> ALANGOYA: Tahkim, s. 57, 55 dn. 88.

<sup>49</sup> NOMER: Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s. 29; ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 321.

<sup>50</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 321.

<sup>51</sup> NOMER: Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s. 30.

<sup>52</sup> NOMER: Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s. 30.

<sup>53</sup> NOMER: Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s. 30.

<sup>54</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 321; KURU / YILMAZ, s. 199.



kemlerin karar verirken, esasa ilişkin olarak herhangi bir makam, merci, organ veya kişi tarafından dikkatlerinin çekilmesi; tavsiye ve telkin yoluyla olsa dahi, karar verme özgürlüklerinin zedelenmesi; hakemlerin taraflarla herhangi bir organik bağının bulunması veya taraflarla hakemler arasında rüşvet vs. gibi ahlâk dışı bir ilişkinin mevcudiyeti hallerinde, hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinin ihlâlinden ve tenfiz bağlamında yabancı hakem kararına kamu düzeni gerekçesiyle müdahaleden söz edilebilir<sup>55</sup>.

Hakemlerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının ihlâl edildiğine ilişkin her şüphe, tenfiz bağlamında kamu düzeninin müdahalesi için yeterli sayılmamalı; ancak bu tür bir müdahale için de, kamu düzenine ilişkin diğer

<sup>55</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 321. "Sözleşmeyle hakem heyetinin teşkil ve çalışma usulleri ..." Beynelminel Ticaret Odasının bu baptaki usul ve kaide-lerine bağlı tutulması, Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerinin Öngörülmesi ... hakem kararının Divana 'tevdii' ve "tasdik ettirilmesi" kamu düzenine de aykırı bulunmaktadır" 15. HD., 10.3.1976, 1617/1502 (İKİD., 1977/202, s. 5671). Kararı destekleyenlerin görüşü için, bkz. KURU/YILMAZ, s. 199; DOĞANAY, İ.: Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984 (Tartışmalar), s. 246; DOĞANAY, İ.: Avrupa-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1990, (Tartışmalar), s. 35.; ÜSTÜNDAĞ: Usul, s. 984; KURU, B.: Tartışmalar, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar 11 Nisan 1997, Ankara 1997), s. 256. Bu kararın doktriner bağlamda eleştirisi için, bkz.: NOMER, Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s. 30; KALPSÜZ, T.: Hakem Kararlarının Milliyeti, (Batider, 1978/3, s. 601-651), s. 625; KORAL R.: Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi (Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, 419-491), s. 468 vd.; SAYMAN, Y.: Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, (Tartışmalar), s. 251-252. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Tüzüğü'nün 21. maddesine göre, hakem vereceği kararı imzalamadan önce, karar tasarisını Tahkim Divanına sunar; Divan şekil değişiklikleri tavsiye edebilir ve hakemin karar verme özgürlüğüne saygı göstermekle beraber, onun dikkatini uyuşmazlığın esasına ilişkin noktalara çekebilir. Şekil yönünden Divanın onaylamadığı hiç bir karar imzalanamaz. Kanımızca, bu düzenleme, hakemlerin bağımsızlığı ilkesine aykırıdır ve tenfiz bağlamında da kamu düzeni müdahalesini gerektirir bir nitelik taşımaktadır. Zira, hakemlerin verdikleri karar, Tahkim Divanınca onaylanmadığı sürece, hiç bir hukuki sonuç doğurmaz; ayrıca Divan, kararı, beğenilmeyen yönlerini gösterip, tekrar gözden geçirmesi ve öngördüğü değişiklikleri yapması için, hakemlere iade etme yetkisine sahiptir. Hakemlerin, ilk verdikleri kararda ısrar etme olanaklarının da bulunmadığı gözetilecek olursa, onların bağımsızlığının hâlâ korunduğundan söz etmek mümkün olmaz.

müdahale hallerinden farklı olarak, bağımsızlığı ve tarafsızlığı zedeleyen durumun, mutlaka kararın içeriğine yansımış ve kararda somutlaşmış olması da aranmamalıdır<sup>56</sup>.

Hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını gerçekleştirmeye yönelmiş olan kurumlardan birini de, hakemlerin reddi kurumu oluşturur. Hakemler, genelde, hâkimlerin reddi sebeplerine dayalı olarak reddolunabilirler ve bu red sebepleri kamu düzeninden sayılır<sup>57</sup>. Tahkim prosedürünün başlamasından önceki evrede, tarafların hakemlerin reddi isteminde bulunmaktan karşılıklı bir biçimde feragat etmelerine izin verilmiş olması ile red isteminin olağan devlet mahkemesi yerine hakem mahkemesince karara bağlanmış olması halleri, tenfiz bağlamında kamu düzeninin müdahalesi için yeter gerekçe teşkil edebilir<sup>58,59</sup>.

Özellikle, ret isteminin, reddi istenen hakem ya da hakemler dışında bir başka merciice (devlet mahkemesince) karara bağlanması, hakem mahkemesinin objektifliği ile tarafsızlığının sağlanması açısından son derece önemli bir işlev gören ve kendisinden vazgeçilmesi mümkün olmayan usulî bir güvencedir.

e) Devlet mahkemelerinin, tahkim sözleşmesine müdahalesine ilişkin hükümler de, kamu düzeninden sayılır<sup>60</sup>. Özellikle, tahkim sözleşmesi-

<sup>56</sup> ŞANLI: Uluslararası Ticari Akitler, s.322; karşı. NOMER: Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s.31; AKINCI: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları, s.198-199.

<sup>57</sup> ÜSTÜNDAĞ: Usul, s. 959.

<sup>58</sup> FASCHING, H.: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, IV. Band, Wien 1971, s. 777.

<sup>59</sup> ALANGOYA, Y.: Uncitral Tahkim Yönetmeliği Hakkında, (Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 1-23), s. 14-15 dn. 49; KALPSÜZ, T.: Abant Toplantısı (25-28 Eylül 1997), Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Ankara 1999, s. 129. Krş. Uncitral Tahkim Kuralları, m. 12. Yine, Avusturya Usul Hukukunda, hakemlerin reddi talebini inceleyip karara bağlama yetkisi, hakem mahkemelerine bırakılmış ve söz konusu mahkemenin red talebini haksız bir biçimde geri çevirmesi halinde de, iptal davası prosedürü içerisinde bu konunun denetlenmesi öngörülmüştür (Avusturya Medeni Usul Kanunu § 595/4; bkz.: FASCHING, H.: Zivilprozessrecht, Lehr- und Handbuch, 2. Aufl., Wien 1990, s. 1080-1081.)

<sup>60</sup> ALANGOYA, Yönetmelik, s. 11, dn. 34; GÜNAL, Y.M.: Abant Toplantısı (25-28 Eylül 1997), Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, II, Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, Ankara 1999, s. 102.

nin geçersizliği ile uyuşmazlığın tahkim sözleşmesinin kapsamına girmediği yönündeki iddiaların karara bağlanması yetkisinin, hakem mahkemesine bırakılmasını ve sözü edilen mahkemenin bu konudaki kararının devlet mahkemelerini de bağlayacağı yönündeki düzenlemelerin işlerlik kazandığı yabancı hakem kararlarının da, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle, Türkiye’de tenfizine izin verilemez<sup>61</sup>.

f) Hakemler, tarafları ve tanıkları celbedip dinleyebilirler; gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırabilirler; ancak onlara karşı celbedilmelerini ve ifade vermelerini temin için, zor kullanamazlar; para, hapis ve disiplin cezası gibi zorlayıcı önlemler uygulayamazlar. Yine, bu zor kullanım yetkilerinin bulunmaması sebebiyle, hakemlerce, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz kararı gibi koruyucu önlem kararları verilemez; isticvap kararı alınamaz<sup>62</sup>; bu işlemlerin olağan devlet mahkemeleri aracılığıyla yapılması gerekir. Yabancı hakem kararında, bu belirtilen durumların aksine düzenlemelere işlerlik kazandırılmış olması, onun Türkiye’de tenfizinin istenmesi halinde, kamu düzeninin müdahalesini gerektirir<sup>63</sup>.

g) Hakem mahkemesince, tarafların yargılamada farklı işlemlere tâbi tutulması; yargılamadaki eşitliklerinin bozulması ve karşılıklı olarak dinlenme haklarının yani “karşılıklı iddia ve savunmada bulunma haklarının”<sup>64</sup> (rechtliches Gehör; AY. m.36; HUMK. m.73; MÖHUK. m.45;

<sup>61</sup> Krş. HUMK. m. 519; ALANGOYA: Yönetmelik, s. 19; ALANGOYA: Tahkim, s. 151; ayrıca, bkz. Avusturya Medeni Usul Kanunu § 596, II; FASCHING: Lehrbuch, s. 1074; Uncitral Tahkim Kuralları m. 21.

<sup>62</sup> YILMAZ, E.: Abant Toplantısı (25-27 Eylül 1997), Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, Ankara 1999, s. 117. Biran için, hakemlerin ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları verebileceği kabul edilse bile, bunların icrası bağlamında büyük sorunlar doğabilir; hatta icralarının gerçekleştirilememesi riskiyle karşılaşılabilir (YILMAZ: Tahkim II, s. 117). Krş. Uncitral Tahkim Kuralları m. 26, I; İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu m. 183.

<sup>63</sup> KALPSÜZ, T.: Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Hükmüne Göre Cereyan Eden Tahkim, Ankara 1990, s.17; Avusturya Hukukunda da, hakem mahkemesi, cebrî icraya izin verme, güvenlik önlemleri ile diğer geçici önlemleri alma konusunda yetkilendirilemez (FASCHING: Lehrbuch, s. 1073).

<sup>64</sup> İddia ve savunmada bulunma hakkı, kapsam itibarıyla, taraflara, dava ile ilgili bilgi verilmesi, delillerini öne sürme, seçtikleri kişi tarafından temsil edilebilme, dosyadaki bilgi ve belgeleri inceleyebilme, tahkim usulünün cereyanından ha-

New York Sözleşmesi V, I/b) ihlâl edilmiş olması, tenfiz bağlamında kamu düzeninin müdahalesi sonucunu doğurur<sup>65</sup>. Özellikle, savunma hakkına yeterince riayet edilmemiş olması<sup>66</sup> ve kararın verilmesini etkileyen delil çeşitlerinin ispat kuvvetinin, Türk Hukuku açısından kabul edilmeyecek bir nitelik göstermesi, bu bağlamdaki kamu düzenine aykırılığın tipik bir türünü teşkil eder<sup>67</sup>. Hemen belirtelim ki; Türk kanunlarının belirli bir delil çeşidi ile ispat edilmesini zorunlu kıldığı hususların, yabancı kanuna göre geçerli bir başka delil çeşidi ile ispat edilmiş olması, kararın kamu düzenine aykırı sayılabilmesi için yeterli değildir. Burada önem taşıyan nokta, yabancı hakem kararına dayanak oluşturan delil çeşitlerinin, Türk Hukuku'nda kabul edilemeyecek bir nitelik taşımasıdır. Örneğin, davacının iddialarını yeminle teyit etmesi sonucunda verilen veya davacının beyanlarına bir tanık ifadesi niteliği izafe eden yabancı hakem kararları açısından, kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir<sup>68</sup>. Yine, bu çerçevede, tanıkla ispatın, tanık tarafından imzalanmış yazılı bir beyanın hakem heyetine sunulması suretiyle gerçekleştirilmesi halinde de, HUMK. m. 241, m. 255 ve m. 256 hükümlerinin konuluş amaçları gözetildiğinde, kamu düzenine aykırılık oluşturabileceği söylenebilir<sup>69</sup>.

Son olarak, bu kısımda, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, kanunî temsil ve iradî temsil yeterliliğinin devlet mahkemelerinde olduğu gibi re'sen

---

berdar ve yeterince önceden duruşmaya davet edilme ile dava hakkındaki görüşünü açıklama ve alınacak olan karara etkili olabilme yetkilerini bahşeder. Bkz. bilgi için: PEKCANITEZ, H. / ÖZEKEŞ, M.: Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmaları, 2. B., İzmir 1997, s. 13-14. DAYINLARLI, K.: Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s. 92.

<sup>65</sup> NOMER: Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s.29. Avusturya hukukunda aynı yaklaşım biçimi için, bkz.: FASCHING: Lehrbuch, s.1080-1081. İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 182, II. Tarafların yargılamada eşit işlem görmesi ve hukuki dinlenilme hakkı, bütün uygar ülkelerin usul hukuklarında genel kabul görmüş evrensel yargılama hukuku ilkelerindedir ve bu nitelikleri itibarıyla da milletlerarası kamu düzenindedirler. KALPSÜZ: İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim, (Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ank. 1997, s.1-59), s.20.

<sup>66</sup> SAKMAR, s.77; ERTAŞ, s.396; NOMER: Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s.29.

<sup>67</sup> SAKMAR, s. 77.

<sup>68</sup> Krş. SAKMAR, s. 78.

<sup>69</sup> KALPSÜZ: Kitap, s. 14.

araştırılması zorunluluğunun bertaraf edildiği yabancı hakem kararlarının da, Türkiye'de tenfizlerinin istenmesi halinde, kamu düzeni engellemesi ile karşılaşılabilmesine işaret etmekte yarar vardır<sup>70</sup>.

h) Yine, hakem kararının içeriğini ve şeklini belirleyen düzenlemelerde, kamu düzenindedir; özellikle, tarafların anlaşması halinde, hakem kararının gerekçesiz olarak verilebileceğini öngören kuralların işlerlik kazandığı yabancı hakem kararları, Türkiye'de tenfizlerinin istenmesi halinde, kamu düzeni engellemesiyle karşılaşır<sup>71</sup>.

Gerekçe, hükmün dayandırıldığı hukukî esasları gösterir ve hükümde varılan sonuç ile maddî vakıalar arasında bir köprü kurulması işlevini yerine getirir. Anayasamızın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olacağını öngören kural ile onu iç hukuk bakımından teyit eden HUMK. m. 530'daki düzenleme ve ayrıca gerekçenin uyumsuzluğun çözümünde, söz konusu sonuca nasıl varıldığının; ileri sürülen taleplerin tümünün karara bağlanıp bağlanmadığının öğrenilmesi açısından taraflara tanınan vazgeçilmez bir hak ve hükmün yargısal denetiminin gerçekleştirilmesi bakımından da zarurî bir unsur olduğu hususu gözetildiğinde, gerekçesiz yabancı hakem kararlarının, Türkiye'de kamu düzenine aykırılık olgusuna dayanarak, tenfizi istemlerinin geri çevrilebileceğini söylemek daha sağlıklı bir yaklaşım biçim teşkil eder<sup>72</sup>. Hakem yargılaması-

<sup>70</sup> Avusturya Hukukunda da, bu durumun kamu düzeninden sayılması gerektiği yönündeki yaklaşım biçimi için bkz.: HOLZHAMMER, R.: Österreichisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Wien: New York 1976, s. 366; RECHBERGER, W./SIMOTTA, D.A.: Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Wien 1986, s. 449; BALLON, O.J.: Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht, Graz 1992, s. 300.

<sup>71</sup> ALANGOYA: Yönetmelik, s. 21; SAKMAR, s. 78.

<sup>72</sup> ALANGOYA: Yönetmelik, s. 21; SAKMAR, s. 78-79. KALPSÜZ: Tahkim II, s. 161; AKINCI: Tahkim II, s. 160; ÜSTÜNDAĞ: Tahkim, II, s. 16; İsviçre hukukuna göre de, yabancı hakem kararları gerekçeli olmak zorundadır (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu m. 199, II). Karş. ŞANLI: Uluslararası Ticarî Akitler, s. 318-319 dn. 301; AKINCI, Z.: Gerekçesiz Hakem Kararları Türkiye'de Tenfiz Edilebilir mi? (İBD., 1996/1-2-3, s. 82-91), s. 90-91; OKÇUOĞLU, Y.: Avrupa-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1991 (Tartışmalar), s. 37-38. Avusturya usul hukukuna göre, gerekçe, hakem kararının zorunlu içeriğine dahil değildir (FASCHING: Lehrbuch, s. 1083-1084; ayrıca bkz.: Uncitral Tahkim Kuralları, m. 32/3.

nın, devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya ikâme bir yargılama biçimi olduğu, devlet mahkemelerine paralel olarak tahkim yargılamasında da hakem mahkemelerinden söz edildiğine göre, anayasal kural olan ve kamu düzeniyle irtibat içerisinde bulunduğu konusunda herhangi bir kuşku duyulmayan m. 141, III hükmü uyarınca hakem mahkemesi kararları da gerekçeli olmak zorundadır<sup>73</sup>. Bu bağlamda, bir değerlendirme yapılırken, özellikle, yabancı hakem kararının tenfiz şartlarının tespitine imkân verecek bir biçimde kaleme alınmış olup olmaması ile sonuca nasıl ulaşıldığını gösterecek bir nitelik taşıyıp taşımadığı yönündeki ölçütlerden yararlanılabilir<sup>74</sup>.

ı) Hakem kararlarına karşı kanun yollarına müracaat edilmesinden, bu yollara başvuru hakkının doğumundan önceki evrede, karşılıklı bir biçimde feragat edilmesini öngören anlaşmalar caiz değildir; böyle bir düzenlemenin işlerlik kazandığı yabancı hakem kararları tenfiz bağlamında, kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşır; yani, tenfiz istemi geri çevrilir. Konuyu iç hukuk bakımından, emredici bir biçimde düzenleyen ve tarafların hakem kararlarına karşı temyiz ve yargılamanın yenilenmesi yollarına müracaattan, bu yollara başvuru hakkının doğmasından önce karşılıklı bir biçimde vazgeçmiş oldukları anlaşmaların hukuken geçersizliğini belirleyen HUMK. m. 535'deki hükmün, kamu düzeninden sayılmasının temelinde yatan gerekçeler yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizinin istenmesi halinde, kamu düzenine dayalı olarak tenfiz bağlamında gerçekleştirilecek olan engelleme yönünden de aynen geçerlilik taşıyacaktır<sup>75</sup>. Kaldı ki; henüz doğmamış olan bir haktan feragat, eşyanın tabiatı gereği zaten mümkün değildir.

i) Hakemlerin, taraflarca belirli bir süre içerisinde müracaat edilmesi halinde, hüküm altına almayı unutmuş oldukları hususları, ek karar vermek suretiyle yeniden hüküm altına alabileceklerini öngören düzenlemelerin işlerlik kazandığı yabancı hakem kararları, hukukî güvenlik ve hukukî istikrar temeline dayalı bulunan ve nihaî kararların bağlayıcılık

<sup>73</sup> AKINCI: Tahkim II, s. 160; KALPSÜZ: Tahkim II, s. 161. ÜSTÜNDAĞ: Tahkim II, s. 163.

<sup>74</sup> SAKMAR, s. 79.

<sup>75</sup> KALPSÜZ, Kitap, s. 19; ÜSTÜNDAĞ: Tahkim, s. 292. Krş. İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu, m. 192.

niteliği ve kesin hüküm şeklinde beliren temel usul ilkesinin ihlâli sonucunu doğuracağından, tenfiz bağlamında kamu düzeni müdahalesi ile karşı karşıya kalabilecektir.

j) Hakemlerin, ücretlerini kendilerinin belirleyebileceğine ve bu şekilde belirlilik kazanan ücretlerin, tahkim yargılama giderlerinin bir kalemini oluşturacağını öngören düzenlemelerin işlerlik kazandığı yabancı hakem kararlarının, Türkiye'de tenfizinin istenmesi halinde, kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olup olamayacağı hususu tartışmalara sebebiyet vermiştir:

Doktrinde, hakemlerin, kararlarında ücretlerini kendilerinin belirlemiş olması halinin, kamu düzeninin ihlâli anlamına gelmeyeceği; Yargıtayca re'sen gözetilemeyeceği; ancak ileri sürülmüşse, sadece hükmün ücret yönünden bozulmasına sebebiyet verebileceği ileri sürülmektedir<sup>76</sup>.

Kanımızca da, hakemler, kendi kararları ile kendi ücretlerini belirleyemezler. Bunun temel gerekçesini, bir kimsenin kişisel alacağı hakkında, hâkim yerine geçerek hüküm veremeyeceğini; yani, kimsenin kendi davasının hâkimi olamayacağını öngören kural oluşturur<sup>77</sup>. Gerçekten, hakemin, kendi emeğinin karşılığı için hâkim konumuna girerek hüküm vermesi, hakemlerin tarafsızlığı ilkesinin ihlâli anlamına gelir ve tenfiz bağlamında da, ücretlerin bizâtihi hakemlerce belirlenip yargılama giderleri arasında gösterildiği yabancı hakem kararlarının, kamu düzeni müdahalesiyle karşı karşıya kalması sonucunu doğurur. Ancak, yabancı hakem kararının, hakem ücretleri dışında kalan kesiminin Türkiye'de tenfizi mümkün ise, tenfiz bağlamında kamu düzeni müdahalesi kapsam itibariyle sadece ücretlere ilişkin kısımla sınırlı tutulmalı ve onun ücretlere ilişkin kesimi tefrik edilerek kısmen de olsa, Türkiye'de tenfizine cevaz verilmelidir. Bunu, gerek New York Sözleşmesi gerek MÖHUK hükümleri çerçevesinde, söylemek mümkündür. Şöyle ki; New York Sözleşmesinin V/I-c maddesinde, "hakem kararı, hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir ihtilâfa müteallik olur yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şumûlünü aşan hükümlere muh-

<sup>76</sup> KURU: Usul IV, s. 4047-4048; KURU, B.; Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 1109-1110; KALPSÜZ: Kitap, s. 20.

<sup>77</sup> 13.5.1964 gün ve 1/3 sayılı IBK., (RG, 8.7.1964, sa. 11748, s. 6).

tevi bulunursa; bununla beraber hakem kararının hakemliğe tâbi meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerinden tefrik edilebilecek durumda ise, bunların tanınması ve icrası cihetine gidilebilir” denilmek suretiyle, yabancı hakem kararının, tamamen olmasa bile, tefriki mümkün kısımlarının tenfizine (yani, kısmen tenfize) izin verilmesi zorunlu kılınmıştır. Yine, MÖHUK. m. 45/h’de, yabancı hakem kararının, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin olması veya sözleşme ya da şartının sınırlarını aşması halinde, bu kesimine ilişkin tenfiz talebinin reddedileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hükmün mefhumu muhalifinden de, yabancı hakem kararlarının, Türkiye’de kısmen tenfizinin caiz olduğu sonucuna varılabilir. Aynı şeyi, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin düzenleme öngören ve yabancı mahkeme kararlarının kısmen ya da tamamen tenfizine cevaz veren MÖHUK. m. 40, hükmüne yollamada bulunan, MÖHUK. m. 44, II hükmünden hareketle de söylemek mümkündür.

Bu durumda, sonuç olarak, hakemlerin, ücretlerini kendilerinin belirlemiş oldukları yabancı hakem kararlarının, hakem ücretleri dışında kalan kısmının Türkiye’de tenfizine, tefrikinin kolaylıkla gerçekleştirilmesi imkânının varlığı nedeniyle izin verilmek gerekir ve hakem kararının, ücretlere ilişkin kısmının kamu düzenine aykırı bir konumda bulunduğu gerekçe gösterilerek, kararın tamamını kapsam itibariyle kamu düzenine aykırı saymak ve bu suretle, tümüyle onun tenfizi talebini reddetmek sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmaz.

Bu başlık altında, son olarak, millî tahkim bağlamında, tahkim süresini altı ay olarak belirleyen normun (HUMK. m. 529), düzenleniş biçimi itibariyle emredici bir nitelik taşıyor gibi görünse bile, kamu düzeninden sayılamayacağına işaret etmekte yarar vardır<sup>78</sup>. Tarafların, tahkim süresini, anlaştıkları suretiyle uzatmak yani süre üzerinde tasarrufta bulunmak imkânlarının varlığı, bunun en önemli ve en somut delilini teşkil eder. İç hukuk bağlamında bile, kamu düzeninden sayılmayan tahkim süresine ilişkin düzenlemenin, milletlerarası unsurlu özel hukuk ilişkileri açısından geçerlilik taşıyan kamu düzeni bağlamında mütalâa

78

KARAYALÇIN, Y.: Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Düzenleme Gerekir mi? II, Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, Ankara 1999, s. 239. Krş., KURU, El Kitabı, s. 1124; ÜSTÜNDAĞ: Tahkim, s. 238-239.



edilmesi son derece güç; hatta mümkün değildir. Kaldı ki; milletlerarası unsurlu tahkim yargılamasının tamamlanması açısından altı ay ya da daha uzun veya daha da kısa bir sürenin öngörülmesi, yani süre kaydının getirilmesi, milletlerarası ticaretin gereklerine de uygun düşmez; ayrıca bu durum tarafların bu platformda süre uzatımı konusundaki mutabakatlarının sağlanmasının güçlüğü nedeniyle, uyuşmazlığın hakemler aracılığıyla çözümü hususundaki nihaî amaçtan sapılması ve bu hükmün dolanılması açısından bir araç olarak kötüye de kullanılabilir<sup>79</sup>.

Öte yandan, HUMK. m. 529'da öngörülen tahkim süresine ilişkin kural, toplumsal değil; bireysel menfaatleri korumak için konulmuş olan ve devletin, siyasî, sosyal, ekonomik ve hukukî örgütlenmesiyle herhangi bir ilişkisi bulunmayan bir norm konumundadır; dolayısıyla bu çerçevede de, kamu düzeninin kapsamı içerisinde mütalâa edilemez.

<sup>79</sup> BİRSEL, T. / BUDAK, A.C.: Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve Uncitral Kanun Örneği, Sempozyum, Ankara 1997, s. 173.